

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.682 van 3 december 2013
in de zaak A. 210.707/XII-7500**

In zake: de BV ALEXANDER CALDER ARBEIDSINTEGRATIE
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Paul Lefebvre
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 480/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE DIENST VOOR ARBEIDSBEMIDDELING EN
BEROEPSOPLEIDING (VDAB)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV START PEOPLE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jan Van Der Snickt
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leopoldlaan 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 november 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

“- de beslissing van ongekende datum van [de VDAB] tot vaststelling van het bestek met nummer 2013/50011 betreffende de overheidsopdracht van diensten met als voorwerp ‘Uitbesteding intensieve begeleiding en bemiddeling naar werk 3 (werktitel TIBB3)’ (de Opdracht);
- de beslissing van 28 oktober 2013 van [de VDAB] tot gunning van het perceel TIBB3-ANT-01 van de Opdracht aan SBS Skill BuilderS, van perceel TIBB3-ANT-02 van de Opdracht aan Tempo-Team, van perceel TIBB3-L1M-01 van de Opdracht aan Randstad Belgium, van perceel TIBB3-LIM-02 van de Opdracht aan Tempo-Team, van perceel TIBB3-0VL-01 van de Opdracht aan Tempo-Team, van perceel TIBB3-0VL-02 van de Opdracht aan SBS Skill BuilderS, van perceel TIBB3-VLB-01 van de Opdracht aan t-groep, van perceel TIBB3-VLB-02 van de Opdracht aan Start People, van perceel TIBB3-WVL-01 van de Opdracht aan SBS Skill BuilderS, van perceel TIBB3-WVL-02 van de Opdracht aan Argos;
- de impliciete beslissing van [de VDAB] van 28 oktober 2013 om percelen TIBB3-ANT-01, TIBB3-ANT-02, TIBB3-0VL-01, TIBB3-0VL-02, TIBB3-VLB-01 en TIBB3-WVL-01 van de Opdracht niet aan [de bv Alexander Calder Arbeidsintegratie] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 november 2013 heeft de nv Start People gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 november 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat John Devers, die loco advocaat Paul Lefebvre verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Tom Villé en Jelena Adriaenssens, die loco advocaat Barteld Schutyser verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Jan Van Der snickt en Wendy Van Laethem, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht van diensten met als voorwerp ‘Uitbesteding intensieve begeleiding en bemiddeling naar werk 3 (werktitel TIBB3)’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 20 juni 2013.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. 2013/50011.

De opdracht bestaat uit 12 percelen. De dienstverlener kan maximaal drie percelen gegund krijgen en maximaal één per provincie.

Het bestek bepaalt onder meer het volgende over het opstellen van de offerte:

“2.12.3 Vormvereisten van de offerte

[...]

2. Het inschrijvingsformulier en de verplichte bijlagen moeten elektronisch ingediend worden in afzonderlijke files in Pdf-formaat. De opdrachtgever kan een offerte onregelmatig verklaren indien het inschrijvingsformulier niet behoorlijk is ingevuld en ondertekend of indien één van de verplichte bijlagen ontbreekt.

o Elke co-aannemer moet de offerte elektronisch ondertekenen via e-tendering.

o Enkel voor volmachten en voor de onderaannemingsovereenkomsten aanvaardt de VDAB een ingescand, ondertekend en gedateerd document

dat wordt opgeladen in e-tendering en waarvan het origineel beschikbaar wordt gehouden en op elk ogenblik kan opgevraagd worden door de VDAB.”

Inzake de opening van de offertes bepaalt het bestek:

“De inschrijving kan enkel elektronisch worden ingediend via e-tendering <https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 81 quater, § 1 van het KB van 8 januari 1996.

Inschrijvingen die niet via e-tendering zijn ingediend worden NIET aanvaard.

Meer informatie kan bekomen worden op <http://www.bestuurszaken.be/e-procurement-voor-bedrijven> of op <http://www.publicprocurement.be>.

De elektronische opening van de offertes is voorzien op 19 augustus 2013 om 14.30 uur stipt.”

3.3. De verzoekende partij dient op 19 augustus 2013 een elektronische offerte in voor zes van de twaalf percelen.

3.4. In het gunningsverslag van 28 oktober 2013 wordt inzake de formele regelmatigheid van de offertes het volgende vastgesteld:

“Ondertekening van de offerte

Bij de opening van de offertes werd voor 3 inschrijvingen de handtekening niet automatisch gevalideerd door het e-Tenderingplatform. Het betreft volgende handtekeningen:

- [A.L.] (Alexander Calder arbeidsintegratie)
- [L.M.] (t-groep nv)
- [P.M.] (Z-project Staffing)

Na verificatie van de elektronische handtekeningen bleken volgende elektronische handtekeningen in overeenstemming met de voorwaarden van artikel 81quater van het KB van 8 januari 1996:

- De offerte van t-groep nv werd met een geldig certificaat via EID elektronisch ondertekend door [M.M.M.V.]
- De offerte van Z-project Staffing werd met een geldig certificaat via EID elektronisch ondertekend door [S.U.]

De elektronische handtekening van [A.L.] (Alexander Calder arbeidsintegratie) gebeurde met een USB token waarvan de geldigheidsduur verstreek op 04/06/2013 om 11u29, en dus een ongeldig certificaat op het ogenblik van de indiening van de offertes. De voorwaarden van artikel 81quater, §1, 1° zijn daardoor niet voldaan.

Op basis van deze vaststellingen en conform punt 2.12.3 van het bestek wordt de offerte van Alexander Calder arbeidsintegratie onregelmatig verklaard en uitgesloten van alle percelen.”

3.5. De gedelegeerd bestuurder van de verwerende partij neemt op 28 oktober 2013 de beslissing om de opdracht te gunnen zoals voorgesteld in het gunningsverslag en om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.6. Bij aangetekende brief van 28 oktober 2013 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de gunningsbeslissing.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij in tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Het eerste voorwerp van de vordering is de beslissing tot vaststelling van het bestek. De verzoekende partij heeft haar offerte ingediend op 19 augustus 2013. Er mag dan ook worden aangenomen dat zij ten laatste op die datum kennis kreeg van het bestek. De verzoekende partij heeft haar enig verzoekschrift houdende het beroep tot nietigverklaring en vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend 12 november 2013. Het beroep en dienvolgens de vordering tegen de vaststelling van het bestek zijn dan ook niet tijdig.

Dit belet niet dat de verzoekende partij in beginsel een mogelijke onregelmatigheid in het bestek mag ingeroepen in het kader van de aanvechting van de uiteindelijke gunningsbeslissing conform de leer van het arrest nv Labonorm, nr. 152.173 van 2 december 2005. Te dezen echter wordt in het

bestek *sub* 2.20 onder andere vermeld dat in het geval een inschrijver in het bestek zodanige vergissingen, onduidelijkheden of leemten vaststelt dat het hem moeilijk wordt om een correcte offerte in te dienen of dat hierdoor de kans bestaat dat de vergelijking tussen offertes in het gedrang wordt gebracht, hij hiervan onmiddellijk schriftelijk kennis geeft aan de aanbestedende overheid, uiterlijk één week na ontvangst van het bestek; het niet opvolgen van deze verplichting is, zo wordt vervolgd, geheel voor risico van de dienstverlener die zich later niet meer kan beroepen op het constateren van fouten of andere onvolkomenheden. Zoals de Raad van State overwoog in het arrest *nv Neorec*, nr. 206.598 van 13 juli 2010, zou de toepasselijkheid van de Labonorm-leer mogelijk anders kunnen zijn “indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en verzoekende partij aan deze verplichting was voorbijgegaan” wat hier het geval lijkt. Aangezien, zoals hierna zal blijken, geen van de middelen op het eerste gezicht ernstig lijkt, behoeft deze problematiek thans geen onderzoek.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

6.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

7. Alle partijen lijken ervan uit te gaan dat de kwestieuze opdracht onderworpen is aan de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en dat het dus een ‘Europese opdracht’ is. Aangezien geen van de hiernavolgende middelen ernstig is, wordt in de huidige stand van het geding deze problematiek niet verder onderzocht en wordt de assumptie van de partijen vooralsnog bijgetreden.

A. Eerste middel

Uiteenzetting

8. De verzoekende partij voert de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel juncto artikel 42, tweede en vierde lid van de Europese richtlijn 2004/18/EG”.

De verzoekende partij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen en het ingeroepen beginsel werden geschonden:

“Doordat het bestek voorschrijft dat de indiening van de offertes enkel elektronisch mogelijk is via e-tendering
Terwijl het aldus gekozen communicatiemiddel niet algemeen beschikbaar is voor buitenlandse inschrijvers, discriminerend is ten aanzien van buitenlandse inschrijvers en de toegang tot de gunningsprocedure voor buitenlandse inschrijvers beperkt.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat de toegang van buitenlandse inschrijvers tot de gunningsprocedure beperkt wordt in zoverre een Belgische inschrijver een digitale handtekening kan plaatsen via een Belgische *eID* (elektronische identiteitskaart) terwijl een buitenlandse inschrijver over een gekwalificeerd certificaat van een private actor moet beschikken om een geldige digitale handtekening te plaatsen. Het gekozen communicatiemiddel van *e-tendering* is dan ook niet-algemeen beschikbaar en discriminerend. Bovendien zou er sinds 1 januari 2013 geen certificatieverlener meer actief zijn op de Belgische markt. Dit bemoeilijkt de toegang nog meer. Ter adstructie van de door haar ingeroepen discriminatie verwijst de verzoekende partij naar een nota van een Vlaams minister aan de Vlaamse regering waarin deze discriminatie zou zijn erkend.

Beoordeling

9.1. Artikel 42 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 luidt als volgt:

“1. Elke in deze titel bedoelde mededeling en uitwisseling van informatie kan, naar keuze van de aanbestedende dienst, geschieden via de post, per fax, langs elektronische weg overeenkomstig de leden 4 en 5, per telefoon in de in lid 6 bedoelde gevallen en onder de in dat artikel bepaalde voorwaarden, of door een combinatie van deze middelen.
2. De gekozen communicatiemiddelen moeten algemeen beschikbaar zijn en mogen de toegang van de ondernemers tot de gunningsprocedure niet beperken.
[...]

4. De voor mededelingen langs elektronische weg te gebruiken middelen, en de technische kenmerken daarvan, moeten niet-discriminerend en algemeen beschikbaar zijn en in combinatie met algemeen gebruikte informatie- en communicatietechnologieproducten kunnen functioneren.”

Met artikel 81^{quater}, § 1, eerste lid, 9°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken’, waarvan in het middel de schending niet uitdrukkelijk wordt ingeroepen, is evenwel de voormelde richtlijnbeeping in het Belgisch recht omgezet als volgt:

“§ 1. Wanneer elektronische middelen worden gebruikt voor het indienen van aanvragen tot deelneming of offertes, bieden ze ten minste de waarborg:

[...]

9° dat de te gebruiken hulpmiddelen en de technische eigenschappen ervan, met inbegrip van de eventuele versleuteling, niet discriminerend en algemeen voor het publiek beschikbaar zijn en verenigbaar met algemeen gebruikte informatie- en communicatiemiddelen. Ze worden beschreven in de aankondiging van opdracht of in het bestek.”

9.2. Met een geavanceerde elektronische handtekening met een gekwalificeerd certificaat kan een inschrijver een geldig digitaal ondertekende offerte indienen in het kader van een Belgische gunningsprocedure conform artikel 81^{quater}, § 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

In het verzoekschrift erkent de verzoekende partij uitdrukkelijk dat dergelijk certificaat in Nederland kan worden verkregen; aldus kan zij het certificaat verwerven in de lidstaat waar haar maatschappelijke zetel is gevestigd. Zij verduidelijkt niet waarom dergelijk certificaat niet algemeen beschikbaar zou zijn en zij ontkent niet dat zij met dat certificaat kan inschrijven op een Belgische gunningsprocedure. Er kan dan ook op het eerste gezicht niet worden ingezien hoe de toegang van de verzoekende partij tot de gunningsprocedure te dezen beperkt is geweest, noch kan op het eerste gezicht worden ingezien waarin het discriminerend karakter is gelegen van het feit dat een Nederlandse onderneming met een Nederlands certificaat kan inschrijven op een Belgische gunningsprocedure.

Overigens lijkt de verzoekende partij ook de mogelijkheid te hebben gehad om met een gevolmachtigde met een Belgisch *eID* in te schrijven.

9.3. Om de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel aan te tonen maakt de verzoekende partij een vergelijking tussen haar ongeldig certificaat en een geldige *eID*. Op het eerste gezicht moet worden vastgesteld dat dit evenwel niet-vergelijkbare gevallen betreft, namelijk het beschikken over een ongeldig certificaat en het beschikken over een geldig *eID*. Uit de documenten die de verzoekende partij zelf als bijlage bij haar verzoekschrift voegt, blijkt namelijk dat een *eID* ook over een uiterste geldigheidsdatum beschikt, waardoor een *eID* ook ongeldig kan zijn. Er kan slechts een schending van gelijkheidsbeginsel voorliggen indien het gaat om vergelijkbare situaties, hetgeen de verzoekende partij in dit geval niet aantoont.

9.4. De verzoekende partij verwijst bij het middel ook naar een nota aan de Vlaamse Regering waarin zagezegd de “problematiek van de discriminatie van buitenlandse inschrijvers bij verplicht gebruik van e-tendering [...] als zodanig ook [wordt] onderkend [...], en dit reeds op een ogenblik dat er wel nog een Belgische certificatedienstverlener actief was”.

In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat het hier een intern bestuursdocument betreft dat geen regelgevend karakter heeft. Ook lijkt de vergelijking niet op te gaan, omdat in de betrokken nota de vraag wordt gesteld of er geen verschil in behandeling bestaat tussen de mogelijkheid voor een Belgische inschrijver om in te schrijven met een *eID* terwijl het verwerven van een Certipost-certificaat complexer is. De betrokken nota gaat op het eerste gezicht uitsluitend in op het geval waarin een buitenlandse inschrijver enkel kan gebruikmaken van een Certipost-certificaat, wat te dezen niet het geval lijkt te zijn. Het bestek legt hier immers enkel op dat de offerte elektronisch zou worden ondertekend en beperkt dit niet tot een Certipost-certificaat.

9.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

10. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 89, tweede lid van het Koninklijk Besluit dd. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, artikel 81quater, § 1, 1° juncto artikel 110, § 2 van datzelfde Koninklijk Besluit dd. 8 januari 1996, van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en het formeel motiveringsbeginsel, minstens het materieel motiveringsbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

De verzoekende partij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat de verwerende partij in het gunningsverslag de offerte van de verzoekende partij als formeel onregelmatig verworpt omdat de geavanceerde elektronische handtekening vanwege [A.L.] niet gedekt is door een geldig gekwalificeerd certificaat
Terwijl het feit dat de geavanceerde elektronische handtekening vanwege [A.L.] niet gedekt is door een gekwalificeerd certificaat geen substantiële onregelmatigheid uitmaakt die moet leiden tot de absolute nietigheid van de offerte en dat deze bijgevolg formele relatieve nietigheid de verwerende partij op onredelijke en niet-gemotiveerde wijze heeft doen besluiten tot de nietigheidssanctie en, wat betreft de mogelijkheid voor inschrijvers om de rechtsgeldigheid van aangebrachte handtekeningen te bevestigen en verder te ondersteunen en te regulariseren na indiening van de offertes, de verzoekende partij ongelijk werd behandeld.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat een elektronische handtekening die niet gedekt is door een “geldig gekwalificeerd certificaat” niet een totale afwezigheid van handtekening inhoudt en dus een relatieve –te regulariseren– onregelmatigheid uitmaakt. Er moet dan ook worden onderzocht of de verbintenis van de verzoekende partij ondubbelzinnig vaststaat, wat volgens de verzoekende partij wel degelijk het geval

is. Haar offerte was dan ook enkel relatief onregelmatig. De verwerende partij heeft dit niet onderzocht, noch gemotiveerd waarom de relatief onregelmatige offerte werd geweerd. De sanctie van de nietigheid is ook onredelijk nu de ondubbelzinnige verbintenis van de verzoekende partij vaststaat.

Bovendien blijkt dat andere inschrijvers wél de mogelijkheid hebben gekregen om relatieve gebreken in hun offerte met betrekking tot de digitale ondertekening te regulariseren. De verwerende partij heeft deze inschrijvers na de opening van de offertes gecontacteerd en toegelaten aanvullende stukken te bezorgen. Deze mogelijkheid werd niet aan de verzoekende partij geboden.

Beoordeling

11.1. De ondertekening van een offerte is een substantiële formaliteit, waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Het gebrek aan ondertekening lijkt niet te kunnen worden gedekt nu zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers.

De hier opgelegde elektronische procedure lijkt aan deze vaststelling geen afbreuk te doen.

11.2. De aankondiging van de opdracht en het bestek bepalen dat offertes enkel elektronisch mogen worden ingediend via de *e-tendering* website die de naleving waarborgt van artikel 81^{quater}, § 1, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

Uit artikel 81^{quater} van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 volgt dat wanneer een offerte op elektronische wijze wordt ingediend, deze een elektronische handtekening dient te bevatten die conform is met de regels van het Europees en het daarmee overeenstemmende nationaal recht inzake de

geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat, waarbij deze handtekening werd gerealiseerd via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening; volgens artikel 4, § 4, van de wet van 9 juli 2001 ‘houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen, de elektronisch aangetekende zending en certificatediensten’ wordt enkel dergelijke geavanceerde elektronische handtekening met gekwalificeerd certificaat geassimileerd met een handgeschreven handtekening.

De verzoekende partij betwist niet dat haar offerte werd ondertekend met een niet-geldig gekwalificeerd certificaat. De verwerende partij heeft de offerte van de verzoekende partij, zo lijkt, terecht onregelmatig verklaard, omdat de elektronische handtekening van de verzoekende partij “een ongeldig certificaat” bevatte, en dus niet de door artikel 81^{quater}, opgelegde handtekening.

11.3. Een gebrek aan geldige ondertekening is een substantiële onregelmatigheid die niet kan worden hersteld, wat te onderscheiden is van de verificatie die werd uitgevoerd met betrekking tot de elektronische handtekening van twee andere inschrijvers die niet automatisch werd gevalideerd door het *e-Tendering* platform maar waarvan uiteindelijk werd vastgesteld dat de offertes *ab initio* geldig elektronisch ondertekend waren via *eID*. Het lijkt alleszins niet om vergelijkbare situaties te gaan.

11.4. Door de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te beschouwen en uit te sluiten van de opdracht lijkt de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen niet te hebben geschonden.

Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

12. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 4, § 5 van de Wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen, de elektronische aangetekende zending en certificatiediensten, en van artikel 5 van de Europese richtlijn 1999/93/EG juncto artikel 42.5.b) van de Europese richtlijn 2004/18/EG”.

De verzoekende partij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepalingen werden geschonden:

“Doordat de beide elektronische handtekeningen vanwege [A.L.] rechtsgeldigheid wordt ontzegd omdat deze handtekeningen niet gesteund zijn op een gekwalificeerd certificaat
Terwijl een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid mag worden ontzegd omdat deze niet is gesteund op een gekwalificeerd certificaat.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat A.L. twee acties ondernam, namelijk enerzijds de handgeschreven ondertekening van de offerte en anderzijds de digitale ondertekening van de offerte met een *e-token*. Overeenkomstig de definitie van “elektronische handtekening” in de wet van 9 juli 2001 dienen beide vormen van ondertekening als een “elektronische handtekening” te worden beschouwd, meer zelfs het zijn geavanceerde elektronische handtekeningen. Artikel 5 van de richtlijn 1999/93/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 1999 ‘betreffende een gemeenschappelijk kader voor elektronische handtekeningen’ en artikel 4, § 5, van de wet van 9 juli 2001 stellen dat aan een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid mag worden ontzegd op grond van het feit dat ze niet is gebaseerd op een gekwalificeerd certificaat. Door aan deze beide vormen van ondertekening de rechtsgeldigheid te ontzeggen omdat zij niet gebaseerd zijn op een “gekwalificeerd certificaat”, miskent de bestreden beslissing de aangehaalde rechtsnormen.

Beoordeling

13.1. Artikel 5 van richtlijn 1999/93/EG luidt als volgt:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat geavanceerde elektronische handtekeningen die zijn gesteund op een gekwalificeerd certificaat en die door een veilig middel zijn aangemaakt:

- a) ten aanzien van gegevens in elektronische vorm voldoen aan alle wettelijke eisen voor een handtekening, net zoals een handgeschreven handtekening zulks doet voor gegevens op een papieren drager, alsmede
- b) als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures worden toegelaten.

2. De lidstaten zorgen ervoor dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid wordt ontzegd en dat zij niet als bewijsmiddel in gerechtelijke procedures kan worden geweigerd louter op grond van het feit dat:

- de handtekening in elektronische vorm is gesteld, of
- niet is gesteund op een gekwalificeerd certificaat, of
- niet is gesteund op een door een geaccrediteerd certificatie dienstverlener afgegeven certificaat, of
- zij niet met een veilig middel is aangemaakt.”

13.2. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat op basis van artikel 42, lid 5, b), van richtlijn 2004/18/EG een lidstaat kan eisen dat artikel 5 van richtlijn 1999/93/EG in acht wordt genomen, en dat lid 2 van artikel 5 nu net bepaalt dat een elektronische handtekening geen rechtsgeldigheid mag worden ontzegd op grond van het feit dat zij niet is gesteund op een gekwalificeerd certificaat.

Deze stelling van de verzoekende partij, ontwikkeld op het niveau van de richtlijnen, lijkt op het eerste gezicht echter te berusten op een onjuiste lezing van artikel 5 van richtlijn 1999/93/EG en artikel 42, lid 5, b), van richtlijn 2004/18/EG. Laatstgenoemde bepaling luidt immers als volgt:

“de lidstaten kunnen met inachtneming van artikel 5 van Richtlijn 1999/93/EG eisen dat bij elektronische inschrijvingen gebruik wordt gemaakt van een geavanceerde elektronische handtekening die voldoet aan lid 1 van dat artikel”.

In dergelijk geval lijkt lid 2 van artikel 5 van richtlijn 1999/93/EG niet van toepassing en lijkt er dus geen schending van dit artikel 5.

13.3. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting

14. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 81[*quater*], § 1, 1° van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

De verzoekende partij betoogt dat de in het middel ingeroepen bepaling en beginselen werden geschonden:

“Doordat de offertes van de overige uitsluitend Belgische inschrijvers formeel regelmatig worden bevonden
Terwijl de elektronische handtekeningen van de personen die namens de Belgische inschrijvers de offerte ondertekenden niet gesteund zijn op een gekwalificeerd certificaat.”

In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat de certificaten die opgeslagen zijn op een Belgisch *eID* niet beschouwd kunnen worden als een “gekwalificeerd certificaat” nu de Belgische Staat niet beschouwd kan worden als een geldig certificatiedienstverlener. De elektronische ondertekening van de offertes met een Belgisch *eID* is dan ook evenmin geldig. Alle overige offertes waren aldus evenzeer onregelmatig als deze van de verzoekende partij.

Beoordeling

15. De verzoekende partij ondersteunt haar betoog door te verwijzen naar de online-encyclopedie *Wikipedia*, waaruit volgens haar blijkt dat de *eID* “een chip bevat waarop 2 PKI certificaten van de gebruiker voorkomen voor twee RSA sleutelparen, zijnde een RSA sleutelpaar voor authenticatie (bewijs van identiteit door middel van een elektronische handtekening) en een RSA sleutelpaar voor wettelijk geldende handtekening”.

Hiermee toont de verzoekende partij niet met de op het eerste gezicht vereiste ernst aan dat de Belgische Staat niet zelf of via Certipost (of Bpost) die luidens de nota van de verwerende partij daartoe een overheidsopdracht werd gegund, kan optreden als certificatedienstverlener, noch dat de PKI-certificaten niet zouden voldoen aan het vereiste van een gekwalificeerd certificaat. Deze stelling wordt in het verzoekschrift enkel gestaafd door verwijzing naar een door elke gebruiker op elk ogenblik wijzigbare online encyclopedie. Dergelijke adstructie van het middel lijkt niet van aard om de wezenlijk technische en bijzonder principiële grief die de verzoekende partij hier aanbrengt afdoende te schragen.

Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

16. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Start People tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 3 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra