

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 225.775 van 10 december 2013**

**in de zaak A. 210.687/XII-7499**

In zake: de NV PIT ANTWERPEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Joost Bosquet  
kantoor houdend te 2600 Berchem  
Berchemstadionstraat 78 bus 1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Gitte Laenen  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 8 november 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Antwerpen van 25 oktober 2013 waarbij werd beslist de firma Beneens en Zonen bvba toe te laten tot de onderhandelingen en de handtekening op de offerte te regulariseren binnen de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking strekkende tot de gunning van een overheidsopdracht inhoudende aanpassingswerken betreffende de brandveiligheid en akoestiek aan het Oude Badhuis (bestek nr. GAC/2013/1984 (PO/14780181), zoals uitbesteed door de gemeenschappelijke aankoopcentrale van de Stad Antwerpen en het OCMW Antwerpen”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 december 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij/partijen, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 stad Antwerpen schrijft als gemeenschappelijke aankoopcentrale een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met betrekking tot aanpassingswerken betreffende brandveiligheid en akoestiek “Het Oude Badhuis”.

Er wordt gekozen voor de procedure van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking overeenkomstig artikel 26, § 2, 1°, d), van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’.

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

3.2. Het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek met nr. GAC/2013/1984 (PO/14780181) bepaalt (bladzijde 1) dat de offertes uiterlijk tegen donderdag 19 september 2013 om 9u15 moeten worden ingediend en dat offertes die na dit tijdstip toekomen niet in aanmerking zullen worden genomen. Met een terechtwijzend bericht van 12 september 2013 wordt de uiterlijke datum voor indiening van de offertes verdaagd naar 3 oktober 2013 om 10u15.

Wat de vorm en wijze van indiening van de offerte betreft bevat het bestek onder meer de volgende bepaling:

“I.11 Indiening offertes

De offerte dient via elektronische middelen te worden overgelegd, via de e-Tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 52 § 1 van het KB plaatsing. Bij voorkeur dient de inschrijver zijn volledige offerte (met bijhorende documenten) in door middel van één enkel ZIP-bestand”.

Uit het elektronisch dossier blijkt dat als een van de begeleidende documenten bij het bestek verwezen wordt naar het document “How to introduce an electronic tender” (“Hoe een elektronische offerte indienen”). De handleiding “Offertes indienen via internet” vermeldt onder ‘7. Extra Info’ de volgende opmerkingen:

“7.1 Opmerkingen

- Een niet ondertekende offerte kan door de aanbestedende overheid niet worden weerhouden;
- Een offerte dient altijd door de mandaathouder of de volmachthouder te worden ondertekend;
- Configureer en test tijdig je computer om een elektronische handtekening te kunnen plaatsen (zie testdossier)”.

3.3. Op 3 oktober 2013 worden de inschrijvingen geopend. De volgende zes inschrijvers dienen tijdig een offerte in aan volgende bedragen, btw niet inbegrepen:

|                          |                  |
|--------------------------|------------------|
| 1. Beneens en Zonen bvba | 467.523,59 euro, |
| 2. Pit Antwerpen nv      | 477.256,56 euro, |
| 3. GS Bouw bvba          | 497.691,79 euro, |

|                                     |                  |
|-------------------------------------|------------------|
| 4. Renovatiebouw Van Broeckhoven nv | 499.898,20 euro, |
| 5. Fr. Goedleven nv                 | 543.647,93 euro, |
| 6. Buyse bvba                       | 598.431,65 euro. |

In het proces-verbaal van de opening van de offertes wordt bij de offerte van de bvba Beneens en Zonen evenwel opgemerkt dat er “geen getekende indieningsrapporten gevonden” zijn. In tegenstelling tot wat het geval is bij de overige inschrijvingen, bevat het proces-verbaal voorts onder de vermeldingen “Informatie handtekening” en “Details handtekeningen” noch de naam van een persoon die de offerte ondertekend heeft, noch een handtekeningsmethode. Wel blijkt uit het proces-verbaal dat de betrokken inschrijver op 3 oktober 2013 tussen 10u09:35 en 10u13:16 blijkbaar acht eerder ingediende documenten heeft ingetrokken en vervolgens één nieuw document, zijnde een “inschrijving.zip” heeft ingediend om 10u13:58.

3.4. Op 25 oktober 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen met de bestreden beslissing om de bvba Beneens en Zonen “tot de onderhandelingen toe te laten en de handtekening op de offerte te regulariseren”. Tevens wordt beslist om een wachttermijn van 15 kalenderdagen te respecteren na de kennisgeving van deze beslissing aan de betrokken inschrijvers.

Deze beslissing stelt onder meer wat volgt:

“[...]

De offertes werden door de gemeenschappelijke aankoopcentrale administratief nagezien. De gemeenschappelijke aankoopcentrale stelde vast dat de offerte van de firma Beneens en Zonen bvba noch schriftelijk, noch elektronisch werd ondertekend.

[...]

Artikel 106 § 1 van het Koninklijk Besluit plaatsing bepaalt echter dat, behoudens andersluidende bepalingen in de opdrachtdocumenten, op een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking het artikel 51 niet van toepassing is en dus de vereiste van een schriftelijke en ondertekende offerte niet geldt. Enkel onder artikel 106 §1 vinden we deze bepaling terug, waardoor a contrario (in combinatie met art. 106 §2, dat specifiek op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking betrekking heeft) kan afgeleid worden dat artikel 51 wel van toepassing blijft op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Een offerte dient aldus bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking ondertekend te zijn.

Evenwel, in tegenstelling tot artikel 95 (enkel van toepassing op de aanbesteding en de offerteaanvraag), leidt het gebrek aan ondertekening bij onderhandelingsprocedures niet de jure tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte. Hoofdstuk 7 van het Koninklijk Besluit plaatsing, welke de gunningsregels beschrijft bij onderhandelingsprocedures, bevat immers geen aldus luidende bepalingen. [...]

Tenslotte schrijft het bestek zoals reeds vermeld de indiening voor via e-Tendering en wordt er geen sanctie gekoppeld aan het foutief indienen langs deze weg.

De gemeenschappelijke aankoopcentrale stelt op basis van bovenvermelde elementen daarom, en dit mede op verzoek van de bedrijfseenheid patrimoniumonderhoud voor om de firma Beneens en Zonen bvba toe te laten tot de onderhandelingen en de handtekening op de offerte te regulariseren. Dit gebeurt door deze opnieuw via e-Tendering elektronisch in te dienen.

De gemeenschappelijke aankoopcentrale stelt wel voor deze beslissing ter kennis te brengen van de inschrijvers en ze pas na een wachttermijn van 15 kalenderdagen vanaf deze kennisgeving, in uitvoering te brengen. Op deze manier hebben de inschrijvers de mogelijkheid om hun eventuele verweermiddelen te doen gelden”.

3.5. Met een brief van 28 oktober 2013 wordt deze beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

3.6. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 31 oktober 2013 betwist de raadsman van de verzoekende partij uitvoerig voormelde motivering en vraagt hij de verwerende partij om de bestreden beslissing in te trekken.

3.7. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 6 november 2013 bevestigt de verwerende partij dat zij haar beslissing handhaaft en aldus niet ingaat op het verzoek tot intrekking. De verzoekende partij wordt er eveneens attent op gemaakt dat de aanbestedende overheid in het kader van deze procedure nog geen onderhandelingen heeft aangevat en dat de rangschikking van de offerte van de verzoekende partij aldus niet vaststaat.

3.8. Op 8 november 2013 wordt de huidige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid door de verzoekende partij ingesteld bij de Raad van State.

3.9. Na de voormelde vordering, verklaart de zaakvoerder van de bvba Beneens en Zonen in een 18 november 2013 gedateerd stuk dat de bvba zich gebonden acht door al de voorwaarden vermeld in de door haar ingediende niet-ondertekende offerte van 3 oktober 2013.

#### *IV. De schorsingsvoorwaarden*

4.1. 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.

4.2. Te dezen lijkt evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de tenuitvoerlegging van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

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

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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

#### *V. Onderzoek van het enige middel*

##### *Standpunten van de partijen*

5. Het enige middel wordt door de verzoekende partij zelf samengevat onder meer als volgt:

“Het eerste middel wordt genomen uit de schending van:

[...]

- Het beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers en het niet-discriminatiebeginsel zoals neergelegd in art. 10 en 11 Gec.G.W.;
- Het algemeen rechtsbeginsel, evenals beginsel van behoorlijk bestuur ‘patere legem quam ipse fecisti’;

[...]

Doordat, de bestreden beslissing binnen de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking beslist tot het toelaten van de inschrijver Beneens en Zonen bvba tot de onderhandelingsprocedure, spijs de vaststelling van de niet ondertekening van zijn offerte [...]

Doordat, de bestreden beslissing de regularisatie van de offerte van één inschrijver toelaat door deze in de mogelijkheid te stellen de offerte opnieuw in te dienen na het verstrijken van de datum vastgesteld krachtens de aankondiging en het bestek voor de indiening van offertes;

[...]

Terwijl, deze substantiële vormvereiste van ondertekening van de offerte eveneens van toepassing is op de onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking, waarvan de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking een bijzondere toepassing vormt, en de onregelmatigheid die teruggaat op de miskennen ervan niet kan worden geregulariseerd daar zij de essentiële gehoudenheid tot de tijdige offerte betreft en tevens de gelijkheid der inschrijvers aanbelangt;

Terwijl, binnen de onderhandelingsprocedure de flexibiliteit eerder de gunningsfase betreft en niet noodzakelijk de vereisten inzake het indienen van de offerte die door het eigen bestek op een gelijke wijze voor alle

inschrijvers werden opgelegd, dan wel het respect voor de niet discriminatoire mededinging, de beginselen van behoorlijk bestuur en het verbod op willekeur;

Terwijl, de wijze waarop de offerte moet worden ingediend essentieel de gelijkheid der inschrijvers aanbelangt, en de regularisatie van een offerte door het toelaten dat één inschrijver pas een geldige offerte indient na de datum van opening der offertes in strijd is met dergelijk niet-discriminatiebeginsel;

Zodat, de bestreden beslissing door toe te laten dat één inschrijver, wiens offerte niet volgens de in het bestek bepaalde wijze werd ingediend, en niet op rechtsgeldige wijze is ondertekend, zijn offerte regulariseert door deze opnieuw in te dienen, deze maal voorzien van een elektronische handtekening, de in de aanhef van het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt”.

6. In haar nota werpt de verwerende partij daartegen op dat een aanbestedende overheid volgens haar de offerte kan regulariseren in de mate dat er hiervoor deugdelijke motieven voorhanden zijn en in de mate dat de grenzen van het gelijkheidsbeginsel en de bepalingen voorgeschreven in het bestek, niet zijn overschreden.

Enkel al op grond van de vaststelling dat de verzoekende partij, in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, niet *in concreto* aantoont dat het regulariseren van de niet-ondertekende offerte van de bvba Beneens en Zonen de gelijke behandeling der inschrijvers schendt, dient het schorsingsberoep volgens de verwerende partij als niet ernstig en ongegrond te worden afgewezen.

Voorts merkt zij op dat zij geconfronteerd wordt met een offerte 1) die op correcte wijze werd ingediend (via de e-Tendering internetsite), 2) die tijdig is ingediend (op “03.10.2010 om 10:13:58 CEST”) en 3) die volledig werd ingediend (bevat alle gevraagde documenten).

Uiteindelijk heeft zij beslist om de ontbrekende handtekening op de offerte van de bvba Beneens en Zonen te regulariseren, namelijk door de offerte opnieuw via e-Tendering elektronisch in te dienen. Deze oplossing brengt volgens de verwerende partij alvast volgende waarborgen met zich mee:

- de ondertekening door de bevoegde persoon geeft zekerheid over de verbintenis vanwege de bvba Beneens en Zonen om de opdracht uit te voeren conform de voorwaarden in haar offerte.
- de regularisatie heeft enkel betrekking op de handtekening. Voor het overige mogen er geen wijzigingen worden aangebracht aan de offerte die tijdig op “03.10.2013 om 10:13:58 CEST” werd ingediend;
- de ondertekende offerte wordt ingediend op de wijze voorgeschreven in het bestek, namelijk op elektronische wijze via de e-Tendering internetsite.

Voormelde handelwijze vormt dan ook geen inbreuk op de principes inzake de gelijke behandeling der inschrijvers en het niet-discriminatiebeginsel.

Voorts vormt ook het feit dat enkel aan de bvba Beneens en Zonen de mogelijkheid wordt geboden om haar offerte te regulariseren geen schending van de gelijke behandeling der inschrijvers. Aangezien de vijf andere inschrijvers een formeel regelmatige offerte hebben ingediend, is er geen enkele reden om hun offerte te regulariseren.

Door de ingediende totaalprijzen kenbaar te maken, sluit de verwerende partij elke manipulatie van de nieuw ingediende offerte uit.

Ook het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het zorgvuldigheidsbeginsel en rechtszekerheidsbeginsel zijn volgens de verwerende partij niet geschonden aangezien noch de aankondiging, noch het bestek een bepaling bevat waarin uitdrukkelijk staat vermeld dat de offertes ondertekend moeten zijn.

### *Beoordeling*

7. Wat de wijze van indiening van de offerte betreft, is in het bestek een datum en uur gesteld voor indiening van de offertes en wordt bepaald dat offertes die na dat tijdstip toekomen, niet zullen worden “weerhouden” en voorts wat het elektronisch dossier betreft als bijlage bij het bestek verwezen naar de handleiding “Offertes indienen via internet” die onder punt 7.1. Opmerkingen

onder meer vermeldt “Een niet ondertekende offerte kan door de aanbestedende overheid niet worden weerhouden”.

8. Met de bestreden beslissing van 25 oktober 2013 wordt de bvba Beneens en Zonen echter toegelaten tot de onderhandelingen en wordt haar toegestaan “de handtekening op de offerte te regulariseren”. In de overwegingen van de beslissing wordt aangegeven dat “dit gebeurt door deze [offerte] opnieuw via e-Tendering elektronisch in te dienen”.

In wezen lijkt de verwerende partij door de voorgenomen “regularisatie” van de handtekening met de bestreden beslissing aldus een kandidaat, die zich nog geenszins verbonden heeft bij gebrek aan enige ondertekening van een offerte, te hebben toegelaten tot de onderhandelingen, terwijl er op dat ogenblik nog geen ondertekende offerte – en dus geen verbintenis – voorlag en op het eerste gezicht dan nog niet kon worden nagegaan of de offerte inhoudelijk niet zou zijn gewijzigd. Mocht het nog dezelfde offerte zijn als de niet-ondertekende, gebeurt de indiening ervan na de in het bestek gestelde datum van 3 oktober 2013 en in weerwil van de besteksvereisten overeenkomstig welke offertes die na het voormelde in het bestek bepaalde tijdstip toekomen, niet in aanmerking zullen worden genomen.

Een dergelijk handelen lijkt strijdig met het bestek en met het principe van de gelijke behandeling der inschrijvers.

De door partijen gevoerde discussies betreffende de al dan niet regulariseerbaarheid als dusdanig van de handtekening, nu ze in elektronische vorm diende te worden aangebracht en in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, lijken gelet op voormelde vaststellingen niet in huidig geding te moeten worden onderzocht.

9. Louter ten overvloede kan worden opgemerkt dat naar vaste rechtspraak van de Raad van State de ondertekening van de offerte een substantiële vormvereiste betreft die de gelijkheid tussen de inschrijvers raakt.

Het loutere feit, aangebracht door de verwerende partij, dat het bestek de indiening voorschrijft via e-Tendering en het geen sanctie zoals absolute nietigheid koppelt aan het foutief indienen langs deze weg doet aan deze algemene vaststelling geen afbreuk.

Voorts moet worden vastgesteld dat ook in de relatief vormvrije onderhandelingsprocedure, waar de verwerende partij naar verwijst, een aanbestedende overheid nog steeds gebonden is door de bepalingen van haar eigen bestek en het gelijkheidsbeginsel.

10. De verwerende partij merkt nog op dat op het ogenblik van de gunning de offerte van de bvba Beneens en Zonen wél zal voldoen aan de artikelen 51 en 52, § 1, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ – die ondertekening van offertes en elektronische handtekening betreffen. Ter terechtzitting bevestigt de verwerende partij nogmaals dat de gehele offerte opnieuw zal worden ingediend.

Daargelaten de vraag hoe de verwerende partij zich nu reeds met zekerheid kan uitspreken over een mogelijk toekomstig feit, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat overeenkomstig voormelde regelgeving en voormelde besteksbepalingen de offerte lijkt te moeten worden ondertekend bij indiening ervan en dus niet pas op het ogenblik van de gunning.

Daarbij lijkt het ook strijdig met het gelijkheidsbeginsel dat de overige inschrijvers zich door de indiening van hun offerte reeds hebben moeten verbinden ten aanzien van de verwerende partij terwijl de bvba Beneens en Zonen als enige de kans zou hebben gekregen om zich pas later te verbinden op het ogenblik dat zij een goede kans zag dat de opdracht aan haar zou worden gegund.

11. Het enige middel is ernstig.

## **BESLISSING**

**De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om de handtekening op de offerte van de bvba Beneens en Zonen te regulariseren en deze inschrijver toe te laten tot de onderhandelingen voor de overheidsopdracht voor de aanneming van werken met betrekking tot aanpassingswerken betreffende brandveiligheid en akoestiek “Het Oude Badhuis”, bijzonder bestek nr. GAC/2013/1984 (PO/14780181).**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                 |                  |
|-----------------|------------------|
| Dierk Verbiest, | kamervoorzitter, |
| bijgestaan door |                  |
| Frank Bontinck, | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Frank Bontinck**

**Dierk Verbiest**