

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK
VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 239.019 van 6 september 2017
in de zaak A. 222.872/XII-8.421.

In zake: de nv YOUSTON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Schruers en tevens door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Sociale Zaken en Volksgezondheid
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Isabelle Cooreman
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586, bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:
de nv MERAK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
Ijzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 augustus 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “[d]e beslissing van onbekende datum uitgaande van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu, [...], waarbij de offerte van Youston NV substantieel onregelmatig werd verklaard in het kader van de opdracht ‘Archiveren en digitaliseren van papieren dossiers’”;

‡AGJRLBGDG-BDAFIAV‡

- “[d]e gunningsbeslissing van ongekende datum uitgaande van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu, [...], waarbij de opdracht ‘Archiveren en digitaliseren van papieren dossiers’ werd toegekend aan de firma Merak NV”;
- “[d]e impliciete beslissing van ongekende datum uitgaande van de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu, [...], waarbij de opdracht ‘Archiveren en digitaliseren van papieren dossiers’ niet werd gegund aan Youston NV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 augustus 2017 heeft de nv Merak gevraagd om in het geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 augustus 2017, om 11.00 uur.

Staatsraad Kaat Leus heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, Patrick Schruers en Tessa Jordens, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Lotte Vanderlinden, die loco advocaat Isabelle Cooreman verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Louise Galot, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire 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 via de FOD Volksgezondheid, Veiligheid van de Voedselketen en Leefmilieu een overheidsopdracht van diensten uit met als voorwerp het archiveren en digitaliseren van papieren archieven.

De opdracht wordt gegund bij wijze van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De aankondiging van de opdracht wordt op 23 augustus 2016 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 27 augustus 2016 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. De “Oproep tot kandidaturen - Selectiefase” bepaalt onder meer dat geïnteresseerde kandidaten hun aanvragen tot deelneming indienen, “hetzij elektronisch via e-tendering, hetzij bij de leidende dienst op volgend adres: [...] en dit, voor 23/09/2016”. De aankondiging vermeldt als “Termijn voor ontvangst van inschrijvingen of deelnemingsaanvragen” in rubriek IV.3.4 “23.9.2016 - 11:00”.

3.3. Blijkens het proces-verbaal van opening dienen 8 ondernemingen waaronder de verzoekende partij en de nv Merak een aanvraag tot deelneming in. Blijkens dit proces-verbaal diende de verzoekende partij haar aanvraag tot deelneming elektronisch in via e-tendering.

3.4. Op 7 oktober 2016 beslist de verwerende partij onder meer de verzoekende partij, de nv Merak en Oasis te selecteren.

3.5. Het bestek nr. FODVVVL/PO/2016-001 wordt meegedeeld. Daaruit blijkt dat de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, optreedt als aanbestedende overheid en

opdrachtencentrale in de zin van artikel 2, 4°, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (artikelen 1 en 3).

Artikel 5 “Indieningsrecht en opening van offertes” van het genoemde bestek luidt:

“Behalve eventuele varianten, mag elke inschrijver slechts één offerte indienen per opdracht. Elke deelnemer aan een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid wordt beschouwd als een inschrijver.

In toepassing van artikel 52, § 2 van het KB van 15 juli 2011, staat de aanbestedende overheid het gebruik van elektronische middelen toe voor het indienen van offertes.

De offertes kunnen op volgende wijzen worden ingediend:

- 1) elektronisch (via de e-tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be/> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 52 van het KB van 15 juli 2011. Meer informatie kan worden teruggevonden op volgende website : <http://www.publicprocurement.be> of via de e-procurement helpdesk op het nummer: +32 (0)2 790 52 00),
- 2) of op papier door middel van een brief (een aangetekend schrijven wordt aanbevolen) opgezonden naar of persoonlijk neergelegd bij de aanbestedende overheid op het volgende adres:
Federale Overheidsdienst Volksgezondheid, Veiligheid van de voedselketen en Leefmilieu;
Ter attentie van Marijke De Meerleer;
Victor Hortaplein 40 bus 10;
1060 Brussel.

De offertes die op papier worden ingediend worden in een omslag gestoken die wordt gesloten. Op deze omslag dienen de volgende vermeldingen te worden aangebracht:

- het nummer van het bestek: FODVVVL/PO/2016-001 ;
- de datum en het uur van de uiterste indiendatum van de offertes;
- het woord «offerte» in de linkerbovenhoek.

De offertes moeten ten laatste op 3 januari 2017 om 11u in het bezit zijn van de aanbestedende overheid. De opening van de offertes zal plaatsgrijpen achter gesloten deuren”.

Artikel 10 “Offertes” luidt:

“10.1. In de offerte te vermelden gegevens.

De aandacht van de inschrijvers wordt gevestigd op artikel 8 van de wet van 15 juni 2006 en artikel 64 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 in verband met de onverenigbaarheden.

De inschrijver wordt met aandrang verzocht om het in bijlage gevoegde offerteformulier te gebruiken.

De offerte en de bijlagen gevoegd bij het offerteformulier worden opgesteld in het Nederlands of in het Frans.

De inschrijver duidt in zijn offerte duidelijk aan welke informatie vertrouwelijk is en/of betrekking heeft op technische of commerciële geheimen en dus niet mag bekendgemaakt worden door de aanbestedende overheid.

De volgende inlichtingen zullen worden vermeld in de offerte :

- de forfaitaire eenheidsprijzen in letters en in cijfers (excl. BTW);
- de handtekening van de persoon of de personen, naargelang het geval, die het mandaat heeft/hebben om de offerte te ondertekenen;
- de hoedanigheid van de persoon of van de personen, naargelang het geval, die de offerte ondertekent/ondertekenen;
- de datum waarop voormelde persoon of voormelde personen, naargelang het geval, de offerte heeft/hebben ondertekend;
- het volledige inschrijvingsnummer van de inschrijver bij de Kruispuntbank van de Ondernemingen (voor de Belgische inschrijvers);

10.2. Geldigheidsduur van de offerte

De inschrijvers blijven gebonden door hun offerte gedurende een termijn van 180 kalenderdagen, ingaande de dag na de uiterste datum voorzien in onderhavig bestek voor het indienen van de offertes.

10.3. Bij de offerte te voegen stalen, documenten en bescheiden.

De inschrijvers voegen bij hun offerte:

- alle documenten gevraagd in het raam van de gunningscriteria (zie rubriek 12 hierna)
- de statuten en alle andere nuttige documenten die de bevoegdheid van de ondergetekende(n) bewijzen;
- alle documenten en stalen die gevraagd worden in het raam van de behoeften (sectie B)".

Artikel 13 "Toegangsrecht - Regelmatigheid van de offertes - Gunningscriteria" van het bestek nr. FODVVVL/PO/2016-001, tot slot, bepaalt onder meer:

"[...]

13.2. Overzicht van de procedure.

In een eerste fase worden de ingediende offertes onderzocht op het vlak van de regelmatigheid. Enkel de regelmatige offertes zullen onderzocht worden op basis van de gunningscriteria vermeld in het bestek en dit met het oog op het samenstellen van een shortlist van inschrijvers waarmee zal onderhandeld worden. Maximum drie inschrijvers zullen in de shortlist kunnen worden opgenomen. Nadien volgt de fase van de onderhandelingen. Ingevolge deze onderhandelingen kunnen de

inschrijvers een Best And Final Offer (BAFO) indienen.

13.3. Regelmatigheid van de BAFO's.

De BAFO's van de inschrijvers die bij de onderhandelingen werden betrokken, zullen worden onderzocht op het vlak van hun regelmatigheid. Onregelmatige BAFO's zullen worden geweerd.

Enkel regelmatige BAFO's komen in aanmerking om te worden getoetst aan de gunningscriteria.

[...]”.

3.6. Op 13 december 2016 wordt een infosessie georganiseerd. De antwoorden op vragen worden op 28 december 2016 meegedeeld.

3.7. De offertes worden geopend op 3 januari 2017. Blijkens het proces-verbaal van opening worden de volgende offertes ingediend:

- “- Youston nv
- Youston NV (Paper)
- Oasis (Paper)
- Merak (Paper)”.

De eerste vermelding “Youston nv” in het proces-verbaal lijkt te verwijzen naar een elektronische overmaking. Volgens de nota werd de initiële offerte door de verzoekende partij elektronisch ingediend en correct ondertekend via eID wat door de verzoekende partij ter terechtzitting wordt betwist omdat volgens haar de offerte werd ondertekend op dezelfde wijze zoals de door haar ingediende *best and final offer* (hierna: BAFO).

3.8. Met een e-mailbericht van 2 februari 2017, heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij meegedeeld dat, na analyse van de ingediende offerte, werd beslist dat zij werd toegelaten tot de volgende ronde van de overheidsopdracht en dat een eerste onderhandelingsronde zal doorgaan op 3 maart 2017.

3.9. De verwerende partij deelt met een e-mailbericht van 3 maart 2017 aan de verzoekende partij de lijsten mee die eerder die dag werden besproken. Zij vermeldt dat zij “graag deze lijst vervolledigd (kwaliteit) en

‡AGJRLBGDG-BDAFIAV‡

eventueel aangepast (prijs) [had] gezien waar nodig en/of voor jullie mogelijk”. Zij vraagt deze lijst terug te zenden vóór 24 maart 2017. Tot slot, wordt vermeld dat aan de hand van een analyse van deze lijst eventueel een nieuw onderhandelingsmoment zal worden voorgesteld.

Met een e-mailbericht van 6 maart 2017 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij “een aangepast bestand [...] na onze onderhandelingen van 3/03/2017” mee, vermeldt zij bijkomende aanpassingen, vraagt voor een toegevoegde lijn ook een eenheidsprijs te voorzien en besluit “[w]ij verwachten alles uitdrukkelijk via mail terug voor 24/03/2017”.

3.10. Met een e-mailbericht van 23 maart 2017 deelt de CEO van de verzoekende partij de ingevulde documenten in Excel en in pdf mee aan de verwerende partij met vermelding dat een aantal punten werd aangepast na input van de vorige meeting.

3.11. Met een e-mailbericht van 19 april 2017 meldt de verwerende partij aan de verzoekende partij dat beslist werd geen nieuwe onderhandelingsronde te houden maar dat de bevoegde Inspecteur van Financiën graag wil dat alle kandidaten opnieuw het volledige dossier overmaken aan de FOD. *In fine* van dat e-mailbericht wordt ook vermeld:

“In bijlage kunt U alvast een nieuw offerteformulier vinden alsook een Excel tabel die de prijslijst en kwaliteitslijst in het oorspronkelijke bestek vervangen.

Gelieve dit nieuwe dossier aandachtig af te handelen zodat procedurefouten kunnen vermeden worden. We raden jullie alvast aan om:

- Alle reeds doorgestuurde info opnieuw te vermelden zodat wij een juiste analyse kunnen maken.
- Alle documenten te voorzien van de juiste handtekeningen”.

3.12. Met een e-mailbericht van 27 april 2017 deelt de CEO van de verzoekende partij “het volledige document [mee] dat ons voorstel omvat”, blijkbaar als pdf-bestand.

3.13. Op 28 april 2017 antwoordt de verwerende partij:

“Bedankt voor jouw voorstel.

Ik noteer gisteren als ontvangstdatum, zo is er zeker geen termijnprobleem, maar ik zou toch willen vragen om ons alles nog eens via de post te bezorgen.

Dit om procedurefouten te vermijden”.

3.14. De verzoekende partij deelt vervolgens dit document (ook) op papier mee.

3.15. De verwerende partij neemt de bestreden beslissing die luidt:

“[...]

I. Wetgeving en opdrachtdocumenten

- Gelet op de wet van 15 juni 2006, Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, onder meer de artikelen 2, 1°, 3, 1°, 4° en 8°, 5, 6 en 26 §§ 2 en 3;
- Gelet op de artikelen 4, 8°, 5, en 8 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten;
- Gelet op het koninklijk besluit van 15 juli 2011, Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, onder meer de artikelen 106 tot 110;
- Gelet op de gemotiveerde beslissing van 20 juli 2016 om beroep te doen op de onderhandelingsprocedure;
- Gelet op de gemotiveerde selectiebeslissing van de kandidaten van 07 oktober 2016;
- Gelet op het bestek;

II. Inschrijvers

- Gelet het feit dat op 3 januari 2017, bij de opening van de offertes de volgende inschrijvers werden genoteerd:

Youston NV

Oasis group

Merak NV

III. Ontvankelijkheid van de offertes

- Gelet op het feit dat de offertes werden ingediend door geselecteerde kandidaten.

Bijgevolg zijn de offertes ontvankelijk.

IV. Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes

De ontvankelijke offertes werden onderzocht op het vlak van hun formele regelmatigheid.

Uit dit onderzoek is gebleken dat alle offertes formeel regelmatig zijn.

V. Onderzoek van de regelmatige offertes in het raam van de shortlist

- Gelet op het feit dat in het bestek vermeld staat dat een shortlist zal worden samengesteld met inschrijvers waarmee onderhandelingen zullen worden gevoerd;
- Gelet op het feit dat het bestek voorziet dat maximum 3 inschrijvers in de shortlist kunnen worden opgenomen;
- Gelet op het feit dat het bestek meerdere gunningscriteria voorziet;
- Gelet op het feit dat de 3 regelmatige offertes die de hoogste eindquotaties hebben behaald in aanmerking komen om in de shortlist te worden opgenomen, op voorwaarde dat de eindquotaties voldoende hoog zijn;
- Gelet op het feit dat, na onderzoek van de regelmatige offertes in het raam van de gunningscriteria vermeld in het bestek, de volgende inschrijvers de hoogste eindquotaties hebben behaald :

YOUSTON NV

OASIS GROUP

MERAK NV

- Gelet op het feit dat de quotaties toegekend voor elk gunningscriterium als volgt kunnen worden gemotiveerd:

Zie bijlage 1

- Gelet op het feit dat de eindquotaties van de voormelde inschrijvers voldoende hoog zijn om hun opname in de shortlist te verantwoorden;
- Gelet op het feit dat de voormelde inschrijvers bijgevolg in de shortlist kunnen worden opgenomen;

VI. De onderhandelingen

- Gelet op het feit dat de inschrijvers opgenomen in de shortlist voor de onderhandelingen werden uitgenodigd en dat deze onderhandelingen ondertussen we[r]den beëindigd;

VII. Onderzoek van de best and final offers in het raam van de gunningscriteria

- Gelet op het feit dat, ingevolge de gevoerde onderhandelingen, de in de shortlist opgenomen inschrijvers een best and final offer hebben ingediend;
- De ontvangelijke offertes werden onderzocht op het vlak van hun formele regelmatigheid.

Uit dit onderzoek is gebleken dat, met uitzondering van de offertes ingediend door YOUSTON NV, alle offertes formeel regelmatig zijn;

De offertes van YOUSTON NV zijn substantieel onregelmatig omwille van de volgende reden/rede(n):

Geen geldige handtekening op laatst ingediende BAFO

De formeel regelmatige offertes werden onderzocht in het raam van de materiële regelmatigheid van de offertes.

Uit dit onderzoek is gebleken dat alle formeel regelmatige offertes materieel regelmatig zijn;

- Gelet op het feit dat de best and final offers werden onderzocht in het raam van de gunningscriteria vermeld in het bestek;
- Gelet op het feit dat de quotaties toegekend voor elk gunningscriterium als volgt kunnen worden gemotiveerd :

Zie bijlage 2

- Gelet op het feit dat uit dit onderzoek gebleken is dat de best and final offer van Merak NV de hoogste eindquotatie heeft behaald;

VIII. Nazicht van de persoonlijke toestand van de inschrijver die voor de

- gunning van de opdracht in aanmerking komt (impliciete verklaring op eer)
- Gelet op het feit dat uit het nazicht van de persoonlijke toestand van MERAK NV blijkt dat de impliciete verklaring op eer van MERAK NV correct is ;
 - Gelet op het feit dat er bijgevolg geen enkel bezwaar bestaat om de opdracht aan deze inschrijver te gunnen;
- [...]”.

Deze beslissing is niet gedateerd maar werd volgens de verwerende partij op 19 juli 2017 door de minister ondertekend.

3.16. De verwerende partij deelt de in punt 3.15 aangehaalde beslissing met een e-mailbericht van 24 juli 2017 en een aangetekende brief verzonden op 25 juli 2017 mee aan de verzoekende partij. In die kennisgevingsbrief zelf wordt vermeld:

“Na een grondig onderzoek van uw offerte heeft de aanbestedende overheid vastgesteld dat deze offerte substantieel onregelmatig is. De aanbestedende overheid heeft bijgevolg beslist uw offerte te weren wegens substantiële onregelmatigheid. In bijlage vindt u de motieven die geleid hebben tot deze beslissing.
Na grondig nazicht is gebleken dat uw ingediende BAFO niet beschikt over een geldige handtekening”.

In fine van deze aangetekende brief wordt vermeld dat de aanbestedende overheid, in toepassing van artikel 11 van “de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten” (hierna: de wet van 17 juni 2013) een wachttermijn zal respecteren van 15 kalenderdagen vanaf de dag na de verzending van deze kennisgeving, alvorens over te gaan tot de sluiting van de opdracht.

IV. Tussenkoms

4. De tussenkomsde partij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende partij meent dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid laattijdig is en bijgevolg niet ontvankelijk. Ook zou de verzoekende partij niet doen blijken van het vereiste belang nu haar offerte terecht als substantieel onregelmatig werd geweerd en haar BAFO na een inhoudelijke beoordeling nooit als eerste zou zijn gerangschikt.

6. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

7. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

8. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het enig middel

9. Een enig middel is afgeleid uit een schending van de artikelen 51, §2, en 82 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011), het toepasselijke bestek nr. FODVVVL/PO/2016-01, de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991) en “[d]e algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel”.

De verzoekende partij zet in haar verzoekschrift, samengevat, wat volgt uiteen. Vooreerst stelt zij dat de “vaststelling” van de verwerende partij dat op de laatst door haar ingediende BAFO geen geldige handtekening zou staan, niet wordt onderbouwd en manifest onjuist is. Die BAFO is, net zoals de aanvraag tot deelneming en de initiële (eerste) offerte, wel degelijk door de

‡AGJRLBGDG-BDAFIAV‡

bevoegde en juiste persoon ondertekend. Krachtens de statuten van de verzoekende partij kan de heer P.V. de verzoekende partij immers formeel rechtsgeldig verbinden als vaste vertegenwoordiger van de VOF V&V Consulting die gedelegeerd bestuurder is en aan wie “als gedelegeerd bestuurder” een zeer ruime bevoegdheid werd toegekend. De algemene vergadering van de verzoekende partij besliste namelijk uitdrukkelijk dat de gedelegeerd bestuurder autonoom alle handelingen mag stellen evenals contracten en verbintenissen mag aangaan, dit zonder dat de uitdrukkelijke goedkeuring van de andere bestuurders noodzakelijk is. De verzoekende partij heeft in haar statuten gebruik gemaakt van de mogelijkheid voorzien in artikel 522, § 2, van het Wetboek van Vennootschappen en via een zogenaamde éénhandtekeningsclausule aan de gedelegeerd bestuurder de uitdrukkelijke bevoegdheid gegeven om de rechtspersoon alleen te vertegenwoordigen. Hieruit kan worden afgeleid dat de gedelegeerd bestuurder, dit is de VOF V&V Consulting, waarbij P.V. werd aangeduid als vaste vertegenwoordiger, wel degelijk kan overgaan tot ondertekening van de offerte, inclusief de ingediende BAFO. Dat op het betrokken offerteformulier op niet expliciete wijze werd verwezen naar de VOF V&V Consulting, doch enkel naar de “gedelegeerd bestuurder” waarvoor P.V. is opgetreden, maakt geen enkel verschil. Het is immers onmiskenbaar P.V. “die de pen vasthoudt” en die bevoegd is om een offerte/BAFO te ondertekenen, waardoor er stevast sprake is van een ondubbelzinnig, geldig en bindend aanbod tot contracteren. De ondertekening van de BAFO (en dus blijkbaar ook van de aanvraag tot deelneming en de initiële offerte) als ongeldig beschouwen, is zonder meer een te formalistische houding van de verwerende partij. Alle elementen uit het door de verzoekende partij ingediende dossier evenals de meegestuurde bewijsstukken tonen immers zonder twijfel aan dat diegene die de offertes diende te ondertekenen effectief P.V. is. Op alle offertes (inclusief de BAFO) staat derhalve de handtekening van de daartoe bevoegde persoon. De verzoekende partij is trouwens steeds transparant geweest en heeft al de noodzakelijke bewijsstukken aangeleverd. Er is derhalve een voldoende zekere, ondubbelzinnige verbintenis in hoofde van de verzoekende partij voorhanden

door de ondertekening van de BAFO door P.V., en het onregelmatig verklaren van de offerte/BAFO van de verzoekende partij is onwettig, minstens niet afdoende gemotiveerd.

Voorts rijst volgens de verzoekende partij de vraag op welke grondslag de verwerende partij is overgegaan tot deze onregelmatigverklaring. Uit de “gemotiveerde” gunningsbeslissing valt immers niet af te leiden “op basis van welke juridische en feitelijkheden verzoekende partij werd uitgesloten tot verdere deelname aan de gunningsprocedure”. Er is met andere woorden geen (dragende) motivering voor deze uitsluiting voorhanden. Het is voor de verzoekende partij dan ook gissen waarom de handtekening van de BAFO ongeldig zou zijn én op welke rechtsgrondslag de verwerende partij heeft besloten tot het substantieel onregelmatig verklaren van haar offerte. De verwerende partij kan zich niet verschuilen achter artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011. Hoofdstuk 6 van dat koninklijk besluit met onder meer de regels inzake de regelmatigheid van de offertes en artikel 95 in het bijzonder zijn niet van toepassing op de voorliggende onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Evenmin werd in het bestek dit hoofdstuk 6 of artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 uitdrukkelijk van toepassing verklaard. In artikel 13.3. “Regelmatigheid van de BAFO’s” van het bestek wordt niet verder gespecificeerd wat er wordt verstaan onder het “regelmatigheidsonderzoek” en er kan dan ook bezwaarlijk worden voorgehouden dat de verwerende partij zich plots, op het einde van de flexibele onderhandelingsprocedure, mag beroepen op dit strenge en rigide artikel 95 zonder dat zij deze bepaling eerder toepasselijk achtte. Aangezien voormeld artikel 95 niet (uitdrukkelijk) van toepassing werd verklaard in het bijzonder bestek, kan dit artikel niet worden toegepast, gelet op het rechtszekerheidsbeginsel en het *patere legem* - beginsel. Overeenkomstig het *patere legem* - beginsel is de aanbestedende overheid voor de keuze van de medecontractant namelijk gebonden door de regels die met betrekking tot deze keuze in de opdrachtdocumenten (inzonderheid het bestek) zijn opgenomen. Op welke rechtsgrondslag de verzoekende partij werd geweerd, blijft dan ook gissen.

Naast het ontbreken van een formele juridische grondslag, ontbreekt bovendien elke feitelijke motivering. De genomen beslissing steunt niet op motieven die de beslissing in feite en naar recht kunnen dragen. Bijgevolg is de beslissing van de verwerende partij om de BAFO van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren niet afdoende gemotiveerd, kennelijk onredelijk en derhalve onwettig.

Tot slot, voert de verzoekende partij in haar verzoekschrift nog aan dat de beslissing tot onregelmatigverklaring van de offerte/BAFO van de verzoekende partij strijdig is met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Zelfs indien de Raad van State van oordeel zou zijn dat de verzoekende partij enige onzorgvuldigheid aan de dag zou hebben gelegd bij de ondertekening van haar BAFO, dan nog mocht de verzoekende partij er terecht van uitgaan dat de ondertekening van haar BAFO correct was. De verwerende partij heeft immers voorafgaand aan de beoordeling van de ingediende BAFO's nooit met enig woord gerept over de niet geldige ondertekening door de verzoekende partij van de door haar ingediende aanvraag tot deelneming noch van de eerdere offertes (die alle door dezelfde bevoegde persoon werden ondertekend). Nochtans blijkt duidelijk uit de bestreden beslissing dat de verwerende partij de regelmatigheid van de eerste offertes heeft onderzocht en tot de conclusie kwam dat al deze offertes formeel regelmatig zijn. Met andere woorden werd de eerste offerte van de verzoekende partij die op eenzelfde wijze werd ondertekend als de BAFO, wel degelijk formeel regelmatig geacht door de verwerende partij. Het gaat dan ook alle redelijkheid voorbij dat de verwerende partij tijdens het regelmatigheidsonderzoek van de BAFO's plots struikelt over de ondertekening van de BAFO van de verzoekende partij. Van een zorgvuldige aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij een mogelijke onregelmatigheid reeds bij de start van het verloop van de procedure opmerkt, vervolgens de inschrijver in kwestie hiervan in kennis stelt en hem alleszins niet doet geloven dat hij een regelmatige offerte heeft ingediend. Gelet op het vertrouwensbeginsel mocht de verzoekende partij er dan ook vanuit gaan dat de ondertekening van haar BAFO, net zoals haar eerste offerte, formeel regelmatig was. Indien zij tijdig had geweten dat de ondertekening van de offerte mogelijks een probleem zou

vormen, dan had zij dit bovendien nog kunnen rechtzetten bij de indiening van haar BAFO. Aangezien de verwerende partij nooit eerder heeft gesteld dat de ondertekening van de offerte niet rechtsgeldig zou zijn, werd aan de verzoekende partij dan ook de kans ontnomen om één en ander aan te passen, voor zover als nodig, *quod non*. Dit maakt minstens een schending uit van het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Beoordeling

10. Artikel 51, § 2, tweede lid, van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 waarvan de schending wordt ingeroepen, bepaalt dat “de offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden”. Artikel 51 van het genoemde koninklijk besluit is automatisch van toepassing op alle gunningsprocedures behoudens de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (zie *a contrario* artikel 106, § 1, eerste lid, 1°, van datzelfde koninklijk besluit) en is dus te dezen toepasselijk. Ook het toepasselijke bestek zelf verwijst in het in punt 3.5 geciteerde artikel 10.1 onder meer naar “de handtekening van de persoon of de personen, naargelang het geval, die het mandaat heeft/hebben om de offerte te ondertekenen”.

11. Ook artikel 82, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 waarvan eveneens de schending wordt ingeroepen, bepaalt dat de inschrijver de offerte, de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte ondertekent. Artikel 82, § 3, van hetzelfde besluit betreft de ondertekening door een gemachtigde en luidt:

“Als de ondertekening gebeurt door een gemachtigde, vermeldt hij duidelijk zijn volmachtgever of volmachtgevers. De gemachtigde voegt bij de offerte de authentieke of onderhandse akte waaruit zijn bevoegdheid blijkt of een afschrift van zijn volmacht. Eventueel verwijst hij naar het nummer van de bijlage van het Belgisch Staatsblad waarin de akte bij uittreksel is bekendgemaakt.

Een volmachtgever kan met het oog op latere opdrachten de volmacht deponeren die hij aan een of meer gemachtigden heeft gegeven. Deze volmacht geldt alleen voor de opdrachten van de aanbestedende overheid waarbij zij is gedeponereerd. De gemachtigde verwijst in iedere offerte naar die deponering”.

Het genoemde artikel 82 is evenwel niet van toepassing op een onderhandelingsprocedure en lijkt ook in het bestek niet van toepassing gemaakt. Het middel lijkt op dat punt dan ook niet ontvankelijk; minstens niet ernstig. Het lijkt zoals verder zal blijken ook niet toegepast.

12. Artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 betreft de verplichting van de aanbestedende overheid om de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze dient daartoe de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak, te onderzoeken. Krachtens paragraaf 2 van datzelfde artikel is een offerte op formeel vlak substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn. Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de zone genoemde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid. Krachtens artikel 95, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 is een substantieel onregelmatige offerte nietig. In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.

Het genoemde artikel 95, dat de aanbestedende overheid verplicht de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, maakt deel uit van hoofdstuk 6 (“Gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag”) van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 en is, zoals de verwerende

partij zelf erkent, als dusdanig niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure zoals te dezen.

Evenwel, lijken ook bij een onderhandelingsprocedure in het bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten te mogen worden gesteld. Hierbij lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de mogelijkheid om een regelmatigheidsonderzoek te voeren, beperkt zou zijn tot de gevallen waarin het bestek het genoemde artikel 95 uitdrukkelijk van toepassing verklaart of de vereisten uitdrukkelijk op straffe van nietigheid voorschrijft. Dat het bestek te dezen in het in punt 3.5 geciteerde artikel 13.3 zelf in een regelmatigheidsonderzoek van de BAFO's voorziet, lijkt wel niet voldoende, zoals ook de verwerende partij erkent, om te besluiten, dat daardoor ook artikel 95 uitdrukkelijk toepasselijk werd gemaakt. De verzoekende partij roept de schending van dit artikel 95 overigens ook niet in.

De onderhandelingsprocedure wordt gekenmerkt door een zekere mate van flexibiliteit. Ze is echter niet onbeperkt en wordt in elk geval begrensd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en door de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek heeft bepaald. Het feit dat artikel 95 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 niet van toepassing is, betekent niet dat inschrijvers niet aan de verplichting zouden moeten voldoen om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het toepasselijke bestek. Ook het ingeroepen *patere legem* - beginsel vereist dat het onderzoek van de offertes wordt gevoerd conform het bepaalde in het bestek.

13. Echter, niet elke onregelmatigheid is substantieel. Indien het bestek een onregelmatigheid niet zelf als substantieel aanmerkt, in het bijzonder in het kader van een onderhandelingsprocedure, komt het de aanbestedende overheid toe om te oordelen, rekening houdend met onder meer het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, of de offerte, behept met een onregelmatigheid, om die reden al dan niet wordt geweerd.

Een voorschrift waarvan de niet-naleving de gelijke behandeling tussen de inschrijvers in het gedrang brengt, lijkt in de regel een substantieel voorschrift uit te maken. Afwijkingen van substantiële bestekvoorschriften hebben in beginsel de substantiële onregelmatigheid van de betrokken offerte tot gevolg en perken de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid in.

Dit geldt ook voor een formele onregelmatigheid. De voorgeschreven formaliteit moet essentieel zijn wat ook kan voortvloeien uit de aard van de formaliteit zelf zoals de ondertekening van de offerte aangezien het via de ondertekening is dat de inschrijver zich verbindt.

Door middel van de ondertekening komt immers de ondubbelzinnige verbintenis vast te staan van de inschrijver ten aanzien van de aanbestedende overheid. Is er geen handtekening dan is de aanbestedende overheid niet zeker of de inschrijver zich in kwestie wel verbonden heeft en of bijgevolg de opdracht wel zal worden uitgevoerd.

14. In dat licht en in het licht van het te dezen toepasselijke artikel 51 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011, lijkt in deze stand van het geding te mogen worden aangenomen dat de ondertekening van een offerte ook in een onderhandelingsprocedure een substantiële formaliteit is waarvan de niet-naleving de nietigheid van de offerte wegens substantiële onregelmatigheid tot gevolg heeft. Dit geldt des te meer wanneer zoals te dezen, het toepasselijke bestek verwijst naar een handtekening van de offerte en een regelmatigheidsonderzoek van de BAFO en de verwerende partij, bij het opvragen van de BAFO, in een e-mailbericht van 19 april 2017 zoals geciteerd in punt 3.11, nogmaals aanraadt om “[a]lle documenten te voorzien van de juiste handtekeningen”.

15. In de huidige stand van het geding wordt verder met de verwerende partij vastgesteld dat de BAFO van de verzoekende partij in de pdf-versie die via e-mail werd meegedeeld enkel een gescande handtekening van de vaste vertegenwoordiger, dit is de heer P.V., van de gedelegeerd bestuurder, te dezen de VOF V&V Consulting, lijkt te bevatten, en dat dit ook de handtekening is afgedrukt op de papieren versie.

In zijn arrest inzake de nv I-21 Belgium, nr. 141.559 van 3 maart 2005, waarnaar de verwerende partij verwijst, oordeelde de Raad van State, weliswaar nog in het kader van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 als volgt:

“Overwegende, wat de voormelde artikelen 89 en 110, § 2, betreft, dat de kwestieuze offerte bij het indienen ervan en bij de opening der offertes op 5 november 2004 ook volgens de verzoekende partij zelf geen originele handtekening droeg maar enkel een gescande handtekening; dat de verzoekende partij ervan lijkt uit te gaan dat een dergelijke ‘ondertekening’ in rechte volstaat zonder zulks in wezen nader te argumenteren; dat de verwerende partij daarentegen in de bestreden beslissing steunt op de zienswijze, dat een originele handtekening vereist is, maar eveneens zonder deze in de nota nader, met juridische argumenten, te onderbouwen;

Overwegende dat een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij uitstek niet de plaats is om een juridische twistvraag te beslechten met grote implicaties - namelijk of een gescande handtekening op een offerte gelijkstaat aan een handgeschreven handtekening; dat hetzelfde geldt voor de vraag of een gescande handtekening na opening der offertes mag worden vervangen door een handgeschreven handtekening die alsdan de offerte regelmatig zou maken; dat te dezen enkel kan worden opgemerkt, prima facie, dat rechtspraak in het verleden doorgaans, in gevallen waar in het rechtsverkeer een handtekening is vereist, andere dan originele handgeschreven ondertekeningsvormen verwierp; dat in het domein van de overheidsopdrachten, tot de invoering in het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 van titel IIIbis - Voorwaarden voor het gebruik van elektronische middelen, door het koninklijk besluit van 18 februari 2004, de regelgeving geen specifieke bepaling lijkt te bevatten over de vorm van de handtekening; dat thans in artikel 81ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 uitdrukkelijk wordt bepaald aan welke vereisten een elektronische handtekening moet voldoen, als één van de waarborgen die de elektronische middelen moeten bieden; dat een elektronisch middel in artikel 81bis, 2°, omschreven wordt als ‘middel waarbij gebruik wordt gemaakt van elektronische apparatuur voor

gegevensverwerking (met inbegrip van digitale compressie) en gegevensopslag alsmede van verspreiding, overbrenging en ontvangst per draad, straalverbinding, langs optische weg of met andere elektromagnetische middelen[‡]; dat, ongeacht de vraag of een gescande handtekening als een dergelijke elektronische handtekening mag worden aangemerkt, ter zake de vaststelling volstaat dat offertes krachtens artikel 81quater, § 1, van dat koninklijk besluit enkel via elektronische middelen kunnen worden ingediend wanneer dit in de te publiceren aankondiging of het bestek, naar gelang het geval, is toegelaten; dat zulks te dezen niet het geval is;

Overwegende dat, rekening gehouden met hetgeen voorafgaat, vooreerst niet lijkt te mogen worden aangenomen dat na de opening der offertes een offerte nog geldig kan worden ondertekend aangezien zulks de gelijkheid van de inschrijvers kan verstoren omdat op dat ogenblik prijzen bekend zijn; dat voorts de niet ondertekening van een offerte in principe een substantiële onregelmatigheid lijkt aangezien zulks onzekerheid met zich kan meebrengen betreffende de verbintenissen van de inschrijvers; dat aldus op het eerste gezicht te dezen de verwerende partij de betrokken offerte kon of zelfs diende te weren, omdat zij niet ondertekend was en terecht geen rekening hield met een ondertekening na het indienen van de offerte des te meer daar zulks te dezen na de opening van de offertes is gebeurd; dat ten slotte nog de vraag rijst of aan die conclusie afbreuk wordt gedaan omdat de betrokken offerte initieel een gescande handtekening droeg; dat in de huidige stand van het geding moet worden aangenomen dat een dergelijke ‘ondertekening’ te dezen gelijkstaat met afwezigheid van een ondertekening, alleen reeds omdat het gebruik van elektronische middelen voor het indienen van de offerte in elk geval noch in het bestek noch in de aankondigingen was voorzien”.

Het eerdergenoemde artikel 51 evenals artikel 52, §1, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011, dat te dezen nog van toepassing is, en die van toepassing zijn op een onderhandelingsprocedure met bekendmaking (zie *a contrario* artikel 106, § 1, eerste lid, 1°), luiden:

“Art. 51. § 1. Elke aanvraag tot deelneming wordt individueel en schriftelijk of telefonisch ingediend.

Wanneer de aanvraag wordt ingediend per telefax of via een elektronisch middel dat niet in overeenstemming is met artikel 52, § 1, kan de aanbestedende overheid met het oog op een juridisch bewijs verzoeken dat deze aanvraag per brief of via elektronische middelen die in overeenstemming zijn met artikel 52, § 1, wordt bevestigd. In dat geval worden dit verzoek, alsook de termijn binnen dewelke de bevestiging moet gebeuren, vermeld in de aankondiging van opdracht.

Wanneer de aanvraag per telefoon wordt ingediend, wordt deze per brief of via elektronisch middel dat in overeenstemming is met artikel 52, § 1,

[‡]AGJRLBGDG-BDAFIAV[‡]

bevestigd vóór het verstrijken van de termijn bepaald voor haar ontvangst.
§ 2. Elke offerte wordt schriftelijk ingediend.

De offerte wordt ondertekend door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de inschrijver te verbinden. Dit voorschrift geldt voor alle deelnemers als de offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid. De deelnemers zijn dan hoofdelijk verbonden en zijn verplicht de deelnemer aan te duiden die de combinatie zal vertegenwoordigen tegenover de aanbestedende overheid.

Art. 52. § 1. Wanneer elektronische middelen worden gebruikt voor het indienen van aanvragen tot deelneming of offertes, bieden ze ten minste de waarborg:

1° dat de elektronische handtekening 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. Voor de aanvragen tot deelneming geldt deze eis enkel voor zover de aanbestedende overheid de ondertekening ervan oplegt;
[...].”

In zijn arrest inzake de nv Iris, nr. 230.176 van 12 februari 2015, overweegt de Raad van State onder meer dat aan de voorwaarde van dit artikel 52, § 1, eerste lid, 1°, niet is voldaan wanneer de inschrijver op zijn offerte een ingescande handtekening heeft aangebracht (zie ook het arrest inzake de bvba Estate and Landscape Management, nr. 223.636 van 29 mei 2013, dat betrekking had op het destijds toepasselijke artikel 81 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 waarvan artikel 81^{quater}, wat de omschrijving van de elektronische handtekening betreft, vergelijkbaar is met huidig artikel 52 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011):

“Het op de opdracht toepasselijke bestek bepaalt dat de offertes elektronisch worden ingediend via de e-tendering website die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 52, § 1, koninklijk besluit Plaatsing. Artikel 82, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt dat de inschrijver de offerte ondertekent, en de eventuele samenvattende opmeting of inventaris en de andere bijlagen bij de offerte. Deze vereiste geldt eveneens wanneer de offertes elektronisch worden ingediend. Artikel 52, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing bepaalt daartoe aan welke waarborgen de elektronische handtekening moet voldoen. Bij de procedure van het elektronisch indienen van een offerte lijkt de ondertekening van de offerte te gebeuren op het moment van het elektronisch ondertekenen.

Uit artikel 52, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing volgt dat wanneer een offerte op elektronische wijze wordt ingediend, deze dient te zijn voorzien van een elektronische handtekening 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.

Een ingescande handtekening, zoals te dezen de handtekeningen die zijn vermeld op het ingescande offerteformulier, voldoet op het eerste gezicht niet aan de vereisten van een elektronische geavanceerde handtekening zoals voorgeschreven door artikel 52, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing. De aanbestedende overheid mocht te dezen dan ook enkel rekening houden met de elektronische handtekening, uitgevoerd door S.D.K. Uit de bij de offerte gevoegde volmachten blijkt niet dat S.D.K. over enige bevoegdheid beschikte om de offerte te ondertekenen, wat de verzoekende partij ook niet beweert, zodat de offerte van de verzoekende partij met een substantiële onregelmatigheid is aangetast”.

16. Te dezen werd de BAFO via e-mail meegedeeld en een papieren versie via post. Vastgesteld wordt verder dat het toepasselijke bestek te dezen niet oplegt dat de offerte elektronisch wordt ingediend, maar wel bepaalt dat, indien dit gebeurt, de offerte via e-tendering wordt ingediend (zie het in punt 3.5 geciteerde artikel 5). Nog daargelaten dat een e-mail geen indiening via e-tendering lijkt en (bijgevolg) of conform het bestek wel rekening kan worden gehouden met die verzending via e-mail, blijkt niet - en de verzoekende partij beweert dit ook niet, laat staan dat zij dit aantoon in het verzoekschrift - dat een gescande handtekening een “elektronische handtekening [is 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”, zoals artikel 52, § 1, eerste lid, 1°, van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011 vereist.

17. In de mate de BAFO ook via post werd meegedeeld, beweert de verzoekende partij niet - laat staan dat zij dit aantoon in het verzoekschrift -, waarom de, zo lijkt, uitgeprinte afbeelding van de gescande handtekening op het pdf-document met een (geldige) ondertekening kan worden gelijkgesteld.

Op het eerste gezicht lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat de offerte van de verzoekende partij door het ontbreken van een geldige handtekening moet worden beschouwd als een offerte die niet werd ondertekend, wat de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich meebrengt.

In de mate in het middel nog wordt aangevoerd dat er in de bestreden beslissing geen afdoende formelemotivering voorhanden is nu daarin niet wordt aangegeven waarom er geen geldige handtekening is (wat dan op zijn beurt zou moeten verklaren waarom de ongeldigheid van een gescande handtekening niet in het verzoekschrift werd betwist), rijst de vraag of de verzoekende partij hiermee niet vraagt naar de motieven van de motieven. Voorts wordt vastgesteld dat bezwaarlijk kan worden aangenomen dat de verzoekende partij niet wist hoe te dezen werd ondertekend. In die omstandigheden lijkt al even bezwaarlijk te kunnen worden aangenomen dat zij niet kon weten dat de formelemotivering, namelijk “[g]een geldige handtekening op laatst ingediende BAFO”, op het aspect “gescande handtekening” zou slaan en niet op de bevoegdheid van de ondertekenaar van de BAFO.

Daargelaten of dit dan nog mogelijk zou zijn, argumenteert de verzoekende partij in feite ook ter terechtzitting niet dat een gescande handtekening “geplakt” op de offerte een geldige handtekening zou zijn. Wel argumenteert zij op de terechtzitting dat er geen twijfel over kan bestaan dat P.V. als vaste vertegenwoordiger van de gedelegeerd bestuurder, dit is de VOF V&V Consulting, de bedoeling had deze te verbinden nu hij aldus, dit is met een gescande handtekening, ook de initiële offerte indiende en hem door de verwerende partij werd gevraagd de BAFO ook in een papieren versie in te dienen.

Herhaald wordt dat de geldige ondertekening van een offerte een substantiële eis van regelmatigheid lijkt nu door middel van de ondertekening de ondubbelzinnige verbintenis van de inschrijver ten aanzien van de

aanbestedende overheid komt vast te staan en dat, wanneer er geen handtekening is, de aanbestedende overheid niet zeker is of de inschrijver zich in kwestie wel verbonden heeft en of bijgevolg de opdracht wel zal worden uitgevoerd. Blijkens de rechtspraak kan dit euvel niet worden geregulariseerd. Te dezen is er zoals hiervoor is uiteengezet, geen geldige ondertekening.

In de huidige stand van het geding blijkt dan ook niet dat de verwerende partij ten onrechte heeft geoordeeld dat er “[g]een geldige handtekening” staat op de BAFO van de verzoekende partij en dat die BAFO daarom substantieel onregelmatig is en werd geweerd.

18. De argumentatie in het enig middel van het verzoekschrift dat de vaste vertegenwoordiger van de VOF V&V Consulting waarbij die laatste gedelegeerd bestuurder is op basis van een éénhandtekeningsclausule wel degelijk geldig de BAFO kon ondertekenen, is bij dit alles niet relevant nu de BAFO niet werd geweerd omdat de persoon die ondertekende niet bevoegd zou zijn, maar wegens het feit dat een gescande handtekening geen geldige handtekening is.

19. Bijgevolg is het middel niet ernstig in de mate het steunt op de schending van artikel 51, § 2, en 82 van het koninklijk besluit plaatsing van 15 juli 2011. Evenmin lijkt het bestek of het *patere legem* - beginsel geschonden of lijken de bestreden beslissingen niet te steunen op voldoende draagkrachtige motieven zodat ook de materiële motiveringsplicht niet geschonden lijkt.

20. Nog daargelaten de vraag of de verzoekende partij terecht, wat de ondertekening betreft, het indienen van een offerte vergelijkt met het indienen van een aanvraag tot deelneming, lijkt dan evenmin onzorgvuldig of onredelijk gehandeld of het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel geschonden doordat de aanvraag tot deelneming en initiële offerte wel werden aanvaard, ook al zouden die door dezelfde persoon zijn ondertekend. De identiteit van de persoon die de BAFO ondertekende is immers niet het motief voor het weren ervan.

Bovendien benadrukt de verwerende partij in de nota dat de aanvraag tot deelneming en de initiële offerte door de verzoekende partij elektronisch werd ingediend en geldig ondertekend met een eID. Dit vindt minstens voor de aanvraag tot deelneming bevestiging in het administratief dossier, maar blijkt, wat de initiële offerte betreft, zoals ook de verzoekende partij op de terechtzitting opmerkt, niet onmiddellijk uit het administratief dossier. De verzoekende partij betoogt ter zitting dat haar initiële offerte “op dezelfde manier werd ondertekend als de BAFO”.

Deze betwisting lijkt te dezen niet bepalend voor de oplossing van het geschil. Minstens lijkt een inschrijver die een BAFO indient die niet identiek is aan de initiële offerte er immers bezwaarlijk zonder meer op te kunnen vertrouwen dat alleen omdat de regelmatigheid van een eerste offerte - misschien ten onrechte - werd aanvaard, de verwerende partij vervolgens niet meer de regelmatigheid van de BAFO kan en in principe moet onderzoeken; en, in voorkomend geval, moet oordelen dat deze BAFO substantieel onregelmatig is wegens ongeldige handtekening, ook wanneer die reden zou gelden voor de initiële offerte. Dit lijkt des te meer te gelden wanneer het bestek, zoals dat te dezen het geval is, enkel verwijst naar het onderzoek van de regelmatigheid van de BAFO (zie artikel 13.3 van het bestek geciteerd in punt 3.5). Het is immers, zo lijkt, die BAFO die dan de verbintenis bevat.

21. Tot slot moet de bestreden beslissing teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 8°, van de wet van 17 juni 2013 waarvan de schending eveneens wordt ingeroepen, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”, die “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering” bevat. Deze motieven hebben “met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op het bevinden van de niet gelijkwaardigheid van de voorgestelde oplossingen aan de technische specificaties of het niet voldoen aan de vastgestelde prestatie-eisen of functionele eisen”.

De in punt 3.15 geciteerde bestreden beslissing vermeldt uitdrukkelijk als reden voor het substantieel onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij: “[g]een geldige handtekening op laatst ingediende BAFO”.

Nog daargelaten dat dit om de redenen uiteengezet in punt 17 in de omstandigheden van deze zaak een afdoende formelemotivering lijkt die de verzoekende partij in staat stelde zich ter zake in rechte te verweren ook wat betreft de gescande handtekening, feit waarvan zij bezwaarlijk zelf geen kennis kon hebben, lijkt de verzoekende partij in ieder geval geen belang te hebben bij dit middelonderdeel nu eerder werd geoordeeld dat haar BAFO terecht werd geweerd.

VIII. Besluit

22. Het enig middel is in zijn geheel niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Merak tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwierpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes september tweeduizend zeventien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Kaat Leus,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Elisabeth Impens,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Kaat Leus