

Onregelmatig gehandtekende offerte: ambtshalve exceptie van onontvankelijkheid⁽¹⁾

SOPHIE BLEUX
Advocaat
Praktijassistent KUL
&
KRIS WAUTERS
Rédacteur en chef

Feitelijke en procedurele elementen

De MIVB schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een opdracht van diensten met als voorwerp « raamovereenkomst met één of meer taxioperatoren voor de ritten die niet uitgevoerd worden door de minibussen van de MIVB ». Het gaat om een overheidsopdracht vallende onder de speciale sectoren. In de aankondiging raamt men de totale waarde van de raamovereenkomst op 1.500.000 euro en 2.100.000 euro exclusief btw. Tevens bepaalt de MIVB het maximumaantal deelnemers op 3.

Tijdens de periode dat de potentiële inschrijvers hun offertes aan het voorbereiden zijn, verschijnt een terechtwijzend bericht in het Bulletin der Aanbestedingen. Daarin bepaalt de MIVB dat het verrichten van de dienstenopdracht voorbehouden is aan een welbepaalde beroepsgroep. Zo dienen de kandidaten te verzekeren dat alle chauffeurs, die tewerkgesteld zullen worden in het kader van de opdracht, beschikken over alle vereiste vergunningen voor het besturen van taxi's op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. De verzoekende partij dient tijdig een aanvraag tot deelneming in. De MIVB gaat op 12 april 2016 over tot het nemen van de selectiebeslissing waarbij besloten wordt om de verzoekende partij niet te selecteren. De MIVB motiveert de niet-selectie op grond van het niet voorleggen van een vergunning van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor het besturen van taxi's op diens grondgebied.

Verzoekende partij stelt tegen voormelde beslissing tot niet-selectie een schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

Alvorens een onderzoek te voeren naar de middelen onderzoekt de Raad in de eerste plaats de ontvankelijkheid van de vordering en voert daarbij

een ambtshalve exceptie aan. In de eerste plaats herhaalt de Raad dat in het kader van een spoedprocedure zoals deze slechts een beperkt onderzoek gewijd kan worden aan de ontvankelijkheid van de vordering. Evenwel sluit dit beperkt onderzoek volgens de Raad de mogelijkheid van een ambtshalve exceptie niet uit wanneer deze een zeer hoge graad van ernst vertoont op grond van een summier en prima facie onderzoek. De ambtshalve exceptie werd ter terechtzitting opgeworpen door de Auditeur in diens mondeling advies.

Naar oordeel van de Auditeur, zoals bijgevallen door de Raad, is de vordering onontvankelijk wegens het gebrek aan belang omdat de verzoekende partij niet geselecteerd kon worden. Reden hiertoe betrof het gebrek in de ondertekening van de aanvraag tot deelneming.

De Auditeur onderzoekt in de eerste plaats de statuten van verzoekende partij zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad en legt deze naast het geraamde bedrag van de dienstenopdracht zoals opgenomen in de aankondiging. Blijkens de statuten kan de verzoekende partij enkel rechtsgeldig vertegenwoordigd worden in alle handelingen in en buiten rechte door de handtekening van minstens twee bestuurders waarvan minstens één van klasse A en minstens één van klasse B. Tevens wordt het begrip 'dagelijks bestuur' gedefinieerd in de statuten. Zo bepalen de statuten dat verbintenissen boven een bedrag van 150.000,00 euro niet vallen onder dagelijks bestuur. Handelingen van dagelijks bestuur kunnen rechtsgeldig worden gesteld door onder andere een afgevaardigde-bestuurder.

In de tweede plaats onderzoekt de Auditeur de aanvraag tot deelneming. Daarbij stelt hij vast dat deze ondertekend is door « Hans De Schutter, Afgev. Bestuurder ». Uit de statuten blijkt dat de

(1) Opmerkingen bij RvS 24 mei 2016, nr. 234.821, *NV Taxi Hendriks*.



heer De Schutter vaste vertegenwoordiger is van de bvba DoS. De bvba DoS is benoemd als bestuurder klasse B van de verzoekende partij.

De ondertekening wordt gebrekkig bevonden doordat deze niet ondertekend is door twee bestuurders waarvan minstens één klasse A en minstens één klasse B. Bovendien vormt het geen daad van dagelijks bestuur. Hierdoor is de bvba DoS, met als vaste vertegenwoordiger de heer De Schutter, niet gemachtigd om in diens hoedanigheid van gedelegeerd bestuurder de aanvraag tot deelneming te ondertekenen. Het gaat immers om een opdracht die de grens van 150.000 euro overschrijdt, gelet op het geraamde bedrag van 1.500.000,00 euro tot 2.100.000,00 euro. Ook wanneer het maximum aantal deelnemers zou toegelaten worden tot de raamovereenkomst, heeft de opdracht een geraamde waarde van 500.000,00 à 700.000,00 euro per deelnemer. Daarbij merkt de Raad samen met de Auditeur op dat in de aanvraag tot deelneming geen uitzonderlijke volmacht aan de bvba DoS werd gevoegd, waaruit zij blijken dat zij alsnog gemachtigd zou zijn geweest om een dergelijke bijzonder zware verbintenis namens de vennootschap aan te gaan. Als conclusie geldt dat uit geen enkel stuk blijkt dat de aanvraag tot deelneming ondertekend zou zijn geweest door een bestuurder klasse A.

In het arrest brengt de Raad van State de wettelijk definitie van de aanvraag tot deelneming, zoals bepaald in artikel 2, 7°, van de wet van 15 juni 2006 'overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten', in herinnering: « de schriftelijke en uitdrukkelijke wilsuiting door een kandidaat om geselecteerd te worden voor een opdracht, een lijst van geselecteerden of een kwalificatiesysteem ». Daarnaast herhaalt de Raad dat een rechtsgeldige aanvraag tot deelneming ondertekend moet zijn door de persoon of personen die bevoegd of gemachtigd zijn om de kandidaat te binden. Hierbij verwijst de Raad naar artikel 56, § 1, laatste lid van het Koninklijk besluit van 16 juli 2012 'plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren'. Vervolgens stelt de Raad dat er slechts sprake kan zijn van een schriftelijke en uitdrukkelijke wilsuiting, wanneer de aanvraag tot deelneming geldig ondertekend is. Een niet-rechtsgeldige ondertekening wordt gesanctioneerd met de vaststelling dat deze in rechte zonder waarde is of minstens dat deze nietig is. Het gaat volgens de Raad immers om een substantieel en niet-herstelbaar vormgebrek.

Bijgevolg had de aanbestedende overheid de aanvraag moeten weren.

Doordat de aanvraag tot deelneming niet ondertekend is door de bevoegde of gemachtigde personen, diende de aanbestedende overheid deze te weren. Dit impliceert volgens de Auditeur, zoals bijgevallen door de Raad, dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering nu zij onmogelijk geselecteerd kon worden.

Op grond van de uitspraak van dit arrest gaan de auteurs in op twee aspecten: 1) het ambtshalve inroepen van een exceptie van onontvankelijkheid en 2) het ondertekenen van een aanvraag tot deelneming op straffe van een substantiële onregelmatigheid.

Ambtshalve exceptie

In het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in het overheidsopdrachtencontentieux is een ambtshalve exceptie eerder een rariteit. Het arrest is zelfs onder de ambtshalve excepties uniek te noemen daar zij voor het eerst betrekking heeft op de regelmatigheid van de inschrijving. De eerder opgeworpen ambtshalve excepties betroffen ofwel de rechtsmacht van de Raad van State⁽²⁾ ofwel de laattijdigheid van de vordering⁽³⁾ ofwel het ontbreken van een uitvoerbare gunningbeslissing en zodoende aanvechtbare beslissing⁽⁴⁾. Daar waar in het verleden de ambtshalve excepties quasi evidenties betroffen, die slechts een zeer summier onderzoek van de zaak vereisten, gaat huidige exceptie een stap verder. Voormelde exceptie vereist een 'eigen' onderzoek van de aanvraag tot deelneming of in voorkomend geval van de offerte. De onregelmatigheid van de aanvraag tot deelneming werd immers niet opgemerkt door de MIVB, noch bij de selectie, noch tijdens de procedure voor de Raad. De vraag rijst of een dergelijk exceptie, welke een concreet onderzoek naar de inschrijving vereist, een 'beperkt onderzoek' uitmaakt. Bovendien blijkt uit het arrest dat de Auditeur toch een vrij verregaand onderzoek heeft moeten doen om de onregelmatigheid vast te stellen.

In de rechtspraak van de Raad is een hele evolutie waar te nemen aangaande de (substantiële) onregelmatigheid van de offerte als exceptie van onontvankelijkheid. Het belang dat een verzoekende partij kan hebben bij het aanvechten

(2) RvS 5 juli 2013, nr. 224.281, *BVBA GOBERT ADVOCATEN*.

(3) RvS 3 februari 2011, nr. 210.696, *BORCHERS KREISLAUFWIRTSCHAFT GMBH*.

(4) RvS 5 maart 2013, nr. 222.725, *NV FIRE TECHNICS*.



van een gunningsbeslissing of een beslissing tot niet-selectie is tweeledig. Ofwel bestaat het belang van de verzoekende partij erin om opnieuw op zijn minst een kans te maken om de betrokken opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren.⁽⁵⁾ Ofwel bestaat het belang van de verzoekende partij erin om vast te stellen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden toegelikt.⁽⁶⁾ Wanneer tijdens de procedure voor de Raad blijkt dat de offerte of de aanvraag tot deelneming substantieel onregelmatig is, ook al werd dit niet vastgesteld in de bestreden beslissing, noopt de vaststelling dat de verzoekende partij geen belang heeft bij de vordering nu zij onmogelijk in aanmerking kan komen voor de gunning of de selectie.⁽⁷⁾ De verzoekende partij heeft immers geen enkele kans om de betrokken opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren, zelfs indien de Raad over zou gaan tot schorsing van de bestreden beslissing. Enkel indien de verzoekende partij tijdens de procedure voor de Raad zou kunnen aantonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund, behoudt zij haar belang bij de vordering.⁽⁸⁾

In het verleden beoordeelde de Raad dergelijke excepties, waarbij de verwerende partij de onregelmatigheid van de offerte voor het eerst tijdens de procedure voor de Raad inriep, zeer streng. Als uitgangspunt gold dat een verwerende partij zich in principe niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State mag beroepen op een onregelmatigheid indien deze niet in de bestreden beslissing werd vastgesteld.⁽⁹⁾ De Raad onderzocht daarbij stevast of in het gunningsverslag of in de gunningsbeslissing enige beslissing wordt voorgesteld of genomen aangaande deze onregelmatigheid. Van zodra dat de Raad vaststelde dat dit niet het geval is, werd de exceptie in de regel verworpen zonder daarbij een onderzoek te voeren naar de gegrondheid van de onregelmatigheid.⁽¹⁰⁾

De Raad lijkt hiervan afstand te hebben genomen onder meer in een arrest van 30 juni 2016, nr. 235.288.⁽¹¹⁾ De Raad stelde uitdrukkelijk dat het niet vermelden in het gunningsverslag van de

substantiële onregelmatigheid, geen afbreuk doet aan de vaststelling dat zij geen belang heeft bij haar vordering nu zij hoe dan ook niet in aanmerking kan komen voor de gunning. Het is duidelijk dat de Raad met dit arrest het geweer van schouder gewisseld heeft. Daar waar een verwerende partij in het verleden zich niet kon beroepen op de onregelmatigheid van de offerte indien deze pas voor het eerst in de procedure voor de Raad dit vaststelde, wordt dit heden wel aanvaard door de Raad.

Het besproken arrest van 24 mei 2016 vormt ons inziens een bevestiging van de hierboven omschreven evolutie. Het ambtshalve opwerpen van de substantiële onregelmatigheid, wegens een gebrek in ondertekening, vergroot het belang van de handtekening. Zelfs indien de aanbestedende overheid het gebrek niet zou hebben gedetecteerd, kan dit ambtshalve worden opgeworpen om de onontvankelijkheid van de vordering vast te stellen.

Huidige evolutie in de rechtspraak van de Raad kan enigszins worden aangemoedigd aangezien het de zaken vereenvoudigt. De onregelmatigheid kan onmiddellijk worden vastgesteld zonder dat een nieuwe gunningsbeslissing moet worden genomen bij een eventuele schorsing. Anderzijds vraagt dit, naar ons gevoel, de scheidingslijn tussen de rechterlijke macht en het bestuur. In dat kader verwijzen de auteurs naar een recent arrest van de Franstalige Kamer, waar deze oordeelt dat indien een aanbestedende overheid het ontbreken van een handtekening als een substantiële onregelmatigheid beschouwt, zij formeel moet motiveren waarom zij dit alsdusdanig kwalificeert⁽¹²⁾. De Raad lijkt aldus te erkennen dat de aanbestedende overheid een bepaalde beoordelingsbevoegdheid heeft.

Substantieel vormgebrek

Artikel 56, § 1, laatste lid KB Plaatsing speciale sectoren bepaalt dat een kandidaat zijn aanvraag tot deelneming moet ondertekenen om hem te verbinden. Eigenaardig genoeg bevat artikel 51, § 1,

(5) RvS 2 december 2005, nr. 152.172, *NV BOUCHER*; RvS 27 april 2006, nr. 157.991, *NV INGENIEURS-EN ARCHITECTENBUREAU ESSA*; RvS 12 juli 2007, nr. 173.479, *NV GENERAL INDUSTRIAL ASSISTANCE CATARO*; RvS 15 januari 2009, nr. 189.473 en *NV XEROX* en RvS 8 december 2011, nr. 216.743, *NV ATS*.

(6) RvS 30 juni 2016, nr. 235.288, *NV DRANKEN PEDE*.

(7) Zie reeds D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht van de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, 609, nr. 1264.

(8) RvS 3 februari 2011, nr. 211.015, *VZW BILZERSE AMBULANCEDIENST*.

(9) RvS 3 februari 2011, nr. 211.015, *VZW BILZERSE AMBULANCEDIENST*; RvS 27 oktober 2011, nr. 216.093, *NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK*; RvS 18 juni 2013, nr. 223.934, *BVBA SIX*.

(10) RvS 27 oktober 2011, nr. 216.093, *NV BOUWBEDRIJF VMG-DE COCK* en RvS 18 juni 2013, nr. 223.934, *BVBA SIX*.

(11) RvS 30 juni 2016, nr. 235.288, *NV DRANKEN PEDE*.

(12) RvS 17 oktober 2016, nr. 236.136, *Nollevaux*.



KB Plaatsing klassieke sectoren geen vergelijkbare bepaling.

Aan het al dan niet ondertekenen van de aanvraag tot deelneming koppelt de Koning zelf geen enkele sanctie. De handtekening moet de aanbestedende overheid zekerheid geven dat de kandidaat zich verbindt. Echter, door het aanvaarden van de aanvraag tot deelneming komt op zich geen verbintenis tussen de kandidaat en de aanbestedende overheid tot stand. De aanvraag tot deelneming leidt, in het raam van een onderhandelingsprocedure, slechts tot de eventuele selectie van de onderneming. In die zin bevreemdt het dat de Koning een handtekening vraagt om zeker te zijn van een verbintenis.

Reeds heel vroeg erkende de Rechtbank van Koophandel te Brussel dat een offerte gehandtekend moet zijn opdat zij zou kunnen leiden tot een overeenkomst.⁽¹³⁾ Daarbij bevestigde de rechtsleer tevens dat een aanbestedende overheid moet nagaan of de bevoegde persoon de rechtspersoon heeft verbonden.⁽¹⁴⁾ Een offerte ondertekend door een niet-bevoegd persoon staat gelijk met een niet ondertekende offerte.⁽¹⁵⁾

Het niet of ongeldig ondertekenen van een offerte heeft de Raad van State steeds aanzien als een substantiële onregelmatigheid.⁽¹⁶⁾ Flamme erkende dit ook reeds in zijn *Traité* van 1969.⁽¹⁷⁾ Het gaat om een essentieel voorschrift dat de

aanbestedende overheid de zekerheid moet geven dat de inschrijver zich heeft gebonden en geldig is verbonden. De offerte is immers het aanbod in het raam van de overeenkomst, die nadien tot stand komt als de aanbestedende overheid kiest voor die bepaalde offerte.⁽¹⁸⁾ Een rechtspersoon is geldig verbonden door de statutair bevoegde persoon.⁽¹⁹⁾

De leer inzake onregelmatige offertes werkt echter niet door naar aanvragen tot deelneming en is in beginsel ook niet toepasselijk in het raam van een onderhandelingsprocedure. De Raad van State heeft hier bijgevolg een eigen sanctie gecreëerd. De Auditeur omschrijft het in zijn verslag als een substantieel vormgebrek. Hij koppelt dit aan het feit dat in dat geval de aanvraag tot deelneming niet als de schriftelijke en uitdrukkelijk wilsuiking vanwege de kandidaat kan worden beschouwd, zoals vereist door artikel 2, 7°, Wet van 15 juni 2006.

De auteurs vinden het echter een te verregaande sanctie. Immers, de aanbestedende overheid heeft de indiening van de aanvraag tot deelneming wel als een uitdrukkelijke wilsuiking beschouwd. Bovendien voorziet de toepasselijke regelgeving zelf geen sanctie wanneer die uitdrukkelijke wilsuiking uitgaat van een orgaan dat niet bevoegd is om op te treden voor de kandidaat. Ten slotte rijst de vraag of, in het licht van het mededingingsbeginsel, dergelijke verregaande sanctie het evenredigheidsbeginsel doorstaat.

(13) Rb. Kh. Brussel, 4 juni 1936 en Brussel, 20 juni 1942, *RJDA*, 1946, 161, met noot H. MATTON.

(14) A. DE GRAND RY, *Étude sur les contrats de l'administration. Les marches de fournitures et de travaux publics*, Bruxelles, 1952, 159, nr. 149.

(15) RvS 6 juni 2014, nr. 227.654, *NV VBC*; RvS 6 augustus 2015, nr. 232.024, *NV Viabuild*.

(16) RvS 18 maart 1988, nr. 29.572, *NV Socogetra*; RvS 16 oktober 2007, nr. 175.832, *Print Content Solutions*; RvS 9 maart 2010, nr. 201.744, *SA Constructions électriques Schneider*; RvS 9 februari 2012, nr. 217.837, *NV Altritempi*; RvS 5 april 2016, nr. 234.310 5 april 2016.

(17) M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, 428.

(18) Vgl. D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 714, nr. 1247.

(19) D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 474, nr. 1251.

