

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.186 van 14 december 2017
in de zaak A. 223.812/XII-8461**

In zake: 1. de NV ANTWERPSE BOUWWERKEN
2. de NV VALENS
3. de NV JAN DE NUL
samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEP-
ORGANISATIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 november 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de Directeur Financiën van de VRT, handelend als bijzonder gemandateerde namens de raad van bestuur van de VRT, van 6 november 2017 waarbij de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp ‘De realisatie van de nieuwbouw voor de huisvesting van de VRT’ wordt uitgesloten, en derhalve niet geselecteerd”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Bob Martens, die verschijnt voor de verwerende partij, 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 naamloze vennootschap van publiek recht Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (hierna: VRT) schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “de realisatie van de nieuwbouw voor de huisvesting van de VRT”.

De opdracht wordt gegund bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking en geraamd boven een bedrag van 5.225.000 euro, btw niet inbegrepen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 26 juni 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 29 juni 2017.

In de aankondiging wordt meegedeeld dat beoogd wordt om minimum 3 en maximaal 5 kandidaten te selecteren en worden de objectieve criteria voor de selectie van het beperkt aantal gegadigden uiteengezet.

Tevens wordt aangekondigd dat de aanvragen tot deelneming uiterlijk op 1 september 2017 om 12.00 u moeten worden ingediend en zulks elektronisch via de e-tenderinginternetsite.

Bij erratum, bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 juli 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 juli, wordt de termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming verplaatst naar 15 september 2017, 12u00.

3.3. De selectieleidraad bevat de volgende vormvereisten voor de ondertekening van de kandidaatstelling:

“5.6.2. Ondertekening Kandidaatstelling

De Kandidaatstelling moet rechtsgeldig zijn ondertekend, in voorkomend geval door alle leden van het Samenwerkingsverband en moet op gepaste elektronische wijze bij de Aanbestedende Overheid worden ingediend.

[...]

5.8. Indiening Kandidaatstelling

De Kandidaatstelling moet elektronisch worden overgelegd via de e-tendering internetsite

<https://eten.publicprocurement.be/etenderingviewWorkspacesBasedOnExtUrl.do?wsName=VRT-OVK-BOUW-0617-F02> die de naleving waarborgt van de voorwaarden van artikel 52, § 1 van het KB. van 15 juli 2011.

De Kandidaat wordt er op gewezen dat zijn Kandidaatstelling, overgelegd via e-tendering, elektronisch ondertekend moet worden met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening.

Deze elektronische handtekening moet uitgaan van een bevoegd persoon. De Kandidaat voegt tevens de nodige documenten toe waaruit de bevoegdheid blijkt om de onderneming te binden (uittreksels van de statuten, volmacht, ...).

De Kandidaatstelling moet uiterlijk op [15] september 2017, om 12u00, worden ingediend.

Voor meer informatie omtrent de aankoop van een gekwalificeerd certificaat, zie: <http://overheid.vlaanderen.be/gekwalificeerde-certificaten>
Meer informatie omtrent het gebruik van e-tendering kan worden bekomen op de website <http://www.publicprocurement.be> of via de e-procurement helpdesk op het nummer +32 (0)2 790 52 00.”

3.4. Uit het proces-verbaal van opening van de aanvragen tot deelneming, aangemaakt op 15 september 2017, om 16u11, blijkt dat zeven kandidaten elektronisch via de e-tenderinginternetsite een kandidaatstelling hebben ingediend, waaronder de verzoekende partijen.

Tevens blijkt uit dit proces-verbaal dat voor de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partijen er echter geen gegevens voorhanden zijn omtrent de elektronische handtekening van de aanvraag tot deelneming.

3.5. De verzoekende partijen bezorgen hun kandidaatstelling aan de verwerende partij eveneens bij e-mailbericht van 15 september 2017, verzonden om 12u00 en ontvangen om 12u01, via een “downloadlink”, met de melding dat zij problemen ondervonden bij het elektronisch ondertekenen van hun kandidaatstelling via het e-tenderingplatform.

3.6. In een e-mailbericht aan de verwerende partij van 15 september 2017 om 12u54 zetten zij de voormelde problemen nader uiteen.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 15 september 2017 vragen de verzoekende partijen aan de verwerende partij de uiterste datum voor de indiening van de kandidatuur te verdagen, dan wel een heropening te organiseren zodat zij alsnog in de gelegenheid worden gesteld om hun kandidatuur digitaal te ondertekenen.

3.8. Met een e-mailbericht van 29 september 2017 vraagt de raadsman van de verwerende partij aan de FOD Beleid en Ondersteuning (hierna: FOD BOSA), verantwoordelijk voor het e-tenderingplatform, om te bevestigen en een bewijs te bezorgen dat op vrijdag 15 september 2017, van 11u00 tot (ten vroegste) 12u00 het e-tenderingplatform niet zonder manco werkte en dat het misgelopen elektronisch proces te wijten was aan het e-tenderingplatform zelf en aldus niet aan de kandidaat thv AB-Valens-Jan De Nul.

3.9. Met een e-mailbericht van 13 oktober 2017 wordt er door de FOD BOSA geantwoord.

3.10. Op 6 november 2017 besluit de verwerende partij om de kandidaat thv AB-Valens-Jan De Nul van verdere deelname aan de plaatsings-procedure uit te sluiten gelet op het ontbreken van de vereiste elektronische handtekening.

Dit is de bestreden beslissing.

De motivering luidt:

“In het kader van het onderzoek met betrekking tot de selectie van de kandidaten werd vastgesteld dat de Kandidaatstelling van de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul niet overeenkomstig het artikel 5.8 van de Selectieleidraad elektronisch werd ondertekend met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening. De Kandidaatstelling van de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul werd daarentegen louter ondertekend door middel van een ingescande handtekening.

De kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul richtte naar aanleiding van het ontbreken van de vereiste geldige gekwalificeerde elektronische handtekening op haar Kandidaatstelling drie schrijvens ten aanzien van de aanbestedende overheid. In een eerste schrijven bij wijze van e-mail van 15 september 2017, 12u01, meldde de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul ernstige problemen te ondervinden met het elektronisch indienen van haar Kandidaatstelling en zond zij haar Kandidaatstelling door middel van een downloadlink (We-Transfer). (Bijlage 1). In een tweede schrijven bij wijze van e-mail van 15 september 2017, 12u54, meldde de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul dat zij er niet in slaagden hun dossier digitaal te ondertekenen ‘omdat de website van e-procurement onbereikbaar was’ en dat zij hieromtrent telefonisch contact hadden met e-Tendering waar ‘werd vastgesteld dat hun website inderdaad onbereikbaar was’. (Bijlage 2). In een derde schrijven bij wijze van aangetekend schrijven van 15 september 2017 stelde de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul dat zij ‘gelet op de tijdelijke onbeschikbaarheid van de e-tenderingmodule tussen 11u en 12u spijs hun beste inspanningen in de onmogelijkheid waren tot digitale ondertekening van de kandidatuur over te gaan’, waarbij de voornoemde kandidaat ter staving enkele screenshots in bijlage bij haar schrijven voegde. (bijlage 3)

De kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul bevestigt aldus meermaals dat de door haar ingediende Kandidaatstelling niet overeenkomstig het artikel 5.8 van de Selectieleidraad elektronisch werd ondertekend met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening, maar stelt dat het ontbreken van haar geldige gekwalificeerde elektronische handtekening te wijten is aan overmacht, in het bijzonder de tijdelijke onbeschikbaarheid van e-Tendering.

Overeenkomstig rechtspraak van de Raad van State is het gebrek aan geldige ondertekening een substantiële onregelmatigheid die niet kan worden hersteld en voldoet een aangebrachte ingescande handtekening niet aan de vereisten en de garanties van een elektronische geavanceerde handtekening. Hieruit volgt dat een offerte door het ontbreken van een elektronische handtekening moet worden beschouwd als een offerte die niet werd ondertekend, wat de substantiële onregelmatigheid van de offerte met zich meebrengt (RvS, arrest nr. 223.636) .

De kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul beroept zich op overmacht, i.e. de tijdelijke onbeschikbaarheid van e-tendering, als verantwoording van het ontbreken van de op substantiële vormvoorschriften vereiste elektronische handtekening.

In dit opzicht heeft de aanbestedende overheid VRT, nv van publiek recht, in het kader van haar zorgvuldigheidsplicht op datum van 29 september 2017 een schrijven gericht aan de FOD Beleid en Ondersteuning, in samenwerking met de dienst Overheidsopdrachten van de Kanselarij van de Eerste Minister bevoegd voor de portaalsite overheidsopdrachten publicprocurement.be, waartoe e-Tendering behoort, met de vraag verdere informatie te verschaffen inzake de door de kandidaat THV AB-Valens-Jan de Nul gemelde tijdelijke onbeschikbaarheid van e-Tendering op vrijdag 15 september 2017. (Bijlage 4)

Bij wijze van schrijven van 13 oktober 2017 beantwoordde de FOD Beleid en Ondersteuning de voornoemde vraag vanwege de aanbestedende overheid VRT, nv van publiek recht. Hierbij stelt de FOD Beleid en Ondersteuning dat ‘in de logfiles van de infrastructuur en het platform kan worden vastgesteld dat de pogingen van de gebruiker Nancy De Beukelaar tussen 11:45 en 11:50 om te handtekenen een time out hebben gegenereerd en dat de exacte oorzaak hiervan kon niet worden achterhaald.’ Daarnaast stelt de FOD Beleid en Ondersteuning in haar voormelde schrijven dat op vrijdag 15 september 2017 ‘een ratio van 2,9 pogingen per geslaagde handtekening werd geregistreerd, wat volledig normaal is. Het is de ratio die gemiddeld elke dag wordt waargenomen wanneer het platform perfect functioneert.’ Met betrekking tot de periode van de door de kandidaat THV AB-Valens-Jan de Nul gemelde tijdelijke onbeschikbaarheid ‘werden elf geslaagde handtekeningen geregistreerd’, waarvan vier van deze geslaagde handtekeningen betrekking hadden op de onderliggende opdracht en drie van deze vier geslaagde handtekeningen werden geplaatst tussen 11u50 en 12u00. (Bijlage 4)

Daarenboven maakt de lijst ‘onbeschikbaarheid, bekijk historiek’ gepubliceerd op de portaalsite overheidsopdrachten publicprocurement.be geen melding van onbeschikbaarheid van e-Tendering op vrijdag 15 september 2017. (<https://5089.f2w.fedict.be/nl/unavailabilities>).

Op basis van het bovenstaande en in het bijzonder de informatie opgevraagd door de aanbestedende overheid VRT, nv van publiek recht, bij de FOD Beleid en Ondersteuning moet worden vastgesteld dat de pogingen van de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul tussen 11u45 en 11u50 om te handtekenen een time out hebben gegenereerd waarvan de exacte oorzaak niet kon worden achterhaald, dit terwijl op vrijdag 15 september

2017 een volledig normale ratio van pogingen per geslaagde handtekening werd geregistreerd en terwijl vier kandidaten wel een geslaagde handtekening hebben geplaatst, waarvan drie tussen 11u50 en 12u00, en terwijl de lijst 'Onbeschikbaarheid, bekijk historiek' gepubliceerd op de portaalsite overheidsopdrachten publicprocurement.be geen melding maakt van onbeschikbaarheid van e-Tendering op vrijdag 15 september 2017.

Daarenboven lijkt uit de informatie aangereikt door de FOD Beleid en e-Tendering Ondersteuning te moeten worden afgeleid dat op vrijdag 15 september 2017, in het bijzonder tussen 11u00 en 12u00, eTendering zonder manco werkte.

Bovendien wijzen de bijlagen gevoegd bij het schrijven van de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul van 15 september 2017 evenmin op een andere oorzaak van de door de kandidaat gemelde tijdelijke onbeschikbaarheid, die uitsluitend bij haar lijkt te zijn voorgevallen.

De aanbestedende overheid VRT, nv van publiek recht, is dan ook gehouden om in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel te besluiten dat de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul zich in het onderliggende dossier niet op overmacht kan beroepen om het ontbreken van een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening op haar Kandidaatstelling te verantwoorden.

Aldus moet de aanbestedende overheid VRT, nv van publiek recht, vaststellen dat de Kandidaatstelling zoals ingediend door de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul zonder rechtmatige verantwoording niet overeenkomstig het artikel 5.8 van de Selectieleidraad elektronisch werd ondertekend met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening. De Kandidaatstelling ingediend door de kandidaat THV AB-Valens-Jan De Nul is dan ook substantieel onregelmatig en moet hierdoor van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp 'De realisatie van de nieuwbouw voor de huisvesting van de VRT' worden uitgesloten."

3.11. Met een e-mailbericht van 6 november 2017 en aangetekend schrijven van 7 november 2017 wordt de voormelde beslissing meegedeeld aan de verzoekende partijen.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partijen voeren in een enig middel de schending aan van de artikelen 5 en 10 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 15 juni 2006), de artikelen 52, § 1, *juncto* 82, § 1 en 95, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit Plaatsing), het materiële motiveringsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, de formele motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, het zorgvuldigheids- en redelijkheids-

beginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en het gelijkheidsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel met grondwettelijke waarde en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden onder meer:

“Doordat, de bestreden beslissing verzoekende partij van de verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uitsluit omwille van: i) het ontbreken van de volgens de selectieleidraad vereiste geavanceerde elektronische handtekening met toepassing van een vermeend substantiële vormvereiste die aanleiding zou geven tot een niet te regulariseren substantiële onregelmatigheid van de kandidatuur, en ii) het gebrek aan overmacht omwille van het vermeend zonder manco werken van het e-tenderingsplatform na analyse van de FOD Beleid en Ondersteuning, en het gebrek aan bewijs van een andere oorzaak bij het e-tenderingplatform.

[...]

Terwijl, de bestreden beslissing in het licht van de aangehaalde middelen en beginselen minstens had dienen terug te gaan op rechtens relevante motieven die het verband tussen een onvrijwillige niet ondertekening en de nietigheids sanctie van de aanvraag tot deelneming aannemelijk konden maken in het licht van het in concreto verloop van de gunningsprocedure en het gebrek aan toegankelijkheid van het gekozen elektronisch platform.

Terwijl, het gelijkheidsbeginsel verbiedt om die kandidaten die zich in een overmacht situatie bevinden gelijk te behandelen met deze die zich niet in dergelijke situatie bevinden.

Terwijl, de bestreden beslissing die overmacht aanvaardt als verschoningsgrond voor een onvrijwillige niet ondertekening van de kandidatuur, de bewijslastverdeling bij overmacht dient te respecteren, en niet kan vereisen dat een concrete fout bij het e-tenderingplatform dient te worden aangetoond in plaats van een voor alle partijen onvermijdbare en onvoorzienbare en niet toerekenbare gebeurtenis die het plaatsen van een geavanceerde elektronische handtekening op een cruciaal tijdstip onmogelijk maakte.

Terwijl, de motieven van de bestreden beslissing die concluderen dat het e-tenderingplatform zonder manco werkte op het tijdstip voor het indienen van de kandidaturen niet berusten op een zorgvuldige feitenvinding, die in redelijkheid en evenredigheid tot de bestreden beslissing kon leiden.

Zodat, de bestreden beslissing die de kandidatuur van verzoekende partij als nietig heeft verworpen en de deelname van verzoekende partij aan de

verdere procedure uitsluit, zonder daartoe in concreto draagkrachtige motieven na een zorgvuldige feitenvinding te hanteren, en daarbij het cruciale onderscheid tussen offerten en aanvragen tot deelneming uit het oog verliest, de in het middel aangehaalde wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

6. De verwerende partij repliceert in haar nota dat uit het gegeven dat de kandidaatstelling van de verzoekende partijen niet elektronisch werd ondertekend met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening volgt dat de verzoekende partijen niet hebben voldaan aan de eisen zoals opgenomen in het artikel 52, § 1, lid 1, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing en de regels van het Europees en het daarmee overeenstemmende nationaal recht inzake de geavanceerde elektronische handtekening met een geldig gekwalificeerd certificaat. Aldus kan reeds worden gesteld dat de verzoekende partijen strijdig met het artikel 52, § 1, lid 1, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing hebben gehandeld. Overeenkomstig het verslag aan de Koning met betrekking tot het voornoemde artikel moet de kandidaatstelling van de verzoekende partijen derhalve worden verworpen. De door de verzoekende partijen geponeerde mening luidende dat de verwerende partij een disproportioneel en een overdreven formalisme zou hanteren is dan ook niet ernstig, gelet op de verwerping expliciet in het Verslag aan de Koning vooropgesteld.

Daarenboven volgt uit het gegeven dat de kandidaatstelling van de verzoekende partijen niet elektronisch werd ondertekend met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening dat de verzoekende partijen niet hebben voldaan aan een eis vanwege de aanbestedende overheid die op verplichtende wijze werd opgenomen in de selectieleidraad.

De afwezigheid van een vermelding dat dit vereiste geldt op straffe van nietigheid impliceert volgens haar helemaal niet dat de verwerende partij geen enkele schending van de selectieleidraad, bijvoorbeeld de niet-ondertekening van de kandidaatstelling of de niet-elektronische indiening van de kandidaatstelling of de niet-tijdige indiening van de kandidaatstelling, niet zou kunnen bestraffen met de uitsluiting van de betrokken kandidaat. Aansluitend merkt zij nog op dat zij in het huidige dossier in het licht van het gelijkheids-

beginsel de verzoekende partijen niet de mogelijkheid mocht bieden om de ontbrekende geldige gekwalificeerde elektronische handtekening te regulariseren.

Wat de aangevoerde overmachtssituatie betreft, wijst zij er op dat de verzoekende partijen aan de verwerende partij slechts enkele screenshots hebben overgemaakt waarop de foutmelding “Service Temporarily Unavailable” staat vermeld. Van overmacht kan te dezen volgens haar geen sprake zijn. Op grond van de enkele screenshots met een foutmelding “Service Temporarily Unavailable” die louter afkomstig zijn van de apparatuur van de verzoekende partijen, kon de verwerende partij niet afleiden dat het e-tenderingplatform onbeschikbaar was. In de periode dat er een zogenaamde onbeschikbaarheid was, werden vier andere kandidaatstellingen met succes ondertekend. Uit het door de verwerende partij aan FOD BOSA gevraagde gedetailleerde overzicht blijkt volgens de verwerende partij dat de oorzaak niet bij haar infrastructuur kon worden achterhaald.

Bijgevolg meent de verwerende partij dat zij dan ook, in zoverre zij hiertoe zelfs geen verplichting had, in het kader van de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht, nader mocht onderzoeken of de opgeworpen overmachtsituatie, dit is een onbeschikbaarheid die kan worden gesitueerd bij het e-tenderingplatform, daadwerkelijk voorhanden was.

Echter ondersteunen volgens de verwerende partij de door haar opgevraagde objectieve feiten, *in concreto* het rapport aangereikt door de FOD BOSA, partij allerminst de eenzijdige verklaringen vanwege de verzoekende partijen. Integendeel zelfs, het rapport vanwege de federale overheidsdienst spreekt volgens haar de verklaringen inzake een overmachtsituatie vanwege de verzoekende partijen tegen.

De verwerende partij kon in het onderliggende dossier dan ook onmogelijk beslissen dat in hoofde van de verzoekende partijen daadwerkelijk een overmachtsituatie voorhanden was, minstens moet uit het rapport van FOD BOSA worden afgeleid dat de specifieke door de verzoekende partijen opgeworpen overmachtsituatie, dit is een vermeende tijdelijke onbeschikbaarheid van het e-tenderingplatform, *in casu* niet bestaande was.

Bijgevolg kon de verwerende partij op rechtmatige basis besluiten dat *in casu* geen sprake was van overmacht, minstens is de door de verzoekende partijen opgeworpen overmachtsituatie bij het indienen van hun kandidaatstelling niet voorhanden.

Ten slotte merkt zij nog bijkomend op dat overmacht een onvermijdbare gebeurtenis in hoofde van de verzoekende partijen moet uitmaken. Echter moet in dit kader vooreerst worden vastgesteld dat de verzoekende partijen hun eerste poging tot elektronisch ondertekenen van de kandidaatstelling pas hebben ondernomen om 11u19, zijnde 41 minuten voor de uiterste ontvangstermijn van de kandidaatstelling. Daarnaast wijst de verwerende partij erop dat wat het elektronisch ondertekenen van een kandidaatstelling betreft maar liefst drie onderscheiden mogelijkheden openstaan: de eID-methode, de e-tokenmethode en de 3rd-partymethode. *In casu* is er volgens de verwerende partij geen sprake van een ontoerekenbare onmogelijkheid in hoofde van de verzoekende partijen nu zij hebben nagelaten om te trachten de kandidaatstelling elektronisch te ondertekenen door middel van de mogelijke e-tokenmethode dan wel de mogelijke 3rd-partymethode.

Beoordeling

7. Artikel 10 van de wet van 15 juni 2006 schrijft voor:

“De Koning bepaalt de regels die van toepassing zijn op de communicatiemiddelen tussen de aanbestedende overheden en de aannemers, leveranciers en dienstverleners. De gekozen communicatiemiddelen moeten algemeen beschikbaar zijn en mogen de toegang tot de gunningsprocedure niet beperken.”

Artikel 52 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“§ 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;

[...]

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

8. Te dezen bepaalt de selectieleidraad dat de kandidaatstelling elektronisch moet worden overgelegd via de e-tenderinginternetsite en onder punt 5.6.2. “Ondertekening Kandidaatstelling” en 5.8. “Indiening Kandidaatstelling” dat de kandidaatstelling rechtsgeldig moet zijn ondertekend en dit met een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening.

9. Met de bestreden beslissing van 6 november 2017 besluit de verwerende partij de kandidaatstelling van de thv AB-Valens-Jan De Nul als substantieel onregelmatig te beschouwen en deze aldus van deelname aan de plaatsingsprocedure uit te sluiten gelet op het ontbreken van de vereiste elektronische handtekening.

De verzoekende partijen betwisten niet dat hun aanvraag tot deelneming geen geldige gekwalificeerde elektronische handtekening bevat hoewel de selectieleidraad voor de ondertekening een geldige gekwalificeerde elektronische handtekening vereiste, zulks met toepassing van het hiervoor aangehaalde artikel 52, §1, 1°, van het koninklijk besluit Plaatsing. Ook uit het proces-verbaal van opening lijkt te kunnen worden afgeleid dat de aanvraag tot deelneming weliswaar werd ingediend, doch niet geldig elektronisch werd ondertekend.

Wel betwisten zij de vaststelling van de verwerende partij dat de verzoekende partijen zich in het huidige dossier niet op overmacht mochten beroepen om het ontbreken van een geldige gekwalificeerde handtekening op hun kandidaatstelling te verantwoorden.

10. Uit de motivering van de bestreden beslissing blijkt dat de verwerende partij weliswaar lijkt te erkennen dat overmacht een verschoningsgrond kan uitmaken voor de beweerde substantiële onregelmatigheid, doch dat de verzoekende partijen zich in het huidige dossier niet op overmacht mochten beroepen om het ontbreken van een geldige gekwalificeerde handtekening op hun kandidaatstelling te verantwoorden.

11. Zij steunt zich daarbij in de eerste plaats op het schrijven van 13 oktober 2017 van de FOD BOSA in zoverre daarin wordt opgemerkt dat “in de logfiles van de infrastructuur en het platform kan worden vastgesteld dat de pogingen van de gebruiker Nancy De Beukelaar tussen 11:45 en 11:50 om te handtekenen een time out hebben gegenereerd en dat de exacte oorzaak hiervan kon niet worden achterhaald, dat “een ratio van 2,9 pogingen per geslaagde handtekening” werd geregistreerd, wat “volledig normaal” is. “Het is de ratio die gemiddeld elke dag wordt waargenomen wanneer het platform perfect functioneert”, en dat vier andere kandidaten in de gemelde periode van tijdelijke onbeschikbaarheid blijkbaar wel geslaagde handtekeningen hebben kunnen plaatsen tussen 11u09 en 12u00.

12. Daarenboven wijst de verwerende partij er op dat de lijst “onbeschikbaarheid, bekijk historiek” gepubliceerd op de portaal-site overheidsopdrachten publicprocurement.be geen melding maakt van onbeschikbaarheid van e-tendering op vrijdag 15 september 2017. (<https://5089.f2w.fedict.be/nl/unavailabilities>).

Zij leidt uit het voormelde schrijven van de FOD BOSA dus zonder meer af dat op vrijdag 15 september 2017, in het bijzonder tussen 11u00 en 12u00, e-tendering zonder manco werkte.

13. Ten slotte stelt de verwerende partij nog vast dat de bijlagen gevoegd bij het schrijven van de kandidaat thv AB-Valens-Jan De Nul van 15 september 2017 evenmin op een andere oorzaak van de door de kandidaat gemelde tijdelijke onbeschikbaarheid wijzen, die uitsluitend bij deze kandidaat lijkt te zijn voorgevallen.

14. Bij dit alles stelt de Raad van State vast dat in de voorliggende zaak het geenszins lijkt dat de verzoekende partijen het informaticaprobleem bij hun eigen apparatuur situeren.

15. Bij e-mailbericht van 15 september 2017, verzonden om 12u00 en ontvangen om 12u01, hebben zij integendeel reeds aan de verwerende partij gemeld dat het platform voor de plaatsing van de geavanceerde elektronische handtekening onbeschikbaar was. In hun daaropvolgend e-mailbericht van 15 september 2017 om 12u54 hebben zij de problemen als volgt uiteengezet:

“De THV Antwerpse Bouwwerken-Valens-Jan De Nul wenst deel te nemen aan de kandidatuurstelling voor het nieuwe VRT-gebouw (elektronische indiening 15/09/2017 voor 12u00), en had hiertoe een dossier samengesteld.

Deze vrijdagochtend 15/09 zijn we omstreeks 11u00 het dossier beginnen uploaden wat tergend traag verliep (circa 30 min voor ca. 80 Mb). De upload is uiteindelijk wel gelukt, dus alle documenten staan op de server van e-Tendering.

Nadien diende het dossier nog digitaal ondertekend te worden, maar dit is ons niet gelukt omdat de website van e-procurement onbereikbaar was.

In bijlage bezorgen wij u screenshots met uuraanduiding waarop de foutmelding ‘Service Temporarily Unavailable’ vermeld staat.

Er is hieromtrent telefonisch contact geweest met e-Tendering en daar werd vastgesteld dat hun website inderdaad onbereikbaar was.

Voor de zekerheid hebben wij ook het hele dossier d.m.v. een downloadlink naar het e-mailadres selectiebouw@vrt.be gestuurd.

Het volledige dossier is dus in uw bezit (inclusief het ondertekende deelnemingsformulier en alle volmachten en handtekenbevoegdheden), enkel de formele elektronische ondertekening ontbreekt.

Wij hopen dat u begrip kan opbrengen voor deze omstandigheden die buiten onze macht liggen en de THV AB-Valens-Jan De Nul toch kan toelaten tot de kandidatuurstelling.”

Met een aangetekend schrijven van 15 september 2017 delen de verzoekende partijen aan de verwerende partij mee dat zij gelet op de tijdelijke onbeschikbaarheid van de e-tenderingmodule tussen 11u00 en 12u00 spijs hun beste inspanningen in de onmogelijkheid waren tot digitale ondertekening van de kandidatuur over te gaan. Daarbij worden ter staving ook enkele schermafdrucken (“screenshots”) als bijlage gevoegd die volgens hen de onbeschikbaarheid van het platform en de foutmelding voor ondertekening aantonen. Zij wijzen er ook op dat

de melding van de onbeschikbaarheid van het platform tijdig en vóór het verstrijken van de deadline werd meegedeeld aan de verwerende partij.

Zo vermeldt een schermafdruck van 15 september 2017 om 11u39 als boodschap “Service Temporarily Unavailable”. “The server is temporarily unable to service your request due to maintenance downtime or capacity problems. Please try again later” (vrije vertaling: Dienst tijdelijk onbeschikbaar. De Server is tijdelijk in de onmogelijkheid om uw verzoek te behandelen door onderhoud uitvaltijd of capaciteitsproblemen. Gelieve later opnieuw te proberen). In een andere schermafdruck van 15 september 2017 om 11u47 wordt dan weer gevraagd om de “webmaster” te contacteren.

In dit schrijven vragen de verzoekende partijen de verwerende partij onder meer om toepassing te maken van artikel 90, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing en de uiterste datum voor de indiening van de kandidatuur te verdagen, dan wel een heropening te organiseren zodat zij alsnog in de gelegenheid worden gesteld om hun kandidatuur digitaal te ondertekenen.

Ook wijzen zij erop dat de vormvereisten bij de indiening van een kandidatuur minder streng zijn dan deze bij indiening van een offerte en dat bovendien via de “hashcode” de authenticiteit van de ingediende documenten van de kandidatuur kan worden gewaarborgd zodat de regularisatie van de handtekening geen aanleiding geeft tot de wijziging van de kandidatuur. Zij vragen aldus aan de verwerende partij om per kerende te bevestigen dat zij in de gelegenheid zullen worden gesteld alsnog tot ondertekening van de kandidatuur over te gaan dan wel dat de kandidatuur als regelmatig in acht wordt genomen.

Aldus lijken de verzoekende partijen alvast een begin van bewijs van overmacht te hebben aangebracht.

16. Ook uit het stuk uitgaande van de FOD BOSA van 13 oktober 2017 blijkt op het eerste gezicht nergens dat de onbeschikbaarheid van het e-tenderingplatform toerekenbaar zou zijn aan de verzoekende partijen zelf.

Te dezen lijkt, in tegenstelling tot het standpunt van de verwerende partij in de bestreden beslissing, op het eerste gezicht uit dit verslag bovendien geenszins te kunnen worden afgeleid dat op 15 september 2017, en in het bijzonder rond het tijdstip waarop de verzoekende partijen poogden de aanvraag tot deelneming in te dienen, het e-tenderingplatform zonder manco werkte.

Zo lijkt het verslag te bevestigen dat het opladen van de documenten van de aanvraag tot deelneming alleen reeds bijna twintig minuten in beslag nam (van 10:57:44 tot 11:15:59). Vervolgens bevestigt dit verslag dat de verzoekende partijen gedurende het laatste uur van de indieningstermijn maar liefst 14 vruchteloze pogingen hebben ondernomen, telkens via de methode eID, om het indieningsrapport te ondertekenen.

Het verslag vermeldt voorts dat een “normale” ratio van 2,9 pogingen per geslaagde handtekening die dag werd gehaald. Die op het eerste gezicht geringe succesratio komt voor de Raad van State bevreemdend over, afgezet tegenover het beschikbaarheidsvereiste vervat in de hiervoor aangehaalde artikelen 10 en 52, zij het dat de Raad weliswaar niet bij machte is om deze ratio op technisch vlak decisief te beoordelen. In elk geval lijkt de vaststelling van de “normaliteit” van die ratio niet uit te sluiten dat bepaalde kandidaten of inschrijvers wel degelijk problemen hebben ondervonden inzake de beschikbaarheid van het e-tenderingplatform. In dit verband kan worden verwezen naar de vastgestelde 14 vruchteloze pogingen in hoofde van de verzoekende partijen.

Dat andere kandidaten in de betrokken periode er wel in geslaagd blijken te zijn om hun aanvraag tot deelneming elektronisch te ondertekenen, sluit op het eerste gezicht niet uit dat de verzoekende partijen zich op overmacht zouden kunnen beroepen. In de door de verzoekende partijen voorgelegde schermafdrucken wordt trouwens onder meer gewezen op “capaciteitsproblemen”. Een algemene onbeschikbaarheid van het e-tenderingsplatform lijkt hiertoe geen vereiste, zoals ook de verwerende partij in haar nota lijkt aan te nemen. Integendeel lijkt het net een verplichting voor de verwerende partij ervoor te zorgen, onder meer op grond van de hiervoor aangehaalde artikelen 10 en 52 dat het verplicht opgelegd elektronisch communicatiemiddel algemeen en dus voor iedereen beschikbaar is.

Voorts wordt aangaande de communicatie tussen de helpdesk e-procurement en de vertegenwoordigster van de verzoekende partijen in het verslag bevestigd dat deze gebruiker de helpdesk e-procurement heeft gecontacteerd op 15 september om 11u42 en dat volgens de informatie beschikbaar in het gelogde ticket deze gebruiker op dat moment problemen had met het aanmelden aan de e-procurementapplicatie.

Aangezien de verzoekende partijen in hun schrijven uitdrukkelijk aanvoerden dat tijdens dit gesprek werd vastgesteld dat de e-tenderingwebsite inderdaad onbereikbaar was, mag van een zorgvuldige overheid op het eerste gezicht worden verwacht dat zij de inhoud van dit gelogde ticket zou hebben opgevraagd.

In elk geval lijkt uit deze vermelding in het verslag niet zonder meer te mogen worden afgeleid dat de problemen te situeren waren bij de elektronische apparatuur van de verzoekende partijen.

Voorts wordt aangaande de staat van het platform op 15 september 2017 in het betrokken verslag nog het volgende opgemerkt:

“Wij hebben vastgesteld dat op 15 september 2017 de e-Procurement applicaties trager dan normaal reageerden op acties van gebruikers en dit mogelijks door indexatierobots van Google en Bing. Enkele gebruikers hebben die dag vragen gesteld aangaande antwoordtijden van het platform. De toegang voor deze robots werd geblokkeerd om 13 uur.”

Ook deze overweging in het verslag lijkt *prima facie* te wijzen op een mogelijk probleem verbonden aan het e-tenderingplatform op of rond het ogenblik van de betrokken pogingen tot ondertekening. Bovendien blijkt het op het eerste gezicht een euvel te zijn dat door het e-tenderingplatform zelf wordt gecontroleerd, en niet door de verzoekende partijen, nu uitdrukkelijk wordt gesteld dat de toegang voor deze robots werd geblokkeerd vanuit e-tendering zelf om 13 uur, zijnde pas een uur na het verstrijken van de indieningstermijn voor de aanvragen tot deelneming.

In de bestreden beslissing lijkt de verwerende partij echter op geen enkele wijze aandacht te besteden aan deze opmerking. Evenmin blijkt dat zij de FOD BOSA hierover nader heeft bevraagd.

17. Ten slotte blijkt uit het verslag dat in de logfiles van de infrastructuur en het platform werd vastgesteld dat de pogingen van de verzoekende partijen om te handtekenen een “time out” hebben uitgelokt en dat de “exacte oorzaak hiervan niet kon worden achterhaald”.

Ook uit het feit dat de exacte oorzaak niet kon worden achterhaald, lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat de oorzaak toerekenbaar was aan de verzoekende partijen zelf, en al zeker niet dat het e-platform zonder manco werkte, zeker in het licht van de voorafgaande opmerking in het verslag inzake de indexatierobots.

18. In de mate dat de verwerende partij in haar nota nog verwijst naar het vermeend late tijdstip waarop de verzoekende partijen beoogden om hun aanvraag tot deelneming te ondertekenen, evenals op het feit dat de verzoekende partijen niet gepoogd zouden hebben om hun kandidaatstelling elektronisch te ondertekenen door middel van één van de twee andere beschikbare methoden, waardoor zij zich niet op overmacht zouden kunnen beroepen, valt op te merken dat dit een *post factum* motivering betreft waarmee geen rekening mag worden gehouden, aangezien deze niet in de bestreden beslissing wordt vermeld.

Uit het verslag van de FOD BOSA blijkt trouwens dat maar liefst vier andere inschrijvers - hoe bevreemdend ook dat voor de Raad van State overkomt, gelet op de voormelde slaagratio van slechts 1 op 2,9 - de aanvragen tot deelneming pas hebben ondertekend op ongeveer hetzelfde tijdstip als de verzoekende partijen hun pogingen hebben ondernomen.

Bovendien lijkt het late tijdstip mede te worden verklaard door de klaarblijkelijk ongewoon lange tijd die nodig was om de betrokken documenten zelf op het e-platform op te laden, zoals bevestigd in het verslag, die *prima facie* voor de verzoekende partijen niet voorzienbaar was en hun ook niet kan worden toegerekend.

Voorts verwijst de e-tenderinghandleiding voor ondernemers inderdaad naar drie onderscheiden mogelijkheden tot ondertekening, waaronder deze met eID.

In de mate dat de verwerende partij aldus wijst op de twee andere mogelijkheden van ondertekening, blijkt op het eerste gezicht echter niet dat deze alternatieven onmiddellijk beschikbaar zijn voor een kandidaat die gekozen heeft om zijn aanvraag te ondertekenen met eID en in het laatste uur vóór de indiening ervan geconfronteerd wordt met problemen bij ondertekening met eID. Zij lijken op het eerste gezicht immers een afzonderlijke aanvraagprocedure of het opladen van bijkomende programma's te vereisen. Een kandidaat die een half uur voor het verstrijken van de indieningstermijn geconfronteerd wordt met een falend e-tenderingplatform lijkt op dat moment dan ook geen boodschap meer te hebben aan deze alternatieven.

19. In de mate dat de verwerende partij er in de bestreden beslissing nog op wijst dat de lijst “onbeschikbaarheid, bekijk historiek” gepubliceerd op de portaalsite overheidsopdrachten publicprocurement.be geen melding maakt van onbeschikbaarheid van e-tendering op vrijdag 15 september 2017, valt op te merken dat een algemene onbeschikbaarheid van het e-tenderingsplatform geen vereiste lijkt te zijn opdat een kandidaat zich op overmacht zou kunnen beroepen.

20. Gelet op al het voorgaande, dient dan ook te worden besloten dat de verwerende partij, op grond van het verslag van de FOD BOSA en de algemene vermelding inzake de historiek van de onbeschikbaarheid op de website, niet lijkt te hebben mogen besluiten dat e-tendering zonder manco werkte en dat de verzoekende partijen zich niet op overmacht mochten beroepen.

De bestreden beslissing lijkt, wat dit motief ervan betreft, dan ook niet te berusten op een zorgvuldige feitenvinding in hoofde van de verwerende partij.

21. De verzoekende partijen voeren ten slotte ook nog een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel aan, doordat de verwerende partij, ondanks de melding van storingen vanwege een ervaren inschrijver bij de

ondertekening van de aanvraag tot deelneming op het e-tenderingplatform en ondanks de mogelijkheid van artikel 90, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing om de openingszitting te verdagen, zich op 15 september 2017 geen enkele keer tot de helpdesk van het e-tenderingplatform heeft gewend om dit te onderzoeken en zonder meer tot opening van de aanvragen tot deelneming is overgegaan.

Het voormelde artikel 90, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“Wanneer de aanbestedende overheid het gebruik van elektronische middelen die voldoen aan de voorwaarden van artikel 52, § 1, heeft toegestaan of opgelegd voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, kan zij beslissen de opening ervan te verdagen wanneer zij vóór de opening:

1° kennis heeft gekregen van een opgetreden onbeschikbaarheid van de e-procurementtoepassing, en;

2° door tenminste één kandidaat of inschrijver ervan op de hoogte is gebracht dat hij door die onbeschikbaarheid, zijn aanvraag tot deelneming of offerte, al naargelang, niet tijdig dreigt te kunnen indienen.

In geval van een verdaging van de opening overeenkomstig het eerste lid gaat de aanbestedende overheid over tot een aangepaste bekendmaking tot mededeling van de nieuwe datum voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, al naargelang.”

In het verslag aan de Koning bij artikel 90, § 3, zoals ingevoegd bij artikel 20, van het koninklijk besluit van 7 februari 2014, wordt dienaangaande opgemerkt dat niettegenstaande alle mogelijke voordelen die zijn verbonden aan het gebruik van e-procurementtoepassingen, niet uit te sluiten valt dat, zoals bij alle ICT-toepassingen, al eens een onbeschikbaarheid optreedt, met bijgevolg het risico dat sommige kandidaten of inschrijvers zouden worden verhinderd hun aanvraag tot deelneming of offerte tijdig in te dienen. Volgens het verslag is het juist om die eventualiteit in de mate van het mogelijke op te vangen en de betrokken kandidaten of inschrijvers in zulks geval alsnog de kans te geven hun aanvraag tot deelneming of offerte in te dienen, dat wordt voorzien in de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om de opening van de aanvragen tot deelneming of van de offertes te verdagen, op voorwaarde dat zij vóór de opening kennis heeft gekregen van een opgetreden onbeschikbaarheid van de e-procurementtoepassing en zij door minstens één kandidaat of inschrijver ervan

op de hoogte is gebracht dat hij door die onbeschikbaarheid zijn aanvraag tot deelneming of offerte niet tijdig dreigt te kunnen indienen. Aangegeven wordt dat de aanbestedende overheid in dergelijk geval zelf, bij de dienst verantwoordelijk voor de e-procurementtoepassing, moet nagaan of die beweerde onbeschikbaarheid ook effectief is opgetreden alsook in welke mate.

Tevens wordt er in het verslag op gewezen dat de aanbestedende overheid hoe dan ook beschikt ook over een appreciatiemarge om die opening al dan niet te verdagen. Daarbij kan zij zich volgens het verslag laten leiden door factoren als de duur van de onbeschikbaarheid, alsook het moment waarop de onbeschikbaarheid optreedt, waarbij tevens wordt benadrukt dat een onbeschikbaarheid die zich bijvoorbeeld voordoet gedurende het laatste uur vóór de openingszitting, in principe veel problematischer zal zijn dan een onbeschikbaarheid die zich geruime tijd vóór de openingszitting voordoet.

22. Daarbij lijkt de verwerende partij ook rekening te moeten houden met artikel 10 van de wet van 15 juni 2006 overeenkomstig welke bepaling de gekozen communicatiemiddelen tussen de aanbestedende overheden en de aannemers, leveranciers en dienstverleners “algemeen beschikbaar [moeten] zijn en de toegang tot de gunningsprocedure niet [mogen] beperken”.

Ook overeenkomstig artikel 52, § 1, 9°, van het koninklijk besluit Plaatsing is het een verplichting voor de verwerende partij om in dergelijk geval te waarborgen dat de te gebruiken hulpmiddelen en de technische eigenschappen ervan, met inbegrip van de eventuele versleuteling, niet discriminerend en algemeen voor het publiek “beschikbaar” zijn en verenigbaar met algemeen gebruikte informatie- en communicatiemiddelen.

Tegenover de verplichting van de kandidaten om de aanvraag tot deelneming elektronisch in te dienen en te ondertekenen, lijkt dan ook een verplichting te staan van de aanbestedende overheid op grond van artikel 10 van de wet van 15 juni 2006 en artikel 52, § 1, 9°, van het koninklijk besluit Plaatsing om te waarborgen dat deze applicatie algemeen beschikbaar is en dat hierdoor de toegang tot de gunningsprocedure niet wordt beperkt.

23. *In casu* lijkt het dat de verwerende partij vóór de opening van de aanvragen tot deelneming om 16u07 kennis heeft gekregen van een opgetreden onbeschikbaarheid van de e-procurementtoepassing, aangezien zij in de bestreden beslissing erkent om 12u01 een eerste e-mailbericht van de verzoekende partijen te hebben ontvangen waarin erop wordt gewezen dat zij ernstige problemen ondervindt bij indiening van de aanvraag tot deelneming.

Voorts blijkt dat de verwerende partij door minstens één kandidaat ervan op de hoogte is gebracht dat hij door die onbeschikbaarheid zijn aanvraag tot deelneming niet tijdig dreigde te kunnen indienen, aangezien het e-mailbericht door de verzoekende partijen werd verzonden binnen de termijn voor indiening van de aanvragen tot deelneming, namelijk om 12u00. Dat het e-mailbericht pas 1 minuut na afloop van de termijn werd ontvangen door de verwerende partij, lijkt daaraan geen afbreuk te doen, minstens niet te verhinderen dat de verwerende partij, gelet op haar eigen verplichtingen dienaangaande, navraag doet over de vermeende onbeschikbaarheid.

Uit het verslag blijkt echter dat de verwerende partij op 15 september 2017 geen contact heeft opgenomen met de helpdesk e-procurement. Dit wordt door de verwerende partij ook niet ontkend.

Het lijkt op het eerste gezicht, mede in het licht van de voormelde verplichtingen in hoofde van de verwerende partij, dan ook te getuigen van een bijkomend gebrek aan zorgvuldigheid dat de verwerende partij niet zelf vóór de opening van de aanvragen tot deelneming bij de dienst verantwoordelijk voor de e-procurementtoepassing, heeft nagegaan of die beweerde onbeschikbaarheid ook effectief is opgetreden alsook in welke mate, te meer omdat de verzoekende partijen reeds in hun e-mailbericht, om 12u00 verzonden, melding hebben gemaakt van een vermeende onbeschikbaarheid gedurende het laatste uur van de indieningstermijn.

VI. Besluit en kosten

24. De bestreden beslissing lijkt op ondeugdelijke motieven te zijn gesteund en genomen met schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Het middel is dan ook in de besproken mate ernstig.

25. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de Directeur Financiën van de VRT, handelend als bijzonder gemandateerde namens de raad van bestuur van de VRT, van 6 november 2017 waarbij de kandidaat thv AB-Valens-Jan De Nul van verdere deelname aan de plaatsingsprocedure voor de overheidsopdracht voor werken met als voorwerp “De realisatie van de nieuwbouw voor de huisvesting van de VRT” wordt uitgesloten.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 december 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest