

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.922 van 13 november 2018
in de zaken A. 226.371/XII-8629
A. 226.450/XII-8632**

In zake: de NV JOMEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Pieelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Binnenlandse Zaken

Tussenkommende partij:

de NV VANDEPUTTE SAFETY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Marc Danen
kantoor houdend te 2560 Nijlen
Bouwelsesteenweg 10 C
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Stijn Verbist

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 9 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 3 oktober 2018 van de Belgische Staat [...] waarbij werd besloten de offerte van [de nv Jomex] te weren wegens de onregelmatigheid ervan”. (zaak A. 226.371/XII-8629 – eerste zaak)

De vordering, ingesteld op 18 oktober 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 3 oktober 2018 van de Belgische Staat [...] waarbij werd besloten de offerte van [de nv Jomex] te weren wegens de onregelmatigheid ervan en waarbij de opdracht voor de raamovereenkomst nr. Procurement 2017 R3 169 aan de [nv Vandeputte Safety] werd gegund”. (zaak A. 226.450/XII-8632 – tweede zaak)

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in de beide zaken een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 18 oktober 2018 heeft de nv Vandeputte Safety gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen in de zaak A. 226.371/XII-8629.

Met een verzoekschrift van 26 oktober 2018 heeft de nv Vandeputte Safety gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen in de zaak A. 226.450/XII-8632.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 november 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft in de beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Steven Van Geeteruyen, die verschijnt voor de verzoekende partij, adviseurs Ruben Goossens en Olivier Vanden Eede, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Joris Claes, die *loco* advocaat Stijn Verbist verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft in de zaak A. 226.371/XII-8629 een met dit arrest eensluidend advies en in de zaak A. 226.450/XII-8632 een andersluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit “Meerjarige raamovereenkomst van leveringen voor de aankoop van de verkeersparka’s ten voordele van de geïntegreerde politie gestructureerd op twee niveaus”, dossier 2017 R3 169. De gunningswijze is de open offerteaanvraag. De looptijd is zes jaar. De opdracht werd bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 juni 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 28 juni 2017.

3.2. Er zijn twee inschrijvers die een offerte indienen, namelijk de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

3.3. De verwerende partij vraagt bij e-mailbericht van 16 april 2018 aan de beide inschrijvers de verbintenistermijn die op 31 maart 2018 afliep, te verlengen tot 31 mei 2018. De beide inschrijvers stemmen hiermee per e-mailbericht in.

3.4. Op 26 juli 2018 verzoekt de verwerende partij per e-mailbericht de beide inschrijvers de verbintenistermijn opnieuw te verlengen, ditmaal tot 31 december 2018. De tussenkomende partij stemt hiermee in. De verzoekende partij beantwoordt dit e-mailbericht niet.

De verwerende partij herhaalt deze vraag aan de verzoekende partij met e-mailberichten van 28 augustus 2018, 4 september 2018, 6 september 2018, 7 september 2018 en 10 september 2018 met een deadline voor antwoord op 10 september 2018 om 12u.

De verzoekende partij reageert niet vóór de deadline.

3.5. De verwerende partij vervolgt de gunningsprocedure na haar e-mailbericht van 10 september 2018 zonder de offerte van de verzoekende partij verder in de beoordeling mee te nemen.

3.6. Op 25 september 2018 ontvangt de verwerende partij een e-mailbericht van de verzoekende partij met de melding akkoord te gaan met de termijnverlenging tot 31 december 2018. De verzoekende partij excuseert zich voor het late antwoord en verklaart dat “mails van de federale politie” in haar spambox waren terechtgekomen.

3.7. Op 3 oktober 2018 beslist de verwerende partij dat de “offerte van de firma Jomex niet meer geldig is” en gunt de opdracht aan de tussenkomende partij.

Over de offerte van de verzoekende partij merkt de verwerende partij in de bestreden beslissing het volgende op:

“2.2. Offerte Jomex nv

De voorwaarden van de offerte van Jomex nv zijn geldig tot 31 mei 2008. Overeenkomstig art 104 van het Koninklijk besluit 15 juli 2011, werd op 26 juli 2018 een mail naar de firma’s gestuurd met de vraag tot akkoord van verlenging van de voorwaarden van de offerte tot 31 december 2018.

Deze vraag werd herhaald op:

- 28 augustus 2018 met vraag om te antwoorden vóór 03 september 2018
- 04 september 2018
- 06 september 2018
- 07 september 2018 met vraag om te antwoorden vóór 10 september 2018 – 12 uur
- 10 september 2018 om 08u10 met de vraag om diezelfde dag alsnog te antwoorden vóór 12 uur.

We kregen van de firma Jomex nv hierop geen reactie

Mailverkeer op 30 augustus 2018 tussen DRL/Procurement en de firma Jomex nv toont aan dat het gebruikte mailadres correct is.

De offerte van de firma Jomex is bijgevolg niet meer geldig kan aldus door de Aanbestedende overheid niet in aanmerking genomen worden.”

Uit die beslissing blijkt dat de verwerende partij alsdan enkel de offerte van de tussenkomende partij in haar beoordeling heeft betrokken en als “enige regelmatige offerte” beschouwt.

IV. Tussenkoms

4. De nv Vandeputte Safety blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vorderingen worden afgewezen. Bijgevolg worden haar beide verzoeken tot tussenkoms ingewilligd.

V. Samenvoeging – verhouding tussen de beide vorderingen

5. Het is passend de beide vorderingen samen te voegen aangezien het dezelfde partijen betreft, het voorwerp van de eerste vordering deel uitmaakt van het voorwerp van de tweede vordering en de middelen van de tweede vordering ook worden aangevoerd bij de eerste vordering.

Meer specifiek wat het voorwerp van de beide vorderingen betreft, blijkt op het eerste gezicht uit het administratief dossier dat er formeel slechts één beslissing op 3 oktober 2018 is genomen, die bestaat uit twee voorwerpen, namelijk het niet geldig verklaren van de offerte van de verzoekende partij en de gunning van de opdracht aan de tussenkomsende partij. Met haar eerste vordering vecht de verzoekende partij slechts het eerste voorwerp aan, namelijk dat haar offerte niet geldig wordt verklaard, terwijl met haar tweede vordering, zo lijkt na kennisname van procedurestukken bij de eerste vordering, zij de beide voorwerpen aanvecht. In de huidige stand van het geding lijkt het niet vereist uitspraak te doen over de juridische verhouding tussen de beide vorderingen en de eventuele rechtsgevolgen van het instellen van twee vorderingen waarvan de ene de andere deels overlapt; het mag thans volstaan ze samen in één arrest te behandelen.

VI. Verzoek tot vertrouwelijkheid

6.1. De verzoekende partij vraagt in de beide zaken de vertrouwelijke behandeling van haar offerte met verwijzing naar het zakengeheim.

De verwerende partij betwist deze vraag onder andere omdat de verzoekende partij niet zou aantonen waarom een vertrouwelijke behandeling is vereist. De verwerende partij zelf legt de offertes en de technische evaluatie

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

waaruit de puntentoekenning moet blijken, niet, minstens slechts zeer gedeeltelijk, neer in het administratief dossier, ook niet als vertrouwelijk.

De tussenkomende partij legt haar offerte vertrouwelijk neer.

Beoordeling

6.2. Op de eerste plaats is het niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijver te bewerkstelligen.

Voorts maakt de verwerende partij – die zoals blijkt uit randnummer 6.1. een onvolledig administratief dossier neerlegt – ter terechtzitting niet duidelijk wat haar belang is bij het betwisten van de vertrouwelijkheid ingeroepen door de verzoekende partij. Zij heeft uiteraard kennis van de offertes. Zij verwijst enkel vaagweg naar “het algemeen belang”.

Ten slotte mag hier ook worden opgemerkt dat, zoals de verwerende partij ter terechtzitting lijkt te beamen, het voor de oplossing van de kernproblematiek van het geschil niet lijkt vereist dat de offerte van de verzoekende partij of die van de tussenkomende partij door de Raad van State nader worden geanalyseerd.

Het verzoek tot opheffing van de vertrouwelijkheid wordt verworpen.

VII. Schorsingsvoorwaarden

7.1. 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

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

van de gewone vordering tot schorsing.

7.2. 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.

VIII. Onderzoek van de middelen in de zaak A. 226.371/XII-8629 – eerste zaak – en in de zaak A.226.450/XII-8632 – tweede zaak

8. De middelen zijn in de beide zaken quasi identiek behalve dat in de eerste zaak de verzoekende partij een bijkomend middel aanvoert. Het lijkt passend, gelet op de bevindingen *sub* 5, dit bijkomend middel eerst te beoordelen. Vervolgens worden het tweede en vierde middel in de eerste zaak – die gelijk zijn aan – met het eerste en derde middel in de tweede zaak samen beoordeeld.

A. Eerste middel in de eerste zaak

Uiteenzetting van het middel

9.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’.

Zij betoogt daartoe:

“Omdat

8. Artikel 4 van de Rechtsbeschermingswet op uitputtende wijze regelt wanneer de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing opstelt en dit artikel niet vooropstelt dat er een afzonderlijke gemotiveerde beslissing wordt genomen indien de aanbestedende overheid beslist een offerte te weren wegens de onregelmatigheid ervan.

Terwijl

9. De aanbestedende overheid *in casu* wel degelijk een afzonderlijke gemotiveerde beslissing heeft genomen om de offerte van verzoekende partij te weren wegens de zogenaamde onregelmatigheid ervan, omdat deze offerte niet meer geldig zou zijn.”

In de toelichting bij het middel klaagt de verzoekende partij aan dat er geen afzonderlijke gemotiveerde beslissing mag worden genomen over het weren van één inschrijver wegens onregelmatigheid aangezien het “weren van een offerte wegens de onregelmatigheid ervan [...] noodzakelijkerwijs [dient] deel uit te maken van een gunningsbeslissing als dusdanig”. Er is hier immers geen sprake van een gunningsprocedure met een eerste fase. Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat het haar “geheel onduidelijk is of de opdracht middels al dan niet werd gegund”.

Beoordeling

9.2. Mocht de verzoekende partij al belang hebben bij dit middel – de verzoekende partij lijkt het slechts aan te voeren betreffende de niet-geldigheid van haar offerte en niet tegen de gunningsbeslissing – stelt de Raad vast dat de verwerende partij op 3 oktober 2018 heeft beslist dat de “offerte van de firma Jomex niet meer geldig is” en tot gunning van de opdracht aan de tussenkomen de partij. Dit lijkt te zijn gebeurd bij een en dezelfde beslissing. Het middel van de verzoekende partij vertrekt op het eerste gezicht dan ook van een verkeerd feitelijk uitgangspunt. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel en vierde middel in de eerste zaak en eerste en derde middel in de tweede zaak

Standpunt van de partijen

10.1. De verzoekende partij voert in haar tweede middel in de eerste zaak en haar eerste middel in de tweede zaak de schending aan van “artikel 104 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ [hierna: koninklijk besluit plaatsing 2011] in samenlezing met artikel 95 van het aangehaalde KB Plaatsing”.

Zij betoogt daartoe:

“Omdat

14. Artikel 104 van het KB Plaatsing in de mogelijkheid voorziet voor de aanbestedende overheid om aan de inschrijvers te vragen om een verlenging van de verbintenistermijn, wanneer de verbintenistermijn van de offertes verstreken is en zij alsnog wenst over te gaan tot de plaatsing van de opdracht. Dit artikel voorziet dat de aanbestedende overheid kan overgaan tot de gunning en de sluiting van de opdracht indien de inschrijver schriftelijk en zonder voorbehoud instemt met het behoud van zijn offerte. Tevens voorziet dit artikel welke gevolgen eraan gekoppeld moeten worden indien de inschrijver slechts instemt met het behoud van zijn offerte mits hij een wijziging van zijn offerte krijgt. Tot slot voorziet dit artikel hoe de aanbestedende overheid te werk dient te gaan, indien de inschrijver niet instemt met het behoud van zijn offerte.

15. Artikel 95 van het KB Plaatsing bepaalt in welke gevallen een offerte door een substantiële onregelmatigheid wordt aangetast en in welke gevallen een offerte door een niet-substantiële onregelmatigheid wordt aangetast. Tevens bepaalt dit artikel dat een substantieel onregelmatige offerte nietig is en dat de aanbestedende overheid ingeval van een niet-substantiële onregelmatigheid de offerte nietig kan verklaren.

Terwijl

16. De Federale Politie in onderhavige zaak besloten heeft dat de offerte van verzoekende partij onregelmatig is doordat deze niet meer geldig is, hoewel artikel 104 van het KB Plaatsing niet regelt welke gevolgen eraan gekoppeld dienen te worden als de inschrijver nalaat te antwoorden (binnen de vooropgestelde termijn) op het verzoek van de aanbestedende overheid tot verlenging van de verbintenistermijn van diens offerte en hoewel artikel 95 van het KB Plaatsing op uitputtende wijze regelt in welke gevallen een offerte als onregelmatig dient te worden beschouwd en dit artikel niet bepaalt dat een offerte onregelmatig is indien de inschrijver nalaat (tijdig) te antwoorden op de vraag tot verlenging van de verbintenistermijn

uitgaande van de aanbestedende overheid op grond van artikel 104 KB Plaatsing.”

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat in artikel 104 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 niet wordt geregeld wat de gevolgen zijn wanneer een inschrijver niet tijdig reageert op een vraag van de aanbestedende overheid tot termijnverlenging van zijn offerte. De verwerende partij heeft hier geen moeite gedaan om de verzoekende partij op een andere manier dan via een e-mailbericht te contacteren. De verzoekende partij heeft, van zodra zij weet had van de vraag van de verwerende partij en dit was pas op 25 september 2018, op dezelfde dag onvoorwaardelijk ingestemd met de termijnverlenging doch de verwerende partij heeft in strijd met dit artikel 104 de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaard.

Ook merkt de verzoekende partij op dat het verstrijken van de verbintenistermijn niet leidt tot de onregelmatigheid van de offerte. Het verstrijken van de verbintenistermijn heeft wel gevolgen voor de sluiting van de opdracht doch niet voor de gunning.

Ten slotte wijst de verzoekende partij op de rechtsleer waarin wordt vermeld dat een verbintenistermijn niet gelijk te stellen is aan een geldigheidstermijn: “De offertes worden niet ongeldig door het verstrijken van de termijn. Het louter verstrijken van de verbintenistermijn heeft geen andere juridische gevolgen dan dat de inschrijver niet meer verplicht is tot nakoming van zijn offerte. Door het verstrijken van de termijn is er dus geen stopzetting van de procedure, noch een onmogelijkheid om nog een gunningsbeslissing te nemen”.

10.2. De verzoekende partij voert in het vierde middel in de eerste zaak en het derde middel in de tweede zaak de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel.

Zij betoogt daartoe:

“Omdat

28. Zoals hierboven reeds werd aangehaald, houdt het zorgvuldigheidsbeginsel onder meer in dat het bestuur diens beslissingen op zorgvuldige wijze dient voor te bereiden. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt ook meer algemeen met zich mee dat de beslissingen van een bestuur op zorgvuldige wijze tot stand moeten komen.[...]

29. Daarnaast brengt het redelijkheidsbeginsel met zich mee dat het bestuur geen kennelijk onredelijke beslissing mag nemen.[...]

Terwijl

30. De Federale Politie ondanks het feit dat meerdere verzoeken tot verlenging van de verbintenistermijn per e-mail onbeantwoord bleven door verzoekende partij, het niet nodig achtte om verzoekende partij hierop attent te maken of om de verzoeken op een andere manier aan verzoekende partij ter kennis te brengen.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat de e-mailberichten van de verwerende partij in de spambox van de verzoekende partij zijn terechtgekomen en dat de verwerende partij de verzoekende partij pas op de gestuurde berichten heeft attent gemaakt na het verstrijken “van de zogenaamde termijn”, namelijk “tot 10 september 2018 waarbinnen moest worden gereageerd”. De verwerende partij heeft het dus niet nodig geacht de verzoekende partij op een andere manier dan via e-mailverkeer te bereiken “hoewel de verschillende e-mails onbeantwoord bleven tot 25 september 2018”. Dit getuigt van “grote onzorgvuldigheid bij de totstandkoming van de bestreden beslissing”. De verwerende partij had “één simpel telefoontje” kunnen plegen of een gewone brief of een aangetekende zending kunnen sturen, wat zij niet heeft gedaan. Hierbij beklemtoont de verzoekende partij de context van een normaliter zeer stipt reagerende verzoekende partij zonder dat er voordien reeds problemen waren met het e-mailverkeer tussen de verzoekende partij en de verwerende partij.

Ten slotte meent de verzoekende partij dat het redelijkheidsbeginsel is geschonden. Het is een kennelijk onredelijke handelwijze van de verwerende partij om de verzoekende partij niet op een andere wijze te contacteren bij de problematiek. Evenzeer is het kennelijk onredelijk nadat de verzoekende partij reageerde met een instemming, haar te weren.

11.1. De verwerende partij merkt wat het tweede middel in de eerste zaak en het eerste middel in de tweede zaak betreft, in essentie op dat uit artikel 104 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 voortvloeit dat er slechts mag worden gegund aan een inschrijver die heeft ingestemd met het behoud van zijn offerte, wat hier in hoofde van de verzoekende partij niet het geval is. In het verslag aan de Koning bij dit artikel wordt volgens haar uitdrukkelijk vermeld dat de inschrijver die niet instemt met het behoud van zijn offerte, zich definitief buitenspel zet. Het niet-antwoorden op de talrijke e-mailberichten van de verwerende partij tot termijnverlenging – de verzoekende partij heeft “liefst 46 dagen de tijd gekregen om haar verbintenistermijn te verlengen” – “beantwoordt [...] volledig aan het niet-instemmen met het behoud van de offerte”. Voorts wijst zij erop dat conform artikel 57 van het koninklijk besluit plaatsing 2011 inschrijvers gebonden blijven door hun offerte gedurende de verbintenistermijn voorzien in het bestek en de verlengingen ervan die het bestek zo aanvullen. Ten slotte beklemtoont de verwerende partij dat zij als aanbestedende overheid niet lijdzaam moet wachten “tot de inschrijvers hun verbintenistermijn verlengen”; “[h]et definitieve buitenspel is een rechtstreeks gevolg van artikel 104 van het KB, wat dus niet bepaald moest worden door verwerende partij”.

11.2. Wat het vierde middel van de eerste zaak en het derde middel van de tweede zaak betreft, voert de verwerende partij aan dat zij het e-mailadres van de verzoekende partij heeft gebruikt dat de verzoekende partij haar zelf heeft gegeven. De verwerende partij mailt overigens al jaren naar dit adres. Zij brengt haar zes e-mailberichten inzake haar laatste vraag tot verlenging van de verbintenistermijn in herinnering. Zij stelt dat het “volledig ongeloofwaardig [is] dat alle mails van verwerende partij, met name van [G.], in de spamfilter zijn terechtgekomen, en dit om meerdere redenen”. Zo wijst zij erop dat andere e-mailberichten van dezelfde persoon niet in de spambox van de verzoekende partij zijn terechtgekomen; ook benadrukt zij dat de verzoekende partij niet aantoont dat alle relevante e-mailberichten in haar spambox zijn terechtgekomen, integendeel. Overigens diende de verzoekende partij, aldus de verwerende partij, hoe dan ook “af en toe te gaan kijken in [haar] spam-mails”. De verwerende partij concludeert dat de verzoekende partij “met een vaag spam-verhaal een poging [doet] om [haar] fout te verantwoorden naar de aanbestedende overheid toe”.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat mondelinge contacten uit de boze zijn zodat het zogenaamd “eenvoudig telefoontje” helemaal niet mag. Alle communicatie moet schriftelijk verlopen. Het voormelde artikel 104 schrijft ook geen aangetekend schrijven of een gewone brief voor “gezien dit in tegenstrijd is met de evolutie naar het paperless werken voor de overheidsopdrachten” zodat contacten per e-mailbericht verkieslijk zijn.

12.1. De tussenkommende partij merkt, wat het tweede middel in de eerste zaak en het eerste middel in de tweede zaak betreft, in essentie op dat aangezien de verzoekende partij niet heeft ingestemd met de laatste vraag tot termijnverlenging, minstens te laat, haar offerte terecht niet geldig werd verklaard wat in overeenstemming is met het voormelde artikel 104. “Terecht geeft verwerende partij ook aan dat zij geen eeuwigheid kon blijven wachten op een eventuele reactie van verzoekende partij, nu er meer dan genoeg kansen geboden waren om tijdig een antwoord te formuleren.” Door zich te richten tot de enige regelmatige inschrijver is dit artikel evenzeer in acht genomen.

12.2. Wat het vierde middel in de eerste zaak en het derde middel in de tweede zaak betreft, benadrukt de tussenkommende partij dat de verwerende partij “[m]et de vraag inzake de verbintenistermijn aan verzoekende partij, dit tot zesmaal toe en met tweemaal opschuiven van een ultieme deadline, [...] ruimschoots [heeft] voldaan aan de vereiste om schriftelijk aan de inschrijver te vragen of hij akkoord gaat met het behoud van zijn offerte”. Er is overigens, zo merkt de tussenkommende partij op, geen verplichting om met een aangetekende zending te werken; de verwerende partij heeft het door de verzoekende partij in haar offerte opgegeven e-mailadres gebruikt. De verzoekende partij toont voorts hoe dan ook niet aan dat zij de zes relevante e-mailberichten niet heeft ontvangen of dat ze in haar spambox terecht zijn gekomen.

Beoordeling

13. Artikel 57 van het koninklijk besluit plaatsing 2011, dat op de huidige opdracht van toepassing is, luidt:

“De inschrijvers blijven verbonden door hun offerte, zoals eventueel verbeterd door de aanbestedende overheid, gedurende negentig dagen te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst. De opdrachtdocumenten kunnen een afwijkende termijn voorschrijven.

Vóór het verstrijken van de verbintenistermijn kan de aanbestedende overheid aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging van deze termijn vragen, onverminderd de toepassing van de artikelen 103 of 104 in geval ze niet op dat verzoek ingaan bij aanbesteding of offerteaanvraag.”

In het toepasselijke bestek wordt *sub* 10.10. vermeld:

“Geldigheidsduur van de offerte

In toepassing van artikel 57, alinea 1 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, blijven de inschrijvers gebonden door hun offerte tot 31 maart 2018. Vóór het verstrijken van de verbintenistermijn kan de aanbestedende overheid aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging vragen.”

De verwerende partij heeft hier bij e-mailbericht van 16 april 2018, dit is na 31 maart 2018, aan de verzoekende partij gevraagd haar verbintenis te verlengen tot 31 mei 2018; de verzoekende partij antwoordde op dezelfde dag instemmend.

Met een e-mailbericht van 26 juli 2018, gevolgd door vijf e-mailberichten tot 10 september 2018, vroeg de verwerende partij aan de verzoekende partij om een nieuwe verlenging, opnieuw ruim na het einde van de vorige verlenging die immers afliep op 31 mei 2018, ditmaal tot 31 december 2018.

Op het eerste gezicht lijken de demarches van de verwerende partij zich niet in te passen in de letterlijke bewoordingen van het voormelde artikel 57 of van de aangehaalde besteksbe­paling. De context van artikel 57 en de voormelde besteksbe­paling lijkt die te zijn van een aanbestedende overheid die nog niet het eindstadium van de procedure, dit is het sluiten van de opdracht, binnen handbereik heeft en tijdens de lopende verbintenistermijn vraagt dat die wordt verlengd.

Voorts lijkt het uiteindelijk verlengen van de verbintenistermijn hier een wijziging van de initiële besteksbe­palingen in te houden, zoals de

verwerende partij zelf opmerkt wanneer zij stelt dat het vragen van een verlenging van de verbintenistermijn het bestek aanvult. Van weeromstuit lijkt een antwoord van een inschrijver op dergelijke vraag voor zijn offerte even substantieel; de inschrijver acht zich langer gehouden tot zijn offerte dan waartoe hij zich initieel verbond.

Dit lijkt dan ook een bijzondere ernstige aangelegenheid voor de beide partijen waarvoor artikel 57 noch de besteksbepaling 10.10. een werkwijze voorschrijven, maar waarbij het gebruik van een eenvoudig e-mailbericht een wat minimalistische en niet-proportionele techniek lijkt.

14. De artikelen 102 en 104 van het koninklijk besluit plaatsing 2011, die zijn opgenomen onder de afdeling “sluiting opdracht”, luiden:

“Art. 102. De sluiting van de opdracht gebeurt door de betekening van de goedkeuring van zijn offerte aan de opdrachtnemer en mag niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud.

De betekening gebeurt per aangetekende brief, per telefax of via andere elektronische middelen op voorwaarde dat in de twee laatste gevallen, de inhoud binnen vijf dagen per aangetekende brief wordt bevestigd.

De betekening is geldig en tijdig gedaan door de verzending van de aangetekende brief of de verzending per telefax of via andere elektronische middelen binnen de eventueel verlengde verbintenistermijn bedoeld in artikel 57.”

en

“Art. 104. Als bij offerteaanvraag de eventueel verlengde verbintenistermijn verstrijkt zonder dat de opdracht is gesloten en de aanbestedende overheid in dit stadium geen toepassing maakt van artikel 35 van de wet, gaat ze als volgt te werk.

Vooraleer de opdracht te gunnen, vraagt de aanbestedende overheid schriftelijk aan de inschrijver in kwestie of hij instemt met het behoud van zijn offerte. Als die inschrijver daarmee schriftelijk en zonder voorbehoud instemt, gaat de aanbestedende overheid over tot de gunning en de sluiting van de opdracht.

Indien de inschrijver in kwestie slechts instemt met het behoud van zijn offerte mits hij een wijziging van zijn offerte krijgt, gebeurt de gunning en de sluiting van de opdracht met inbegrip van de gevraagde wijziging indien de inschrijver de wijziging verantwoordt op grond van omstandigheden die

zich na de opening van de offertes hebben voorgedaan en de aldus gewijzigde offerte de economisch voordeligste blijft.

Als de inschrijver in kwestie niet instemt met het behoud van zijn offerte of de gevraagde wijziging niet gerechtvaardigd blijkt of de gewijzigde offerte niet de economisch voordeligste blijft, richt de aanbestedende overheid zich:

1° hetzij achtereenvolgens, volgens de rangschikking, tot de andere regelmatige inschrijvers. In dit geval zijn eveneens het tweede en derde lid toepasselijk;

2° hetzij tot al de andere regelmatige inschrijvers met de vraag hun offerte te herzien, op grond van de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht, om de opdracht vervolgens te gunnen en te sluiten op basis van de offerte die de economisch voordeligste is geworden. De aanbestedende overheid houdt mede rekening met de bij toepassing van het derde lid door de inschrijver in kwestie gevraagde al dan niet verantwoorde wijziging. In dit geval zijn de artikelen 50, 3°, 51, § 2, 57 en hoofdstuk 6 toepasselijk.”

De context van artikel 104 lijkt te moeten worden gesitueerd in de eindfase van de gunningsprocedure; er is sprake van een rangschikking, van een nakende gunning en het sluiten van de opdracht. Artikel 104 voorziet niet meer met zoveel woorden in een verlenging van de verbintenistermijn, die lijkt intussen afgelopen. Aan de inschrijver wordt gevraagd of hij zijn offerte behoudt met het oog op, zo lijkt, de nakende gunning. Artikel 104 vereist een schriftelijke vraag van de aanbestedende overheid en een schriftelijk antwoord van de inschrijver.

Een verklaring van een inschrijver waarbij hij zich toch nog gehouden acht door zijn offerte, niettegenstaande de verbintenistermijn afgelopen is en dus buiten de termijn om, lijkt op het eerste gezicht evenzeer een zwaarwichtige rechtshandeling en lijkt een onbetwistbare bindende wilsuiting te veronderstellen.

De demarches van de verwerende partij naar de twee inschrijvers toe situeren zich volgens de verzoekende partij en de verwerende partij, in het rechtskader van het voormelde artikel 104 voornoemd niettegenstaande, zo lijkt, op het ogenblik van de eerste vraag tot verlenging, namelijk op 26 juli 2018, er geen onmiddellijke gunning en sluiting zaten aan te komen; de zogenaamde dringendheid voor het gunnen en sluiten blijkt alvast ook niet uit stuk 14 van het administratief dossier waarin de e-mailberichten over een slinkende stock aan parka's dagtekenen van half oktober 2018, dit is zelfs na de

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

bestreden beslissing. Evenzeer valt op te merken dat de verwerende partij een termijnverlenging tot 31 december 2018 vraagt terwijl artikel 104, zoals reeds opgemerkt, het niet letterlijk lijkt te hebben over termijnverlengingen, doch enkel over het behoud van de offerte aan de vooravond van de gunning en de sluiting. De verwerende partij lijkt aldus op het eerste gezicht niet aan te tonen dat zij een correct gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid bepaald in dit artikel betreffende gunning nadat de “eventueel verlengde verbintenistermijn verstrijkt”.

15. Zoals *sub* randnummers 13 en 14 opgemerkt, lijkt een inschrijver op de vraag van de verwerende partij om een verlenging van de verbintenistermijn, dan wel om het behoud van de offerte, uiting te moeten geven aan een onbetwistbare juridische verbintenis om zijn gehoudenheid over de initieel voorziene datum te tillen. Evenzeer lijkt een aanbestedende overheid die om een verlenging van de verbintenistermijn of het behoud van een offerte na afloop van de verbintenistermijn vraagt, wat lijkt te leiden tot een wijziging van de opdrachtdocumenten, voldoende juridisch onbetwistbaar bindend haar wil te uiten.

Kwestie hier is dan ook of het vragen naar dergelijk engagement van de inschrijver, om zich langer te binden dan wel zich opnieuw te binden na niet meer gebonden te zijn, met eenvoudig e-mailverkeer waarbij zelfs niet de vereiste zekerheid lijkt te bestaan inzake ontvangst en kennisname, mag door een aanbestedende overheid worden uitgelokt en door een inschrijver toegezegd zoals de verwerende partij lijkt voorop te stellen. Nergens is er te dezen sprake van een ontvangst- of leesbevestiging, elektronische handtekeningen of dito platforms. De verwerende partij lijkt ook niet te beweren dat in het bestek bepalingen zijn opgenomen inzake communicatie met e-mailverkeer die voorliggende problematiek beheersen. De mogelijke werkwijze onder de regelgeving van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten – artikel 14 – en van het koninklijk besluit van 18 april 2017 – artikel 41 en volgende – lijkt hier temporeel niet van toepassing; overigens lijkt deze regelgeving veel rechtszekerder te zijn en meer in te houden dan de door de verwerende partij gevolgde werkwijze.

De verzoekende partij lijkt dan ook op het eerste gezicht niet onterecht aan te klagen dat de door de verwerende partij gebruikte werkwijze in functie van wat in eerste instantie wordt beoogd, namelijk een nieuwe

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

gehoudenheid, maar evenzeer ook in het licht van wat de verwerende partij als zeer ingrijpend rechtsgevolg voorbehoudt bij gebrek aan respons, namelijk wat zij noemt een “definitief buitenspel” gezet worden, vooralsnog onvoldoende steek houdt. Minstens lijkt de verwerende partij geen evenredige inspanningen tot rechtszekere contactname te hebben geleverd ten aanzien van het lot dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij toebedeelt.

Het uitlokken van een antwoord op de vraag tot termijnverlenging of een nieuwe gehoudenheid lijkt dan ook een meer intrusieve en ondernemende handelwijze te veronderstellen dat wat de verwerende partij hier heeft gevolgd.

Het gegeven dat bij een eerdere vraag tot retroactieve verbintenisverlenging tot 31 mei 2018 dit bij gewoon e-mailverkeer werd “afgehandeld”, impliceert niet dat deze werkwijze tussen de partijen voortaan gelegitimeerd was.

Het aannemen dat de verwerende partij op geen goede gronden de offerte van de verzoekende partij niet geldig heeft verklaard, lijkt de gunning aan de tussenkomende partij evenzeer te bezwaren.

16. De middelen zijn in de aangegeven mate ernstig en verantwoord de schorsing van de tenuitvoerlegging van de volledige bestreden beslissing.

C. Derde middel in de eerste zaak en tweede middel in de tweede zaak

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert in de beide zaken een identiek middel aan, namelijk de schending van “de materiële motiveringsplicht in combinatie met het zorgvuldigheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij betoogt daartoe:

‡BDLSKFJCC-BDFEDGV‡

“Omdat

23. De materiële motiveringsplicht inhoudt dat iedere administratieve rechtshandeling moet worden gedragen door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar moeten zijn. Concreet betekent dit dat de motieven kenbaar moeten zijn, dat ze tevens feitelijk juist moeten zijn en dat ze tenslotte draagkrachtig moeten zijn en met andere woorden de beslissing effectief rechtens moeten kunnen dragen en verantwoorden.

[...]

24. Het zorgvuldigheidsbeginsel brengt tevens met zich mee dat de beslissing op zorgvuldige wijze moet worden voorbereid. [...]

Terwijl

25. In de bestreden beslissing wordt gesteld dat er meermaals aan verzoekende partij werd gevraagd of deze akkoord kon gaan met een verlenging van de voorwaarden van de offerte tot 31 december 2018 en in de bestreden beslissing wordt gesteld dat hierop geen reactie werd ontvangen van verzoekende partij. Dit is feitelijk onjuist, aangezien verzoekende partij wel degelijk heeft gereageerd.”

Beoordeling

18. Dit middel behoeft thans geen beoordeling gelet op de hiervoor ernstig bevonden middelen die een minstens even ruime strekking hebben.

IX. Besluit

19. Het tweede en vierde middel in de eerste zaak en het eerste en derde middel in de tweede zaak zijn ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden toegewezen.

Er is geen reden om de door de verwerende partij in beide vorderingen gevraagde toepassing van artikel 37 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State te onderzoeken, mocht dit procedureel al mogelijk zijn.

Het is passend, gelet op deze bevolen schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten van de vorderingen, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. De zaken nrs. A. 226.371/XII-8629 en A. 226.450/XII-8632 worden gevoegd.
2. De verzoeken van de nv Vandeputte Safety tot tussenkomst worden ingewilligd.
3. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 oktober 2018 van de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de minister van Binnenlandse Zaken, waarbij de overheidsopdracht voor de raamovereenkomst nr. Procurement 2017 R3 169 wordt gegund aan de nv Vandeputte Safety en de offerte van de nv Jomex niet meer geldig wordt verklaard.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 november 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra