

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 243.200 van 11 december 2018  
in de zaak A. 226.593/XII-8639**

In zake: de NV FIRE TECHNICS  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Gerard Soete  
kantoor houdend te 8400 Oostende  
Kerkstraat 8/1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister  
van Veiligheid en Binnenlandse Zaken  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Stijn Butenaerts  
kantoor houdend te 1080 Brussel  
Leopold II-laan 180  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 6 november 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Civiele Veiligheid, waarvan de datum haar niet bekend is ingevolge de weigering door de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken haar kennis te geven van die beslissing en de datum ervan maar waarvan de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken op 25 oktober 2018 meedeelde dat zij de beslissing nam de markt van de tankwagens (II/MAT/A26-297-12) perceel 1, 2 & 3 te verlengen met 1 jaar gebaseerd op ‘aanvullende werken, leveringen of diensten’ Art. 38/1-2° de verandering van opdrachtnemer tot aanzienlijk ongemak of een

aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder, van het KB van 14 januari 2013”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 november 2018, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Thomas Soete, die *loco* advocaat Gerard Soete verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Barbara Speleers, die *loco* advocaat Stijn Butenaerts verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

## *III. Feiten*

3.1. De verwerende partij heeft in maart 2013 een opdracht uitgeschreven voor de levering van tankwagens. Deze opdracht is gegund bij wijze van algemene offerteaanvraag.

De opdracht omvatte drie percelen: 1) levering van tankwagens 8.000 liter 4x2; 2) levering van tankwagens 8.000 liter 4x4 en 3) levering van tankwagens 12.000 liter 6x4.

Het bestek II/MAT/A26-297-12 is op de opdracht van toepassing.

Artikel 1.5 van dat bestek bepaalt de duur van de opdracht op 4 jaar, welke aanvangt op de eerste kalenderdag volgend op de dag van kennisgeving tot gunning van de opdracht aan de leverancier.

Op 13 augustus 2014 wordt beslist om de drie percelen te gunnen aan de nv Vanassche FFE.

3.2. De vorderingen van de verzoekende partij tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissingen van 13 augustus 2014 zijn verworpen bij de arresten nummers 228.722, 228.723 en 228.724 van 10 oktober 2014.

3.3. De kennisgeving tot gunning van de opdracht heeft plaatsgevonden op 16 oktober 2014, zodat het contract met de nv Vanassche FFE liep van 17 oktober 2014 tot en met 16 oktober 2018.

3.4. Met een schrijven van 3 september 2018 deelt de verwerende partij aan de nv Vanassche FFE mee dat “[o]p grond van artikel 38/1 – 2° van het KB van 14 januari 2013” het voormelde contract voor de 3 percelen met de duur van één jaar wordt verlengd, dat de einddatum van het contract dus 16 oktober 2019 is, en dat “[d]e opdracht wordt verlengd onder dezelfde voorwaarden van het huidige contract”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. De verzoekende partij verklaart naar aanleiding van een controle van de technische fiches op het internet kennis te hebben genomen van de verlenging. Daaruit zou zijn gebleken dat de opdracht een *update* had ondergaan waardoor de geldigheidsduur van het contract niet langer liep tot 17 oktober 2018 maar tot 17 oktober 2019.

3.6. Met een schrijven van 8 oktober 2018 heeft de raadsman van de verzoekende partij de verwerende partij om uitleg verzocht en gevraagd haar een kopie te bezorgen van de verlengingsbeslissing.

3.7.

Op 28 oktober 2018 antwoordt de verwerende partij wat volgt:

“De markt van de tankwagens (II/MAT/A26-297-12) perceel 1, 2 en 3 werd verlengd met één jaar gebaseerd op ‘Aanvullende werken, leveringen of diensten’ Art. 38/1 – 2° de verandering van opdrachtnemer tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder, van het KB van 14 januari 2013.

Het openen van dergelijke grote en complex aankoopmarkten door de directie Materieel vergt heel veel tijd. Het opmaken/schrijven van het lastenboek in samenspraak met de hulpdiensten voor het bepalen van de verschillende criteria waaraan de voertuigen moeten voldoen, een daarbij aansluitende marktstudie en vele discussies leidt tot een lang proces. Vervolgens wordt het gepubliceerd met nadien een grondige analyse en evaluatie van alle verkregen offertes (Bij de vorige indiening waren er 6 verschillende inschrijvers).

Voertuigen voor de brandweer zijn heel specifiek en moeten speciaal ontworpen worden. De keuring van het eerste prototype (Perceel 1- Post 1) gebeurde op 10 november 2016. Dit is meer dan 2 jaar na de gunning van de markt. Het laatst gekeurd prototype (perceel 3- Post 2) gebeurde vorig jaar op 29 juni 2017.

Gezien de duur, omvang en complexiteit voor het tot stand brengen van deze aankoopmarkt, zorgt dit voor een dermate aanzienlijk ongemak en een dermate aanzienlijk administratief belastende kostenplaatje voor de directie Materieel om dit heel frequent (lees: om de vier jaar) over te doen. Daarom werd geoordeeld om de huidige markt eenmalig met 1 jaar te verlengen. In navolging zal er een nieuwe openbare aanbesteding uitgeschreven worden met een duurtijd van 5 jaar.”

#### *IV. Schorsingsvoorwaarden*

4.1. Verwijzend naar artikel 17, §§ 1 en 4, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973 dat bepaalt dat tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts kan 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 én dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing, stelt de verwerende partij in haar nota vast dat de verlenging van het bestaande contract al sedert 3 september 2018 een vaststaand feit is, zodat de verzoekende partij thans geen enkel belang meer heeft bij de schorsing van de bestreden verlengingsbeslissing, en dat er om dezelfde reden actueel evenmin nog

sprake is van enige uiterst dringende noodzakelijkheid tot schorsing van deze beslissing.

Zij wijst er voorts op dat de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing geenszins de schorsing met zich meebrengt van de reeds tussen de partijen gesloten – en verlengde – burgerrechtelijke overeenkomst, wat tot de uitsluitende bevoegdheid van de gewone rechtbanken behoort.

Wat het argument van de verzoekende partij betreft dat als er niet wordt geschorst, de verlenging van de markt doorgaat en zij niet in de mogelijkheid is om voertuigen te leveren, merkt de verwerende partij nog op dat uit niets blijkt dat de verzoekende partij wel de voertuigen zou hebben mogen leveren, mocht de aangevoerde onregelmatigheid niet hebben plaatsgevonden.

De verwerende partij besluit dat de verzoekende partij derhalve niet het bewijs levert van enig bewezen nadeel in haren hoofde noch van spoedeisendheid of uiterst dringende noodzakelijkheid, zodat de vordering moet worden afgewezen.

4.2. De verzoekende partij betoogt in wezen dat door het bestreden verlengingsbesluit een nieuwe overeenkomst tot stand is gekomen zonder dat is gebruikgemaakt van een aanbestedingsprocedure, hetgeen volgens haar een schending uitmaakt van de regelgeving inzake overheidsopdrachten en mededinging.

4.3. Uit de gegevens van de zaak lijkt te moeten worden afgeleid dat de litigieuze beslissing tot verlenging haar grondslag vindt, niet in een herzieningsclausule in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten, maar in artikel 38, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’ (hierna: het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten).

Een beslissing op grond van artikel 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten lijkt onder de toepassing te vallen 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' (hierna: de wet rechtsbescherming).

Het feit dat de overeenkomst reeds werd gesloten ontnemt de verzoekende partij niet het vereiste belang bij haar vordering. In de huidige stand van de procedure mag op het eerste gezicht voorts worden aangenomen dat deze betwisting behoort tot de rechtsmacht van de Raad van State, hetgeen door de verwerende partij overigens niet wordt betwist.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van de wet rechtsbescherming 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, 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 tweede middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

5.1. Een tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 37 en 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten, “door op basis van die artikelen te verlengen daar waar dat uitdrukkelijk door de betreffende artikelen wordt uitgesloten omdat art. 37 en art. 38/1 K.B. 14 januari 2013 wijzigingen van de opdracht betreffen en daartoe beperkt zijn wat ook meebrengt dat er [...] schending van [...] de formele motiveringsplicht gebeurde”.

De verzoekende partij licht onder meer toe:

“De formele motiveringsplicht houdt in dat de bestreden beslissing de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen met een afdoende motivering betreffende de juridische grond.

Ter zake ontbreekt de verantwoording voor de verlenging van de Markt met 1 jaar behalve de bewering dat het gaat over aanvullende werken, leveringen en diensten van art. 38 par 1 – 2° zonder dat wordt uiteengezet hoe een verlenging een aanvullend werk, een aanvullende levering of een aanvullende dienst zou kunnen zijn die tijdens de opdracht noodzakelijk werd.”

5.2. In haar nota met opmerkingen voert de verwerende partij geen verweer ten gronde.

### *Beoordeling*

5.3.1. De bestreden beslissing steunt op artikel 38/1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten.

Artikel 38/1 van het voormelde koninklijk besluit bepaalt:

“Een wijziging mag zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden doorgevoerd, voor door de oorspronkelijke opdrachtnemer te verrichten aanvullende werken, leveringen of diensten die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen, indien de verandering van opdrachtnemer:

1° niet mogelijk is om economische of technische redenen, zoals wanneer de aanvullende goederen of diensten uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met bestaande uitrusting, diensten of installaties die in het kader van de oorspronkelijke opdracht zijn verworven; en

2° tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder.

De prijsverhoging die het gevolg is van de wijziging mag evenwel niet hoger zijn dan vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen. Het onderhavige lid is niet van toepassing op de opdrachten die worden geplaatst door aanbestedende entiteiten die activiteiten uitoefenen in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten als bedoeld in titel III van de wet.

Voor de berekening van het in het tweede lid bedoelde bedrag wordt, voor zover de opdracht een indexeringsclausule bevat, de geactualiseerde waarde als referentiewaarde gehanteerd.”

5.3.2. De wijzigingsmogelijkheid van artikel 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten mag overeenkomstig het tweede lid ervan evenwel niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen, dit overigens ook op gevaar de artikelen 4 en 5, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ te schenden. Overeenkomstig artikel 4 van deze wet behandelen de aanbesteders de ondernemers immers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen ze op een transparante en proportionele wijze. Overeenkomstig artikel 5, § 1, eerste lid, van dezelfde wet stelt een aanbesteder geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken.

5.3.3. Bij de beoordeling van de toepassing van deze wijzigingsgrond dient in de eerste plaats te worden bedacht dat artikel 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten vereist dat de aanvullende leveringen “noodzakelijk zijn geworden en [...] niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen”. Voorts lijken de voorwaarden van het voormelde artikel 38/1 dat de verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is om economische of technische redenen (artikel 38/1, eerste lid, 1°) en tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder (artikel 38/1, eerste lid, 2°), gelet op de libellering ervan cumulatief te moeten worden vervuld. Ten slotte legt artikel 38/1, tweede lid, een bovengrens op van vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

5.3.4. Vastgesteld dient te worden dat de bestreden beslissing vervat in de brief van 3 september 2018 geen motieven bevat waaruit moet blijken dat aan de voorwaarden voor de toepassing van artikel 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten, is voldaan. Uit de hiervoor aangehaalde bepalingen lijkt het nochtans dat de toepassing van die bepaling van diverse feitelijke gegevens afhankelijk is.

De bestreden beslissing van 3 september 2018 is beperkt tot een loutere verwijzing naar artikel 38/1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten als grondslag voor de verlenging van het contract en de mededeling dat “[d]e opdracht wordt verlengd onder dezelfde voorwaarden van het huidige contract”.

De door de verwerende partij in haar latere brief van 28 oktober 2018 aan de verzoekende partij meegedeelde motieven met betrekking tot de duur, de omvang en de complexiteit van de markt zijn gegevens die in elk geval niet zijn verwoord in de bestreden beslissing van 3 september 2018, en waarvan niet blijkt dat zij ten grondslag lagen aan de bestreden beslissing.

Er dient dan ook *prima facie* te worden vastgesteld dat de verwerende partij niet met afdoende veruitwendigde motieven in de bestreden beslissing heeft aangegeven dat aan de toepassingsvoorwaarden van artikel 38/1 van het koninklijk besluit algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten is voldaan, zodat op het eerste gezicht niet is aangetoond dat een verlenging van de overeenkomst op grond van deze bepaling mogelijk was.

5.3.5. Het tweede middel is in de aangegeven mate ernstig.

## *VI. Besluit*

6.1. Uit het voorgaande volgt dat te dezen toepassing mocht worden gemaakt van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals vervat in de wet rechtsbescherming, waarbij geen bewijs van spoedeisendheid wordt vereist.

6.2. Er werd vastgesteld dat het tweede middel in de aangegeven mate ernstig is. Deze vaststelling volstaat om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

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 minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken van 3 september 2018 waarbij de duur van de overheidsopdracht voor de levering van tankwagens (II/MAT/A26-297-12 perceel 1 tot en met 3) met 1 jaar wordt verlengd.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 december 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Johan Bovin**