

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 247.072 van 18 februari 2020
in de zaak A. 226.593/XII-8639**

In zake: de NV FIRE TECHNICS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gerard Soete en Thomas 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. Het beroep, ingesteld op 22 januari 2019, strekt tot de nietigverklaring van de “[b]eslissing van 3 september 2018, ter kennis gebracht op 29 oktober 2018, van de Federale Overheidsdienst Binnenlandse Zaken, Algemene Directie Civiele Veiligheid, inhoudende de markt van tankwagens (II/MAT/A26-297-12) percelen 1, 2 & 3 te verlengen met één jaar dermate dat de einddatum van het contract 16 oktober 2019 is met verlenging van de opdracht onder dezelfde voorwaarden van het lopend contract”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest van 11 december 2018, nr. 243.200, beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissing.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 november 2019.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Lotte Ottevaere, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Stijn Butenaerts, die 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 schrijft in maart 2013 een opdracht uit voor de levering van tankwagens. Deze opdracht wordt gegund met een algemene offerteaanvraag en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 maart 2013 en in de bijlagen bij het Europees Publicatieblad van 30 maart 2013.

De opdracht omvat drie percelen, namelijk de levering van tankwagens 8.000 liter 4x2, tankwagens 8.000 liter 4x4 en 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 vier jaar, die aanvangt op de eerste kalenderdag volgend op de dag van kennisgeving tot gunning van de opdracht aan de leverancier.

Op 13 augustus 2014 beslist de verwerende partij 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 voormelde gunningsbeslissingen van 13 augustus 2014 worden verworpen bij de arresten van de Raad van State van 10 oktober 2014 met nummers 228.722, 228.723 en 228.724.

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

3.4. Met een brief 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 2018 (lees: 2013)” het voormelde contract voor de drie 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 brief 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. Met een brief van 25 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 complexe 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.”

3.8. Bij arrest nr. 243.200 van 11 december 2018 beveelt de Raad van State “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”.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Ter terechtzitting merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij haar belang bij het beroep heeft verloren omdat de verlengde opdracht intussen op 16 oktober 2019 is afgelopen.

Beoordeling

5. De argumentatie van de verwerende partij overtuigt niet.

De verzoekende partij beschikt over een gekwalificeerd moreel belang om de bestreden beslissing die een opdracht verlengt, aan te vechten ook al is deze verlenging intussen afgelopen. De verwerende partij maakt niet aannemelijk dat dit belang van een andere orde zou zijn dan het belang van een verzoekende partij die een oorspronkelijke gunningsbeslissing aanvecht voor een overheidsopdracht die in de loop van een annulatieprocedure voor de Raad van State volledig is uitgevoerd.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

6. In haar verzoekschrift voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 37 en 38/1 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten’ (hierna: het

koninklijk besluit uitvoering 2013) “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 dat de formelemotiveringsplicht inhoudt 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 volgens haar de verantwoording voor de verlenging van de markt met één jaar, behoudens de bewering dat het gaat over aanvullende werken, leveringen en diensten van artikel 38/1, (eerste lid), 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. Een verlenging impliceert dat dit te situeren is buiten de opdracht.

7. In haar memorie van antwoord repliceert de verwerende partij dat, op de artikelen 38/1, 38/2 en 38/19 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 na, de wet van 24 december 1993 en haar uitvoeringsbesluiten op de opdracht van toepassing zijn.

Op grond van artikel 7 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’ (hierna: koninklijk besluit uitvoering 1996) is het, volgens de verwerende partij, wel degelijk mogelijk om een oorspronkelijke opdracht eenzijdig te verlengen voor zover het voorwerp ervan onveranderd blijft en de wijziging niet wezenlijk is.

Door in de brief van 3 september 2018 aan de nv Vanassche FFE te verwijzen naar artikel 38/1, (eerste lid), 2° van het koninklijk besluit uitvoering 2013, heeft de verwerende partij enkel de onderliggende reden van de toegekende verlenging willen aangeven, “met name dat een verlenging van één jaar zich opdrong om reden dat de verandering van opdrachtnemer tot een aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden in hoofde van de

aanbesteder”. Deze redengeving werd naderhand ook nog eens op een meer uitvoerige wijze toegelicht in de brief van 25 oktober 2018. De verwerende partij besluit dat de bestreden beslissing naar behoren is gemotiveerd.

8. In de memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij in de eerste plaats de toepasselijkheid van voormeld artikel 38/1, dat “enkel geldt voor de overeenkomsten die binnen het toepassingsgebied van het K.B. 14 januari 2013 vallen”. Met verwijzing naar het eerste middel vervolgt de verzoekende partij dat de wijziging van opdracht overeenkomstig artikel 7 van het koninklijk besluit uitvoering 1996 “enkel inhoudelijk geldt voor de voorwaarden waardoor een aanpassing van de opdracht, uitsluitend binnen de geldingsduur, noodzakelijk is”. Zij vervolgt dat in de mate dat de wijzigingsmogelijkheid van artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 wel van toepassing zou zijn, ze niet mag worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

9. De verwerende partij herhaalt in haar laatste memorie dat zij gerechtigd was om de opdracht te verlengen op grond van artikel 7 van het koninklijk besluit uitvoering 1996 en dat haar verwijzing in de bestreden beslissing naar artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 enkel was bedoeld om haar motieven kenbaar te maken, zoals die met de brief van 25 oktober 2018 aan de verzoekende partij nog nader zijn uiteengezet.

Beoordeling

10. De verwerende partij ontkent in haar verweer de toepasselijkheid van het voormelde artikel 38/1 en laat de bestreden beslissing nu steunen op artikel 7 van het koninklijk besluit uitvoering 1996.

Dat artikel, zoals het van kracht was vóór de opheffing ervan bij het koninklijk besluit van 2 juni 2013 ‘tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 en van de koninklijke uitvoeringsbesluiten ervan’, luidde:

“Ongeacht de wijze waarop de prijzen worden bepaald, is de aanbestedende overheid gerechtigd de oorspronkelijke opdracht eenzijdig te wijzigen, voor zover het voorwerp ervan onveranderd blijft en, zo nodig, mits een rechtmatige compensatie.”

De bestreden beslissing echter, zoals ze is vervat in de voornoemde brief van 3 september 2018, vermeldt uitdrukkelijk dat ze steunt op artikel 38/1, (eerste lid), 2°, van het koninklijk besluit uitvoering 2013, welke bepaling is ingevoegd bij artikel 21 van het koninklijk besluit van 22 juni 2017 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en op 30 juni 2017 in werking is getreden.

Dat artikel 38/1 luidt:

“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.”

De verwerende partij toont niet aan dat naar deze bepaling wordt verwezen “enkel [om aan te geven] wat de onderliggende reden is van de toegekende verlenging”.

11. Voorts wordt vastgesteld dat artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 wel degelijk van toepassing is op de in het geding zijnde opdracht en wel om de volgende redenen.

Het voorheen geldende koninklijk besluit uitvoering 1996 werd door artikel 5 van het voornoemde koninklijk besluit van 2 juni 2013 per 1 juli 2013 opgeheven, als volgt:

“Art. 5. Worden opgeheven :

1° [...]

2° [...]

3° het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken;

4° [...]

5° [...]

6° [...]

De voormelde besluiten blijven evenwel toepasselijk op de overheidsopdrachten, de opdrachten en de concessies voor openbare werken die vóór 1 juli 2013 zijn bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie of in het Bulletin der Aanbestedingen, alsook voor de overheidsopdrachten, de opdrachten en de concessies voor openbare werken waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vóór deze datum werd uitgenodigd tot het indienen van een aanvraag tot deelneming of van een offerte.

Voor de overheidsopdrachten, de opdrachten en de concessies voor openbare werken die zowel op Europees als op Belgisch niveau worden bekendgemaakt, geldt als aanvangspunt de datum van bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Art. 6. Dit besluit treedt in werking op 1 juli 2013.”

Uit die bepaling volgt dat het koninklijk besluit uitvoering 1996 per 1 juli 2013 nog van toepassing bleef op de opdracht aangezien die opdracht werd bekendgemaakt op 27 en 30 maart 2013.

Evenwel is nadien artikel 13 van het koninklijk besluit van 15 april 2018 ‘tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten op het vlak van overheidsopdrachten en concessies en tot aanpassing van een drempel in 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’ tussengekomen dat luidens artikel 61, tweede lid, van hetzelfde koninklijk besluit uitwerking heeft vanaf 30 juni 2017, en luidt:

“Artikel 161 van hetzelfde besluit [bedoeld wordt het koninklijk besluit uitvoering 2013] wordt vervangen als volgt:

‘Art. 161. De artikelen 38/1 en 38/19 zijn eveneens van toepassing op de opdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vóór 30 juni 2017, alsook voor de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, nog vóór die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte.’”

Uit die bepaling, samengenomen met de relevante overwegingen uit het Verslag aan de Koning (Belgisch Staatsblad van 18 april 2018, bladzijde 34.174), blijkt aldus dat artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 -en niet meer artikel 7 van het koninklijk besluit uitvoering 1996- per 30 juni 2017 van toepassing was op de voorliggende opdracht.

12. De wijzigingsmogelijkheid van artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 mag overeenkomstig het tweede lid ervan niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

Bij de beoordeling van de toepassing van deze wijzigingsmogelijkheid dient in de eerste plaats te worden bedacht dat artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 vereist dat de aanvullende leveringen “noodzakelijk zijn geworden en [...] niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen”. Voorts dienen de voorwaarden van het voormelde artikel 38/1, namelijk dat de verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is om economische of technische redenen (artikel 38/1, eerste lid, 1°) en dit tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging zou leiden voor de aanbesteder (artikel 38/1, eerste lid, 2°), gelet op de libellerings ervan, cumulatief te worden vervuld. Ten slotte legt

artikel 38/1, tweede lid, een bovengrens op van vijftig procent van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

13. De bestreden beslissing van 3 september 2018 is beperkt tot een loutere verwijzing naar artikel 38/1, (eerste lid), 2°, van het koninklijk besluit uitvoering 2013 als grondslag voor de verlenging van het contract en de mededeling dat “[d]e opdracht wordt verlengd onder dezelfde voorwaarden van het huidige contract”.

In haar latere brief van 25 oktober 2018 steunt de verwerende partij de verlenging van de overeenkomst op motieven met betrekking tot de lange duur van het gunningsproces en de omvang en de complexiteit van de markt zodat de verandering van opdrachtnemer een aanzienlijk ongemak of een aanzienlijk kostenplaatje met zich zou meebrengen, zoals in artikel 38/1, eerste lid, 2°, van het koninklijk besluit uitvoering 2013 als één van de voorwaarden wordt gestipuleerd.

14. Niet alleen toont de verwerende partij daarmee slechts één van de voorwaarden aan die moeten worden vervuld voor de toepassing van deze bepaling – daargelaten of de door haar aangehaalde motieven feitelijk correct zijn. Tevens betreft de voormelde bepaling de hypothese van aanvullende leveringen, waarvan de noodzaak of het nut pas blijkt na de toewijzing van de hoofdopdracht maar noodzakelijkerwijze wel nog tijdens de uitvoering van die opdracht. Een loutere verlenging van dezelfde hoofdopdracht gedurende één jaar is niet te beschouwen als een dergelijke aanvullende levering. Artikel 38/1 van het koninklijk besluit uitvoering 2013 laat toe de bestaande overheidsopdracht in zekere mate aan te vullen met bijkomende werken, leveringen of diensten zonder een nieuwe plaatsingsprocedure door te voeren maar enkel voor aanvullende werken, diensten of leveringen die niet in de gegunde oorspronkelijke opdracht en overeenkomst waren opgenomen en die “noodzakelijk zijn geworden”, wat te dezen niet blijkt.

Hieruit volgt dat de beslissing niet is gedragen door deugdelijke motieven.

15. Het middel is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt 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.

2. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 1.400 euro die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien februari tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	Kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest