

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.822 van 14 februari 2024
in de zaak A. 240.977/XII-9456**

In zake: de NV MAHIEU
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Victor Petitat
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ter Pannestraat 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GISTEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Gitte Laenen en Mr. Robin Depoorter
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 januari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

1° de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gistel van 27 december 2023 waarbij de overheidsopdracht voor ‘aanlegwerken van het Dr. Egide Defeverpark in Gistel, transformatie van een villatuin naar een publiek park’ wordt gegund aan de bv Grondwerken Declercq;

2° de impliciete beslissing om diezelfde opdracht niet te gunnen aan de nv Mahieu, minstens de impliciete beslissing om de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de offertes (‘best and final offers’ of

Bafo's) niet te verdagen, noch de procedure voor het indienen van de Bafo's te herbeginnen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 februari 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Victor Petitat, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Robin Depoorter, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 stad Gistel schrijft een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp 'aanlegwerken van het Dr. Egide Defeverpark in Gistel, transformatie van een villatuin naar een publiek park'.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

Er wordt geopteerd voor een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

Er zijn twee gunningscriteria: de prijs (op 80 punten) en de timing en het plan van aanpak (op 20 punten).

3.2. In het bijzonder bestek wordt in verband met het indienen van de offertes onder meer het volgende bepaald:

“ Art. 84. Elektronische indiening offertes

De offertes worden elektronisch ingediend via de e-tendering website. De offertes worden opgemaakt in pdf-formaat. [...]

[...]

Bij een elektronische indiening van de offertes moet het indieningsrapport voorzien zijn van een gekwalificeerde elektronische handtekening.

[...]

Enkel offertes die uiterlijk op of vóór het moment meegedeeld in het publicatiebericht en via de e-Tendering internetsite <https://eten.publicprocurement.be/> worden verstuurd, worden door de aanbestedende overheid aanvaard. De e-Tendering internetsite waarborgt de naleving van de voorwaarden van artikel 14 §7 van de wet van 17 juni 2016.

Verzending van een offerte per elektronische mail is NIET toegestaan; deze offerte wordt beschouwd als een onregelmatige offerte.

[...]”

3.3. Twee ondernemingen dienen een offerte in: de bv Grondwerken Declercq en de verzoekende partij.

3.4. De offertes worden onderzocht, en dit leidt tot de volgende beoordelingen:

Naam	Prijs	Timing en plan van aanpak	Totaal
Grondwerken Declercq	77,8/80	14/20	91,8/100
Mahieu	80/80	15/20	95/100

De verwerende partij is van mening dat bij beide partijen optimalisaties mogelijk zijn, zowel inzake prijs als inzake aanpak. Zij beslist

daarom om met beide inschrijvers te onderhandelen. In het gunningsverslag wordt over de onderhandelingen het volgende vermeld:

“Grondwerken Declercq BV en Mahieu NV werden uitgenodigd voor een onderhandeling volgende op hun initiële offerte. Deze onderhandelingen gingen door in de Bibliotheek te Gistel op 11 december 2023. Voorafgaand aan deze onderhandeling werd een schriftelijke vragenlijst overgemaakt aan beide partijen. Deze vragenlijst stelde de inschrijvers in staat zich voor te bereiden op het gesprek en op voorhand het nodige opzoekwerk te verrichten om zo hun initiële offerte te verduidelijken op een aantal punten of aan te scherpen op een aantal andere.

Het doel van de onderhandelingen was om te peilen naar eventuele besparingsmogelijkheden en in dialoog te kunnen treden over de uitvoering van het park en het plan van aanpak van de aannemer. In navolging van de onderhandeling werd aan de inschrijvers gevraagd om volgende documenten toe te voegen aan hun offerte:

- een korte schriftelijke nota die antwoord biedt [op] de schriftelijke vragen en die op die manier enige onduidelijkheid in de offertes verheldert.
- Een aangepaste samenvattende meetstaat die, indien van toepassing, fouten of misconcepties uit de initiële offerte verbetert.

Tijdens de onderhandeling werd gepeild naar besparingsopties die buiten de bepalingen uit het technisch bestek om, en met minimale impact op het ontwerp, het uitvoeringsbedrag op gunstige manier kunnen beïnvloeden. Om een objectieve beoordeling van de offertes mogelijk te maken werden deze besparingsopties die verschillend zijn voor beide inschrijvers niet in rekening genomen bij de prijs-quoting van de offertes. Deze besparingsopties worden op het moment van schrijven nog niet weerhouden maar kunnen wel dienen als basis voor eventueel latere kostenoptimalisaties.”

3.5. Met mailberichten van de FOD Beleid en Ondersteuning van 13 december 2023 krijgen de twee inschrijvers mededeling van de uitnodiging van de verwerende partij om vóór 20 december 2023, 12 u, via het e-procurement platform een aangepaste offerte in te dienen. Dezelfde dag bevestigt de verwerende partij die uitnodiging met mailberichten rechtstreeks gezonden aan elk van de twee inschrijvers.

Volgens de verklaringen van de verzoekende partij stelt zij op 20 december 2023 in de voormiddag vast dat op het e-procurement platform niet 12 u, maar 0 u als limietuur voor het indienen van de BAFO's is vermeld, en dat zij haar BAFO daardoor niet kan opladen. Zij neemt telefonisch contact op met de

stad. De burgemeester deelt haar mee dat zij haar BAFO dan maar per e-mail moet indienen.

Op 20 december 2023, om 10.17 u, zendt de verzoekende partij het volgende mailbericht aan de verwerende partij:

“In bijlage onze BAFO + antwoorden op de vragen voor het project te Gistel – Dr. Egide Defeverpark.
In jullie uitnodiging staat er dat wij voor 20/12/23 12u konden indienen.
Ik merk op dat het uur niet correct is. Er staat 00:00.
Ik kan dus helaas geen documenten opladen via het platform.
Kunnen jullie dit eens bekijken aub?”

Volgens de verwerende partij neemt ook de andere inschrijver telefonisch contact op. Ook hij krijgt de raad om zijn offerte via e-mail in te dienen. Hij dient om 11.35 u zijn BAFO met een e-mail in.

Met een mailbericht van 20 december 2023, 13.55 u, laat de verwerende partij aan de gekozen inschrijver weten dat zijn BAFO goed is aangekomen. Met een mailbericht van 13.57 u, laat zij hetzelfde weten aan de verzoekende partij.

3.6. De BAFO's worden onderzocht door de ontwerper die door de verwerende partij is aangesteld. In zijn gunningsverslag van 22 december 2023 merkt hij onder meer het volgende op in verband met de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium inzake de timing en het plan van aanpak:

“Grondwerken Declercq BV
Grondwerken Declercq BV kwam erg goed voorbereid naar de onderhandelingen en er werd een diepe kennis over het project getoond. De aannemer toonde grote bereidheid mee na te denken over besparingen en had daarvoor specifieke en goed uitgewerkte voorstellen (dikte halfverharding, specifieke voorstellen formele speeltuinzone,...). De meetstaatposten die bij de beoordeling van de initiële offertes als te hoog ingeschat [waren,] werden nagenoeg alle aangepast in prijs in de finale offerte. Er werd een realistische en voor het bestuur aanvaardbare timing vooropgesteld voor de uitvoering der werken. Grondwerken Declercq erkende de waarde van de bestaande vegetatie en lichtte op een

geloofwaardige manier toe hoe deze beschermd wordt tijdens de uitvoering der werken. De inschrijver gaat akkoord om na het uitzetten van de paden de tracés daar waar nodig nog bij te sturen.

Mahieu NV

Mahieu presenteerde zich als een multidisciplinaire onderneming om omgevingsaanleg. Tijdens de onderhandeling werd een ambitieuze timing naar voor geschoven die beperkter is in tijd dan die van de initiële offerte, en zich aan de bepalingen uit het bestek houdt. Er werd een begrijpbare verantwoording gegeven bij de posten die bij de beoordeling van de initiële offertes als hoog aanschouwd werden. Mahieu erkende de waarde van de bestaande vegetatie en lichtte op een geloofwaardige manier toe hoe deze beschermd wordt tijdens de uitvoering der werken. De inschrijver gaat akkoord om na het uitzetten van de paden de tracés daar waar nodig nog bij te sturen.”

De ontwerper komt tot de volgende scores:

Naam	Prijs	Timing en plan van aanpak	Totaal
Grondwerken Declercq	80/80	16/20	96/100
Mahieu	78,5/80	16/20	94,5/100

Hij besluit zijn verslag met het volgende advies:

“Rekening houdende met bovenstaande punten en ingevolge een materieel en rekenkundig nazicht is de ontwerper van mening dat de economisch meest voordelige offerte die is van Grondwerken Declercq BV [...].

Dit advies wordt gegeven onder voorbehoud van het advies van de door het opdrachtgevend bestuur aangestelde veiligheidscoördinator en het nazicht door het bestuur van de handtekeningsbevoegdheid van de inschrijver.

Het opdrachtgevend bestuur dient te controleren of de stilzwijgende verklaring op eer in verband met de uitsluitingsgronden overeenstemt met de werkelijkheid.

Bovendien wordt het opdrachtgevend bestuur erop gewezen dat de ontwerper, gezien zijn technisch-wetenschappelijke scholing, niet bekwaam noch bevoegd is een juridisch sluitend advies te geven. Het opdrachtgevend bestuur wordt dan ook ten stelligste aangeraden onderhavig document aan het nazicht te onderwerpen van hetzij haar juridische dienst hetzij een gespecialiseerde jurist of advocaat.”

3.7. Op 27 december 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gistel om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht te gunnen aan bv Grondwerken Declercq.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt twee excepties van onontvankelijkheid van de vordering op, de ene gericht tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen en de tweede gericht tegen de impliciete beslissing om de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de BAFO's niet te verdagen en om de procedure niet te herbeginnen.

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 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: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partij voert een enig middel aan, afgeleid uit de schending van de artikelen 14, §§ 6 en 7, 81 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de artikelen 57, 76, § 1, en 84 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), de artikelen 4, 8°, en 5, 9°, van de rechtsbeschermingswet, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), het zorgvuldigheids-, het motiverings- en het *patere legem*-beginsel,

“Doordat [...] in de bestreden [beslissing eerst] wordt besloten om het verslag van nazicht van de offertes goed te keuren, dit deel te laten uitmaken van de bestreden beslissing, om vervolgens de opdracht te gunnen aan de bv Grondwerken Declercq als zogenaamd economisch meest voordelige ‘regelmatige’ bieder en niet te gunnen aan de verzoekende partij;

Terwijl de offerte van de bv Grondwerken Declercq in strijd met het bijzonder bestek en de artikelen 14, §§6 en 7, van de Overheidsopdrachtenwet, per e-mail werd ingediend, niet middels het verplicht voorgeschreven elektronisch platform en zonder opening van de offertes middels een elektronisch proces-verbaal van opening, zoals voorgeschreven door artikel 84 van het KB Plaatsing, en mitsdien ex artikel 76, § 1, van het KB Plaatsing substantieel onregelmatig had moeten worden bevonden;

en terwijl elke gunningsbeslissing, overeenkomstig artikel 83 van de Overheidsopdrachtenwet en het zorgvuldigheidsbeginsel, moet gebaseerd worden op een zorgvuldig (regelmatigheids)onderzoek, op grond van rechtens juiste motieven en zonder de eigen bestekregels te schenden (*patere legem*-beginsel);

En doordat in de bestreden [beslissing] impliciet werd geweigerd om voorafgaand aan de indiening van de offertes de limietdatum en het limietuur voor het indienen van deze offertes (‘best and final offer’ - Bafo) te verdagen, dan wel na indiening per e-mail de procedure voor het indienen van de Bafo’s te herbeginnen, ook al werd de onbeschikbaarheid van het verplicht te hanteren elektronisch platform gesignaleerd door de verzoekende partij op 20 december 2023;

Terwijl overeenkomstig artikel 57 van het KB Plaatsing in samenlezing met het zorgvuldigheidsbeginsel mag worden verwacht van een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid dat, wanneer zij kennis heeft

gekregen van de onbeschikbaarheid van het in artikel 14, § 7, van de wet bedoeld elektronisch platform, zij de limietdatum en limietuur verdaagt, dan wel de procedure voor het indienen van de Bafo's herbegint teneinde elke mogelijke aantasting van de integriteit en vertrouwelijkheid van de door de verzoekende partij als eerste ingediende offerte uit te sluiten."

7.2. In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat in het bestek uitdrukkelijk werd bepaald dat de offertes enkel via het elektronisch platform konden worden ingediend en dat het verzenden van een offerte per mail niet toegestaan was en beschouwd zou worden als een onregelmatige offerte. Hoewel de verwerende partij had meegedeeld dat de BAFO's konden worden ingediend tot 20 december 2023, 12 u, was het platform reeds onbeschikbaar vanaf 20 december 2023, 0 u, door een verkeerde instelling door de verwerende partij.

Eerder dan, overeenkomstig artikel 57 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, de limietdatum en het limietuur te verdagen, nadat zij door de verzoekende partij was gewezen op de onbeschikbaarheid van het elektronisch platform, heeft de verwerende partij aan de verzoekende partij meegedeeld dat deze haar BAFO met een e-mail kon indienen. Nadat de verzoekende partij dat gedaan had, heeft de verwerende partij dezelfde mededeling gedaan aan de gekozen inschrijver. Die heeft zijn BAFO ingediend anderhalf uur na die van de verzoekende partij, na mogelijke kennisname en opening van de offerte van de verzoekende partij door de verwerende partij. Hierdoor is het risico ontstaan dat de integriteit van de door de verzoekende partij ingediende BAFO niet gegarandeerd bleef. Die BAFO kan immers door de verwerende partij geopend zijn voordat de gekozen inschrijver zijn BAFO indiende, en prijsinformatie over de offerte van de verzoekende partij kan zijn meegedeeld aan de gekozen inschrijver.

Nochtans bepaalt artikel 14, § 6, van de wet overheidsopdrachten 2016 dat de aanbestedende overheid te allen tijde in elke gegevensuitwisseling de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes moet waarborgen. Tevens moet de mogelijke kennisname van de inhoud van de ingediende offerte vóór het verstrijken van de uiterste termijn voor indiening

uitgesloten zijn. Zo volgt uit artikel 14, § 7, van diezelfde wet dat bij het gebruik van elektronische middelen “ten minste” gewaarborgd en verzekerd moet worden dat niemand vóór de opgegeven uiterste data toegang kan hebben tot de verstrekte informatie, dat de gemachtigde personen pas na de uiterste indieningsdatum toegang kunnen hebben tot de verstrekte gegevens en dat eventuele pogingen tot inbreuk hierop makkelijk kunnen worden opgespoord. Deze minimale vereisten worden geenszins verzekerd bij het indienen van een offerte per e-mail.

Ter terechtzitting benadrukt de verzoekende partij dat zij niet hoeft te bewijzen dat haar BAFO voortijdig is ingekeken en dat informatie daaruit aan de gekozen inschrijver is meegedeeld. Zij beweert ook niet dat dit gebeurd is. De regeling inzake het indienen van offertes is zo opgevat dat elk risico op voortijdige kennisname van de offerte en verspreiding van informatie daaruit uitgesloten moet zijn.

De verwerende partij mocht het indienen van de offertes per e-mail dan ook geenszins toelaten, laat staan het advies daartoe geven. Zij had de limietdatum en het limietuur moeten verdagen, zodat de inschrijvers alsnog op een veilige wijze hun BAFO konden indienen.

Ter terechtzitting voegt de verzoekende partij hieraan nog toe dat haar niet tegengeworpen kan worden dat zij haar BAFO zelf per e-mail heeft ingediend zonder daartegen bezwaar te maken. Zij stond immers onder tijdsdruk, en is door de verwerende partij aangezet om die weg te volgen.

7.3. In de toelichting bij het middel vervolgt de verzoekende partij dat bij de opening van de offertes geen elektronisch proces-verbaal is opgesteld, in strijd met artikel 84 van het koninklijk besluit plaatsing 2017.

7.4. Zij voert ten slotte aan dat, door de offerte van de gekozen inschrijver regelmatig te verklaren niettegenstaande diens BAFO per e-mail is ingediend, de verwerende partij blijkt geeft van een onzorgvuldig

regelmatigheidsonderzoek. De regelmatigverklaring is daardoor ook niet gesteund op in rechte juiste motieven.

Beoordeling

8. Artikel 14, §§ 1, 6 en 7, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt als volgt:

“§ 1. De communicatie en de informatie-uitwisseling tussen de aanbesteder en de ondernemers, met inbegrip van de in paragraaf 7 bedoelde elektronische indiening en ontvangst van de offertes dient, in alle fasen van de plaatsingsprocedure plaats te vinden met behulp van elektronische communicatiemiddelen, tenzij in de in paragrafen 2 tot 4 bedoelde gevallen.

Onverminderd paragraaf 5, moeten de voor communicatie langs elektronische weg te gebruiken instrumenten en middelen en de technische kenmerken daarvan niet-discriminerend en algemeen beschikbaar zijn alsmede interoperabel met algemeen gebruikte ICT en mogen de toegang van ondernemers tot de plaatsingsprocedure niet beperken.

[...]

§ 6. Bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie zorgt de aanbesteder ervoor dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes en aanvragen tot deelneming gewaarborgd zijn. Hij neemt pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennis van de inhoud van de offertes en aanvragen tot deelneming.

§ 7. De gebruikte instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van offertes, aanvragen tot deelneming en plannen en ontwerpen bij prijsvragen, hierna de ‘elektronische platformen’ genoemd, moeten door passende technische voorzieningen en procedures ten minste de waarborg bieden dat :

1° het exacte tijdstip en de exacte datum van ontvangst van de offertes, van de aanvragen tot deelneming, van de overlegging van de plannen en ontwerpen precies kunnen worden vastgesteld;

2° redelijkerwijs kan worden verzekerd dat niemand vóór de opgegeven uiterste data toegang kan hebben tot de op grond van onderhavige eisen verstrekte informatie;

3° alleen de gemachtigde personen de data voor openbaarmaking van de ontvangen gegevens kunnen vaststellen of wijzigen;

4° tijdens de verschillende fasen van de plaatsing, de uitvoering of van de prijsvraag alleen de gemachtigde personen toegang hebben tot de verstrekte gegevens of tot een gedeelte daarvan;

5° alleen de gemachtigde personen toegang tot de verstrekte gegevens kunnen geven, en dit slechts na de opgegeven datum;

6° de met toepassing van de onderhavige eisen ontvangen en geopende gegevens slechts toegankelijk blijven voor de tot inzage gemachtigde personen;

7° bij een inbreuk op de bepalingen onder 2°, 3°, 4°, 5° of 6° bedoelde toegangsverboden of -voorwaarden, of een poging daartoe, redelijkerwijs kan worden gewaarborgd dat de inbreuk of de poging daartoe zonder problemen kan worden opgespoord.

De belanghebbende partijen moeten bovendien kunnen beschikken over gegevens betreffende de specificaties voor de elektronische indiening van offertes en aanvragen tot deelneming, inclusief encryptie en tijdstempeldiensten.

Deze paragraaf is niet van toepassing in de gevallen bedoeld in de paragrafen 2 en 3.

De Koning bepaalt de nadere bijkomende materiële en procedurele regels die van toepassing zijn op de elektronische platformen, met inbegrip van de vereiste veiligheidsniveaus voor het gebruik van de elektronische communicatiemiddelen die in de verschillende fasen van de specifieke plaatsingsprocedure worden gebruikt. Dit niveau moet in verhouding staan tot de risico's."

Artikel 57, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt als volgt:

"De aanbestedende overheid kan beslissen de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of van de offertes te verdagen, wanneer zij kennis heeft gekregen van de onbeschikbaarheid van de in artikel 14, § 7, van de wet, bedoelde elektronische platformen. Deze verdaging moet minstens zes dagen zijn voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag lager ligt dan de drempel voor de Europese bekendmaking en minstens acht dagen voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan de voormelde drempel, onverminderd artikel 8, § 1, derde lid.

In geval van een verdaging 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."

9. In overeenstemming met artikel 14, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt artikel 84 van het bestek dat de offertes elektronisch worden ingediend via de e-tendering website en dat verzending per e-mail niet is toegestaan.

De partijen lijken het erover eens te zijn dat het gebruik van het e-tendering platform verplicht was, niet enkel voor de indiening van de initiële offertes, maar ook voor de indiening van de BAFO's. Het is trouwens in die zin dat de verwerende partij de inschrijvers op 13 december 2023 uitnodigde om hun BAFO in te dienen.

Er wordt niet betwist dat het op 20 december 2023, uiterste dag voor de indiening van de BAFO's, onmogelijk was om stukken op het e-tendering platform op te laden. Volgens de verwerende partij had zij het limietuur correct ingevuld in het door haar gebruikte softwareprogramma 3P, en was er een fout gebeurd in de verbinding van dat programma met het e-tendering platform. De verwerende partij heeft vervolgens aan de twee inschrijvers aangeraden om hun BAFO per e-mail te sturen, en de twee inschrijvers hebben dat ook effectief gedaan.

10. De verwerende partij betwist niet dat deze wijze van indienen van de BAFO's niet in overeenstemming is met artikel 14 van de wet overheidsopdrachten 2016, noch met artikel 84 van het bestek.

Terecht lijkt de verzoekende partij aan te voeren dat de verwerende partij op grond van artikel 57, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de limietdatum en het limietuur voor het indienen van de BAFO's had kunnen verdagen. De verwerende partij werd immers ongeveer twee uur vóór het limietuur voor het indienen van de BAFO's door de verzoekende partij op de hoogte gebracht van het feit dat het e-tendering platform daarvoor niet meer beschikbaar was. Als kort daarna bleek dat ook de gekozen inschrijver met hetzelfde probleem geconfronteerd was, moest de verwerende partij redelijkerwijze ervan uitgaan dat de oorzaak van het probleem niet bij de inschrijvers lag, maar bij het e-procurement systeem of bij haarzelf.

De vraag rijst of de verwerende partij in de gegeven omstandigheden verplicht was om de limietdatum en het limietuur te verdagen, en

of het verzuim om dat te doen de onwettigheid van de bestreden beslissing met zich brengt. Artikel 57, § 1, van het koninklijk besluit 2017 heeft het enkel over een mogelijkheid (“kan beslissen”), maar dit lijkt niet uit te sluiten dat bijvoorbeeld het beginsel van de gelijke behandeling van alle inschrijvers in bepaalde omstandigheden kan vereisen dat een aanbestedende overheid toepassing maakt van deze mogelijkheid.

Deze kwestie behoeft in de voorliggende zaak echter geen nader onderzoek. Feit is dat de verwerende partij van die mogelijkheid geen gebruik gemaakt heeft, met als gevolg dat de BAFO's van de twee inschrijvers op een onregelmatige wijze zijn ingediend.

11. In het middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 geschonden heeft door de BAFO van de gekozen inschrijver niet substantieel onregelmatig te verklaren, niettegenstaande het feit dat die BAFO is ingediend met miskennis van artikel 14 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 84 van het bestek.

12.1. Hiertegen werpt de verwerende partij in de eerste plaats op dat de verzoekende partij in de voorliggende omstandigheden niet doet blijken van het vereiste belang bij het middel aangezien niet blijkt dat zij door de beweerde onregelmatigheid in de procedure enige belangenschade heeft geleden.

12.2. In dit verband stelt de Raad van State met de verwerende partij vast dat de verzoekende partij zelf gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid om haar BAFO via e-mail in te dienen. Uit de stukken van het dossier blijkt niet, en de verzoekende partij voert ook niet aan, dat zij enig bezwaar zou hebben geuit tegen deze werkwijze, die door de verwerende partij werd voorgesteld.

Nu de verzoekende partij zelf gebruikgemaakt heeft van de mogelijkheid om een BAFO via e-mail in te dienen en dit zonder enige opmerking, valt op het eerste gezicht moeilijk in te zien welk belang zij zou kunnen doen

gelden bij een grief die verband houdt met het feit dat dergelijke mogelijkheid werd geboden.

12.3. Weliswaar voert de verzoekende partij aan dat zij benadeeld kan zijn geweest doordat de verwerende partij in de mogelijkheid is geweest om informatie uit haar offerte mee te delen aan de andere inschrijver, alvorens deze zijn BAFO indiende.

Anders dan de verzoekende partij betoogt, is de Raad van State voorshands niet ervan overtuigd dat het loutere bestaan van de mogelijkheid, hoe theoretisch ook, dat er onregelmatigheden gebeuren in geval van indiening van offertes per e-mail, volstaat als bewijs van een voldoende belang bij een grief ter zake. *Prima facie* lijkt het integendeel om een concreet belang te moeten gaan. Het lijkt dan ook aan de verzoekende partij te staan om door middel van concrete feiten, of desnoods door middel van concrete vermoedens, te bewijzen dat een zodanig belang voorhanden is. Minstens lijkt zij daarvan een begin van bewijs te moeten leveren.

Met de verwerende partij stelt de Raad van State echter vast dat de verzoekende partij geen concrete feiten aanvoert die wijzen in de richting van enige onregelmatigheid begaan door de verwerende partij. De verzoekende partij verklaart trouwens dat zij ook niet beweert dat enige onregelmatigheid zich na het indienen van haar BAFO heeft voorgedaan.

Het belang waarop de verzoekende partij zich beroept is dan ook een louter hypothetisch belang, dat niet lijkt te volstaan voor de ontvankelijkheid van het middel.

13. Ten overvloede stelt de Raad van State vast dat de verwerende partij een aantal feiten aanvoert die het onwaarschijnlijk lijken te maken dat de belangen van de verzoekende partij door het gebruik van e-mails in het gedrang zijn gekomen.

Zo wijst de verwerende partij erop, ten eerste, dat zij door twee ontwerp bureaus is bijgestaan, waardoor meerdere ogen gericht waren op een correcte naleving van de overheidswetgeving. Zij voert ook aan, ten tweede, dat zij niet kon voorzien dat er een fout zou optreden in de koppeling tussen de door haar gebruikte 3P software en het e-procurement platform, noch dat de verzoekende partij haar BAFO eerder zou indienen dan de gekozen inschrijver. Daardoor is het onwaarschijnlijk dat zij in de korte tijdspanne tussen het indienen van die BAFO de gekozen inschrijver gecontacteerd zou hebben én dat die inschrijver zijn offerte nog aangepast zou hebben in het licht van informatie verkregen uit de BAFO van de verzoekende partij. Zij wijst er ook op, ten derde, dat de persoon die binnen haar administratie het dossier van de opdracht behandelde, in de ochtend van 20 december 2023 op een vergadering op een externe locatie was, en zij daar niet in de mogelijkheid was om de aan haar gerichte e-mail van de verzoekende partij te openen en te bestuderen, laat staan om ook nog contact te nemen met de gekozen inschrijver. Zij voert ten slotte aan, ten vierde, dat de prijswijzigingen in de BAFO van de gekozen inschrijver, die het mogelijk hebben gemaakt aan die offerte op het criterium ‘prijs’ een hogere score toe te kennen dan aan de initiële offerte, alle eenvoudig te verklaren zijn door de vraag van de verwerende partij om met betrekking tot bepaalde posten operationalisaties door te voeren. In dit verband stelt de Raad van State vast dat uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier inderdaad blijkt dat het voor tien van de elf posten waarvoor de gekozen inschrijver in zijn BAFO een lagere prijs voorstelde dan in zijn eerste offerte, en die een invloed lijken te hebben op de totaalprijs, gaat om posten waarvoor de verwerende partij tijdens de onderhandelingen uitdrukkelijk had aangegeven dat zij de prijs van die posten als hoog beschouwde en had gevraagd of deze nog konden worden aangescherpt.

14. Uit het voorgaande lijkt geconcludeerd te moeten worden dat de bekritiseerde onregelmatigheid bij het indienen van de BAFO's aan de verzoekende partij geen waarborg heeft ontnomen, noch een invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden gunningsbeslissing. Met toepassing

van artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State lijkt het niet onregelmatig verklaren van de BAFO van de gekozen inschrijver dan ook niet te kunnen leiden tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing. Evenmin lijkt de beweerde schending van artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 dan te kunnen leiden tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van die beslissing.

15. Het middel lijkt derhalve niet ontvankelijk, bij gebrek aan belang.

VII. Besluit

16. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op veertien februari tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens