

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 260.244 van 25 juni 2024
in de zaak A. 241.977/XII-9497**

In zake: de NV CIPAL SCHAUBROECK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Teerlinck en Louise Galot
kantoor houdend te 1040 Brussel
IJzerlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VITO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139A
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV PROXIMUS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans en Stef Feyen
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 mei 2024, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :

- “1) De beslissing van onbekende datum van VITO om het bestek van de
opdracht RO - ICT INFRASTRUCTUUR - 2023 goed te keuren. [...]
- 2) De (impliciete) beslissing van onbekende datum van VITO om het
voorwerp van de overheidsopdracht met referentie RO - ICT

Infrastructuur - 2023 uit te breiden naar de levering van ANPR-camera's.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 juni 2024 heeft de nv Proximus gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 juni 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Louise Galot, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Johan Geerts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Stef Feyen, die verschijnt voor de tussenkomende 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp de “[a]ankoop, huur of leasing van hard- en software (en gerelateerde diensten) binnen het domein van ICT infrastructuur”.

Als plaatsingsprocedure wordt gekozen voor een mededingingsprocedure met onderhandeling.

De opdracht wordt op 28 november 2022 gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 2 december 2022 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie. Samen met de aankondiging wordt de selectieleidraad gepubliceerd.

3.2. Uit de selectieleidraad blijkt dat de verwerende partij optreedt als aankoopcentrale:

“ 1.3. Aankoopcentrale (art 47 WOO)

VITO nv treedt op als aankoopcentrale in de zin van artikel 2, 6° van de Wet Overheidsopdrachten voor de volgende entiteiten, hierna genoemd ‘klanten’:

- De Vlaamse overheid en de Vlaamse lokale besturen, zoals gedefinieerd onderaan dit document (zie art. 14.1 Deelnemers aan de raamovereenkomst);
- Studiecencentrum voor Kernenergie (SCK);
- Nationale instelling voor radioactief afval en verrijkte splijtstoffen (NIRAS);
- Belgoprocess NV;
- De afnemers binnen de lopende raamovereenkomst, opgenomen in de lijst in Bijlage 5.

VITO nv staat in voor de plaatsing, de gunning en de sluiting van deze raamovereenkomst (voor zichzelf en in naam en voor rekening van de klanten). Overeenkomstig artikel 47, paragraaf 2 Wet Overheidsopdrachten zijn klanten die een beroep doen op deze raamovereenkomst vrijgesteld van de verplichting om zelf een plaatsingsprocedure te voeren.

De opdrachtnemer(s) is (zijn) gehouden om prestaties te verrichten voor de klanten, wanneer zij daarom verzoeken. De klanten beslissen autonoom of zij toetreden tot de raamovereenkomst.

Klanten treden rechtstreeks in contact met de opdrachtnemer(s) en kunnen vanaf dan deelopdrachten/bestellingen gunnen, maar zijn gehouden om VITO nv tegelijk op de hoogte te brengen.

Ook de opdrachtnemer(s) is verplicht om VITO nv te informeren zodra een nieuwe klant toetreedt.

Middels de gunning van een deelopdracht/ bestelling sluit de klant een overeenkomst rechtstreeks met de opdrachtnemer. De klant ziet toe op de uitvoering van de deelopdracht, in eigen naam en voor eigen rekening.

[...].”

Onder punt 13.1 van de selectieleidraad worden als deelnemers behorend tot de Vlaamse overheid en de Vlaamse lokale besturen vermeld:

“13.1. Deelnemers aan de raamovereenkomst

De volgende entiteiten, hierna genoemd ‘klanten’ behoren tot de Vlaamse overheid en de Vlaamse lokale besturen als bedoeld onder artikel 1.3 ‘Aankoopcentrale’ en kunnen derhalve deelnemen aan deze raamovereenkomst:

1. het Vlaams Parlement, zijn diensten, en de instellingen die aan het Vlaams Parlement verbonden zijn;
 2. de autonome diensten die onder toezicht staan van het Vlaams Parlement;
 3. de Vlaamse Regering en de kabinetten van de leden van de Vlaamse Regering;
 4. de Vlaamse administratie;
[...];
 5. de provinciegouverneurs en de arrondissementscommissarissen;
 6. de Vlaamse openbare instellingen die niet behoren tot de Vlaamse administratie zoals vastgelegd in art. I.3., 4° van het Bestuursdecreet van 7 december 2018;
 7. de Vlaamse adviesorganen;
[...];
 8. de Vlaamse administratieve rechtscolleges;
 9. de gemeenschappelijke diensten en instellingen die zijn opgericht overeenkomstig art. 92 bis, §1 of art. 92 bis/1, §1 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en waarvan de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaams Gewest één van de medeoprichters is;
 10. het Gemeenschapsonderwijs;
 11. de Vlaamse Gemeenschapscommissie;
 12. de lokale overheden in de zin van het Bestuursdecreet van 7 december 2018, die zijn gesitueerd in het Vlaams Gewest, zoals hierna omschreven:
 - Vlaamse lokale besturen, met name: gemeenten, districten, openbare centra voor maatschappelijk welzijn, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en welzijnsverenigingen, verzelfstandigde agentschappen van een gemeente, havenbedrijven, autonome verzorgingsinstellingen, polders en [...] water[...]ingen, besturen van de erkende kerk- of geloofsgemeenschappen van de erkende erediensten, hulpverleningszones en politiezones;
 - de Provincies en hun verzelfstandigde agentschappen.
- [...].”

3.3. Het voorwerp van de opdracht wordt in de selectieleidraad als volgt omschreven:

“Deze opdracht is een opdracht voor Leveringen in de zin van artikel 2,20° van de Wet overheidsopdrachten.

Het voorwerp van deze opdracht betreft: Aankoop, huur en leasing van ICT-infrastructuur (hard- en software) voor datacenters en aanverwante diensten.

De huidige raamovereenkomst met een gelijkaardig voorwerp loopt af omstreeks november 2023.

Deze selectieleidraad geeft slechts een algemene en voorlopige beschrijving van het voorwerp van de opdracht. De opdracht zal nader omschreven worden in het bestek in de tweede fase van de plaatsingsprocedure. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om van de bepalingen van deze selectieleidraad af te wijken.

CPV-codes (Common Procurement Vocabulary): 30200000 - Computeruitrusting en -benodigdheden.”

Tevens blijkt dat de opdracht is onderverdeeld in zes percelen:

- Perceel 1 – Servers & Storage;
- Perceel 2 – Backup & Archiving;
- Perceel 3 – Hypervisor;
- Perceel 4 – Netwerk & Security;
- Perceel 5 – Open source;
- Perceel 6 – End-points.

De voorliggende zaak heeft betrekking op perceel 4 ‘Netwerk & Security’ dat onder punt 14.3 van de selectieleidraad als volgt wordt toegelicht:

“Zonder een netwerk hebben we geen werkend datacenter. Zonder de nodige security en monitoring is er geen werkbaar datacenter.

In perceel 4 wensen we dan ook de zekerheid te hebben dat de nodige connectiviteit kan worden afgenomen. Hierbij denken we aan alles wat bij een netwerk topologie past (core switches, top of rack, industriële switching, WIFI access, PoE+ mogelijkheden, ...). Ook de ondersteunde snelheden zijn van belang. Ook de mogelijkheden ivm redundantie, connectiviteit met de buitenwereld, interactie met de andere oplossingen (hypervisor, Cloud, hyperconverged, storage, back-up, ...) zijn van belang. Het aanbod dat we zoeken dient voldoende innovatief te zijn om de trends die van toepassing zijn op netwerk gebied ook daadwerkelijk af te dekken. (hierbij denken we aan traditionele layer 2 netwerken versus layer 3 en eventueel bijkomend ook software defined, wat niet bij alle fabrikanten hetzelfde is)

Op het vlak van security wensen we samen te werken met aanbieders die een end-2-end oplossing hebben, of die specifieke oplossingen hebben voor specifieke problemen. Een SOC dienstverlening hoort hier bij. Threat

hunting & detection, XDR, en zoveel meer dienen te kunnen worden geadresseerd.

Daarnaast willen we ook dat security & DRP met elkaar gecombineerd worden: wat na een serieuze hacking aanval of een crypto locker? Uw aanbod dient [...] ook in staat te zijn [hiervoor] oplossingen [...] te hebben.”

De selectieleidraad geeft aan dat de raamovereenkomst zal worden gesloten met meerdere deelnemers per perceel.

3.4. Het verloop van de plaatsingsprocedure wordt in de selectieleidraad als volgt toegelicht:

“FASE 1: SELECTIE

Deze plaatsingsprocedure – mededingingsprocedure met onderhandeling verloopt in 2 fasen: de selectiefase (voorwerp van deze selectieleidraad) en de gunningsfase (op basis van het bestek, dat later wordt opgemaakt).

Met deze selectieleidraad nodigt de aanbestedende overheid geïnteresseerde ondernemers uit om een aanvraag tot deelneming (ATD) in te dienen.

Deze selectieleidraad heeft tot doel om – op basis van selectiecriteria die in deze selectieleidraad zijn opgenomen de kandidaten te selecteren die geschikt zijn om deel te nemen aan de tweede fase: de gunningsfase: het indienen van een offerte op basis van het bestek.

Het volledige bestek van de opdracht wordt in deze eerste fase nog niet ter beschikking gesteld.

Deze selectieleidraad bepaalt aan welke selectiecriteria en voorwaarden de kandidaten dienen te beantwoorden om geselecteerd te kunnen worden en op welke wijze een aanvraag tot deelneming kan worden ingediend. Deze selectieleidraad bevat informatie om kandidaten in staat te stellen over de deelname aan de plaatsingsprocedure te beslissen.

Door een aanvraag tot deelneming in te dienen, aanvaardt de kandidaat onvoorwaardelijk de inhoud van de selectieleidraad.

Na een beoordeling van de ontvangen aanvragen tot deelneming op basis van deze selectieleidraad, zal de aanbestedende overheid een selectiebeslissing nemen.

FASE 2: GUNNING

De geselecteerde kandidaten (geselecteerden) ontvangen – in de tweede fase – het bestek en worden uitgenodigd om op basis daarvan een offerte in te dienen.

Het bestek zal de technische specificaties en het voorwerp van de opdracht, die in deze selectieleidraad algemeen zijn omschreven, nader uitwerken.

Het bestek zal de gunningscriteria bepalen op basis waarvan de opdracht zal worden gegund. De economisch meest voordelige offerte zal wellicht bepaald worden op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding.

Gezien de aanbestedende overheid de mededingingsprocedure met onderhandeling toepast, zal er in de tweede fase onderhandeld worden.

Het verloop van de onderhandelingen zal nader worden toegelicht in het bestek.”

3.5. Zesentwintig kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in voor één of meer percelen.

De verzoekende partij dient geen aanvraag tot deelneming in.

3.6. Voor perceel 4 worden vijf kandidaten, waaronder de nv Proximus, geselecteerd en met een aangetekend schrijven van 10 februari 2023 uitgenodigd om een offerte in te dienen.

Hiertoe worden een bestek en een erratum op het bestek ter beschikking gesteld van de geselecteerde kandidaten.

3.7. De voor perceel 4 geselecteerde kandidaten dienen allen een offerte in.

3.8. Er worden vervolgens onderhandelingen gevoerd met de vijf inschrijvers waarna een aangepast bestek ter beschikking wordt gesteld op basis waarvan zij een BAFO kunnen indienen.

In het BAFO-bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

“De uit dit bestek voortvloeiende raamovereenkomst (RO) dient om de afnemers toe te laten infrastructuur gerelateerde producten (hardware/software) in combinatie met aanverwante diensten (algemene consultancy, implementatie, & support services), op een eenvoudige manier af te nemen, waarbij de nadruk ligt op kwaliteit.

Merk op dat ‘managed services’ niet kunnen worden aangeboden/afgenomen via deze RO.

De omkadering wordt beperkt tot de aankoop of leasing van producten waarbij de afnemer het eigenaarschap of gebruiksrecht, de architectuur en het beheer van de aangekochte oplossingen in handen houdt.

[...].”

Luidens punt 2.3 bevat perceel 4 de volgende productgroepen:

“

2.3.4 Perceel 4

- Netwerk-Oplossingen
- Netwerk-Componenten
- Netwerk-Datacenter
- Netwerk-Andere
- Security-Oplossingen
- Security-Componenten
- Security-Datacenter
- Security-Andere

”

Punt 2.4 van het BAFO-bestek bevat wat perceel 4 van de opdracht betreft nog de volgende toelichting :

“

P4: Netwerk & Security	<ul style="list-style-type: none">• Alle netwerk componenten en oplossingen (inclusief software defined)• Alle security software, hardware, appliances• Alle cloud infrastructuur en toepassingen die security gerelateerd zijn
------------------------	---

”

Het BAFO-bestek voorziet tevens in mini-competities voor de gunning van deelopdrachten, waarvoor de procedure als volgt wordt beschreven:

“1.3.1.1 Mini-competities bij elk nieuw project

De gunning zelf binnen dit bestek omvat geen specifieke afname van producten of aantallen.

De RO wordt het vehicle om op basis van mini-competities na gunning dit wel te doen.

VITO stelt zijn afnemers een web toepassing ter beschikking [om] zodoende de mini competitie te faciliteren.

De gunning van een ‘deelopdracht’ (‘op de raamovereenkomst gebaseerde opdrachten’) / ‘nieuw project’ op basis van deze raamovereenkomst, gebeurt volgens de volgende procedure.

1. De afnemer identificeert een specifieke behoefte (bijvoorbeeld: 100 laptops dienen te worden aangeschaft);

2. De afnemer contacteert VITO die als contractbeheerder terugkoppelt met de lijst van leveranciers die werden gegund binnen het perceel waarop de behoefte van toepassing is. [...]
3. Als de afnemer nog niet gekend is bij VITO wordt er een samenwerkingsakkoord afgesloten waarbij de afnemer de toelating krijgt om van de RO gebruik te maken;
4. Eens de afnemer gekend en de formaliteiten [...] in orde, dan dient de afnemer een mini-competitie te lanceren in de web toepassing.
5. Eens het af te nemen budget gekend, wordt [...] door VITO gecontroleerd of er nog voldoende afname capaciteit voor handen is;
6. Wanneer de budget check positief is bevonden wordt de aanvraag aan de leveranciers van dat perceel bezorg[d].
7. De leveranciers laden hun offertes op in de web toepassing, waarna de afnemers de opdracht kunnen toewijzen aan de meest gunstig[...]e leveranciers.

Belangrijke voorwaarden:

VITO is in het bovenstaande proces enkel betrokken als contractbeheerder en facilitator. Eens de afnemer met een mini competitie start, ligt alle verantwoordelijkheid voor de correcte afhandeling bij de afnemer zelf.

Een mini competitie is beperkt tot de omkadering van een specifiek perceel van de RO. Voor [de percelen] 1,2,3,4 en 6 dienen alle deelnemers van het desbetreffende perceel te worden aangeschreven om deel te nemen aan een mini-competitie.

Voor perceel 5 dienen minimaal 3 deelnemers te worden aangeschreven om deel te nemen aan een mini-competitie.

De inhoud van een mini-competitie dient een specifieke behoefte vraag af te dekken.

De gunning in een mini-competitie kan toegekend worden aan 1 leverancier per perceel. Per behoefte vraag kunnen meerdere percelen toegekend worden aan 1 leverancier.”

De beslissing tot goedkeuring van dit BAFO-bestek vormt de eerste bestreden beslissing.

3.9. In het verslag van nazicht van de offertes van 4 september 2023 worden, wat perceel 4 betreft, de offertes van twee inschrijvers onregelmatig bevonden. De offertes van de overige drie inschrijvers voor dit perceel, zijnde O.C, de tussenkomende partij en de nv S., worden getoetst aan de gunningscriteria, waarna voorgesteld wordt om perceel 4 van de opdracht aan deze drie inschrijvers te gunnen.

3.10. Met een ongedateerde beslissing, die volgens de verwerende partij werd genomen op 19 september 2023, wordt perceel 4 van de opdracht gegund aan O.C, de tussenkomende partij en de nv S.

3.11. Met een e-mailbericht van 7 mei 2024 bevraagt de verzoekende partij de politiezone ‘Het Houtsche’ te Oostkamp over de verdere plannen in de politiezone inzake ANPR-camera’s.

Met een e-mailbericht van 8 mei 2024 deelt een medewerker van de politiezone aan de verzoekende partij het volgende mee:

“Na zorgvuldige overweging hebben we besloten om het VITO-raamcontract te benutten. [...]”

In dit schrijven wordt ook verwezen naar de implementatie van de reeds bestaande infrastructuur door de tussenkomende partij.

3.12. De verzoekende partij leidt uit dit schrijven af dat de verwerende partij op een onbekende datum een al dan niet impliciete beslissing heeft genomen om het voorwerp van de overheidsopdracht ‘RO-ICT Infrastructuur-2023’ uit te breiden naar de levering van ANPR-camera’s.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.13. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 8 mei 2024 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij op grond van de openbaarheid van bestuur of de levering van ANPR-camera’s behoort tot het voorwerp van perceel 4 van de raamovereenkomst ‘RO-ICT Infrastructuur-2023’ en of er onder dat perceel 4 door één of meer opdrachtnemers ANPR-camera’s worden aangeboden.

IV. Tussenkomst

4. De nv Proximus blijkt voordeel te halen uit de gunningsbeslissing voor perceel 4 van de opdracht, waarvan de eerste bestreden

beslissing een voorbeslissing vormt. Zij heeft er dan ook belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

5.1. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij betwisten de rechtsmacht van de Raad van State. Zij betogen dat VITO een private rechtspersoon en geen administratieve overheid is zodat de Raad van State niet de bevoegde verhaalinstantie is. Het optreden als aankoopcentrale in het kader van de litigieuze opdracht heeft volgens hen ook geen uitstaans met de opdrachten van openbare dienst waarmee VITO werd belast.

5.2. Overeenkomstig artikel 24, eerste lid, 1^o, 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) is de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de verhaalinstantie voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 14 en 15, namelijk de beroepen tot vernietiging en de vorderingen tot schorsing van de in de voormelde artikelen bedoelde beslissingen, “wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

5.3. Artikel 1 van de statuten van de verwerende partij, zoals gewijzigd en bekendgemaakt in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 5 januari 2024, luidt als volgt:

“De Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek, afgekort VITO, is een strategisch onderzoekscentrum dat werd opgericht als onderneming van openbaar nut onder de vorm van een naamloze vennootschap in uitvoering van het decreet van 23 januari 1991 houdende de oprichting van de ‘Vlaamse Instelling voor Technologisch Onderzoek’. Zij is een publiekrechtelijke rechtspersoon, onderworpen aan het toezicht van de Vlaamse regering, zoals bepaald in het decreet van 30 april 2009 betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid.

De volledige en afgekorte benaming kunnen samen of afzonderlijk worden gebruikt.

VITO wordt thans als Vlaamse openbare instelling beheerst door volgende wet- en regelgeving, zoals van tijd tot tijd gewijzigd of vervangen:

- het decreet van 30 april 2009 betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid;
- het Bestuursdecreet van 7 december 2018.

Voor de niet-geregelde aangelegenheden bij het decreet van 30 april 2009, het Bestuursdecreet van 7 december 2018 of bij onderhavige statuten, zijn de bepalingen van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen, die betrekking hebben op de naamloze vennootschappen van toepassing.”

Daargelaten de vraag of VITO sedert het decreet van 30 april 2009 ‘betreffende de organisatie en financiering van het wetenschaps- en innovatiebeleid’ nog over een publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid beschikt, stelt de Raad van State vast dat VITO, blijkens het bestek te dezen, in elk geval ook onder meer optreedt als aankoopcentrale “in naam en voor rekening” van “de Vlaamse overheden” en “de Vlaamse lokale besturen”, zoals gedefinieerd in artikel 1.14 van het bestek, en daarbij, zo lijkt het, als lasthebber van deze overheden en besturen. De uitgebreide lijst van deelnemers aan de raamovereenkomst omvat onder meer de Vlaamse regering, de Vlaamse administratie, de provinciegouverneurs, de Vlaamse openbare instellingen, de gemeenten, de openbare centra voor maatschappelijk welzijn en de provincies. Aldus handelt de verwerende partij te dezen op het eerste gezicht minstens ook gedeeltelijk als gemandateerde van administratieve overheden en lijkt zij in die hoedanigheid op te treden als verlengstuk van de betrokken administratieve overheden.

Deze vaststelling volstaat om te concluderen dat de exceptie van ontbreken van rechtsmacht niet ernstig is.

De Raad van State stelt overigens vast dat de verwerende partij zowel in de aankondiging van de opdracht als in de mededeling van de gunningsbeslissing aan de tussenkomende partij de Raad van State heeft aangewezen als verhaalinstantie, daarbij de schijn wekkend dat zij zichzelf als

een administratieve overheid beschouwde in het kader van de in het geding zijnde gunningsprocedure.

5.4. De exceptie wordt niet aangenomen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

- *Exceptie van laattijdigheid ten aanzien van de eerste bestreden beslissing*

Standpunt van de partijen

6. De verwerende partij werpt in haar nota onder meer een exceptie van laattijdigheid op wat het beroep tegen de eerste bestreden beslissing betreft. De verzoekende partij kan volgens haar niet worden bijgevalen in zoverre zij lijkt te betogen dat de beroepstermijn pas ingaat op het moment dat zij kennis heeft gekregen van het feit dat het voorwerp van de raamovereenkomst ook de levering van de ANPR-camera's zou omvatten, hetgeen de verzoekende partij afleidt uit een e-mailbericht van de politiezone Het Houtsche van 8 mei 2024.

De beroepstermijn tegen de eerste bestreden beslissing vangt volgens de verwerende partij immers aan vanaf de bekendmaking van de opdracht op 28 november 2022 en deze termijn is dan ook ruimschoots verstreken bij indiening van het voorliggende beroep op 22 mei 2024. Zij betoogt dat op basis van de aankondiging van de opdracht en de selectieleidraad de verzoekende partij reeds kennis kon nemen van het voorwerp, de draagwijdte en de omvang van de opdracht, op basis waarvan zij – naar eigen zeggen – de geïnformeerde keuze heeft gemaakt om geen aanvraag tot deelneming in te dienen en dus niet deel te nemen aan de plaatsingsprocedure.

In geval van verplichte bekendmaking, zoals deze geldt voor de aankondiging van de opdracht, is het volgens de verwerende partij zonder belang om na te gaan wanneer de verzoekende partij effectief kennis heeft genomen van de bestreden beslissing.

Ook indien geoordeeld zou worden dat te dezen de feitelijke kennisname geldt als vertrekpunt voor de beroepstermijn, is het beroep volgens de verwerende partij laattijdig. Er is immers geen reden om de kennisname van het door haar goedgekeurde bestek vast te knopen aan een e-mailbericht uitgaande van een andere overheid. De verzoekende partij kan de kennisname van de eerste bestreden beslissing niet zelf naar eigen goeddunken uitstellen. De verwerende partij merkt op dat de verzoekende partij goed op de hoogte blijkt te zijn van de raamovereenkomst en zelf – ondanks het feit dat zij niet heeft deelgenomen aan de opdracht – het BAFO-bestek dat aan de inschrijvers werd bezorgd, als stuk bij haar verzoekschrift voegt. Het is volgens de verwerende partij duidelijk dat de kennisname door de verzoekende partij van het bestek en het voorwerp van de betrokken raamovereenkomst zich ruim voor 8 mei 2024 situeert zodat de vordering tot schorsing buiten de beroepstermijn is ingesteld.

7. Ook de tussenkomende partij werpt een exceptie van laattijdigheid op in zoverre de vordering gericht is tegen de eerste bestreden beslissing. Zij doet gelden dat de beslissing tot goedkeuring van het bestek meer dan een jaar geleden is genomen en dat de verzoekende partij duidelijk kennis heeft kunnen nemen van de inhoud ervan aangezien zij de beslissing zelf als stuk bij haar verzoekschrift voegt. Volgens de tussenkomende partij vangt de beroepstermijn van 15 dagen te dezen aan bij de daadwerkelijke kennisname van het bestek en moet ervan uitgegaan worden dat de verzoekende partij reeds veel eerder dan op 8 mei 2024 kennis had van het bestek. Uit de hyperlink vermeld in de aankondiging van de opdracht blijkt dat de opdrachtdocumenten publiek beschikbaar waren tot 6 januari 2023. Volgens de tussenkomende partij toont de verzoekende partij in elk geval niet aan dat zij pas op 8 mei 2024 kennis kon nemen van het bestek, noch dat zij de verwerende partij heeft bevraagd omtrent de opdrachtdocumenten. De tussenkomende partij betoogt, onder verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State, dat vanaf het ogenblik dat een verzoekende partij kan inschatten dat een beslissing tot goedkeuring van een bestek haar zou kunnen grieven, de verantwoordelijkheid bij de verzoekende partij ligt om de verwerende partij te bevragen, in voorkomend geval, met het oog op het tijdig instellen van een beroep. Er anders over oordelen zou volgens de tussenkomende partij de doelstelling van de rechtsbeschermingswet ondergraven, die beoogt doeltreffende en snelle beroepsprocedures vorm te geven.

8. Anticiperend op de voornoemde exceptie, zet de verzoekende partij uiteen dat zij slechts via het e-mailbericht van de politiezone Het Houtsche van 8 mei 2024 heeft vernomen dat er ANPR-camera's zouden kunnen worden afgenomen onder de raamovereenkomst RO-ICT Infrastructuur-2023 zodat haar vordering tot schorsing tijdig, binnen de vijftien dagen na die kennisname, is ingesteld. De vraag of zij reeds aan de hand van het bestek kon weten dat ANPR-camera's onder de raamovereenkomst vielen, en haar verzoek tot schorsing van de eerste beslissing dus laattijdig is, is volgens haar een vraag die samenhangt met het onderzoek naar de ernst van het eerste middel.

Beoordeling

9. Artikel 23, § 1, van de rechtsbeschermingswet, gelezen in samenhang met paragraaf 3, bepaalt dat de vordering tot schorsing op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Er mag worden aangenomen dat te dezen de eerste bestreden beslissing, zijnde het BAFO-bestek, niet diende te worden bekendgemaakt, en ook niet aan de verzoekende partij ter kennis diende te worden gebracht. In die omstandigheden moet rekening gehouden worden met de feitelijke kennisname van de bestreden beslissing door de verzoekende partij. De verzoekende partij heeft niet deelgenomen aan de plaatsingsprocedure zodat de beroepstermijn van vijftien dagen ingaat met de dag waarop de verzoekende partij van de bestreden beslissing kennis heeft gehad of geacht moet worden er kennis van te hebben gehad.

Opdat de termijn voor een derde zou beginnen lopen vanaf het ogenblik dat hij feitelijk kennis heeft van een beslissing, is enkel vereist dat die derde een voldoende kennis heeft van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de beslissing, niet dat hij op dat ogenblik kennis heeft van de precieze inhoud ervan.

10. Teneinde te voorkomen dat de gelding van een administratieve beslissing te lang onzeker blijft, en gelet op de noodzaak van een evenwichtige bescherming van de belangen én van de overheid van wie ze uitgaat én van andere belanghebbende personen, wordt van degene die meent te worden benadeeld door een beslissing en die het bestaan van die beslissing moet vermoeden, verwacht om binnen een redelijke termijn gebruik te maken van de hem ter beschikking staande middelen om kennis te nemen van de inhoud ervan.

Het mag niet in de macht van een potentiële verzoekende partij liggen, wanneer zij in de mogelijkheid is om kennis te nemen van een bestuurshandeling die zij eventueel met een schorsings- of annulatieberoep wenst te bestrijden, die kennisneming voor onbepaalde tijd uit te stellen en daardoor de aanvangsdatum van de termijn van beroep willekeurig te verschuiven, zodat de rechtsgeldigheid en het voortbestaan van de bedoelde bestuurshandeling buiten weten, zowel van de overheid van wie zij uitgaat, als van alle andere belanghebbenden, in het ongewisse worden gehouden, met alle nadelige gevolgen van dien.

11. De verwerende partij en de tussenkommende partij maken te dezen op het eerste gezicht aannemelijk dat de verzoekende partij reeds veel eerder dan naar aanleiding van het e-mailbericht van 8 mei 2024 van de politiezone Het Houtsche kennis had van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de eerste bestreden beslissing.

De verzoekende partij betoogt overigens niet dat zij pas naar aanleiding van het voormelde e-mailbericht van 8 mei 2024 zou hebben kennisgenomen van het BAFO-bestek.

Hoewel zij niet heeft deelgenomen aan de plaatsingsprocedure en het BAFO-bestek haar aldus niet in het kader van deze plaatsingsprocedure door de verwerende partij ter beschikking werd gesteld, blijkt de verzoekende partij daarvan op een andere wijze kennis te hebben genomen nu zij het betrokken bestek zelf als stuk bij haar verzoekschrift voegt.

Zij betwist voorts niet dat zij naar aanleiding van de bekendmaking van de aankondiging van de opdracht en de selectieleidraad op 28 november 2022 reeds kennis kon nemen van het voorwerp en de omvang van de opdracht.

12. Wel geeft de verzoekende partij in haar verzoekschrift aan dat zij omwille van een gebrek aan afdoende beschrijving van het voorwerp van de opdracht in de aankondiging en de selectieleidraad niet heeft deelgenomen aan de plaatsingsprocedure.

Door evenwel pas meer dan een jaar na de beslissing tot vaststelling van het BAFO-bestek de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van die beslissing te vorderen, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet diligent te hebben gehandeld. Aangezien zij van mening was dat de opdrachtdocumenten haar schade konden berokkenen, was het aan haar om de verwerende partij hieromtrent tijdig te bevragen met het oog op het instellen van een beroep binnen de gestelde termijn.

13. In die omstandigheden lijkt te mogen worden aangenomen dat de verzoekende partij haar vordering niet heeft ingesteld binnen de beroepstermijn van vijftien dagen aangezien zij reeds eerder kennis had of kon hebben van de eerste bestreden beslissing. De vordering is op het eerste gezicht dan ook onontvankelijk wegens laattijdigheid in zoverre zij gericht is tegen de eerste bestreden beslissing.

- *Exceptie van onontvankelijkheid ratione materiae ten aanzien van de tweede bestreden beslissing*

Standpunt van de partijen

14. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij werpen op dat het beroep tegen de tweede bestreden beslissing onontvankelijk is bij gebrek aan voorwerp.

De verwerende partij stelt dat zij geen enkele beslissing genomen heeft, noch expliciet, noch impliciet, met betrekking tot een wijziging van het voorwerp van de raamovereenkomst. Zij betoogt dat zij geen enkele handeling heeft gesteld die als een impliciete, laat staan een expliciete, aanvechtbare beslissing kan worden beschouwd, hetgeen volgens haar blijkt uit de vaststelling dat de verzoekende partij haar betoog enkel ophangt aan een e-mailbericht van de politiezone Het Houtsche van 8 mei 2024, welke handeling niet aan de verwerende partij kan worden toegerekend.

De verwerende partij wijst er ook op dat voor zover er al sprake zou zijn van een tweede aanvechtbare beslissing, hetgeen zij betwist, de steller van die beslissing niet de verwerende partij is maar wel de politiezone Het Houtsche. Of deze andere aanbestedende overheid effectief een bestelling heeft geplaatst, wordt volgens haar niet bewezen. Zij stelt dat, volgens de informatie waarover zij beschikt, er op heden geen bestelling werd geplaatst. Zij geeft ook aan dat indien de verzoekende partij zich wenst te verzetten tegen een effectieve bestelling van ANPR-camera's via de gunning van een deelopdracht na mini-concompetitie, zij zich dient te richten tot de desbetreffende aanbestedende overheid en niet tot de verwerende partij in haar rol als aankoopcentrale.

Ook de tussenkomenende partij werpt op dat te dezen geen (impliciete of uitdrukkelijke) beslissing tot “wijziging” of “uitbreiding” van een overheidsopdracht voorligt en dat onder de huidige raamovereenkomst geen ANPR-oplossingen werden besteld, wat de vordering volgens haar voorbarig maakt.

Beoordeling

15. De verzoekende partij omschrijft het tweede voorwerp van haar vordering als “[d]e (impliciete) beslissing van onbekende datum van VITO om het voorwerp van de overheidsopdracht met referentie RO – ICT Infrastructuur – 2023 uit te breiden naar de levering van ANPR-camera's”.

Uit haar verzoekschrift blijkt dat zij het bestaan van een dergelijke expliciete of impliciete beslissing afleidt uit een e-mailbericht van 8

mei 2024 van een medewerker van politiezone ‘Het Houtsche’ te Oostkamp in antwoord op een vraag van de verzoekende partij van 7 mei 2024 over de verdere plannen in de politiezone inzake ANPR-camera’s.

Bij het voormelde e-mailbericht wordt de verzoekende partij ervan op de hoogte gesteld dat de betrokken politiezone, na zorgvuldige overweging, zou besloten hebben “om het VITO-raamcontract te benutten”.

16. De verzoekende partij legt geen enkel stuk voor waaruit blijkt dat de verwerende partij een beslissing zou hebben genomen om het voorwerp van de overheidsopdracht ‘RO-ICT Infrastructuur-2023’ uit te breiden naar de levering van ANPR-camera’s. Dergelijke beslissing blijkt op het eerste gezicht ook niet uit het administratief dossier.

Evenmin wordt enig stuk voorgelegd waaruit zou moeten blijken dat de verwerende partij impliciet dergelijke beslissing zou hebben genomen.

De verwerende partij aan wie die impliciete beslissing door de verzoekende partij wordt toegeschreven, blijkt het bestaan daarvan te ontkennen.

Uit het voornoemde e-mailbericht van een medewerker van de politiezone Het Houtsche blijkt geenszins, laat staan met voldoende zekerheid, dat de verwerende partij enige beslissing genomen heeft tot uitbreiding van het voorwerp van de raamovereenkomst ‘RO-ICT Infrastructuur-2023’. De verwerende partij lijkt ook vreemd te zijn aan dit schrijven. Uit dit e-mailbericht blijkt zelfs niet of de politiezone zelf daadwerkelijk een bestelling van ANPR-camera’s op grond van de raamovereenkomst ‘RO-ICT Infrastructuur-2023’ heeft geplaatst. Zowel de verwerende partij als de tussenkomende partij geven aan geen kennis te hebben van een dergelijke bestelling.

17. In de huidige stand van de procedure moet de Raad van State uit dit alles besluiten dat de verwerende partij niet lijkt te hebben gehandeld op een dergelijke wijze dat daaruit een impliciete beslissing van de verwerende partij om het voorwerp van de overheidsopdracht met referentie RO-ICT

Infrastructuur-2023 uit te breiden naar de levering van ANPR-camera's, zou kunnen worden afgeleid. Bestuurlijke handelingen waarvan het bestaan niet is aangetoond, lijken geen voorwerp van een beroep tot nietigverklaring te kunnen zijn en bijgevolg evenmin van een vordering tot schorsing van hun tenuitvoerlegging.

18. De exceptie van onontvankelijkheid van de vordering gericht tegen de tweede bestreden beslissing bij gebrek aan voorwerp wordt in de huidige stand van de rechtspleging dan ook bijgevalen.

VII. Besluit

19. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen is derhalve onontvankelijk.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Proximus tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. 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.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

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

Inge Vos,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Inge Vos