

Nederlandse tekst (titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973)

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE

A R R E S T

Nr. 108.956 van 8 juli 2002

A. 122.151/VI-16.267

In zake: **de naamloze vennootschap VAREC**,
die woonplaats heeft gekozen bij
Mr. Jean BOURTEMBOURG, advocaat,
Zwitserlandstraat 24
1030 Brussel,

tegen:

de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de
Minister van Landsverdediging.

Tussenkomende partij:

de vennootschap naar Duits recht
DIEHL REMSCHEID GmbH,

Vieringhausen 118
D-42857 REMSCHEID
Duitsland.

DE WND. VOORZITTER VAN DE VIe KAMER
VAN DE RAAD VAN STATE, RECHTSPREKEND IN KORT GEDING,

Gezien de op 6 juni 2002 door de NV VAREC ingestelde vordering tot schorsing, met toepassing van de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van de verwerende partij (Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister van Landsverdediging) d.d. 28 mei 2002 om de meerjarenopdracht voor de levering van 32.000 kettingschakels type 640A voor Leopardtanks aan de vennootschap DIEHL REMSCHEID GmbH & Co toe te wijzen":

Gezien het stuk van 10 juni 2002 dat tijdens de terechtzitting van 11 juni 2002 is ingediend en waarbij de vennootschap DIEHL REMSCHEID GmbH vraagt om als tussenkomende partij te mogen optreden in deze zaak;

Gelet op de beschikking van 7 juni 2002, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij deze worden opgeroepen om te verschijnen op 11 juni 2002 om 10 uur;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. Jean BOURTEMBOURG, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, van Mr. Nicole CAHEN, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt, en van mevr. Patricia BOSMANS en de HH. Franz Josef MÜLLER, Arnd LEMHOFFER en Henri MARCANNE, directeuren, die voor de tussenkomende partij verschijnen;

Gehoord het andersluidend advies van de heer THIBAUT, auditeur bij de Raad van State;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van de vordering tot schorsing:

1. De NV VAREC, die beweert dat ze goed bekend is bij de Belgische strijdkrachten, en meer in het bijzonder bij de dienst Aankopen Automaterieel, dient zich aan als producent en verdeler van onder meer "pads" en kettingschakels voor Leopard tanks, en stelt dat ze deze aan verscheidene legers van NAVO-lidstaten levert.

2. Op 14 december 2001 verschijnt in het Bulletin der Aanbestedingen een aankondiging van een overheidsopdracht bij openbare aanbesteding voor de levering van 32 000 kettingschakels type 640A voor de gepantserde voertuigen van de familie Leopard (NSN 2530-12167-5887), volgens een bestek "SAMA 111412".

3. Op 14 januari 2002 wordt bij de opening van de offertes vastgesteld dat er twee inschrijvingen ingekomen zijn, de ene gaat uit van de vennootschap DIEHL, voor een bedrag van 9.162.240 euro, de andere van verzoekster, voor een bedrag van 8.704.000 euro.

4. Op 28 mei 2002 neemt de Minister van Landsverdediging de volgende beslissing:

" BETREFT: GEMOTIVEERDE BESLISSING betreffende het plaatsen van een meerjarenopdracht voor de aankoop, in één vaste schijf en twee voorwaardelijke schijven, van 32.000 kettingschakels voor Leopard tanks. Bestek SAMA 111412.

Gelet op de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

Gelet op het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

Gelet op artikel 296 van het EG-Verdrag;

Gezien de aankondiging van de overheidsopdracht in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 december 2001 onder nr. 16893;

Gelet op het bestek SAMA 111414;

Gezien het proces-verbaal van opening van de offertes, opgemaakt op 14 januari 2002 om 11 uur;

Overwegende dat de opdracht toegewezen wordt bij openbare aanbesteding;

Overwegende dat twee inschrijvers een offerte hebben ingediend;

- de vennootschap DIEHL REMSCHEID GmbH & Co (DIEHL GERAETE)
- de NV VAREC;

Overwegende dat in artikel 6 van het bestek, overeenkomstig de artikelen 42 e.v. van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de financiële, economische en technische minimumeisen staan waaraan de inschrijvers moeten voldoen met het oog op de kwalitatieve selectie;

Overwegende dat de informatie en de stukken die daartoe door de twee inschrijvers zijn bezorgd, onderzocht zijn;

Overwegende dat uit dat onderzoek blijkt dat de NV VAREC niet voldoet aan de technische eisen;

Overwegende immers dat de referenties die door VAREC worden gegeven met betrekking tot leveringen van nieuwe schakels van het type 640A, betrekking hebben op hoeveelheden die totaal niet in verhouding staan tot de hoeveelheden waarvan sprake in deze opdracht (4.175 eenheden tegen 16.000 in één jaar en 32.000 in drie jaar); dat die leveringen bovendien over meer dan drie jaar gespreid zijn;

Dat de overige referenties van VAREC geen betrekking hebben op hetzelfde onderwerp als het onderwerp van de voorliggende opdracht: het gaat immers ofwel om de vernieuwing van afgesleten schakels, ofwel om de levering van schakels van een ander type, waarvan niet wordt gezegd of

aangetoond dat het gelijkwaardige of soortgelijke schakels zijn, zowel wat de vervaardiging als wat het gebruik betreft; dat VAREC overigens niet prat gaat op die referenties, waarvoor ze bovendien geen enkel bewijs verstrekt;

Dat VAREC daarenboven verwijst naar de "parc machine", beschreven in het stuk met als opschrift "Flow Chart"; dat dat stuk evenwel het ontbreken van deugdelijke referenties geenszins goedmaakt; de parc machine beschreven in dat stuk heeft niets uitstaande met de vervaardiging van de metalen onderdelen van de schakel, die VAREC trouwens niet zelf maakt, en hiermee wordt dan ook niet aangetoond dat deze inschrijver voldoende bekwaam is om het vereiste aantal nieuwe schakels van het type 640A te vervaardigen en te leveren;

Overwegende dat onderdeel 6 van het offerteformulier van VAREC, dat betrekking heeft op de eventuele onderaannemers of leveranciers, leert dat VAREC bij de uitvoering van de opdracht de "berubbering, introductie, assemblage, en bescherming" op zich zou nemen, en de overige (metalen) onderdelen van de schakel (schakel zonder rubber, as, bovenste en onderste deel van de centrale gids en eindverbinder) vervaardigd zouden worden door de in de offerte opgegeven Engelse, Amerikaanse en Duitse onderaannemers;

Dat aldus blijkt dat het aandeel van VAREC in de uitvoering van de opdracht erin bestaat de verschillende onderdelen van de schakel bijeen te brengen en te assembleren, waarbij haar eigen industriële bijdrage voornamelijk zou bestaan uit de berubberde onderdelen;

Overwegende evenwel dat de offerte van VAREC geen deugdelijke referenties van haar onderaannemers bevat wat het onderwerp van deze opdracht betreft, en evenmin de overeenkomsten die met hen gesloten zouden zijn en waardoor VAREC zich veilig gesteld zou hebben wat betreft hun bekwaamheid om de opdracht uit te voeren, volgens de voorwaarden van die opdracht;

Overwegende bijgevolg dat de bekwaamheid van de onderaannemers om de vereiste hoeveelheden aan onderdelen te vervaardigen en aan VAREC te leveren, zodat deze firma de vereiste hoeveelheid nieuwe schakels kan assembleren en leveren, evenmin aangetoond is; dat de verwijzing die VAREC maakt naar haar onderaannemers het gebrek aan referenties van VAREC derhalve niet goedmaakt;

Overwegende dat bijgevolg geconcludeerd moet worden dat deze vennootschap niet voldoet aan die technische minimumeis;

Overwegende dat de vennootschap VAREC evenmin voldoet aan de voorwaarde inzake de conformiteit met norm TL2530-0069, of een gelijkwaardige norm;

Overwegende dat op basis van de stukken van het offertedossier die in dat verband zijn overgelegd, geenszins kan worden opgemaakt of de inschrijver of zijn onderaannemers over de vereiste kundigheid beschikken om de metalen onderdelen van de schakel overeenkomstig die norm te vervaardigen; dat de enige verwijzingen naar die norm betrekking hebben op de berubberde onderdelen van de schakel, of op de gemonteerde schakel, maar niet op de metalen onderdelen daarvan;

Dat de conformiteit met een gelijkwaardige norm, die was toegestaan, niet is aangevoerd, noch aangetoond;

Overwegende dat hetzelfde geconcludeerd moet worden wat de voorwaarden inzake de duurzaamheidstest betreft; dat de enige tests waarop de betrokken inschrijver zich kan beroepen, dateren van 1983 en deze alleen betrekking hadden op de rubberen onderdelen van de schakel; dat die tests bovendien niet aan dezelfde vereisten voldeden als die gesteld in de NAVO-richtlijn; dat het offertedossier geen enkel bewijs bevat van tests volgens gelijkwaardige richtlijnen;

Overwegende dat in artikel 6.d.(3) van het bestek van de inschrijvers geëist wordt dat ze bij hun offerte de technische beschrijving voegen van de aangeboden kettingschakels, en op zijn minst een kopie van het samengestelde plan van de kettingschakel, dat toelaat het materieel precies en ondubbelzinnig te identificeren;

Dat VAREC bij zijn offerte plannen indient met de naam DIEHL op;

Dat uit het onderzoek van punt 7.a. (1). "Intellectuele rechten" (zie verder) blijkt dat er twijfel bestaat omtrent het recht van VAREC om plannen over te leggen die door een derde zijn opgemaakt en waarvan die derde bevestigt de auteursrechten te bezitten;

Dat het onderzoek van het model van de schakel dat ook bij de offerte moest worden gevoegd (artikelen 7.d.(2) en 9.b. en c. van het bestek) bovendien verschillen aan het licht brengt tussen de beschrijving van de aangeboden schakel en meer bepaald die plannen;

Dat bijgevolg moeilijk geoordeeld kan worden dat deze inschrijver in zijn offerte precies en ondubbelzinnig aangeeft welk materiaal hij aanbiedt;

Overwegende bovendien dat deze vennootschap niet de "flow-chart" verstrekt, die gevraagd wordt in artikel 6.d.(2) van het bestek;

Dat het document dat bij de offerte zit alleen betrekking heeft op de vervaardiging, vóór de assemblage, van de onderdelen van de schakel en op de eindassemblage ervan;

Dat het dus geen betrekking heeft op het productie- en assemblageproces van alle onderdelen van de aangeboden schakel;

Overwegende dat de inschrijver VAREC bijgevolg noch zelf, noch via zijn onderaannemers voldoet aan de selectievoorwaarden 6.d.(1), 6.d.(2), 6.d.(3), 6.d.(4)(a), 6.d.(4)(b);

Overwegende bovendien dat de offerte van de vennootschap VAREC administratieve onregelmatigheden vertoont, die aan het licht gekomen zijn bij het onderzoek van de selectievoorwaarden;

Overwegende dat deze inschrijver in zijn offerte immers niet aantoonst dat hij houder en/of licentiehouder is van de intellectuele rechten die nodig zijn voor de uitvoering van deze opdracht (artikel 7.a.(1) van het bestek); dat de vennootschap VAREC immers plannen overlegt waarop de naam DIEHL staat en waarvan deze firma naar eigen zeggen de auteursrechten bezit;

Dat de vennootschap VAREC het gebruik dat ze van die plannen maakt, alleen wettigt door te stellen dat de rechten vervallen zouden zijn - wat niet klopt voorzover het om de auteursrechten gaat-, en door de omstandigheid dat de vennootschap DIEHL zich niet tegen het gebruik daarvan verzet zou

hebben - wat niet aangetoond is, noch voldoende is om ongeacht welk gebruiksrecht echt te wettigen;

Overwegende bovendien dat het model van kettingschakel dat deze inschrijver overeenkomstig artikel 7.d.(2) van het bestek heeft ingediend, niet overeenstemt met de leveringen beschreven in de offerte; dat er immers een verschil bestaat tussen dat model en de plannen die bij de offerte zitten;

Overwegende dat inschrijver DIEHL daarentegen voldoet aan alle selectievoorwaarden en aan iedere voorwaarde afzonderlijk;

Dat er immers geen enkele grond is om deze inschrijver te weren; dat hij deugdelijke referenties overlegt aan de hand van leveringsborderellen, die specifiek betrekking hebben op het onderwerp van deze opdracht, en die voorkomen in minstens dezelfde, zo niet in grotere hoeveelheden dan die welke in casu vereist zijn;

Dat deze inschrijver een "flow-chart" overlegt die van toepassing is op het productie- en assemblageproces van alle onderdelen van de aangeboden schakel;

Dat zijn offerte de technische beschrijving van de aangeboden schakel bevat, een attest waaruit blijkt dat de kettingschakel overeenstemt met de vereisten van norm TL 25300069, en een attest uitgereikt door een bevoegde overheid luidens hetwelk het materiaal de duurzaamheidstests waarvan sprake in de NAVO-richtlijn heeft doorstaan;

Dat deze inschrijver bijgevolg geselecteerd kan worden;

Overwegende dat de offerte van die inschrijver geen enkele administratieve onregelmatigheid vertoont;

Dat de offerte meer bepaald voldoet aan alle prijsvoorwaarden bepaald in het bestek;

Dat de inschrijver aantoont dat hij houder is van de intellectuele rechten die nodig zijn voor de uitvoering van deze opdracht;

Dat hij samen met zijn offerte een model van schakel van eigen productie heeft bezorgd, dat overeenstemt met de schakel aangeboden in zijn offerte;

Dat alle stukken die bij de offerte moeten worden gevoegd, samen ermee ingediend zijn en overeenstemmen met de voorschriften van het bestek;

Overwegende bovendien dat deze inschrijver zich ertoe verbindt de opdracht uit te voeren overeenkomstig de bepalingen en de voorwaarden van het bestek, en meer in het bijzonder overeenkomstig de technische voorschriften daarvan;

Overwegende dat de offerte van deze inschrijver bijgevolg regelmatig is;

Overwegende, ten slotte, dat de prijzen voorgesteld door deze inschrijver gecontroleerd zijn en normaal zijn;

Overwegende dat besloten kan worden dat de offerte van de vennootschap DIEHL de enige is die in aanmerking kan worden genomen; dat de offerte, die regelmatig is en waarvan de prijs normaal is, als de laagste offerte moet worden beschouwd;

OM DIE REDENEN,

Gelet op artikel 15 van de wet van 24 december 1993;

Heb ik beslist de in het onderwerp vermelde opdracht toe te wijzen aan de vennootschap DIEHL REMSCHEID GmbH & Co."

Dat is de handeling waarvan de schorsing van de tenuitvoerlegging wordt gevorderd.

5. Op 29 mei 2002 deelt de verwerende partij de verzoekende partij mee dat haar offerte, die administratief onregelmatig is, niet geselecteerd is en dus niet in aanmerking is genomen bij de gunning van de opdracht. Ze zendt haar ook een afschrift toe van de gemotiveerde gunningsbeslissing.

6. Diezelfde dag schrijft de verwerende partij het volgende aan de vennootschap DIEHL:

" Als bijlage gaat de gemotiveerde beslissing betreffende de betrokken opdracht, zodat u volledig geïnformeerd bent.

Uw aandacht wordt erop gevestigd dat dit document u louter ter informatie wordt overgezonden. Deze mededeling is dus niet de kennisgeving waarin artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 voorziet. De beslissing mag immers pas ten vroegste op 7 juni 2002 ter kennis worden gebracht.

(...)"

Overwegende dat er grond is om in het kader van de onderhavige procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid het verzoek tot tussenkomst gedaan door de vennootschap DIEHL in te willigen;

Overwegende dat de verwerende partij tijdens de terechtzitting van 11 juni 2002 uitdrukkelijk erkend heeft dat de mededeling die op 29 mei 2002 aan de aannemer is gedaan, niet tot gevolg heeft gehad dat de overeenkomst werd afgesloten, en dat de tussenkomende partij niet beweerd heeft dat de overeenkomst vanaf dan gesloten was; dat er in het kader van de onderhavige procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid van uitgegaan kan worden dat de overeenkomst niet gesloten is door de mededeling die aan de vennootschap DIEHL is gedaan, aangezien dat niet de bedoeling was van de verwerende partij;

Overwegende dat de verwerende partij opwerpt dat het beroep onontvankelijk is wegens gebrek aan belang; dat ze de verzoekende partij verwijt dat ze de selectievoorwaarden, waarvan ze eerder al de onwettigheid heeft aangevoerd en nog steeds aanvoert, niet tijdig heeft aangevochten, en aanvoert dat

ze er geen enkel belang bij heeft de gunningsbeslissing aan te vechten aangezien ze terecht niet geselecteerd is op grond van definitief geworden selectievoorwaarden;

Overwegende dat de verzoekende partij inzonderheid in haar eerste middel weliswaar kritiek uit op de selectievoorwaarden vermeld in het bestek; dat ze met haar middelen echter niet alleen de deugdelijkheid van die selectievoorwaarden bekritiseert, maar ook de wijze waarop de verwerende partij de referenties die ze bij haar offerte heeft gevoegd, heeft beoordeeld; dat de verzoekende partij bijgevolg, gesteld dat ze de bewuste voorwaarden niet meer kan aanvechten, belang bij haar beroep blijft hebben, aangezien in dat geval het nog steeds de vraag is of de verwerende partij de inschrijving van de verzoekende partij correct beoordeeld heeft in het licht van de vereisten van het bestek;

Overwegende bovendien dat de toewijzing van een openbare aanbesteding een ingewikkelde aangelegenheid is, waarbij de goedkeuring van het bestek slechts één stadium is; dat die goedkeuring op zich geen nadeel berokkent; dat alleen de beslissing waarbij de opdracht wordt toegewezen gevolgen heeft voor de rechtsordening en eventueel nadeel berokkent; dat zolang die gunningsbeslissing niet uitgevaardigd is, alle kritiek die op de voorbereidende verrichtingen kan worden uitgeoefend hypothetisch blijft, aangezien de verwerende partij even goed de gunningsprocedure nog altijd kan stopzetten, en aangezien een inschrijver toch de gegeerde opdracht toegewezen kan krijgen ondanks de onregelmatigheden die hij eerder heeft aangeklaagd; dat de gunningsbeslissing dus de rechten van de gegadigden voor de opdracht bepaalt; dat de afgewezenen er pas dan daadwerkelijk belang bij hebben hun rechten te doen gelden en middelen aan te voeren, ook tegen de voorbereidende beslissingen; dat aldus voldaan wordt aan de vereisten van richtlijn 89/665/EEG van 21 december 1989 die door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen wordt aangevoerd, wier interpretatie alleen kan leiden tot een definitieve verlamming van de administratieve overheden inzake overheidsopdrachten en iedere gunningsbeslissing in de praktijk onmogelijk maakt; (Cf. onder meer het antwoord op de tweede en de derde prejudiciële vraag gesteld aan het Hof, H.v.J. E.G. 28 oktober 1999, Zaak C-81/98, ALCATEL AUSTRIA, Jurisprudentie 1999, bladzijde I-07671); dat dus niet kan worden aangevoerd dat de selectievoorwaarden niet meer aangevochten kunnen worden, en de exceptie niet opgaat;

Overwegende dat de verwerende partij nog opwerpt dat er geen sprake is van uiterst dringende noodzakelijkheid; dat ze de verzoekende partij verwijt dat ze niet de vereiste naarstigheid aan de dag heeft gelegd om haar

rechten te vrijwaren, en meer in het bijzonder, dat ze niet eerder een vordering heeft ingesteld bij de Raad van State of een gerechtelijk kort geding tegen de selectievoorwaarden bepaald in het bestek, zodra ze daarvan kennis had; dat ze erop wijst dat er geen sprake kan zijn van uiterst dringende noodzakelijkheid wanneer een grief wordt aangevoerd die sedert enige tijd gekend is, en dat uit de nalatigheid van de verzoekende partij kan worden opgemaakt dat haar drijfveer er eigenlijk niet in bestaat herstel in natura te krijgen, zodat het aanvoeren van de uiterst dringende noodzakelijkheid om die reden ook niet gewettigd is;

Overwegende dat het niet relevant is dat de verwerende partij, die er overigens niet in slaagt de achterstand in de rechtsbedeling weg te werken, pleit voor een ongebreidelde hoeveelheid gerechtelijke en administratieve procedures, en de verzoekende partij verwijt dat ze zich gericht heeft naar artikel 17, § 1, eerste lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, en geen gerechtelijk kort geding heeft aangespannen dat alleen maar de onderhavige procedure zou overlappen; dat dat niet wegneemt dat een kort geding bij de Raad van State waarschijnlijk voorbarig zou zijn verklaard, want gericht tegen een voorbereidende handeling die geen nadeel berokkent; dat de verzoekende partij geen enkele nalatigheid kan worden aangewreven die in strijd zou zijn met de aangevoerde uiterst dringende noodzakelijkheid; dat deze voldoende vaststaat, aangezien de beslissing aangaande de gunning van de opdracht overeenkomstig artikel 117 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, nakend was; dat de exceptie niet opgaat;

Overwegende dat volgens artikel 17, § 2, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State "de schorsing van de tenuitvoerlegging ... alleen (kan) worden bevolen als ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten akte of het aangevochten reglement kunnen verantwoorden en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de akte of het reglement een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen";

Overwegende dat de verzoekende partij een eerste middel aanvoert, "ontleend aan schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van de artikelen 45 en volgende en van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, aan gebrek aan motivering, aan schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, aan schending van de wet van 29 juli 1991

betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen"; dat ze volgens haar niet uitgesloten kon worden bij de toewijzing van de opdracht, aangezien ze over een geschiktheidsgetuigschrift voor het vervaardigen van rupskettingen beschikte, afgegeven door de verwerende partij; dat ze in een eerste onderdeel aanvoert dat de verstrekte referenties die zowel betrekking hebben op het leveren van nieuwe rupskettingen, van het type 640A of andere, als op de vernieuwing ervan, aantoonde dat ze technisch gezien in staat was zowel de vereiste kwaliteit als de vereiste kwantiteit te leveren; dat ze in een tweede onderdeel aanvoert "dat het onredelijk is dat in het bestek geëist wordt dat een attest wordt ingediend waaruit blijkt dat de fabrikant beantwoordt aan alle punten van norm TL2530-0069 of een gelijkwaardige norm wanneer er voor de kettingschakel 640A geen gelijkwaardige norm bestaat", waarbij ze er bovendien op wijst dat ze in 1997-1998 nieuwe rupskettingen geleverd heeft aan het Belgische leger en in 2001 aan het Canadese leger, waarvoor door de Belgische overheid gelijkvormigheidsattesten, opgemaakt overeenkomstig norm TL2530-0069, zijn afgegeven; dat ze in een derde onderdeel stelt "dat het onredelijk is dat in het bestek bepaald wordt dat de inschrijver het origineel van een attest moet overleggen waaruit blijkt dat het aangeboden materiaal met succes alle duurzaamheidstests heeft doorstaan voor gepantserde rupsvoertuigen, volgens een testcyclus die overeenkomt met deze genoemd in richtlijn SEV11-10", aangezien deze richtlijn van oktober 1993 betrekking heeft op nieuw ontworpen voertuigen en niet redelijkerwijze van toepassing kan zijn op een tank die meer dan 35 jaar geleden ontworpen is; dat ze voorts stelt dat ze van de Belgische overheid een kwalificatie-attest heeft gekregen waaruit de duurzaamheid blijkt en die test voornamelijk betrekking heeft op alle onderdelen met rubber, aangezien de sterkte van de metalen onderdelen beoordeeld kan worden op basis van de samenstelling daarvan; dat ze in een vierde onderdeel van oordeel is dat twijfel omtrent haar recht om plannen over te leggen die opgemaakt zijn door een derde en waarop die derde auteursrechten zou hebben, geen rechtvaardiging vormt voor het niet-selecteren van haar offerte, te meer daar die plannen de plannen zijn op grond waarvan de verwerende partij een conformiteitscontrole heeft uitgevoerd op de leveringen van rupskettingen die de verzoekende partij eerder heeft gedaan; dat ze in een vijfde onderdeel stelt dat het model van de schakel niet afwijkt van de beschrijving die ze ervan heeft gegeven, en dat het in ieder geval onmogelijk is uit de motivering van de bestreden handeling op te maken welke verschillen er zouden zijn; dat ze in een zesde onderdeel aangeeft dat de "flow-chart" die ze bij haar offerte heeft gevoegd niet alleen slaat op de vervaardiging, vóór de assemblage, van de onderdelen van de kettingschakels en op de eindassemblage ervan, aangezien hij ook betrekking heeft op de rubber; dat ze stelt dat ze bij haar offerte wel een flow-chart heeft gevoegd die is opgesteld overeenkomstig de

specificaties van ISO-norm 10005 die geldt voor het vervaardigings- en assemblageproces van alle aangeboden schakels;

Overwegende dat de verzoekende partij een tweede middel aanvoert, "ontleend aan schending van artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, aan gebrek aan motivering, aan schending van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van artikel 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, aan schending van de rechtsregels en -beginselen, en inzonderheid van het beginsel van behoorlijk bestuur, en aan machtsoverschrijding"; dat ze in een eerste onderdeel herhaalt dat "het model van kettingschakel daadwerkelijk overeenstemt met de leveringen beschreven in de offerte, en in de bestreden handeling in ieder geval niet wordt aangegeven welk verschil er zou bestaan tussen het model en de plannen"; dat ze in een tweede onderdeel nogmaals stelt dat de plannen die ze heeft ingediend de plannen zijn op basis waarvan de technische dienst van het Belgische leger gesteld heeft dat de vorige leveringen van kettingen type 640A door de verzoekende partij in ontvangst genomen moesten worden; dat ze verklaart dat ze het gebruik van die plannen niet gerechtvaardigd heeft door te stellen dat de auteursrechten daarop vervallen waren, maar doordat de vennootschap DIEHL geen bezwaar zou hebben gehad tegen het gebruik daarvan; dat ze erkent dat ze, wat de rupsketting betreft, aangevoerd heeft dat dat model tot het publieke domein behoort, en dat niemand exclusieve rechten bezit op de rupsketting of de tekening daarvan;

Overwegende, wat dit eerste en dit tweede middel samen betreft, dat vaststaat dat de door de verzoekende partij ingediende inschrijving niet geselecteerd is omdat de diensten van de verwerende partij geoordeeld hebben dat ze niet voldeed aan de technische vereisten en administratieve onregelmatigheden vertoonde die aan het licht zijn gekomen bij het onderzoek van de selectievoorwaarden;

Overwegende dat deze twee middelen, waarmee de redenen worden aangevochten waarom de inschrijving niet geselecteerd is, ontvankelijk zijn;

Overwegende dat paragraaf 6 "selectiecriteria" van het bestek SAMA Nr. 111412, dat geldt voor de omstreden opdracht, het volgende bepaalt:

"In toepassing van het artikel 42 van het KB1 (K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken), zal de aanbestedende overheid overgaan tot de kwalitatieve selectie van de inschrijvers, op basis van volgende documenten en inlichtingen : (...)" ; dat in punt e. van die paragraaf 6 het volgende staat: "De inschrijvers zijn ertoe gehouden met hun offerte de hierboven opgesomde documenten te leveren, op straffe van niet geselecteerd te worden";

Overwegende dat daaruit blijkt dat alle en elk van de stukken gevraagd in § 6, d. van het bestek om de technische bekwaamheid van de inschrijver te bewijzen, vereist waren, en dat het ontbreken van één ervan voldoende was om een beslissing om de inschrijving niet te selecteren te rechtvaardigen; dat zodra bijgevolg één van de onderdelen van het eerste of het tweede middel niet ernstig is, dat voldoende is om de beslissing om de inschrijving niet te selecteren, te rechtvaardigen;

Overwegende, wat het eerste middel, derde onderdeel, betreft, dat in § 6, d., (4), (b), van het bestek het volgende staat: "in toepassing van art. 45 van het K.B. (van 8 januari 1996) zal de technische bekwaamheid van de inschrijver worden aangetoond op volgende wijze: (...) "door middel van certificaten die zijn opgesteld door de als bevoegd erkende officiële instituten of diensten voor kwaliteitscontrole, waarin de conformiteit van duidelijk door referenties geïdentificeerde producten met bepaalde specificaties of normen wordt bevestigd.

In onderhavig geval zullen de inschrijvers bij hun offerte voegen : een origineel attest, opgesteld door een bevoegde autoriteit van een NAVO land, dat attesteert dat het aangeboden materieel met succes het geheel van uithoudingsproeven heeft doorstaan die voorzien zijn voor gepantserde rupsvoertuigen volgens een testcyclus die overeenkomt met deze voorzien in de richtlijn "NATO Publikation Erprobungsverfahren für Fahrzeuge – SEV 11-10 (Oktober 1993) – Blz A-3", verspreid in toepassing van Par 2.b van het NATO Standardisation agreement STANAG 4357 LAND (Edition 1) – "Publications interalliées sur les essais des véhicules - Allied Vehicle Testing Publication (AVTP) (06 augustus 1991), of een gelijkwaardige richtlijn.

Onder gelijkwaardige richtlijn verstaat de aanbestedende overheid elk document toepasselijk op de kettingschakels van het type 640A van de LEOPARD tank die vereisten oplegt die minstens even streng zijn als deze opgelegd met de hierboven vermelde richtlijn.

In dit geval is de inschrijver er toe gehouden in zijn offerte deze alternatieve richtlijn te vermelden op expliciete wijze, en de gelijkwaardigheid ervan aan te

tonen onder vorm van een vergelijkende tabel van de respectievelijke vereisten van dit document met deze van betreffend richtlijn.";

Overwegende echter dat, zoals in dit onderdeel van het middel wordt opgemerkt, stellen dat duurzaamheidstests gevoerd volgens "richtlijnen die gelijkwaardig" zijn aan de NAVO-richtlijn waarnaar bovendien verwezen wordt, geldig zijn, weliswaar erop neerkomt dat de schijn in stand gehouden wordt; dat wegens en als gevolg van het standaardiseringsbeleid van de NAVO, zulke "gelijkwaardige richtlijnen" immers absoluut niet bestaan, evenmin als soortgelijke installaties als die van het Duitse leger in Trier, waarmee kan worden nagegaan of het materiaal voldoet aan die NAVO-richtlijn;

Overwegende dat zulks niet wegneemt dat het redelijk is dat de verwerende partij, gezien de verschillende incidenten en ongevallen die hebben plaatsgevonden als gevolg van het breken van rupskettingen, bepaalde waarborgen wil krijgen aangaande de kwaliteit van de kettingen die ze wil kopen om die welke thans worden gebruikt en die aan het afslijten zijn, te vervangen; dat het tegen die achtergrond al evenmin onredelijk is te eisen dat het materiaal duurzaamheidstests doorstaat, net zomin als te bepalen dat zulks dient te geschieden volgens een Navo-standaardiseringsrichtlijn; dat het feit dat die richtlijn dateert van oktober 1993, terwijl ze toegepast moet worden op een pantservoertuig dat meer dan 35 jaar daarvoor is ontworpen, er niet toe doet; dat zulks alleen bewijst dat het erg moeilijk is om tot gestandaardiseerde normen inzake kwaliteitscontrole te komen, maar er niet aan in de weg staat dat, voorafgaandelijk aan en los van die gestandaardiseerde controlenormen, kwaliteitsvol materiaal geëist mag worden en in feite ook bestaat, aangezien richtlijn SEV11-10 slechts voorziet in de gestandaardiseerde controle van die kwaliteit;

Overwegende voor het overige dat, zoals in de omstreden beslissing wordt opgemerkt, de enige tests waarop de verzoekende partij zich kan beroepen de tests zijn die uiteengezet worden in het verslag "Activiteit STFT 815002 - kwalificatie van rubbermengsels voor assen, schakels en wielen voor kettingen van rupsvoertuigen - baantests" van 5 oktober 1983; dat niet eens wordt aangevoerd dat die tests gelijkwaardig zouden zijn aan de tests vereist in het bestek, aangezien ze effectief alleen betrekking hebben gehad op de rubberen onderdelen van de schakels; dat de sterkte van metalen onderdelen weliswaar beoordeeld kan worden op basis van de samenstelling ervan, maar zulk een beoordeling theoretisch blijft, terwijl echte tests een concreet idee geven van hoe sterk het materiaal effectief is; dat het aantal parameters en het uiteenlopend karakter ervan (afgelegde afstand, snelheid, weersomstandigheden, aard van de

bodem, gewicht in beladen toestand, onderhoudsnoden tijdens de tests, enz.) voldoende is om te begrijpen dat een daadwerkelijke duurzaamheidstest iets heel anders is dan een theoretische beoordeling, en dat de verwerende partij zulk een test naar alle redelijkheid mocht opleggen in het bestek;

Overwegende dat de offerte van de verzoekende partij niet aan deze selectievoorwaarde beantwoordde; dat het derde onderdeel van het eerste middel niet ernstig is;

Overwegende dat aldus blijkt dat de offerte van de verzoekende partij op zijn minst op grond daarvan terecht niet is geselecteerd; dat de verzoekende partij er bijgevolg geen belang bij heeft de overige onderdelen van haar eerste en tweede middel aan te voeren;

Overwegende dat de verzoekende partij een derde middel aanvoert, "ontleend aan schending van artikel 96 (lees 296) van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de artikelen 3, § 3 en 4 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten, aan ontstentenis van motivering en aan machtsoverschrijding, voorzover de bestreden handeling voorgeeft te steunen op artikel 296 van het EG-Verdrag, waarmee aangegeven lijkt te worden dat met de bestreden handeling, doordat daarmee de toegang tot de opdracht beperkt wordt, maatregelen worden genomen die noodzakelijk zijn voor de bescherming van de wezenlijke belangen van de veiligheid, terwijl de verwerende partij, in de veronderstelling dat ze bij ontstentenis van een koninklijk uitvoeringsbesluit geen rekening hoefde te houden met de wet van 24 december 1993, toch gehouden was de feitelijke gegevens te vermelden op grond waarvan ze ervan uit kon gaan dat artikel 296 van het EG-Verdrag toegepast kon worden op de opdracht";

Overwegende dat in de aanhef van de bestreden handeling verwezen wordt naar "artikel 296 van het EG-Verdrag"; dat de verzoekende partij evenwel nalaat te preciseren in welk opzicht die loutere verwijzing haar nadeel zou hebben kunnen berokkenen; dat ze geen enkele maatregel aanvoert die de verwerende partij genomen zou hebben en die in het onderhavige geval op enige wijze de mededingingsverhoudingen zou hebben gewijzigd; dat de verzoekende partij, gegeven het feit dat ze zich kandidaat heeft kunnen stellen voor de toewijzing van de opdracht, en haar inschrijving op de normale wijze is onderzocht, ook al is ze uiteindelijk niet geselecteerd, niet aantoonbaar dat ze belang heeft bij het middel; dat dat middel niet als ontvankelijk kan worden beschouwd;

Overwegende dat de verzoekende partij een vierde middel aanvoert "ontleend aan machtsafwending"; dat, volgens haar, "het enige doel van de verwerende partij (erin bestond) om, om ongekende redenen, de opdracht aan (de vennootschap DIEHL) toe te wijzen en de verzoekende partij te weren", inzonderheid omdat deze een "Vlaamse vennootschap" was; dat ze het bewijs daarvoor vindt in de voorgeschiedenis van deze openbare-aanbestedingsprocedure: poging om rechtstreeks een contract met de vennootschap DIEHL af te sluiten na een onderhandelingsprocedure, en pogingen om bij die vennootschap te kopen via COOPLOG, en vervolgens via NAMSA; dat ze daarvoor nog bewijzen vindt in verschillende bepalingen van de opeenvolgende bestekken die ze misleidend vindt en die er volgens haar voor zorgden dat alleen de vennootschap DIEHL een regelmatige offerte kon indienen;

Overwegende dat er inderdaad factoren voorhanden zijn die verwarring doen ontstaan; dat, binnen de korte termijn waarover de Raad in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid beschikt, en bij gebrek aan enige andere bijkomende informatie, evenwel niet gesteld mag worden dat het enige doel van de verwerende partij erin zou bestaan de vennootschap DIEHL te bevoordelen ten opzichte van de verzoekende partij; dat de bezorgdheid, waaraan ze uiting geeft, om de veiligheid te waarborgen bij het gebruik van de pantservoertuigen, immers de in het bestek opgenomen vereisten kan verklaren; dat het vierde middel tot dusver niet ernstig is;

Overwegende bovendien en in ieder geval dat, wat het derde en het vierde middel betreft, de verzoekende partij, aangezien haar offerte terecht niet geselecteerd is, de bestreden beslissing niet meer verder kan aanvechten,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst in dit kort geding, ingediend door de vennootschap DIEHL, wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid wordt afgewezen.

Artikel 3.

De kosten, bepaald op 300 euro, komen ten laste van de verwerende partij ten belope van 175 euro en ten laste van de tussenkomen de partij ten belope van 125 euro.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, rechtsprekend in kort geding, op acht juli tweeduizend twee door:

de HH. HANSE,
HARMEL,

staatsraad, wnd. voorzitter,
griffier.

De Griffier,

De wnd. Voorzitter,

P. HARMEL

Ph. HANSE

VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD VAN STATE,
GECOÖRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.