

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.467 van 17 augustus 2012
in de zaken A. 171.112/XII-4667
A. 173.209/XII-4774**

In zake: PATRIA LAND & ARMAMENT OY,
voorheen Patria Vehicles OY, vennootschap naar Fins recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Christophe Ronse
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Mike Gelders

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Landsverdediging
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Nicole Cahen en
Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

MOWAG GmbH
vennootschap naar Zwitsers recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de beroepen

1. Het beroep, ingesteld op 27 maart 2006, strekt tot de
nietigverklaring van “het besluit van de Ministerraad van 27 januari 2006,

waarbij ingestemd wordt met het voorstel van de Minister van Landsverdediging tot toewijzing van de opdracht voor de levering van 242 AIV-voertuigen (bestek 4RP103 van het Ministerie van Landsverdediging) aan de onderneming Mowag” (zaak A.171.112/XII-4667).

Het beroep, ingesteld op 22 mei 2006, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 22 maart 2006 van de minister van Landsverdediging tot toewijzing van de opdracht voor de levering van 242 AIV-voertuigen (bestek 4RP103 [...]) aan de onderneming Mowag, alsook van het besluit om deze opdracht niet aan [Patria Vehicles OY] toe te wijzen” (zaak A.173.209/XII-4774).

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 212.712 van 26 april 2011 is het beroep in de zaak A. 171.112 verworpen, in zoverre het is gericht tegen “(i) het besluit van de Minister van Landsverdediging van ongekende datum waarbij de offerte van Mowag regelmatig wordt verklaard (bestek 4RP103 van het Ministerie van Landsverdediging), voorzover dit bestaat, en (ii) het besluit van de Minister van Landsverdediging van ongekende datum waarbij wordt voorgesteld om de opdracht voor de levering van 242 AIV-voertuigen (bestek 4RP103 van het Ministerie van Landsverdediging) toe te kennen aan de onderneming Mowag”, zijn de zaken nrs. A. 171.112/XII-4667 en A. 173.209/XII-4774 gevoegd en zijn de debatten voor het overige heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag in de beide zaken neergelegd.

De verzoekende, de verwerende en de tussenkommende partijen hebben aanvullende laatste memories neergelegd.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 maart 2012, datum waarop de terechtzitting in voortzetting is geplaatst op 8 mei 2012.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat William Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Pascal Malliën, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft in de beide zaken 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. Voor het relaas van de feiten wordt verwezen naar het voormelde arrest nr. 212.712.

IV. Onderzoeksmaatregel

Het aanvullend auditoraatsverslag

4. Bij meervermeld arrest nr. 212.712 heeft de Raad van State de verwerende partij bevolen om het gehele administratief dossier neer te leggen, onder meer het evaluatieverslag van 4 januari 2006 bevattend, tevens onder mededeling van een inventaris van de stukken die zij als vertrouwelijk bestempelt, dit binnen dertig dagen na betekening van het arrest. Daarbij zegt de Raad van State voor recht dat de aanvullende stukken van het administratief dossier die door verwerende partij als vertrouwelijk zijn aangemerkt, vooralsnog enkel mogen worden ingezien door het bevoegde lid van het auditoraat -met het oog op zijn aanvullend verslag waartoe wordt bevolen- en door de leden van de bevoegde kamer van de Raad van State.

5. In het vervolgens neergelegd aanvullend auditoraatsverslag wordt niet toegekomen aan een conclusie over de ontvankelijkheid en gegrondheid van de door verzoekende partij aangevoerde middelen.

Er wordt daarin immers vastgesteld :

“De verslaggever is van oordeel dat – in eer en geweten – niet in staat is met kennis van zaken een onderbouwde beoordeling van de aangevoerde middelen en van het verweer ertegen, die veeleer technisch dan juridisch van aard zijn, te geven: hij heeft dat getracht maar is tot de conclusie moeten komen dat de discussie tussen partijen te technisch van aard is en dat hij niet bekwaam is verder te komen dan het eventueel ‘parafraseren’ van de een of de andere stelling wegens gebrek aan kennis op het technische vlak waar het in se over gaat. Het wordt dan ook aangewezen geacht een deskundige aan te stellen.”

Het besluit van het auditoraatsverslag luidt:

“Voorgesteld wordt een deskundige aan te stellen met als opdracht de Raad van State voor te lichten over de technische aspecten die aan bod komen in de middelen aangevoerd door verzoekende partij en in het

verweer daartegen van verwerende en tussenkomende partij en hem op te leggen gedurende de gehele uitvoering van zijn opdracht de vertrouwelijkheid van de stukken 12 tot en met 15 te bewaren, in die zin dat op geen enkele wijze de daarin als vertrouwelijk aangemerkte gegevens door partijen mogen worden ingezien, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks (zoals bijv. door eventuele vermelding ervan in zijn verslag)”.

Standpunt van de partijen

6. Enkel verzoekende partij stemt in met dit voorstel om een deskundige aan te stellen, zij het dat deze wat de classificatie van bepaalde documenten van het administratief dossier als “vertrouwelijk” betreft, de Raad aanmaant om “effectief” te toetsen of die classificatie wettig of rechtmatig is, waarbij wordt opgemerkt dat in het auditorsverslag “enkel” wordt gesteld dat akkoord wordt gegaan met het feit “dat enkel de behandelende kamer van de Raad van State en het behandelend lid van het auditoraat” de vertrouwelijke stukken mogen inzien maar dat “hiervoor geen enkele motivering [wordt] gegeven, in weerwil van de reeds eerder opgeworpen excepties en bezwaren van verzoekende partij”.

7.1. Verwerende en tussenkomende partijen daarentegen gaan in hoofdde niet akkoord met de aanstelling van een deskundige.

7.2. Verwerende partij stelt dat zij de middelen op een afdoende wijze heeft weerlegd om te kunnen besluiten tot de ongegrondheid ervan, zonder dat een deskundige ter zake dient te worden aangesteld. Voorts kan volgens haar hoe dan ook de opdrachtbeschrijving zoals deze in het auditorsverslag wordt voorgesteld, niet worden aanvaard, aangezien het passend is dat het auditoraat de stellingen van de partijen betreffende de noodzakelijkheid van een deskundig onderzoek middel per middel afweegt en indien dat onderzoek nodig zou blijken, vragen verwoordt die tot een finale inhoudelijke beoordeling in rechte van de middelen kunnen leiden, onder verwijzing naar het arrest van de Raad van State nr. 210.378 van 13 januari 2011. Ten slotte betoogt zij dat een gerechtsdeskundige geen toegang mag krijgen tot geclassificeerde documenten.

7.3. Tussenkommende partij benadrukt dat zij herhaaldelijk de vraag heeft geuit of niet eerst het belang en de ernst van de ingeroepen middelen moeten worden onderzocht alvorens een deskundig onderzoek wordt bevolen. Volgens haar gaat het aanvullend verslag van het auditoraat “weerom niet over tot een marginale toetsing van de ernst van de ingeroepen middelen” hetgeen allereerst moet geschieden. Slechts wanneer “er enige waarschijnlijkheid van gegrondheid is van één van de middelen” kan men volgens haar “eventueel overwegen om de technische aspecten door een deskundige te laten onderzoeken”. Ten slotte doet zij ook gelden dat er geen wettelijke mogelijkheid is om een geclassificeerd document aan de beoordeling van een gerechtsdeskundige te onderwerpen. Door de deskundige toegang te geven tot een aantal stukken zouden zelfs “de internationale betrekkingen tussen de Verenigde Staten en de Belgische Staat onder vuur [komen] te liggen”.

Beoordeling

8. De belangen van partijen in de onderhavige zaken zijn aanzienlijk. Voorts is er de geschetste onenigheid tussen partijen betreffende de vertrouwelijkheid van de stukken, waarbij verzoekende partij meer inzage vraagt dan de andere partijen willen toestaan. Ten slotte lijkt ook het vinden van een door alle partijen onafhankelijk geachte deskundige in de betrokken materie geen vanzelfsprekende zaak, zoals is gebleken op de terechtzittingen en in briefwisseling tussen partijen en de Raad daaromtrent.

De aanstelling van een deskundige terwijl zulks niet absoluut noodzakelijk zou zijn voor het beslechten van de rechtsstrijd moet daarom, zoals overigens vereist is door een algemeen beginsel van behoorlijke proceseconomie, zeker te dezen worden vermeden. Als er mogelijkheid bestaat om de middelen -of middelonderdelen- te onderzoeken en te beoordelen, zonder voorafgaand deskundig onderzoek, moet zulks dan ook in elk geval gebeuren.

Het eerste middel stelt in beide zaken in essentie:

“Schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het algemeen rechtsbeginsel *“patere legem quem ipse fecisti”*, van de bepalingen van het bestek, inzonderheid van de hierna te noemen I-en D-vereisten van het bestek, en van het zorgvuldigheidsbeginsel,

Doordat de bestreden beslissingen de offerte van Mowag als regelmatig beschouwen en als meest voordelige;

Terwijl, in hoofddorde, de offerte van Mowag relatief nietig is nu zij niet voldoet aan minstens één D-vereiste dat verbonden is aan een I-vereiste van het bestek, zodat haar offerte krachtens het bestek als relatief niet-conform moet worden beschouwd;

Dat het door Mowag voorgestelde voertuig inderdaad niet kan voldoen aan de besteksvereiste: *‘Het gemeenschappelijk, military, off the shelf, 8-wielig gepantserd voertuig, waarop het standaard platform is gebaseerd, zal minstens een voorproductievoertuig zijn, voltooid en bewezen door test en demonstratie’* (een I-vereiste)”.

In ondergeschikte orde wordt schending van de zorgvuldigheidsplicht ingeroepen, omdat de offerte van Mowag in redelijkheid niet als meest voordelig kan worden beschouwd, waarbij naar vier “I-vereisten” wordt verwezen waaraan het voorgestelde voertuig niet zou voldoen en niet kan voldoen, meer bepaald inzake de nieuwigheid, de verhouding standaardplatform tegenover uitrusting, het door test en demonstratie bewezen zijn van het feit dat het voorgestelde voertuig een voorproductievoertuig is en een vereiste dat de verhouding vermogen tot gewicht betreft.

In een tweede middel in de zaak A.173.209 wordt in essentie aangevoerd:

“Schending van de materiële motiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel zoals onder meer vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het beginsel *“patere legem quam ipse fecisti”* en van de hierna aangehaalde bepalingen van het bestek;

Doordat de bestreden beslissing blijkbaar gestoeld is op motieven die niet voorkomen in het bestek en doordat verwerende partij de verschillende inschrijvers op ongelijke manier behandelt (minstens Mowag ten opzichte van Patria);

Terwijl krachtens het bestek zelf, de bestreden beslissing enkel rekening mag

houden met de S-criteria opgesomd in het bestek; dat de bestreden beslissing deze S-criteria enkel in aanmerking mag nemen voor de bijhorende criteria en subcriteria zoals opgesomd in het bestek;

Dat verzoekende partij niet kan inzien op grond waarvan verwerende partij blijkbaar nieuwe gunningscriteria in de bestreden beslissing bij de beoordeling van de offertes betreft;

Dat zulks blijkbaar het geval is, nu verwerende partij minstens in de evaluatie van het subcriterium “productierijpheid” een aantal elementen in aanmerking neemt om een meerwaarde toe te kennen aan de offertes van Mowag en een minderwaarde aan de offertes van Patria, zonder dat het bestek aan deze elementen S-criteria verbindt inzake “productierijpheid”;

En terwijl het gelijkheidsbeginsel, waarop de hele regelgeving inzake overheidsopdrachten is gebaseerd, verbiedt een offerte van een bepaalde kandidaat (Mowag) anders te behandelen dan de offerte van een andere kandidaat (Patria);

Dat zulks blijkbaar het geval is nu verwerende partij ten aanzien van de offertes van Mowag vergelijkbare of gelijkaardige versies in aanmerking neemt, hetgeen zij blijkbaar niet doet voor de offertes van Patria;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt.”

In de zaak A.171.112 wordt in de memorie van wederantwoord dit middel als “derde middel” aangevoerd nadat afstand is gedaan van het in het inleidend verzoekschrift aangebrachte tweede middel.

Het blijkt aldus niet dat de twee middelen waarop verzoekende partij zich steunt zich helemaal niet lenen tot een voorafgaand - juridisch - onderzoek. Zulks wordt in het voormelde auditoraatsverslag overigens erkend: daarin is, echter zonder nadere specificering, juist sprake van “aangevoerde middelen en van het verweer ertegen die *veeleer* technisch *dan juridisch* van aard zijn”.

Gelet op de aard van de te dezen aangevoerde middelen en eveneens in het algemeen is het niet passend meteen op het voorstel van het auditoraatsverslag in te gaan om zonder meer een deskundige aan te stellen, met

de daarin verwoorde algemene opdracht, die niet nader naar technische vragen is verduidelijkt. Een dergelijke opdracht zou in wezen de rechtsmacht van de Raad aan de deskundige overdragen.

Daarenboven is het volgens de Raad niet raadzaam de prerogatieven van het auditoraat te miskennen en de partijen het recht op dubbel onderzoek te ontzeggen door zonder auditoraatsverslag eigener beweging het voornoemde onderzoek van de middelen te verrichten en om eventueel de juridische vragen af te zonderen van de technische vraagpunten.

De middelen dienen aldus wel degelijk door het auditoraat aan een inhoudelijk onderzoek te worden onderworpen wat de juridische aspecten van deze middelen betreft, nadat ook de stellingen van de partijen betreffende de noodzaak van een deskundig onderzoek op gemotiveerde wijze en middel-onderdeel per middelonderdeel tegen elkaar zullen zijn afgewogen.

Indien het auditoraat reeds bij dat onderzoek mocht menen de bijstand van een deskundige nodig te hebben, wordt de aandacht erop gevestigd dat het bevoegd lid van het auditoraat bij toepassing van artikel 20, eerste lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zelf een deskundige mag aanstellen.

Pas indien zou blijken dat het inhoudelijk onderzoek van de juridische aspecten van de middelen de oplossing van het geschil niet toelaat, kan er voor het auditoraat reden zijn om de Raad voor te stellen een deskundige aan te stellen, in welk geval het bevoegd lid van het auditoraat precieze technische vragen zal formuleren die door deze deskundige zullen moeten worden beantwoord.

BESLISSING

1. Het debat wordt heropend.

2. Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt belast met het hiervoor geschetste aanvullend onderzoek in de beide zaken.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest