

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.855 van 2 oktober 2012
in de zaak A. 206.208/XII-7052**

In zake: de NV ARWY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ria Piedfort
kantoor houdend te 2275 Gierle
Denefstraat 102
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de
minister van Landsverdediging

Verzoekende partij tot tussenkomst:

de NV SEYNTEX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Thomas Meireleire
kantoor houdend te 2460 Kasterlee
Turnhoutsebaan 72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 september 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de Algemene Directie Material Resources, divisie Overheidsopdrachten van het ministerie van defensie, bij machtiging van minister van Landsverdediging dd. 21.8.2012 betreffende de selectie in de onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor het afsluiten van overheidsopdracht nr. 12ST320 betreffende een meerjarige overeenkomst (2012-2015) voor de herbevoorrading van gevechtsharnassen en onderdelen in

textiel voor het persoonlijke ballistische beschermingssysteem (MRPM-S/AT 12ST320) waarbij [de nv Arwy] niet batig werd gerangschikt voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht in onderwerp”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 september 2012 heeft de nv Seyntex gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 september 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ria Piedfort, die verschijnt voor verzoekende partij, luitenant-kolonel militair administrateur Philippe Van Gyseghem, die verschijnt voor verwerende partij, en advocaat Thomas Meireleire, die verschijnt voor verzoekende partij tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een aanneming van leveringen, in de aankondiging genaamd “Oproep tot kandidaatstelling betreffende een meerjarige overeenkomst (2012-2015) voor de herbevoorrading van Gevechtsharnassen Load Bearing Vest

(LBV) en zijn onderdelen en de herbevoorrading van onderdelen in textiel van het Personal Ballistic Protection System (PBPS) ten voordele van Defensie”.

De geraamde waarde van de opdracht, vermeld in een nota aan de minister van Landsverdediging, is 5.317.373 euro, btw niet inbegrepen; in de aankondiging is sprake van een geraamde waarde zonder btw tussen 4.500.000 en 7.500.000 euro.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 10 mei 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 15 mei 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie. Een kennisgeving van aanvullende informatie, informatie over een onvolledige procedure of rectificatie wordt op 11 mei 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.3. De oproep tot kandidaatstelling omschrijft het verloop van de procedure als volgt:

“2. Verloop van de procedure

a. Oproep tot kandidaatstelling

(1) Aan de geïnteresseerde ondernemingen wordt gevraagd hun dossier tot kandidaatstelling in te dienen voor 11 juni 2012.

(2) Uit dit dossier dient te blijken dat de kandidaat voldoet aan de selectiecriteria (zie §3).

b. Selectieprocedure

(1) Op basis van de ingediende dossiers tot kandidaatstelling wordt onderzocht welke kandidaten voldoen aan de selectiecriteria (zie §3). Aan de hand van de selectiecriteria zal een rangschikking opgemaakt worden. Enkel de 5 best geklasseerde kandidaten zullen weerhouden worden.

(2) De niet-geselecteerde kandidaten zullen geïnformeerd worden over de motieven van hun niet-selectie.

(3) De geselecteerde kandidaten zullen in bezit gesteld worden van het bestek.

c. Verzending van het bestek

(1) Het bestek zal de volgende elementen bevatten:

- (a) minimale en wenselijke eisen die aan de levering gesteld worden teneinde de vermelde objectieven te bereiken;
 - (b) gunningscriteria en ponderaties;
 - (c) samenstelling van de offerte;
 - (d) verloop van de onderhandelingen;
- (2) Geplande datum verzending bestek: Begin juli 2012

d. Indienen van de offerte

Geplande datum opening offertes: Eind augustus 2012.

De uiterste datum van indiening zal meegedeeld worden in het bestek.

e. Evaluatie en onderhandelingen

De modaliteiten zullen bepaald worden in het bestek.

f. Aanvang contract

Het contract wordt gepland aan te vangen eind 2012”.

De volgende selectiecriteria worden bepaald:

“3. Selectiecriteria

Ref	Selectie criterium
Art. 63 §1 1° à 5°	Deelname aan Criminele Organisatie, Omkoping, Fraude, Terroristisch misdrijf, Witwassen van geld.
Art. 64	Sociale Zekerheid
Art. 65	Beroepsmatige fiscale verplichtingen.
Art. 73 3°	De technische bekwaamheid van een kandidaat zal vastgesteld worden aan de hand van een lijst van leveringen van minimum 3.000 stuks van een Gevechtsharnas (Load Bear Vest) en bijbehorend tassensysteem, gespreid over de vijf laatste jaren, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instantie waarvoor zij bestemd waren.
Art. 73 6°	De technische bekwaamheid van een kandidaat zal aangetoond worden door de levering van monsters beschreven in Par. 2.2 van Bijlage B aan deze oproep tot kandidaatstelling 12ST320.
Art. 60§2	Ten gevolge van de analyse van de technische bekwaamheid en het klassement opgemaakt, conform de procedure beschreven in Par 2 van Bijlage B aan deze oproep tot kandidaatstelling 12ST320, zal het maximum aantal geselecteerde kandidaten 5 bedragen.

”.

Bijlage B “Technische bekwaamheid” omschrijft in paragraaf 1.1 nogmaals de verwervingsprocedure:

“Als verwervingsprocedure werd de Onderhandelingsprocedure met bekendmaking weerhouden. De verwerving wordt tevens opgesplitst in TWEE fases:

- Fase I: een oproep tot kandidaatstelling

De Technische specificaties met de vereisten voor de evaluatie van de eerste fase van de verwervingsprocedure voor de kandidaatstelling zijn hernomen in Par 2 van dit document.

- Fase 2: de onderhandelingsprocedure met bekendmaking - Aanvraag tot offerte.

Enkel de geselecteerde kandidaten nemen deel aan de tweede fase. Deze kandidaten zullen later een gedetailleerd bestek ontvangen waarin alle onontbeerlijke en wenselijke vereisten zijn opgenomen op technisch, functioneel, operationeel en logistiek vlak”.

Paragraaf 2 bevat de “technische specificaties met de vereisten voor de evaluatie van de eerste fase van de verwervingsprocedure”, ook omschreven als “alle voorwaarden waaraan de modellen van de kandidaat-inschrijver moeten voldoen om zijn technische bekwaamheid aan te tonen”, somt de bij de kandidaatstellingen te voegen modellen op en bevat de volgende “bepaling van de rangschikking bij de technische bekwaamheid”:

“De ingediende modellen zullen getoetst worden aan elke voorwaarde van de technische bekwaamheid (TB[x]). 02 punten worden toegekend indien de modellen voldoen aan de voorwaarde. Indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden worden 03 punten afgetrokken. Om geselecteerd te worden dient de inschrijver minimaal 50 punten te behalen. Tevens wordt een rangschikking opgemaakt, enkel de vijf hoogst geselecteerde inschrijvers zullen deelnemen aan de tweede fase, de offerteaanvraag. Indien bij de rangschikking blijkt dat verschillende inschrijvers dezelfde punten hebben waardoor er bij de top 5 verschillende gedeelde plaatsen zijn, zullen de ingediende modellen ten opzichte van elkaar vergeleken worden op vlak van uitzicht en afwerking”.

Eén van de – in totaal 50 – specificaties – TB[3] - is: “De middelen zullen COTS (commercial of the shelf) zijn EN de aangeboden modellen zullen NIET specifiek ontwikkeld worden om te voldoen aan de voorwaarden van deze fase van de verwervingsprocedure”.

3.4. Er worden 6 kandidaturen ingediend waaronder deze van verzoekende partij en van de nv Seyntex.

3.5. Een omstandig “verslag van de selectie van kandidaten – technische bekwaamheid” wordt opgesteld en bevat het volgende “algemeen besluit en klassement”:

“4. Algemeen besluit en het klassement

De firma FALCON is niet in staat om het aantal gevraagde identieke modellen te leveren en is hierdoor niet geselecteerd.

De firma ARWY en de firma SEYNTEX behaalden niet het minimale puntentotaal van 50, respectievelijk 0 punten en -5 punten, waardoor deze kandidaten niet geselecteerd zijn.

De resterende drie kandidaten worden technisch bekwaam geacht en zijn geselecteerd met de volgende rangschikking:

- 1e plaats: de firma NFM met 75 punten;
- 2e plaats: de firma MORANE CONSULT met 65 punten;
- 3e plaats: de firma SIOEN met 55 punten”.

Het “selectieverslag 12ST320” bevat de volgende “conclusie betreffende de evaluatie van de ontvangen aanvragen tot deelneming”:

“d. Conclusie betreffende de evaluatie van de ontvangen aanvragen tot deelneming

Steunend op de evaluatie van de ontvangen aanvragen tot deelneming en de toetsing aan de in de publicatie opgelegde selectiecriteria wordt voorgesteld om:

1) de volgende kandidaten niet te selecteren op basis van het niet beantwoorden aan het toegangsrecht en/of de in de publicatie opgelegde selectiecriteria.

Kandidaten	Geselecteerd
FALCON TACTICAL SOLUTIONS	NEE

Niet voldaan aan Art 73.6° De bij de aanvraag tot deelneming geleverde monsters voldeden niet aan de gevraagde specificaties.

2) Beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van de rangschikking opgesteld volgens Art 60 §2 van het KB van 23 Jan 12 (Zie Technisch selectieverslag in Fiche 6)

In de aankondiging van de opdracht, werd de mogelijkheid voorzien om het aantal geselecteerde kandidaten, die uiteindelijk het bestek zouden ontvangen, te beperken. Rekening houdend met het groot aantal ontvangen aanvragen tot deelneming en met de noodzaak om tot een werkbaar aantal te evalueren offertes te komen, werd er inderdaad gebruik gemaakt van deze mogelijkheid. Zoals bepaald in de aankondiging van de opdracht werd een rangschikking opgemaakt op basis van de volgende criteria:

Art. 60 §2: Ten gevolge van de analyse van de technische bekwaamheid en het klassement opgemaakt, conform de procedure beschreven in Par 2 van Bijlage B aan de oproep tot het indienen van een aanvraag tot deelneming 12ST320, wordt het minimum van 3 geselecteerden bij Onderhandelingsprocedure met bekendmaking nageleefd.

Na toepassing van deze criteria is gebleken dat de volgende aanvraag tot deelneming niet batig werden gerangschikt omwille van de volgende redenen: Geen voorziene 50/100 behaald zoals voorzien in Par 2.3.1 van Bijl B aan de oproep tot indienen van een aanvraag tot deelneming 12ST320

Kandidaten	Geselecteerd	Batig gerangschikt
SEYNTEX nv	JA	NEE
ARWY nv	JA	NEE

3) de volgende kandidaten te selecteren en bijgevolg aan hen het bestek over te maken met het oog op het indienen van een offerte, gezien deze geselecteerde kandidaten volledig in overeenstemming zijn met de in de publicatie opgelegde selectiecriteria.

Kandidaten	Geselecteerd	Batig gerangschikt
SIOEN nv	JA	JA
MORANE CONSULT	JA	JA
NFM Production	JA	JA

4) Algemeen overzicht

Kandidaten	Geselecteerd	Batig Gerangschikt	Weerhouden
SIOEN nv	JA	JA	JA
SEYNTEX nv	JA	NEE	NEE
ARWY nv	JA	NEE	NEE
MORANE CONSULT	JA	JA	JA
FALCON TACTICAL SOLUTIONS	NEE	nvt	NEE
NFM	JA	JA	JA

Productions			
-------------	--	--	--

Bijlage B bij het “verslag van de selectie van kandidaten – technische bekwaamheid” is een overzicht van de voorwaarden van de technische bekwaamheid met een beoordeling per kandidaat (behalve Falcon) van elk in paragraaf 2.3. van bijlage B bij de oproep tot kandidaatstelling opgenomen TB criterium; ofwel worden 2 punten gegeven ofwel - 3, alsdan met een korte inhoudelijke verantwoording.

3.6. Op 20 augustus 2012 ondertekent de minister van Landsverdediging als bevoegde ordonnateur het voormelde selectieverslag 12ST320. Voorts ondertekent hij de volgende - bovenaan op 21 augustus 2012 gedateerde - “Gemotiveerde Selectiebeslissing 12ST320”:

“4. Selectie

Kandidaten	Geselecteerd	Batig Gerangschikt	Weerhouden
SIOEN nv	JA	JA	JA
SEYNTEX nv	JA	NEE	NEE
ARWY nv	JA	NEE	NEE
MORANE CONSULT	JA	JA	JA
FALCON TACTICAL SOLUTIONS	NEE	nvt	NEE
NFM Productions	JA	JA	JA

5. Besluit

Gezien de Firma’s ‘SIOEN nv’, ‘MORNE CONSULT’ en ‘NFM Production’ volledig in overeenstemming zijn met het toegangsrecht, de opgelegde selectiecriteria en het klassement zoals bepaald in de publicatie, beslis ik, op basis van Art 60 van het KB van 23 januari 2012, om het bestek 12ST320 over te maken met het oog op het indienen van een offerte”.

Deze beslissing lijkt de eigenlijke beslissing die als de bestreden beslissing moet worden beschouwd.

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 21 augustus 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat “[zij] initieel werd geselecteerd maar dat [haar] aanvraag tot deelneming niet batig werd gerangschikt voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht”. De gemotiveerde selectiebeslissing en de volgende bijlage met “de motieven van niet batige rangschikking” worden bijgevoegd, met als vermeldingen:

“U vindt hieronder de motieven die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van niet-batige rangschikking die genomen werd door de bevoegde ordonnateur:

- Art. 60 §2: Ten gevolge de analyse van de technische bekwaamheid en het klassement opgemaakt, conform de procedure beschreven in Par 2 van Bijlage B aan de oproep tot het indienen van aanvragen tot deelneming 12ST320, wordt het minimum van 3 geselecteerden bij Onderhandelingsprocedure met bekendmaking nageleefd.

Na toepassing van deze criteria is gebleken dat uw aanvraag tot deelneming niet batig werden gerangschikt omdat geen voorziene 50 / 100 behaald werd zoals voorzien in Par 2.3.1 van Bijl B aan oproep tot kandidaatstelling 12ST320

In App aan deze bijlage vindt U een overzicht van de behaalde punten”.

De selectiebeslissing 12ST320 wordt tegelijk met een e-mail meegedeeld.

3.8. Hierop volgt tussen verzoekende partij en verwerende partij e-mailverkeer en een onderhoud.

3.9. Op 5 september 2012 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkost

4. De nv Seyntex dient op 14 september 2012 een verzoekschrift tot tussenkost in.

Een tussenkost mag, op straffe van niet-ontvankelijkheid, het voorwerp van de vordering niet wijzigen en derhalve niet tot doel hebben de strekking van de in de hoofdvordering aangevoerde betwisting te verruimen.

Het voorwerp van de vordering van verzoekende partij is de beslissing betreffende de selectie “waarbij verzoekende partij niet batig werd gerangschikt voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht in onderwerp”. Ter terechtzitting bevestigt verzoekende partij dat het voorwerp van haar vordering haar eigen niet-selectie is. Verzoekende partij tot tussenkomst vraagt echter *in fine* van haar verzoekschrift schorsing te bevelen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing [...] waarbij aan verzoekende partij [waarmee blijkens het geheel van het verzoekschrift tot tussenkomst verzoekende partij tot tussenkomst is bedoeld] werd meegedeeld dat zij niet batig werd gerangschikt voor deelname aan de tweede fase” en niet de niet-selectie van verzoekende partij.

Aldus strekt de tussenkomst ertoe het voorwerp van de oorspronkelijke vordering te wijzigen. De vordering tot tussenkomst is bijgevolg niet ontvankelijk.

V. Regelmatigheid van de procedure

5. Op 25 september 2012 dienen verzoekende partij en de nv Seyntex elk een “memorie van wederantwoord betreffende een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid” in.

Dergelijke memories zijn in de te dezen toepasselijke procedureregelingen niet bekend, noch heeft de Raad van State zelf erom verzocht. Mochten deze memories als pleitnota's worden beschouwd, dan zijn deze in elk geval slechts op de vooravond van de terechtzitting aan verwerende partij en aan de Raad van State bezorgd, hoewel niet wordt ontkend dat nota en administratief dossier op dat ogenblik al meer dan een week ter griffie berustten. Deze pleitnota's aanvaarden zou aldus het recht op tegenspraak van verwerende partij onevenredig beperken aangezien zij of haar advocaat dan ter terechtzitting ook technische repliek zou moeten bieden, mondeling en eventueel zonder voorafgaand overleg met verwerende partij. Overigens onttrekken pleitnota's op die wijze in de procedure gebracht, zich *de facto* aan gedegen onderzoek en advies van het auditoraat. De betrokken stukken worden dus uit het debat geweerd.

Gelet op de niet ontvankelijke tussenkomst diende de besproken “memorie”, wat de verzoekende partij tot tussenkomst betreft, in elk geval uit de debatten te worden geweerd, mocht dat stuk al ontvankelijk zijn geweest.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

Artikel 3 van het koninklijk besluit van 24 januari 2012 tot vaststelling van de inwerkingtreding van de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, alsook van de regels inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen voor deze opdrachten, zoals die wet in werking getreden op 6 februari 2012, bepaalt dat boek *Ibis* van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, toepasselijk is op de krachtens de wet van 13 augustus 2011 geplaatste opdrachten, “onder voorbehoud van de artikelen 4 tot 20”.

Luidens artikel 13 van de wet van 13 augustus 2011 valt onder meer de Belgische Staat, wanneer ze overheidsopdrachten gunt op defensie- en veiligheidsgebied, onder de toepassing van die wet.

Artikel 3, 16°, van die wet omschrijft “militair materiaal” als “materiaal dat specifiek is ontworpen voor of aangepast aan militaire doeleinden en dat bedoeld is voor gebruik als wapen, munitie of oorlogsmateriaal”.

In de huidige stand van het geding lijkt te kunnen worden aangenomen dat het te dezen gaat om militair materiaal zodat de wet van

13 augustus 2011 en de koninklijke besluiten van 23 en 24 januari 2012 van toepassing zijn, hetgeen partijen niet lijken te betwisten.

Aldus is via het artikel 3 van het koninklijk besluit van 24 januari 2012, artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993, te dezen van toepassing zij het dat artikel 65/15, derde lid, dat belangenafweging betreft, gelezen moet worden als vermeld in artikel 12 van dat koninklijk besluit.

Luidens het in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In een eerste middel, dat wordt uitgewerkt in drie onderdelen, roept verzoekende partij de schending in van het “*patere legem* beginsel”, van het “proportionaliteitsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”:

“Doordat, verwerende partij de technische conformiteit heeft beoordeeld van de modellen van verzoekende partij.

Terwijl, artikel 2.3.1 van de oproep tot kandidaatstelling 12ST320 bepaalt dat de ingediende modellen zullen worden getoetst aan elke voorwaarde van de technische bekwaamheid zoals opgenomen in artikel 2”.

Beoordeling

8. Artikel 60, §§ 1-2 van het hier, zo lijkt, toepasselijke koninklijk besluit van 23 januari 2012 plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, bepaalt:

“Art. 60. § 1. De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan:

1° de bepalingen betreffende het toegangsrecht tot de opdracht zoals omschreven in de artikelen 63 tot 68;

2° de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 69 tot 84. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht.

De aanbestedende overheid geeft in de aankondiging van opdracht of in de uitnodiging tot het indienen van een offerte aan welke de vastgestelde kwalitatieve selectiecriteria zijn en welke de te verstrekken noodzakelijke inlichtingen en documenten zijn.

§ 2. Het minimum aantal geselecteerden mag niet kleiner zijn dan vijf bij beperkte procedure en niet kleiner dan drie bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking of concurrentiedialoog. Het aantal geselecteerden moet in elk geval voldoende zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen, voor zover er voldoende geschikte kandidaten zijn.

Indien het een opdracht betreft waarvoor een voorafgaande Europese bekendmaking verplicht is, geeft de aanbestedende overheid in de aankondiging van opdracht het minimum en eventueel het maximum aantal geselecteerden aan dat hij vooropstelt.

Als de aanbestedende overheid van mening is dat het aantal geselecteerden te laag is om een echte mededinging te garanderen, mag zij de procedure opschorten en de oorspronkelijke aankondiging van de opdracht opnieuw

publiceren, met vaststelling van een nieuwe termijn voor de indiening van aanvragen tot deelneming. In dat geval worden de geselecteerden na de twee bekendmakingen uitgenodigd om een offerte in te dienen of om deel te nemen aan de dialoog overeenkomstig artikel 52”.

Artikel 73 van dat besluit bepaalt:

“Art. 73. In geval van een opdracht voor leveringen kan de technische bekwaamheid of de beroepsbekwaamheid van de kandidaat of de inschrijver op één of meer van de volgende manieren worden bewezen, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of belangrijkheid en het doel van de leveringen:

1° door het bewijs dat de kandidaat of de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen overeenkomstig artikel 82;

2° aan de hand van een opgave van de al dan niet tot de onderneming behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole;

3° aan de hand van een lijst van de voornaamste leveringen die gedurende de afgelopen vijf jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De leveringen worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in geval van leveringen voor een particuliere afnemer door attesten van de afnemer of bij ontstentenis eenvoudigweg door een verklaring van de leverancier;

4° aan de hand van een beschrijving van de technische uitrusting, van de door de leverancier getroffen maatregelen om de kwaliteit te waarborgen en van de door zijn onderneming geboden mogelijkheden op het vlak van studie en onderzoek alsook de interne regels inzake intellectuele eigendom;

5° aan de hand van certificaten die door als bevoegd erkende officiële instituten of diensten voor kwaliteitscontrole zijn opgesteld en waarin wordt verklaard dat duidelijk door referenties geïdentificeerde producten aan bepaalde specificaties of normen beantwoorden;

6° aan de hand van monsters, beschrijvingen of foto's, waarvan de echtheid wordt aangetoond op verzoek van de aanbestedende overheid;

7° aan de hand van een controle door de aanbestedende overheid of, in diens naam, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de leverancier gevestigd is, onder voorbehoud van instemming door dit orgaan; deze controle heeft betrekking op de productiecapaciteit of op de technische bekwaamheid van de leverancier en, zo nodig, op diens

mogelijkheden inzake studie en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;

8° in geval van leveringen die bijkomend plaatsings- en installatiewerkzaamheden of diensten omvatten, aan de hand van de studie- en beroepskwalificaties van de leverancier of van het kaderpersoneel van de onderneming en in het bijzonder van degenen die met de dienstverlening of de leiding van de werken kunnen worden belast”.

Het komt aldus aan de aanbestedende overheid toe te bepalen op welke manier de kandidaat of inschrijver zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid kan aantonen binnen het kader zoals dat door artikel 60 en - voor leveringen - artikel 73 van het voormelde koninklijk besluit van 23 januari 2012 is vastgelegd. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad lijkt de criteria en het niveau dat door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld wel aan een toetsing te kunnen onderwerpen in die zin dat de Raad desgevraagd mag onderzoeken of de door de aanbestedende overheid bepaalde vereisten niet het kader van die artikelen 60 en 73 te buiten gaat, op ontoelaatbare wijze de mededinging beperken of de gelijkheid onder de inschrijvers in het gedrang brengen.

9. Met verwijzing naar artikel 60, § 2, van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 bepaalt de oproep tot kandidaatstelling dat “Ten gevolge van de analyse van de technische bekwaamheid en het klassement opgemaakt conform de procedure beschreven in paragraaf 2 van Bijlage B aan deze oproep tot kandidaatstelling 12ST320, [...] het maximum aantal geselecteerde kandidaten 5 [zal] bedragen”. Met verwijzing naar artikel 73, 6°, wordt voorts het volgende selectie criterium bepaald: “De technische bekwaamheid van een kandidaat zal aangetoond worden door de levering van monsters beschreven in Par. 2.2 van Bijlage B aan deze oproep tot kandidaatstelling 12ST320”.

Deze paragraaf 2 somt het bij de kandidaatstelling aan te bieden materieel op, bevat - vijftig - “technische specificaties met de vereisten voor de evaluatie van de eerste fase van de verwervingsprocedure”, ook omschreven als “alle voorwaarden waaraan de modellen van de kandidaat-inschrijver moeten voldoen om zijn technische bekwaamheid aan te tonen”, en bepaalt onder meer dat “de ingediende modellen zullen getoetst worden aan elke voorwaarde van de

technische bekwaamheid (TB[x])”, dat 2 punten worden toegekend indien de modellen voldoen aan de voorwaarde, dat 3 punten worden afgetrokken indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden, dat, om geselecteerd te worden, de inschrijver minimaal 50 punten dient te behalen en dat tevens een rangschikking wordt opgemaakt waarbij enkel de vijf hoogst geselecteerde inschrijvers zullen deelnemen aan de tweede fase, de offerteaanvraag.

Eerste onderdeel - uiteenzetting

10. In het eerste onderdeel acht verzoekende partij haar niet-selectie “in strijd [...] met de selectieregels van de oproeping tot kandidaatstelling en bijgevolg met het *patere legem* beginsel”.

In de toelichting benadrukt zij dat de criteria (opgesomd onder TB) zo specifiek gericht zijn op conformiteitselementen dat zij op geen enkele wijze de inhoud van technische bekwaamheid dekken.

Zij stelt onder meer om de volgende motieven niet batig te zijn gerangschikt:

- “De sluitingen van de tassen openen, munitie gaat verloren. Gespen ter hoogte van de schouders van het voorpand hinderen in combinatie met de rugzak en wapen (blz. 2/7)
- Het systeem (LBV) klost en verschuift (blz. 2/7)
- Schouderen van geweer niet mogelijk door de gespen ter hoogte van de schouders op het voorpand van het LBV (blz. 2/7)
- VIER * FNC magazine pouch (THREE magazines)+ TWEE * Cargo pouch.
Magazine dump pouch kan niet gefit worden op de zijkant van het LBV (blz. 3/7)
- Het LBV is voorzien van een in de hoogte aanpassingssysteem, maar in de praktijk kan de hoogte niet geregeld worden omdat indien de schouderbanden langer gemaakt worden, er onvoldoende overlapping is tussen het klittenband haakjes zijde en het klittenband fluweelzijde. Hierdoor kon het LBV niet aangepast worden aan de morfologie van de testpersonen (blz. 4/7)
- De resterende laders worden niet in plaats gehouden binnenin de ladertas (blz. 4/7)

- De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten en het klittenband is onvoldoende groot van oppervlakte om het openen van de klep tegen te gaan (blz. 5/7)
- De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten en het klittenband is onvoldoende groot van oppervlakte om het openen van de klep tegen te gaan (blz. 5/7)
- De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten en het klittenband is onvoldoende groot van oppervlakte om het openen van de klep tegen te gaan.
Aangezien geen interne fixatie mogelijk is, gaan de laders ongewenst verloren (blz. 5/7)
- Weven met drukknop (blz. 5/7)
- Enkele sluiting: specifieke sluiting (blz. 5/7)
- Geen vasthechting mogelijk aan de zijkant van het LBV (blz. 7/7)
- De tas is niet opvouwbaar, dus ook niet ontvouwbaar (blz. 7/7)”.

Zij vervolgt dat het duidelijk is dat het merendeel der toegekende negatieve punten te maken heeft met de technische conformiteit van de modellen en geenszins met de technische bekwaamheid en detailveranderingen betreffen die niet tot het maken van nieuwe modellen zouden leiden. Zij benadrukt verder dat hierbij allerminst uit het oog mag worden verloren dat de modellen COTS (commercial of the shelf) dienen te zijn en dat de aangeboden modellen niet specifiek ontwikkeld mogen zijn om te voldoen aan de voorwaarden van deze fase van de verwervingsprocedure.

Eerste onderdeel - beoordeling

11. Uit het administratief dossier en onder meer het voorstel van de materiaalbeheerder blijkt dat de opdracht een herbevoorrading betreft en dat een marktverkenning werd uitgevoerd waaruit bleek dat er meerdere potentiële leveranciers zijn, dat verwacht werd dat een groot aantal offertes zou worden ingediend hetgeen zou leiden tot een lange evaluatieperiode en een hoge werklast voor de leden van de beoordelingscommissie en dat bovendien tijdens de evaluatie in testen op het terrein werden voorzien waarbij de levering van de gevraagde modellen en accessoires een hoge kost zou vormen voor elke potentiële inschrijver, en dat om deze redenen een procedure in twee fasen werd voorgesteld, waarbij in de eerste - selectie - fase aan de kandidaten werd gevraagd hun technische bekwaamheid ook aan te tonen door de in paragraaf 2.2 van Bijlage E bij dit voorstel - dit wordt bijlage B bij de oproep tot kandidaatstelling - beschreven

modellen “COTS/MOTS” voor te stellen, modellen die moeten beantwoorden aan de selectiecriteria vermeld in paragraaf 2.3.3 van die bijlage, en een beperking van het aantal geselecteerden tot maximaal 5.

In het kader van deze eerste - selectie - fase heeft verwerende partij in een tweede selectie criterium inzake de technische bekwaamheid in de oproep tot kandidaatstelling, vervolgens gesteld dat deze technische bekwaamheid zal worden aangetoond “door de levering van monsters beschreven in Par. 2.2 van Bijlage B aan deze oproep tot kandidaatstelling”, en in die oproep en bijlage de 50 TB criteria opgesomd waaraan de gevraagde modellen zullen worden getoetst, de methode beschreven - +2 punten indien voldaan wordt aan een TB criterium en 3-punten indien niet voldaan wordt, bepaald dat minstens 50 punten moeten worden behaald om te worden geselecteerd en dat niet meer dan 5 kandidaten zullen worden geselecteerd.

In het voormelde “verslag van de selectie van kandidaten – technische bekwaamheid” wordt onder “Selectie criterium van Par 3 van de oproep van kandidaatstelling MRMP-S/AT Nr 12ST302: Art. 60 § 2: Analyse van de technische bekwaamheid en bepaling van het klassement” als volgt vastgesteld dat verzoekende partij, die 0 scoort, niet “technisch bekwaam [wordt] geacht om materiaal aan te bieden dat voldoet aan de noden van de soldaat bij het uitvoeren van zijn operationele opdrachten”:

“Algemeen:

De ingediende modellen van de verschillende kandidaten werden getoetst aan elke voorwaarde van de technische bekwaamheid (TB[x]), hernomen in Par 2.3 van Bijl B van de kandidaatstelling. 02 punten worden toegekend indien de modellen voldoen aan de voorwaarde. Indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden worden 03 punten afgetrokken. Om geselecteerd te worden dient de inschrijver minimaal 50 punten te behalen.

Om de voorwaarden van de Bijl B van de kandidaatstelling te controleren werden een beperkt aantal militaire activiteiten uitgevoerd zoals grove motorische bewegingen: rennen, kruipen, knielen,..., schootsposities en het plaatsnemen in een LMV. Deze controles werden uitgevoerd door de leden van de selectiecommissie onder toezicht van de voorzitter en de technische raadgevers van de selectiecommissie. Een gedetailleerd overzicht per voorwaarde en per kandidaat werd opgenomen in Bijl B.

Volgende kandidaten werden onderworpen aan de controle van de voorwaarden van Bijl B van de kandidaatstelling teneinde een klassement van de geselecteerden op te maken:

a. ARWY NV

De kandidaat heeft een totaal van 0 punten behaald. De kandidaat voldoet niet aan de voorwaarden van de technische bekwaamheid en is niet geselecteerd. De kandidaat is technisch niet bekwaam om een product bij de kandidaatstelling voor te stellen dat ergonomisch is en geconfectioneerd uit materialen die geschikt zijn voor militair gebruik. Na het uitvoeren van de verschillende schootposities werd op verschillende plaatsen slijtage bij de ladertassen vastgesteld, zelfs met vorming van gaten tot gevolg.

Het aangeboden materieel laat de soldaat niet toe om zijn operationele handelingen met het wapen uitt te voeren: zo belemmeren de gespen van de schouderstukken bij het schouderen van het wapen, wat het mikken bemoeilijkt. Bij militaire activiteiten wordt gebruik gemaakt van rugzakken: de gespen van de schouderstukken hinderen de soldaat, zij duwen in de schouders en zijn pijnlijk. De sluitingen van de ladertassen en de granaattassen openen tijdens militaire activiteiten waardoor munitie kan verloren gaan, tevens is het onmogelijk om deze sluitingen te sluiten met één hand. De voorgestelde oplossing is COTS, maar niet modern of vooruitstrevend. De firma heeft niet aangetoond dat zij beschikt over alternatieve tassen of LBV's.

Kortom, de firma wordt niet technisch bekwaam geacht om materieel aan te bieden dat voldoet aan de noden van de soldaat bij het uitvoeren van zijn operationele opdrachten”.

Bijlage B daarbij is een overzicht van de voorwaarden van de technische bekwaamheid met een beoordeling per kandidaat (behalve Falcon) van elk TB criterium; ofwel worden 2 punten gegeven hetzij - 3 met dan een korte inhoudelijke verantwoording.

12. Verzoekende partij toont om de volgende redenen niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat via deze TB criteria in feite de technische conformiteit werd beoordeeld, en niet de technische bekwaamheid.

In de eerste plaats dient te worden opgemerkt dat verzoekende partij deze wijze van beoordelen en deze criteria kende bij het indienen van haar kandidatuur en daarbij of voordien nooit heeft opgemerkt dat aldus de conformiteit en niet de technische bekwaamheid van de kandidaat zou worden beoordeeld. Zulks relativeert het ernstig karakter van het middelonderdeel.

Voorts lijkt, zeker in de omstandigheden van deze zaak, niet aangetoond dat verwerende partij hiermee niet, zoals betoogd in de nota en zoals blijkt uit de voormelde motivering, de technische bekwaamheid van de kandidaten kon en mocht beoordelen en heeft beoordeeld om het beoogde niveau van de te leveren modellen en uitrusting te behalen binnen de tweede fase, dit wil zeggen - volgens de nota zonder lange ontwikkelingsfase - een eindproduct voor te leggen zoals bepaald in het bestek. Blijkens de stukken van het dossier heeft verwerende partij daarbij, in het kader van deze herbevoorradingsoopdracht en geconfronteerd met een markt met een groot aantal potentiële leveranciers en grote kwaliteitsverschillen en met de opdracht voor de levering van een blijkbaar complex product – een gevechtsharnas dat gebruikt zal worden door een militair in een operationele inzet en compatibel moet zijn met de bestaande uitrusting en een bruikbaar geheel moet vormen samen met ook de PBSB, blijkbaar aan de hand van een aantal “Key User Requirements” zoals opgesteld door de gebruikers na terugkeer van operaties en rekening houdend met de realiteit van de markt, een niveau bepaald waaraan die modellen dienen te beantwoorden en dat dient als basis voor de selectie en vaststelling van de technische bekwaamheid om in de tweede fase binnen de voorziene termijnen een offerte met *state of the art* producten die voldoen aan het bestek en de daar gestelde vereisten voor te stellen en na onderhandelingen en gunning te kunnen leveren. Daarbij beoogt men volgens de nota “moderne harnassen te verwerven, die dienen te beantwoorden aan de recentste technologische evoluties, zowel op het vlak van het gebruikte materiaal als op het vlak van het concept”.

Aldus lijken de toegekende punten te dezen een maat voor de technische bekwaamheid van – of zoals vermeld in de nota – “de ontwikkelingstijd die een kandidaat nodig zou hebben om tot een eindproduct te komen zoals bepaald in het bestek”.

In het kader van de selectie werden ook slechts modellen gevraagd van een load bearing vest, van ladertassen voor 2 of 3 laders FNC (M16-type (FNC), 30 patronen 5.56), van handgranaattassen voor eivormige handgranaat (fragmentation grenade pouch), van cargotassen (Multi function pouch / cargo pouch) en van lege ladertassen (magazine dump pouch) terwijl

blijkens het bestek en de bijgevoegde meetstaat de opdracht meer verschillende types te leveren materiaal omvat.

Ook lijken deze 50 TB criteria – over 9 bladzijden opgesomd – niet te overlappen met de in I1 (onontbeerlijk en waaraan voldoen moet zijn vanaf het indienen van de offerte), I2 (onontbeerlijk en waarvaan voldaan zal moeten zijn vanaf de voorafgaande keuring van de voorreeks), D (bedoeld om aan te tonen dat voldaan is aan een I of S eis en waaraan voldaan is door de levering van de voor deze eis gepaste bewijsstukken in de vorm van documenten en/of gegevens), S (een wenselijke eis die leidt tot een meerwaarde bij de evaluatie van de offertes) en I (specificatie vermeld ter informatie) verdeelde - specificaties vermeld in bijlagen C en F bij het bestek.

Verzoekende partij stelt weliswaar dat de punten waarvoor zij negatieve punten scoort detailveranderingen betreffen die niet tot het maken van nieuwe modellen zouden leiden, maar toont dit vervolgens niet concreet aan.

In de mate dat zij voorts benadrukt dat het de modellen “commercial of the shelf” dienen te zijn en dus niet specifiek mogen ontwikkeld zijn om te voldoen aan de voorwaarden van deze fase van de procedure, lijkt zij er voorts aan voorbij te gaan dat het “commercial of the shelf” karakter van de modellen geen formele uitsluitingsvoorwaarde is.

13. Het eerste onderdeel van het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

Tweede onderdeel - uiteenzetting

14. In het tweede onderdeel acht verzoekende partij haar niet-selectie “ook in strijd [...] met zorgvuldigheidsbeginsel (objectiviteitsbeginsel) en het proportionaliteitsbeginsel”.

In de toelichting benadrukt zij dat het selectiecriterium, zoals opgelegd in de oproep tot kandidaatstelling, aan de administratieve overheid moet toestaan om de bekwaamheid van de inschrijvers om de opdracht tot een goed

einde te brengen, te evalueren, en dat het buiten elke verhouding staat om nu aspecten inzake de technische conformiteit van de modellen te eisen, terwijl de oproep tot kandidaatstelling COTS modellen eist om de technische bekwaamheid na te gaan. De interpretatie door verwerende partij van haar eigen selectie criterium wijst geenszins op een objectieve beoordeling van de bekwaamheid van verzoekende partij.

De afwezigheid van objectieve beoordeling blijkt volgens verzoekende partij ontegensprekelijk uit volgende elementen:

- De oproep tot kandidaatstelling stipuleert dat de ingediende modellen zullen geproduceerd worden uit grondstoffen van “de beste kwaliteit”;
- Aan de hand van de selectiecriteria zouden enkel de 5 best geklasseerde kandidaten in aanmerking worden genomen terwijl slechts 3 kandidaten geselecteerd werden waaronder Morane Consult die in 2011 slechts een omzet had van 49.000,00 euro;
- Het puntensysteem voorziet in 2 pluspunten indien de modellen voldoen aan de voorwaarden en 3 minpunten indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden, zonder argumentatie, zonder enig objectief criterium hetgeen subjectieve interpretatie mogelijk maakt. Bovendien worden technische criteria herhaald waardoor verzoekende partij voor een bepaald criterium meermaals minpunten genereert, zoals bijvoorbeeld:
 - onder TB[1] en TB[2] krijgt zij 2 x -3 punten enerzijds één maal wegens (beweerde) vroegtijdige slijtage en éénmaal wegens vorming van gaten in het weefsel;
 - onder TB[6] krijgt zij -3 punten wegens gespen ter hoogte van de schouders van het voorpand en onder TB[13] nogmaals -3 punten wegens dezelfde gespen;
 - verzoekster heeft met één vorm van bevestigingssysteem van de pouches aangetoond conform te zijn aan de verwachtingen van verwerende partij, maar wordt met de tweede door haar aangeboden alternatieve vorm van bevestigingssysteem meerdere keren bestraft

met -3 in plaats van +2 punten (TB[20], TB[26], TB[30], TB[31], TB[36], TB[37], TB[38], TB[41]); het drukknopsysteem dient overigens gekaderd in de noodzaak tot het aanbieden van COTS modellen nu dit bevestigingssysteem immers in MOD UK en Nederland wordt gebruikt;

- onder TB[46] en TB[47] krijgt zij 2 x -3 punten wegens het feit dat de tas niet opvouwbaar zou zijn;
- er is een tegenstrijdigheid tussen toegekende punten onder TB[4] en TB[11] enerzijds en de - punten onder TB[7] anderzijds.

Tweede onderdeel - beoordeling

15.1. In het tweede onderdeel herhaalt verzoekende partij dat het buiten elke verhouding staat om nu aspecten inzake de technische conformiteit van de modellen te eisen terwijl de oproep tot kandidaatstelling COTS modellen eist om de technische bekwaamheid na te gaan. Aldus lijkt dit onderdeel samen te vallen met het eerste onderdeel en is het om dezelfde redenen als hiervoor vermeld niet ernstig.

15.2. Vervolgens voert verzoekende partij in dit onderdeel aan dat er geen sprake is van een objectieve beoordeling.

Hiervoor werd al opgemerkt dat het de aanbestedende overheid toekomt om bij de selectie het niveau aan technische bekwaamheid waarover een kandidaat moet beschikken te bepalen en dat zij daarbij over een zekere beoordelingsvrijheid beschikt.

Het komt ook in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe in dat kader voorgelegde documenten en inlichtingen, hier de gevraagde modellen, te beoordelen en zij beschikt terzake over een zekere beoordelingsvrijheid.

15.2.1. In de mate dat verzoekende partij de niet-objectieve beoordeling afleidt uit het feit dat de oproep tot kandidaatstelling stipuleert dat de ingediende modellen zullen geproduceerd worden uit grondstoffen van “de beste kwaliteit”

toont zij niet concreet en specifiek aan waarom deze eis (TB[1]) een objectieve beoordeling uitsluit.

15.2.2. In de mate dat zij daartoe verwijst naar het feit dat enkel de vijf best geklasseerde kandidaten in aanmerking worden genomen terwijl slechts drie kandidaten werden geselecteerd waaronder Morane Consult die in 2011 slechts een omzet had van 49.000,00 euro, gaat zij eraan voorbij dat er zes kandidaten waren, dat kandidaat Falcon Tactical Solutions niet werd geselecteerd omdat deze niet voldeed aan het selectiecriteria 73, 6° - de bij de aanvraag tot deelneming geleverde monsters voldeden niet aan de gevraagde specificaties, en dat zij en de nv Seyntex niet het vereiste minimum van 50 punten op het criterium 60 § 2 behaalden en bijgevolg volgens de oproep tot kandidaatstelling niet mochten worden geselecteerd. Er konden dan ook niet meer dan drie kandidaten worden geselecteerd en toegelaten tot de tweede fase van de procedure. Het feit dat één van die kandidaten Morane Consult in 2011 slechts een omzet zou hebben van 49.000 euro, lijkt niet relevant nu geen omzetvereisten werden gesteld.

15.2.3. Vervolgens leidt zij de niet objectieve beoordeling af uit het feit dat het puntensysteem in twee pluspunten voorziet indien de modellen voldoen aan de voorwaarden en in drie minpunten indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden, “zonder argumentatie, zonder enig objectief criterium hetgeen subjectieve interpretatie mogelijk maakt”.

Uit het dossier blijkt echter dat, wanneer voor een TB criterium, -3 punten werden toegekend, dit telkens, kort, inhoudelijk werd gemotiveerd.

In de mate dat het beoordelingssysteem zelf is bedoeld, toont zij niet aan dat dit op zich onwettig is of dat verwerende partij hiermee haar voormelde beoordelingsvrijheid te buiten is gegaan. Deze methode lijkt ook niet in te houden dat men niet geselecteerd wordt omdat aan een TB criterium niet is voldaan, maar enkel dat een kandidaat die niet de minimale score van 50 behaalt en dus vanaf een bepaalde score aantal min-punten geacht wordt inzake technische bekwaamheid te ver af te staan van het vereiste *state of the art* niveau. Het toepassen van een -3 score kan er misschien toe leiden dat dit minimumniveau sneller niet wordt behaald dan met een andere methode, maar verzoekende partij

toont niet *prima facie* aan dat dit een beoordelingsfout zou zijn in het licht van de aard van deze opdracht en de elementen vermeld bij het eerste onderdeel.

15.2.4. In dit verband stelt verzoekende partij nog dat technische criteria worden herhaald waardoor zij voor een bepaald criterium meermaals minpunten genereert.

Aldus krijgt zij onder TB[1] en TB[2] 2 x -3 punten volgens haar “één maal omwille (beweerde) vroegtijdige slijtage en éénmaal omwille van vorming van gaten in het weefsel”.

Deze criteria werden voor haar als volgt beoordeeld:

1.	Algemeenheden	ARWY
TB[1]	De ingediende modellen zullen nieuw zijn en zullen geproduceerd worden uit grondstoffen van de beste kwaliteit.	-3 Na uitvoering van grove motorische bewegingen en de verschillende schootposities werd een vroegtijdige slijtage van de modellen vastgesteld, hieruit wordt besloten dat de modellen niet geproduceerd worden uit de grondstoffen van de beste kwaliteit.
TB[2]	De ingediende modellen zullen vrij zijn van gebreken en van alle fouten die zouden kunnen schaden aan het uitzicht, de functionaliteit, de stevigheid en de levensduur.	-3 Vorming van gaten in het weefsel van de ladertassen na de uitvoering van de verschillende schootposities, waardoor de ladertas gebreken toont op vlak van uitzicht, functionaliteit, stevigheid en levensduur.

Verzoekende partij toont niet *prima facie* aan dat hiermee tweemaal volledig hetzelfde werd beoordeeld. Veeleer lijkt onder TB[1] te worden nagegaan of de kandidaat in staat is modellen te produceren uit grondstoffen van de beste kwaliteit terwijl onder TB[2] wordt nagegaan of een kandidaat in staat is een goed werkende, stevige en duurzame ladertas te construeren.

15.2.5. Voorts wijst verzoekende partij op de beoordeling van TB[6] waar zij -3 punten krijgt volgens verzoekende partij “omwille van gespen ter hoogte van de schouders van het voorpand” en TB[13] waar zij nogmaals -3 punten krijgt volgens haar “omwille van dezelfde gespen”.

De betrokken criteria, en de beoordeling opgenomen in het dossier, luiden als volgt:

2.	Operationele vereisten	ARWY
TB[6]	Het LBV zal toelaten allerhande militaire activiteiten te voet of vervoerd uit te voeren, o.a. offensieve, defensieve, stability en enabling activiteiten. Het LBV zal alle militaire activiteiten, zijnde gevechts- en trainingsactiviteiten toelaten.	-3 De sluitingen van de tassen openen, munitie gaat verloren Gespen ter hoogte van de schouders van het voorpand hinderen in combinatie met rugzak en wapen
TB[13]	Het LBV zal het operationeel en veilig gebruik van de wapens toelaten. De verschillende schootshoudingen zullen zonder probleem kunnen uitgevoerd worden.	-3 Schouderen van geweer niet mogelijk door de gespen ter hoogte van de schouders op het voorpand van het LBV.

Verzoekende partij toont ook hier niet *prima facie* aan dat hiermee volledig hetzelfde werd beoordeeld.

Zo lijkt TB[6] veeleer de technische capaciteit te beoordelen om een LBV aan te bieden dat toelaat allerhande militaire activiteiten te voet of vervoerd uit te voeren, terwijl TB[13] specifiek het gebruik van een wapen viseert.

Verzoekende partij gaat er voorts aan voorbij dat de -3 punten voor TB[6] ook steunen op de vaststelling “de sluitingen van de tassen openen, munitie gaat verloren”.

15.2.6. Verzoekende partij werpt vervolgens in dit kader op dat zij met één vorm van bevestigingssysteem van de pouches aangetoond conform te zijn aan de verwachtingen van verwerende partij, maar met de tweede door haar aangeboden alternatieve vorm van bevestigingssysteem meerdere keren wordt bestraft met -3 in plaats van +2 punten (TB[20], TB[26], TB[30], TB[31], TB[36], TB[37], TB[38], TB[41]) en dat het drukknopsysteem overigens gekaderd moet

worden in de noodzaak tot het aanbieden van COTS modellen nu dit bevestigingssysteem immers in MOD UK en Nederland wordt gebruikt.

De beoordeling van deze criteria luidt:

3.	LBV	
TB[20]	Op de voorzijde van LBV, geldt voor alle maten van het LBV, zullen ter hoogte van de buik minimaal volgende combinatie van tassen kunnen vastgehecht worden:	-3 VIER * FNC magazine pouch (THREE magazines) + TWE * CARGO pouch. Magazine dump pouch kan niet gefit worden op de zijkant van het LBV.
4.	Porte-chargeur FNC pour DEUX ou TROIS chargeurs (type M16 (FNC), 30 cartouches, 5.56) / Ladertas FNC voor 2 of 3 laders (M16-type (FNC), 30 patronen 5.56)	.
TB[26]	“Weave and tuck”-principe: De singels van de tassen worden verweven tussen de rijen van het ladderplatform van het LBV en de tas. De tas wordt uiteindelijk gefixeerd aan het LBV door het verstevigde uiteinde van het singel terug te plaatsen achter het ladderplatform van de tas.	-3 Weven met drukknop.
TB[30]	De klep zal niet uit zichzelf openen tijdens militaire activiteiten. Het openen en sluiten van de klep, en het nemen van een lader, zullen in een vloeiende beweging kunnen uitgevoerd worden, ook met dracht van gevechtshandschoenen.	-3 De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten en het klittenband is onvoldoende groot van oppervlakte om het openen van de klep tegen te gaan.
TB[31]	Het concept van de ladertas zal beletten dat laders ongewenst verloren gaan tijdens het uitvoeren van militaire activiteiten.	-3 De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten en het klittenband is onvoldoende groot van oppervlakte om het openen van de klep tegen te gaan. Aangezien geen interne fixatie mogelijk is, gaan de laders ongewenst verloren.
5.	Handgranaattas (EEN handgranaat eivormig)	
TB[36]	De tas wordt gesloten met een klep voorzien van dubbele sluiting dat te openen is met EEN hand en met dracht van gevechtshandschoen.	-3 Enkele sluiting: specifieke sluiting.

TB[37]	De klep zal niet uit zichzelf openen tijdens militaire activiteiten. Het openen en sluiten van de klep, en het nemen van een granaat, zullen in een vloeiende beweging kunnen uitgevoerd worden, ook met dracht van gevechtshandschoenen.	-3 De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten.
TB[38]	Het concept van de tal zal beletten dat de granaat ongewenst verloren gaat of op scherp gesteld wordt tijdens het uitvoeren van militaire activiteiten.	-3 De specifieke sluiting opent tijdens militaire activiteiten waardoor een granaat ongewenst verloren kan gaan.
6.	Cargotas	
TB[41]	“Weave and tuck”-principe: De singels van de tassen worden verweven tussen de rijen van het ladderplatform van het LBV en de tas. De tas wordt uiteindelijk gefixeerd aan het LBV door het verstevigde uiteinde van het singel terug te plaatsen achter het ladderplatform van de tas.	-3 Weven met drukknop.

In de mate dat verzoekende partij hier aanstoot neemt aan het verschillende malen negatief beoordelen van het aangeboden drukknopsysteem kan in huidige stand van het geding worden volstaan met de vaststelling, enerzijds, dat in de hier specifiek betwiste beoordelingen enkel bij TB[26], TB[34] en TB[41] uitdrukkelijk wordt verwezen naar het weven met drukknop, en, anderzijds, dat TB[26] staat onder “ladertas FNC voor 2 of 3 laders (M16-type (FNC), 30 patronen 5.56”, TB[34] onder “Handgranaattas (EEN handgranaat eivormig)” en TB[41] onder “Cargotas” zodat verschillende onderdelen van de gevraagde modellen lijken te zijn beoordeeld.

Aldus lijkt verzoekende partij er ook ten onrechte van uit te gaan dat zij op deze punten negatief scoorde en niet werd geselecteerd enkel omwille van het aanbieden van het drukknopsysteem, nu ook opmerkingen worden gemaakt bij de aanhechting van een bepaalde tas aan het harnas en bij de sluitingen, voor de meeste tassen. Er wordt voorts niet *prima facie* aangetoond dat dit dezelfde technische bekwaamheid veronderstelt.

In de mate dat verzoekende partij stelt dat zij haar systeem diende voor te stellen omdat “commercial of the shelf” modellen worden gevraagd, kan worden verwezen naar de beoordeling van het eerste onderdeel van dit middel.

Met het argument alleen dat dit bevestigingssysteem ook in MOD UK en Nederland gebruikt zou worden, toont zij tenslotte niet *prima facie* aan dat verwerende partij niet mocht oordelen dat dit verouderde technische bekwaamheid inhoudt en leidt tot een minpunt noch, zoals al gezegd, dat verwerende partij niet het bewijs mocht eisen van technische bekwaamheid tot het leveren van wat volgens haar “state of the art” materiaal is.

15.2.7. Ook onder TB[46] en TB[47] krijgt verzoekende partij naar eigen zeggen 2 x -3 punten “omwille van feit dat tas niet opvouwbaar zou zijn”.

De beoordeling van deze criteria luidt als volgt:

7.	Lege ladertas	
TB[46]	De tas kan ontvouwd worden in een vloeiende beweging met EEN hand en met dracht van gevechtshandschoen.	-3 De tas is niet opvouwbaar, dus ook niet ontvouwbaar.
TB[47]	De lege ladertas zal opvouwbaar zijn. Het bergen van lege laders in de tas en het nemen van de inhoud zal in een vloeiende beweging kunnen uitgevoerd worden, ook met dracht van gevechtshandschoenen.	-3 De tas is niet opvouwbaar.

Aldus lijkt verzoekende partij eraan voorbij te gaan dat TB[46] het ontvouwbaar karakter van de lege ladertas beoordeelt en TB[47] het opvouwbaar karakter ervan. Zij toont niet aan dat hiermee hetzelfde werd beoordeeld.

15.2.8. Ten slotte werpt verzoekende partij op dat er een tegenstrijdigheid is tussen toegekende punten onder TB[4] en TB[11] enerzijds en de - punten onder TB[7] anderzijds.

De beoordeling van deze criteria luidt:

1.	Algemeenheden	ARWY
TB[4]	De ingediende modellen LBV zijn geschikt voor personen met lichaamslengte 1,75 m tot 1,9 Indien niet aan deze technische bekwaamheid wordt voldaan kunnen geen punten behaald worden op de operationele vereisten: TB[6] tot en met TB[20]	+2
TB[7]	Het LBV zal ergonomisch zijn, dit om voldoende comfort aan de gebruiker te verlenen om efficiënt zijn opdracht te vervullen en dit gedurende een lange periode.	+2
2.	Operationele vereisten.	
TB[11]	Het LBV zal in combinatie met de actueel in gebruik zijnde gevechtsgedragingen, voorzien voor de uitoefening van typische gevechtsactiviteiten, gedragen worden. Deze combinatie zal geen negatieve invloed hebben op de bescherming, op de ergonomie, op het draagcomfort en op de operationaliteit	+2 .

Daargelaten de vaststelling dat TB[4] valt onder “algemeenheden”, en TB[7] en TB[11] onder “operationele vereisten”, krijgt zij telkens 2 punten. Er lijkt dan ook geen sprake van tegenstrijdigheid.

16. Het tweede onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Derde onderdeel - uiteenzetting

17. In het derde onderdeel acht verzoekende partij “de niet-selectie in strijd [...] met gelijkheidsbeginsel”.

In de toelichting benadrukt zij dat inzake de technische bekwaamheid eisen mogen worden gesteld, maar dat deze handelwijze op deugdelijke motieven moet zijn gesteund en niet tot doel mag hebben dat zij de mededinging in het voordeel van één of meer inschrijvers vervalst en dus de gelijkheid der inschrijvers verbreekt. Zij herhaalt vervolgens dat zij “door de noodzakelijke voorlegging van COTS modellen [...] het in Nederland en UK gebruikte drukknopsysteem heeft aangeboden waarvoor zij meermaals wordt bestraft”.

Derde onderdeel - beoordeling

18. Er wordt niet *prima facie* aangetoond dat het “commercial of the shelf” criterium, wat slechts 1 van de 50 criteria was en dat voor alle kandidaten gold, tot doel had de mededinging te beperken. Er worden uiteindelijk trouwens 3 van de 6 kandidaten geselecteerd. De niet-selectie van verzoekende partij lijkt ook overigens zoals gezien niet alleen te steunen op de vaststellingen inzake het gebruikte drukknopsysteem.

19. Aldus is ook het derde onderdeel, en bijgevolg het gehele eerste middel, niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

20. In een tweede middel - in het inleidend verzoekschrift als “vierde” middel aangebracht - roept verzoekende partij de schending in van “het beginsel van behoorlijk bestuur”:

“Doordat, verwerende partij de bevroingsperiode niet heeft voorzien;

Terwijl, om vroegtijdige betekeningen te vermijden en een rechtsbescherming te organiseren dient te worden voorzien in een bevroezingsperiode of standstill”.

In de toelichting benadrukt zij dat de aanbestedende overheid, na de kennisgeving van de motieven die aan een niet-selectie of niet-gunning ten grondslag liggen aan de niet gekozen aannemers, “een bepaalde wettelijke termijn in acht dient te nemen alvorens de overeenkomst te sluiten. Deze wachttermijn bedraagt 10 dagen ingaande de dag na de verzendingsdatum van de motieven die aan de beslissing ten grondslag liggen. Deze bevroezingsperiode is, niettegenstaande de grote omvang van de overheidsopdracht, niet voorzien in de selectiebeslissing”.

Beoordeling

21. Luidens artikel 16, § 2, 5°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 tot bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State, bevat het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid “een uiteenzetting van de feiten en de middelen die de nietigverklaring van de aangevochten of van het aangevochten reglement kunnen rechtvaardigen”. Onder “middel” in de zin van die bepaling moet worden verstaan de voldoende duidelijke omschrijving van de geschonden geachte rechtsregel en van de wijze waarop die regel naar het oordeel van een verzoekende partij door de bestreden handeling wordt geschonden.

In zoverre in het middel de schending wordt aangevoerd van “het algemeen rechtsbeginsel van behoorlijk bestuur”, wordt niet gepreciseerd om welk rechtsbeginsel het gaat, noch *-a fortiori-* uit welk beginsel de verplichting wordt afgeleid te dezen een wachtperiode na te leven. In zoverre is het middel niet ontvankelijk, daargelaten de vraag of anders de schending van een wachttermijn betreffende de betekening van een beslissing al zou moeten leiden tot onwettigheid van de betrokken beslissing zelf.

VIII. Besluit

22. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Seyntex tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt verworpen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. Verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

Verzoekende partij tot tussenkomst wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 oktober 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest