

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.846 van 17 december 2013
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 het beroep

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

2.1. Bij arrest nr. 158.655 van 11 mei 2006 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing in de zaak A. 171.112 verworpen.

2.2. 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 is het debat voor het overige heropend.

2.3. Bij arrest nr. 220.467 van 17 augustus 2012 heeft de Raad van State het debat heropend en een aanvullend onderzoek in de beide zaken bevolen.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 mei 2013.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat William Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die in eigen naam en loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sigrid Ververken die loco advocaat Pascal Malliën verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest andersluidend 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. De Raad wenst de feiten nogmaals in herinnering te brengen zoals ze in voormeld arrest nr. 212.712 van 26 april 2011 meer bepaald als volgt zijn weergegeven:

“3.1. Op 20 juli 2005 besluit de ministerraad op initiatief van de minister van Landsverdediging tot het opstarten van een procedure voor de aankoop van 242 gepantserde wielvoertuigen voor de infanterie (“Armoured infantry vehicles”, afgekort AIV), in drie verschillende

schijven, waarvan de eerste schijf in 2005, van 138 gepantserde wielvoertuigen, een vaste schijf is, de tweede schijf, van 81 gepantserde wielvoertuigen en de derde schijf, van 23 gepantserde wielvoertuigen, voorwaardelijke schijven zijn, die eventueel gelicht kunnen worden tussen 2006 en 2010, alsook van de aanverwante leveringen en dienstprestaties.

De voertuigen zijn bedoeld voor nieuwe types van operaties tegen nieuwe vormen van dreiging (terrorisme, ongecontroleerde verspreiding van massavernietigingswapens,...) waarvoor de inzet vereist is van mediane, lichte en extreem mobiele, snel inzetbare troepen; de AIV is de belangrijkste investering om deze mediane capaciteit te implementeren in de schoot van de landcomponent en bepaalde modules van de medische component.

In het Bulletin der Aanbestedingen van 12 augustus 2005 verschijnt een aankondiging van de opdracht. Volgens de aankondiging wordt de opdracht gegund via een “versnelde onderhandelingsprocedure”, waarmee volgens het bestek een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wordt bedoeld.

De uiterste datum voor het indienen van de offertes wordt bepaald op 5 oktober 2005.

3.2. Vijf ondernemingen, waaronder verzoekende partij en tussenkomende partij, dienen een offerte in. De kandidaten worden uitgenodigd om een “best and final offer” in te dienen uiterlijk op 2 januari 2006.

Op 4 januari 2006 wordt een vertrouwelijk evaluatierapport opgesteld.

3.3. In een nota van 24 januari 2006 aan de ministerraad wijst de minister van Landsverdediging op de toepasselijkheid van artikel 17, § 2, b., van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten waarin verwezen wordt naar toenmalig artikel 296.1. van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, thans artikel 346.1. van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), dat luidt :

“De bepalingen van de Verdragen vormen geen beletsel voor de volgende regels:

a) geen enkele lidstaat is gehouden inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid;

b) elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de interne markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.”

In de nota wordt voorgesteld dat de ministerraad de minister zou toelaten om de opdracht voor de aankoop in drie schijven van maximum 242 AIV met aanverwante materialen en prestaties en open overeenkomst voor technische ondersteuning te gunnen met dien verstande dat alleen de eerste schijf mag worden gegund en dat de eventuele gunning van de voorwaardelijke schijven aan de ministerraad zal worden voorgelegd.

Bij rangschikking wordt de basisofferte van de tussenkomende partij als eerste geplaatst, haar variant 1 als tweede, de basisversie van verzoekende partij als derde en de variant 1 als vierde. Voorgesteld wordt om te gunnen aan de tussenkomende partij voor het voertuig PIRANHA III.

3.4. Op de ministerraad van 27 januari 2006 wordt het voorstel van de minister van Landsverdediging goedgekeurd, met toepassing van artikel 2, § 1 en § 8, van het koninklijk besluit van 6 februari 1997 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten waarop artikel 3, § 3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing is. De minister wordt gemachtigd om de opdracht aan de tussenkomende partij toe te wijzen.

3.5. Op 22 maart 2006 beslist de minister van Landsverdediging op gemotiveerde wijze tot gunning aan Mowag voor het voertuig Piranha IIIC van de basisofferte.

Met een brief van 22 maart 2006 stelt de minister de tussenkomende partij in kennis van de toewijzing.

Met een brief van 23 maart 2006 wordt verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte niet is uitgekozen.”

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

Voorgaanden

4. Daarin het eerste auditoraatsverslag bijvallend en voor een deel tegemoetkomend aan de vraag daartoe van de verzoekende partij, heeft de Raad van State bij arrest nr. 212.712 van 26 april 2011 de verwerende partij bevolen om het administratief dossier te vervolledigen. De Raad van State zegt in dat arrest voor recht dat de aanvullende stukken die door de verwerende partij als vertrouwelijk worden aangemerkt vooralsnog enkel mogen worden ingezien door

het bevoegde lid van het auditoraat en door de leden van de bevoegde kamer van de Raad van State.

5. De verwerende partij heeft vervolgens de aanvullende stukken 12 - 15 neergelegd, namelijk een evaluatieverslag van 4 januari 2006, een gunningsverslag van 16 januari 2006, de volledige offerte van de verzoekende partij (15 kaften) en de volledige offerte van de tussenkomenende partij (eveneens 15 kaften).

Standpunt van de verzoekende en de verwerende partij

6. De verzoekende partij doet in haar laatste memorie na het tweede auditoraatsverslag gelden dat de Raad van State de classificatie als vertrouwelijk op haar rechtmatigheid moet toetsen. Zij verwijst hierbij naar het arrest van de Raad van State nr. 184.598 van 24 juni 2008, inzake *Varec*, en de daaraan voorafgaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van het Grondwettelijk Hof in diezelfde zaak. De verzoekende partij beroept zich in dit verband op artikel 159 van de Grondwet en werpt een exceptie van onwettigheid op tegen de beslissing om de aanvullende stukken 12 tot 15 van het administratief dossier als vertrouwelijk aan te merken.

Deze beslissing schendt volgens de verzoekende partij in de eerste plaats de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’. Elke eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking moet immers in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en die motieven moeten afdoende zijn. Dit is hier niet het geval. Enkel als de uitwendige veiligheid van de staat in het gedrang komt, kan volgens artikel 4 van de wet van 29 juli 1991 aan de formele motivering worden voorbijgegaan. De verwerende partij geeft niet duidelijk aan om welke reden dit hier het geval is.

In de tweede plaats doet de verzoekende partij gelden dat de classificatie als vertrouwelijk “kennelijk onredelijk” is. Het bestek zelf werd niet als vertrouwelijk geclassificeerd terwijl dit nochtans alle vereiste specificaties bevatte. De verzoekende partij is voorts geen willekeurige derde maar erkend door de Finse autoriteiten en heeft een attest inzake de toegang tot vertrouwelijke documenten. Evaluatie- en gunningsverslagen zijn ten slotte cruciale documenten bij de vraag of de rechten van de afgewezen inschrijvers geschonden zijn en het in zijn geheel als vertrouwelijk classificeren ervan doet afbreuk aan de rechtsbescherming van de afgewezen inschrijvers.

In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij dat minstens de raadslieden van de partijen inzage moeten krijgen in de vertrouwelijke stukken.

7. De verzoekende partij wijst er in haar laatste memorie na het derde auditoraatsverslag nog op dat de verwerende partij geen uitdrukkelijke beslissing tot classificatie voorlegt, zodat deze niet kan worden geacht te bestaan. De loutere bewering van de verwerende partij in een memorie in de procedure voor de Raad van State volstaat niet. De verzoekende partij benadrukt ten slotte dat de beslissing tot classificatie onderworpen moet kunnen worden aan rechterlijke controle betreffende de appreciatie van de stukken als vertrouwelijk én de bevoegdheid van de persoon die overging tot de classificatie.

8. Bij de neerlegging van de in het geding zijnde stukken 12-15 van het administratief dossier heeft de verwerende partij deze stukken als vertrouwelijk aangemerkt. Zij motiveert zulks bij de daarbijhorende inventaris onder meer als volgt:

“De stukken nrs. 12 t.e.m. 15 worden ten vertrouwelijke titel neergelegd. Zij bevatten immers vertrouwelijke informatie in de zin van artikel 6, §1, 4° en 7° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, artikel 51, §4 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en de artikelen 3, 4 en 8 van de

wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen.

Vooreerst is de vertrouwelijkheid van deze stukken verantwoord in het licht van de dwingende vereisten op defensiegebied en de vervulling van de opdrachten van de strijdkrachten. De stukken nrs. 12 t.e.m. 15 bevatten immers een groot aantal technische gegevens en fabricagegeheimen die vertrouwelijk moeten blijven in het belang van een doeltreffende inzetbaarheid van de AIV's en van de veiligheid van de troepen die er gebruik van maken (cf. de uitzonderingsgrond voorzien in artikel 6, §1, 4° en 7° van de wet van 11 april 1994). Het hoeft inderdaad geen betoog dat het efficiënt inzetten van deze voertuigen in de operatiezone en de bescherming van de troepen mede afhankelijk is van de mate waarin de technische karakteristieken van de AIV's geheim blijven. De vrijmaking van deze gegevens zou dan ook strijdig zijn met het algemeen belang (cf. de uitzonderingsgrond voorzien in artikel 51, §4 van het K.B. van 8 januari 1996)".

9. De verwerende partij voegt daar in haar laatste memorie na het derde auditoraatsverslag nog onder meer de volgende argumenten aan toe, om te besluiten dat de betrokken stukken niet aan de andere partijen in het geding ter inzage mogen worden gegeven:

“De vertrouwelijke gegevens van de offertes, die eveneens worden hernomen in het gedetailleerde evaluatieverslag, hebben o.m. betrekking op :

- de voorgestelde beschermingstructuur van de AIV's tegen o.m. de inslag van projectielen (lichte wapens tot zware machinegeweren) en landmijnen;
- de voorgestelde beschermingsmaatregelen (bv. camouflage, laser warning receiver, al dan niet geautomatiseerde afvuurmechanismen);
- de voorgestelde hardware die de integratie moeten toelaten in de voertuigen van een 'battlefield management system'. Deze hardware moet eveneens toelaten om de nodige communicatie- en navigatiemiddelen te integreren;
- de voorgestelde 'Software Defined Radio', die de realisatie moet toelaten van een mobiel netwerk voor het uitwisselen van gegevens”.

Beoordeling

10.1. De stukken 12-15 van het administratief dossier zijn door de verwerende partij aangemerkt als vertrouwelijk.

De verwerende partij steunt zich daartoe, naar aanleiding van de neerlegging ervan, onder meer op artikel 51, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’, dat in zijn te dezen toepasselijke versie luidt:

“§ 4. Evenwel kunnen bepaalde gegevens niet worden medegedeeld indien openbaarmaking van die gegevens de toepassing van een wet in de weg zou staan, in strijd zou zijn met het algemeen belang of schade zou kunnen toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van bepaalde openbare of particuliere ondernemingen dan wel indien de eerlijke mededinging tussen de leveranciers erdoor zou kunnen worden aangetast”.

Deze bepaling is krachtens artikel 1 van het koninklijk besluit van 6 februari 1997 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten waarop artikel 3, §3, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten van toepassing is’, ook van toepassing op opdrachten op het gebied van defensie.

Uit de hiervoor aangehaalde concrete verantwoording blijkt genoegzaam dat vrijgave van de kwestieuze stukken 12 - 15 de positie van degenen die de in het geding zijnde voertuigen hanteren ten dienste van de Belgische defensie en hun beschermingsniveau in het gedrang kan komen. Zulks is een motief dat steunt op het algemeen belang en dus inpasbaar is in de aangehaalde bepaling.

10.2. De verwerende partij steunt zich, om de vertrouwelijkheid te vragen, eveneens op artikel 6, §1,4°, van de wet van 11 april 1994 ‘betreffende de openbaarheid van bestuur’, luidend:

“§1. Een federale of niet-federale administratieve overheid wijst de vraag om inzage, uitleg of mededeling in afschrift van een bestuursdocument af, wanneer zij heeft vastgesteld dat het belang van de openbaarheid niet opweegt tegen de bescherming van een van de volgende belangen:

[...]
4° de openbare orde, de veiligheid of de verdediging van het land;
[...].”.

De in het geding zijnde opdracht dient de uitrusting van de strijdkrachten en aldus de verdediging van het land, zodat ook deze aangehaalde bepaling de vraag rechtvaardigt van de verwerende partij om de vertrouwelijkheid van de stukken te behouden.

10.3. De vraag van de verwerende partij om de stukken niet ter inzage te geven aan de andere partijen, wordt ingewilligd.

11. Aan die conclusie wordt geen afbreuk gedaan door de argumenten van de verzoekende partij.

In de eerste plaats moet op de discussie niet worden ingegaan, die de verzoekende partij aanbrengt betreffende de wijze waarop en door welke overheid de stukken worden geclassificeerd bij toepassing van de wet van 11 december 1998 ‘betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’ en zelfs of deze stukken al dan niet zijn geclassificeerd. De Raad van State mag immers gelet op elk van de beide hiervoor aangehaalde bepalingen, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 en van de wet van 11 april 1994, het verzoek tot vertrouwelijkheid inwilligen.

Voorts staat het feit dat volgens de verzoekende partij het bestek niet als vertrouwelijk werd aangemerkt, er niet aan in de weg dat later in de procedure wordt gevraagd om de ingediende offertes en gunnings- en evaluatieverslagen vertrouwelijk te houden. In dat verband wijst de verwerende partij niet zonder grond naar het feit dat juist een combinatie van de offertes met het bestek duidelijk maakt wat de techniciteit van de geboden oplossingen inhoudt.

Vervolgens blijkt de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ niet te zijn geschonden: de vraag tot vertrouwelijkheid is, zoals hiervoor is gebleken uit de aangehaalde tekst bij de inventaris, afdoende in feite en in rechte verduidelijkt, onder meer door de verwijzing naar de uitzonderingsgronden in de aangehaalde artikelen 54, §4, en 6,1,4°, en naar de feitelijkheid “dat het efficiënt inzetten van deze voertuigen in de operatiezone en de bescherming van de troepen mede afhankelijk is van de mate waarin de technische karakteristieken van de AIV’s geheim blijven”.

Ten slotte valt de Raad van State gelet op al hetgeen voorafgaat en op de aangehaalde motivering de stelling van de verzoekende partij niet bij, dat de beslissing om de betrokken stukken als vertrouwelijk aan te merken “kennelijk onredelijk” zou zijn.

12. Bijgevolg blijven de stukken 12-15 vertrouwelijk zoals de verwerende partij heeft gevraagd en zijn ze niet ter inzage van de andere partijen, hetgeen niet belet dat de Raad van State er acht kan op slaan.

13. De betwisting tussen de partijen over de mogelijkheid voor een eventueel aan te stellen deskundige om de betrokken vertrouwelijke stukken in te zien, dient pas te worden beslecht indien dergelijke aanstelling ook daadwerkelijk noodzakelijk zou blijken om tot een beoordeling van de middelen te komen. Zulks is, zoals hierna zal blijken, niet het geval.

V. Onderzoek van de middelen

Vooraf

14. In de beide zaken voert de verzoekende partij een in essentie gelijkkluidend eerste middel aan.

In de zaak A. 173.209 wordt een tweede middel aangebracht. In de zaak A. 171.112 wordt dit middel hernomen als derde middel. In de memorie van wederantwoord is in die zaak afstand gedaan van een middel, in het inleidend verzoekschrift aangevoerd als tweede middel.

15. Er dienen aldus twee middelen te worden onderzocht, hierna als eerste en tweede middel aangemerkt.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

16. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het algemeen rechtsbeginsel *patere legem quam 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 offerte van de tussenkomenende partij ten onrechte als regelmatig en als de meest voordelige werd beschouwd.

17.1. In hoofddorde voert de verzoekende partij in een eerste onderdeel aan :

- dat de offerte van de tussenkomenende partij “relatief nietig” is “nu zij niet voldoet aan minstens één D-vereiste dat verbonden is aan een I-vereiste van het bestek, zodat deze offerte krachtens het bestek als relatief niet-conform moet worden beschouwd”;
- dat de tussenkomenende partij voorgestelde voertuig immers niet kan voldoen aan dat “I-vereiste” luidend
“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”;
- dat aan dit I-vereiste een D-vereiste is gekoppeld dat de inschrijvers onder meer verplicht om in hun offerte de volgende informatie te vermelden:

“De meest belangrijke tests en demonstraties waaraan het gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserde voertuig, waarop het standaardplatform gebaseerd is, reeds onderworpen is”;

- dat het doel van een D-vereiste erin bestaat te bewijzen dat het materieel voldoet aan een I-vereiste op het moment van het indienen van de offerte; dat het niet voldoen aan een D-vereiste gekoppeld aan een I-vereiste de relatieve nietigheid van de offerte tot gevolg heeft;

- dat de afwijking in de offerte geen technische afwijking is met een minieme impact, dat de dekking van deze afwijking de onderlinge vergelijkbaarheid van de offertes onmogelijk zou maken zodat de aanbestedende overheid de relatieve nietigheid niet kan “dekken”;

- dat minstens de gekozen offerte niet als de meest voordelige kan worden beschouwd gelet op dit euvel.

Onder het opschrift

“In hoofddeel : relatieve conformiteit van de offerte; de offerte van Mowag is niet regelmatig, minstens kan zij niet als de meeste voordelige worden beschouwd”

wordt in een toelichting dit middelonderdeel nader uitgewerkt onder meer als volgt:

“Het bestek bevat de volgende I-vereisten:

- Par. 3.a (I-vereiste): Standaard platform: het ‘standaardplatform’ zal gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserd voertuig, met aandrijving op alle wielen. De verschillende AIV versies zullen uit dit standaardplatform worden afgeleid door het integreren van diverse uitrusting.

- Par. 3 (I-vereiste): 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.

Aan deze I-vereisten is de volgende D-vereiste gekoppeld:

- ‘Par. 3 (D-vereiste): De inschrijver vermeldt in zijn offerte:
 - (a) het aantal gemeenschappelijke, military off the shelf, 8-wielig gepantserde voertuigen, waarop het standaardplatform gebaseerd is, die reeds worden geproduceerd.
 - (b) Het aantal en type van versies van het gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserde voertuig, waarop het standaardplatform gebaseerd is, die reeds geproduceerd zijn.
 - (c) De meest belangrijke tests en demonstraties waaraan het gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserde voertuig, waarop het standaardplatform gebaseerd is, reeds onderworpen is.
 - (d) De inschrijver zal duidelijk wijzen op de verschillen (vooral die in verband met de integratierisico’s van § 3.b.(3)) tussen de configuratie van het voorgestelde standaard platform en dat van het gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserd voertuig, waarop het standaard platform is gebaseerd”.

De verzoekende partij stelt dat het door de tussenkomende partij voorgestelde voertuig in de zwaarste versies 22 ton zal wegen – volgens eigen berekeningen van de verzoekende partij zelfs tot 23 ton – en dat dergelijke versie van het voertuig nog nergens werd getest, aangeboden of verkocht. Indien de bestaande versie zou moeten worden aangepast om dergelijk gewicht te dragen, dan moeten volgens de verzoekende partij “zeer grote onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen” gebeuren, zodat het voertuig geenszins als “military off the shelf” (vertaling door de Raad van State : “ook voor militaire aankopen verkrijgbaar op de markt”) kan worden beschouwd.

Het door de tussenkomende partij aangeboden voertuig voldoet bijgevolg evenmin aan de betrokken D-vereisten: aangezien het voertuig Piranha III C niet bestaat, kan zij er geen informatie over verschaffen zoals vereist in het bestek.

Hoewel het de verwerende partij toegestaan is om een relatief onregelmatige offerte niet te weren, geldt dit enkel voor minder belangrijke afwijkingen van het bestek. Dit is hier niet het geval. Het dekken van de onregelmatigheid in de offerte van de tussenkomende partij heeft bovendien tot

gevolg dat de offertes niet meer vergelijkbaar zijn: een offerte van voertuigen waarvoor nog belangrijke onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen dienen te gebeuren is niet vergelijkbaar met deze waarvoor dit reeds wel is gebeurd. Er bestaat dan immers een ongekennde kost en een ongekend risico.

17.2. In een tweede onderdeel, in ondergeschikte orde aangevoerd, doet de verzoekende partij gelden dat de offerte van de tussenkomenende partij niet voldoet aan “een aantal I-vereisten”. Zij ontwikkelt vervolgens in acht niet nader onderverdeelde alineas een aantal grieven waarin zij echter wat de voornoemde I-vereisten betreft enkel gewag maakt van “een aantal I-vereisten van het bestek, onder meer dat het voertuig gebaseerd moet zijn op een military off the shelf 8-wielig gepantserd voertuig en dat de verhouding van het vermogen tot het gewicht van het voorgesteld voertuig hoger moet zijn dan 13 KW/T”.

In de toelichting bij het middel worden dan opnieuw grieven verwoord betreffende voormelde vereisten en wel als volgt:

“In ondergeschikte orde: schending van de zorgvuldigheidsplicht: de offerte van MOWAG kan niet in redelijkheid als de meest voordelige worden beschouwd.

54. Verzoekende partij voert aan dat het door MOWAG voorgestelde voertuig Piranha IIIC niet voldoet en niet kan voldoen aan minstens de volgende I-vereisten:

“- Par. 2 (I-vereiste): De AIV moet nieuw zijn, in alle details modern opgevat en vervaardigd uit grondstoffen van de allerbeste kwaliteit volgens de regels van goed vakmanschap. De AIV moet vrij zijn van elk gebrek, constructie- of conceptiefout die zou kunnen schaden aan zijn uiterlijk, aan zijn goede werking, aan zijn stevigheid en aan zijn levensduur. De AIV zal betrouwbaar en bedrijfsveilig zijn.

- Par. 3.a (I-vereiste): Standaard platform: het ‘standaardplatform’ zal gebaseerd zijn op een gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserd voertuig, met aandrijving op alle wielen. De verschillende AIV versies zullen uit dit standaardplatform worden afgeleid door het integreren van diverse uitrusting.

- Par. 3 (I-vereiste): Het gemeenschappelijk, military off the shelf, 8-wielig gepantserd voertuig, waarop het standaardplatform is

gebaseerd, zal minstens een voorproductievoertuig zijn, voltooid en bewezen door test en demonstratie.

- Par. 4.e (I-vereiste): Vermogen tot gewichtsverhouding: De verhouding van het maximum-vermogen tot het MCW zal minstens 13 kW/Ton bedragen”.

55. Het door Mowag voorgestelde voertuig bestaat niet uit een standaardplatform dat gebaseerd is op een gemeenschappelijk, ‘*military off the shelf*’, 8-wielig, gepantserd voertuig, met aandrijving op alle wielen; dit is strijdig met bestekvereiste 3.a (een I-vereiste); een ‘*military off the shelf*’ voertuig betekent volgens de Navo-definitie immers dat er weinig of geen verdere ontwikkeling vereist is (zie stuk I.10, bijlage 4); dit is kennelijk niet het geval hier en zal ook niet het geval zijn op datum van keuring van de voorreeks zoals vereist onder een I-vereiste.

56. Tevens is de verhouding van het vermogen tot het gewicht van de Piranha III C lager dan 13 kW/T, hetgeen strijdig is met het bestekvereiste par. 4^e.e. Dit is een uitermate belangrijke bestekvereiste omdat de verhouding de snelheid en mobiliteit van het voertuig bepaalt en aldus aan een van de basisdoelstellingen van de verwerende partij op defensievlak raakt (het is namelijk een van de doelstellingen van het Belgisch leger om te komen tot een snel, mobiel en makkelijk inzetbaar leger (stuk I.18)); bijgevolg werd deze vereiste als een I-vereiste vooropgesteld in het bestek.

Volgens de brochure van Mowag bedraagt het vermogen van de motor 294 kW (stuk I.8.b). Het gewicht van het voertuig is 23 ton, minstens voor wat de versies met het CMI-kanon en de ‘genieversie’ betreft. De verhouding van het vermogen tot het gewicht is bijgevolg: $294 \text{ kW} / 23 \text{ T} = 12,78 \text{ kW/T}$, hetgeen kennelijk lager is dan 13kW/T. Dit is strijdig met de vermelde I-besteksvoorwaarde.

57. Krachtens het bestek, moet het materiaal van de inschrijver weliswaar ten laatste aan een I-vereiste voldoen op het moment van de voorafgaande keuring van de voorreeks op straffe van niet aanvaarding van de voorreeks. Theoretisch gezien zou Mowag dus nog een zeer grote onderzoeks- en ontwikkelingsinspanning kunnen leveren teneinde op dat tijdstip te voldoen aan alle I-vereisten waaraan het voorgestelde voertuig thans niet voldoet.

Dit zou evenwel vereisen dat er nog zeer ingrijpende wijzigingen gebeuren aan het voertuig, zoals wat betreft de banden, de ophanging, de remmen, het stuursysteem, etc. en dat het voertuig vervolgens nog uitvoerig moet getest worden.

Dit is geheel strijdig met de finaliteit van het bestek en ook met de filosofie van het Belgisch leger.

Een normaal zorgvuldige en voorzichtige aanbestedende overheid kan in redelijkheid niet beslissen dat de offerte van de tussenkomende partij regelmatig is, of de meest voordelige is, gelet op de ernst van de nog te leveren onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen en op de risico's die hiermee gepaard gaan, nu geenszins vaststaat wat het resultaat zal zijn van de nog uit te voeren testen op het aangepaste voertuig”.

In haar memories van wederantwoord benadrukt de verzoevende partij dat de kwestie van het gewicht van het standaardplatform cruciaal is. Het gewicht, evenals de interne gewichtsverdeling van de deelsystemen, moeten bekend zijn bij het indienen van de offerte zodat een behoorlijke integratie van de deelsystemen met het standaardplatform mogelijk is. Het voertuig bestaat immers uit een standaardplatform waarop diverse deelsystemen worden geïntegreerd. Dit is volgens de verzoevende partij een complex probleem.

Vervolgens gaat zij nader in op de integratie van de deelsystemen, die op hun beurt volgens het bestek een “hoge maturiteitsgraad” moeten hebben, uitgedrukt in SRL-niveaus (“*Service Readiness Levels*”). Zij besluit dat, gelet op het grote totaalgewicht van het door de tussenkomende partij aangeboden voertuig, het niet geloofwaardig is dat dit slechts lichte aanpassingen behoeft om de deelsystemen te integreren. De verwerende partij geeft alleszins niet aan waarin deze “lichtere aanpassingen” bestaan.

18. In haar laatste memories na het tweede en derde auditoraatsverslag komt de verzoevende partij inhoudelijk niet of nauwelijks terug op dit middel. Zij bespreekt daarin immers de problematiek van de neerlegging van de aanvullende stukken van het administratief dossier en het eventuele aanstellen van een deskundige.

In haar laatste memorie na het derde auditoraatsverslag gaat de verzoevende partij wel nog even in op de draagwijdte te dezen van de relatieve niet-conformiteit waarmee volgens haar de gekozen offerte is aangetast. In reactie op dat verslag betoogt zij voorts dat zij wel degelijk in haar verzoekschrift de I-

vereisten “nieuwheid” en “verhouding standaardplatform tegenover uitrusting” aan de orde heeft gebracht.

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

19. Het bestek geeft in een bijlage C de volgende toelichting bij de drie soorten van vereisten, [I], [S] en [D]:

“- Een [I]-vereiste: is een onontbeerlijke vereiste aan dewelke het materieel zal voldoen. In zijn offerte zal de inschrijver zich expliciet verbinden tot het voldoen aan deze vereiste op straffe van verwerping van zijn offerte. Het materieel zal ten laatste aan deze vereiste voldoen op het moment van de voorafgaande keuring van de voorreeks op straffe van niet aanvaarding van de voorreeks.

- Een [S]-vereiste is een meerwaarde specificatie aan dewelke het materieel niet noodzakelijk moet voldoen. Indien de inschrijver verklaart dat het materieel dat zal geleverd worden aan deze vereisten zal voldoen, zal er een meerwaarde aan de offerte toegekend worden tijdens de evaluatie. Indien de inschrijver zich tot een bepaalde [S]-vereiste verbindt, zal hij duidelijk in zijn offerte vermelden welk niveau/waarde aangeboden wordt voor deze [S]-vereiste en hoe hij meent aan deze vereiste te voldoen. Het is daarom onvoldoende zich gewoon te verbinden te voldoen aan dit type vereiste. Het materieel zal ten laatste aan deze vereiste, waartoe de inschrijver zich verbonden heeft, voldoen op het moment van de voorafgaande keuring van de voorreeks op straffe van niet aanvaarding van de voorreeks.

- Het doel van een [D]-vereiste is bewijzen te leveren dat het materieel voldoet aan een [I]- of een [S]-vereiste op het moment van het indienen van de offerte. Een [D]-vereiste is steeds verbonden met een [I]- of een [S]-vereiste. Elke [I]- of [S]-vereiste daarentegen is niet verbonden met een [D]-vereiste. Aan een [D]-vereiste wordt voldaan door het leveren van documenten en/of data. Voor elke [D]-vereiste zal de specificatie duidelijk de kwalitatieve en kwantitatieve minimumvereisten voor zulke documenten en data beschrijven. Het voorleggen van onvolledige documenten en/of data zal volgende gevolgen hebben:

- voor een [I]-vereiste zal de offerte als relatief niet-conform beschouwd worden;
- voor een [S]-vereiste zal de voorziene meerwaarde voor deze vereiste niet toegekend worden aan de offerte”.

19.1.1. De verzoekende partij voert in het eerste onderdeel in essentie aan dat het door de tussenkomende partij aangeboden voertuig niet als “*military off the shelf*” kan worden beschouwd nu het in de aangeboden versies nog nergens werd getest, aangeboden of verkocht en de offerte van deze inschrijver dus onregelmatig had moeten worden verklaard.

19.1.2. Deze grief berust op een niet- correcte lezing van de door de verzoekende partij ingeroepen besteksbepalingen. Het bestek maakt immers in de hier relevante I-vereiste 3.a een niet mis te verstaan onderscheid tussen enerzijds “het gemeenschappelijk, *military off the shelf* 8-wielig gepantserd voertuig” en anderzijds het door de inschrijver in concreto voor te stellen “standaardplatform” dat op het voornoemd gemeenschappelijk voertuig gesteund is. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij aanvoert heeft de “*military off the shelf*”-vereiste geen betrekking op het aan te bieden standaardplatform maar enkel op het als basis dienende “gemeenschappelijk, *military off the shelf* 8-wielig gepantserd voertuig”.

In zoverre de verzoekende partij al gevolgd zou kunnen worden in haar betoog dat er nog onderzoeks- en ontwikkelingsinspanningen door de tussenkomende partij dienen te gebeuren blijkt het bestek dit aldus niet uit te sluiten wat het uiteindelijk te leveren standaardplatform betreft. Veeleer het tegendeel blijkt zelfs uit de door de verzoekende partij ook geschonden geachte D-vereiste: “De inschrijver zal duidelijk wijzen op de verschillen (vooral die in verband met de integratierisico’s van § 3.b.(3)) tussen de configuratie van het voorgestelde standaard platform en dat van het gemeenschappelijk, *military off the shelf*, 8-wielig gepantserd voertuig, waarop het standaard platform is gebaseerd”. Ook hierin wordt duidelijk het onderscheid gemaakt tussen het basisvoertuig, en het te leveren voertuig. De verwerende partij verduidelijkt in dit verband in haar memorie van antwoord dat aan het standaardplatform bepaalde systemen moeten worden toegevoegd zodat bepaalde aanpassingen moeten worden aangebracht aan het gemeenschappelijke voertuig om tot het standaardplatform te komen.

De verzoekende partij betwist niet dat het basisvoertuig waarop het “standaardplatform” van de tussenkomende partij is gebaseerd, wel degelijk voldoet aan de “*military off the shelf*”-vereiste en uitgebreid getest is en aan verscheidene staten is verkocht.

De Raad van State wenst ten slotte nog op te merken dat te dezen de gekozen gunningsprocedure deze van de onderhandeling is, die zich moeilijk zou verzoenen met de klaarblijkelijke enige invalshoek van de verzoekende partij, dat een reeds bestaand, kant-en klaar voertuig “*off the shelf*” dus, in alle versies, diende te worden aangeboden en gekozen.

Aldus heeft de verzoekende partij niet aangetoond dat de offerte van de tussenkomende partij wegens schending van I-vereiste 3.a had moeten zijn geweerd als onregelmatig.

19.1.3. Eenzelfde conclusie geldt de grief inzake de vermeende schending van de overeenkomstige D-vereisten, omdat ook hier de verzoekende partij het onderscheid tussen het “gemeenschappelijk, *military off the shelf* 8-wielig gepantserd voertuig” en het aan te bieden “standaardplatform” over het hoofd ziet.

19.1.4. Het middelonderdeel wordt verworpen.

Tweede middelonderdeel

19.2.1. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij aan dat het door de tussenkomende partij voorgestelde voertuig onregelmatig is want tekortkomend aan de minimale door het bestek vereiste verhouding vermogen/gewicht.

19.2.2. In de eerste plaats maakt de verzoekende partij, zoals ook de verwerende partij terecht opmerkt in haar memorie van antwoord, in haar grief geen onderscheid tussen het “gemeenschappelijk military of the shelf pantser-voertuig” en het standaardplatform.

Bovendien berust deze grief op een eigen aanname van de verzoekende partij inzake het gewicht – tot 23 ton – die geen steun blijkt te vinden in het dossier. De verzoekende partij verwijst immers naar een commerciële brochure van de tussenkomende partij inzake een amfibiemodel van het door de tussenkomende partij aangeboden “gemeenschappelijk, *military off the shelf* 8-wielig gepantserd voertuig”, terwijl te dezen een landvoertuig werd gevraagd en aangeboden. Ook de door de verzoekende partij als stuk I.10. voorgelegde technische nota blijkt van dat amfibievoertuig uit te gaan. Hoewel, gelet op het vertrouwelijk karakter van de offerte van de tussenkomende partij, de verzoekende partij niet verweten kan worden haar grief niet te steunen op exacte gegevens inzake het aangeboden voertuig, toont de verzoekende partij – na door de verwerende partij op haar vergissing te zijn gewezen – niet aan waarom zij zich niet kon steunen op meer nauwkeurige algemeen beschikbare gegevens, bijvoorbeeld uit een recente commerciële brochure betreffende het juiste voertuigmodel.

Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat uit de offerte van de tussenkomende partij blijkt dat het aangeboden voertuig voldoet aan de besteksvereiste inzake de verhouding vermogen/gewicht.

Het middelonderdeel is in de besproken mate niet gegrond.

In zoverre in dit middelonderdeel nog het zogenaamd ontbrekend “*military off the shelf*”-karakter van het aangeboden voertuig aan de orde is, wordt verwezen naar de beoordeling van het eerste onderdeel.

19.2.3. De grief die de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord dan nog ontwikkelt inzake de integratie van de deelsystemen is niet ontvankelijk nu deze reeds in het inleidend verzoekschrift in het debat had kunnen worden gebracht. Minstens verklaart de verzoekende partij niet waarom zij deze kritiek pas voor het eerst in haar memorie van wederantwoord ontwikkelt.

20. Het eerste middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21. De verzoekende partij voert de schending aan van de “materiële motiveringsplicht, van het gelijkheidsbeginsel zoals onder meer vervat in artikel 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 blijktbaar het geval is nu verwerende partij ten aanzien van de offertes van Mowag vergelijkbare of gelijkaardige versies in aanmerking neemt, hetgeen zij blijktbaar niet doet voor de offertes van Patria”.

Beoordeling

Bestek en gunningsbeslissing

22. De omschrijving van het gunningscriterium “kwaliteit” in het bestek luidt als volgt:

“Het criterium ‘kwaliteit’ wordt geëvalueerd op de volgende criteria in dalende volgorde van belangrijkheid:

- (a) Productierijpheid
 - (b) Geïntegreerd gevechtsvermogen
 - (c) Compatibiliteit
 - (d) Algemeen voertuigconcept
 - (e) Beschermd mobiliteit
- [...]

Voor de evaluatie van het gunningscriterium kwaliteit worden enkel de technische specificaties gedefinieerd als [S] in de bijlage C en de aanhangsels in aanmerking genomen en gequoteerd. Indien aan een [S]-vereiste een [D]-vereiste is gekoppeld, zal enkel een meerwaarde worden toegekend voor deze [S]-vereiste indien de inschrijver met voldoende bewijskracht of argumenten kan aantonen dat deze vereiste wordt voldaan.

Voor de technische en operationele criteria, wordt de aandacht van de inschrijvers gevestigd op het feit dat de oplossingen die ze aanbrengen voor de specificaties [I] niet in aanmerking komen voor deze quotatie. Nochtans dienen de inschrijvers op afdoende wijze de regelmatigheid van deze oplossingen te bewijzen, op straffe van verwerping van de offerte”.

23. De gunningsbeslissing zoals ter kennis gegeven aan de verzoekende partij bevat de volgende beoordeling van het subcriterium “productierijpheid” voor de offertes van de tussenkomende partij en de verzoekende partij:

“2a.(j) Globalement, la solution MOWAG C30 Turret obtient la plus grande plus-value technico-opérationnelle pour le critère maturité de production. La plus-value technico-opérationnelle de la maturité de production de la plate-forme standard est la plus grande de toutes les solutions proposées. Ce véhicule, entre autre dans des versions comparables de celles exigées dans ce Cahier Spécial de Charges, est utilisé par plusieurs Etats-membre de l’OTAN, a déjà fait l’objet de nombreux tests concluants et a donc atteint un stade de production qui a largement dépassé le stade expérimental. Le soumissionnaire obtient également un très bon résultat en ce qui concerne la maturité de production des Integration Risk Drivers décrite dans le Cahier Spécial de charges, plus particulièrement dans le domaine de la protection contre les projectiles d’énergie cinétique, la protection contre les mines, l’intégration de la charrue de déminage de surface (Surface Mine Plough SMF,) et la lame de terrassement (Dozer Blade - DB).
[...]

2a. (5) De la même manière, les solutions offertes par PATRIA obtiennent une bonne plus-value en ce qui concerne la ‘Production Maturity’, avec une préférence nette pour la solution tourelle 30 mm. Ce système d’arme, qui ne possède pas la même configuration mais combiné avec la plate-forme standard proposée, est en production pour la Pologne et la Finlande. PATRIA n’a toutefois pas encore intégré un système d’arme ROSS ou DFC. Des versions ambulance, poste de commandement et génie, sur base de la plate-forme standard n’ont pas encore été produites non plus. Également sur le plan d’Integration Risk Drivers, seulement une plus-value a pu être accordée pour la protection contre les mines, la tourelle 30 mm (seulement la variante libre PATRIA C30 turret) et le système de conditionnement d’air/NBC”.

24. De memorie van antwoord bevat een vertaling die hiermee overeenstemt en die niet betwist wordt door de verzoekende partij. Deze luidt als volgt:

“2a. (1,.) Globaal heeft de oplossing MOWAG C30 turret de grootste technisch-operationele meerwaarde voor het hoofdcriterium ‘Production Maturity’. De operationeel-technische meerwaarde qua productierijpheid van het standaardplatform is het hoogst van alle aangeboden oplossingen. Dit voertuig, o.a. in verschillende vergelijkbare versies zoals vereist in het bestek, is in gebruik in meerdere lidstaten van de NAVO, werd reeds onderworpen aan veelvuldige overtuigende testen en heeft dus een productiestadium bereikt dat het experimenteel stadium ruim overtreft. De inschrijver behaalt ook een relatief zeer goede score wat betreft de productierijpheid van de in het bestek beschreven Integration Risk Drivers, in het bijzonder in het domein van bescherming tegen kinetische

energieprojectielen, mijnbescherming, integratie van de ontmijningsploeg (Surface Mine Plough SMF) en de bulldozerschop (Dozerblade — DB).

[...]

2. a(5) eenzelfde patroon wordt teruggevonden voor de aangeboden oplossingen van PATRIA waar beide oplossingen een goede meerwaarde qua Production Maturity bieden, met een duidelijke voorkeur voor de oplossing met de toren van 30 mm. Dit wapensysteem weliswaar niet in dezelfde configuratie maar samen met het aangeboden standaardplatform wordt immers geproduceerd voor Polen en Finland. PATRIA heeft echter nog geen integratie uitgevoerd met een ROSS of DFC. Er werden ook nog geen ambulance, commandopost en genieversie op basis van het standaardplatform gebouwd. Ook qua Integration Risk Drivers kon er voor PATRIA alleen een technische meerwaarde toegekend worden voor de mijnbescherming, de 30 mm toren (alleen vrije variante PATRIA C30 turret) en het Airconditioning/NBC systeem”.

Grievens betreffende de productierijpheid

25.1. In een toelichting bij het middel voert de verzoekende partij “bij wijze van illustratie” betreffende het gunningscriterium van de productierijpheid in de eerste plaats aan dat de voor de tussenkomende partij in aanmerking genomen buitenlandse versies niet van vergelijkbaar gewicht zijn als het aangeboden voertuig, wat de vergelijkbaarheid uitsluit. De voorgestelde versie van 22 ton is nog aan geen enkel staat verkocht.

25.2. De Raad van State dient echter vast te stellen dat het niet blijkt en dat de verzoekende partij niet aantoont hoe een mogelijk gewichtsverschil elke vergelijkbaarheid zou uitsluiten. Volgens de cijfergegevens die de verzoekende partij zelf – overigens pas voor het eerst in haar memorie van wederantwoord – bijbrengt zijn er in het buitenland versies van onder meer 19 ton, 19,85 ton en 20,5 ton in gebruik.

In dit verband kan de opmerking van de verwerende partij dat er enkel sprake is van “vergelijkbaarheid” en niet van identiteit tussen de versies, worden bijgevalen.

Voorts moet de verwerende partij hier in haar verweer worden gevolgd, waar zij betoogt dat de verzoekende partij ook hier voorbijgaat aan het onderscheid dat in het bestek gemaakt wordt tussen het “standaardplatform” en het “military off the shelf” – voertuig op het gebied van vereist gewicht.

26.1. In de tweede plaats voert de verzoekende partij in haar toelichting bij het middel aan dat de verwerende partij ten onrechte bij de beoordeling van haar eigen offerte op het vlak van productierijpheid, geen rekening hield met vergelijkbare buitenlandse versies van haar voertuig, al twintig jaar in gebruik en waarvan er reeds 1100 zijn geleverd.

26.2. Deze grief mist feitelijke grondslag. In de aan de verzoekende partij meegedeelde motieven van de bestreden gunningsbeslissing wordt immers uitdrukkelijk verwezen naar de Finse en Poolse versies van het door de verzoekende partij aangeboden voertuig, zodat er wel degelijk met deze versies rekening werd gehouden.

27.1. In de derde plaats bekritiseert de verzoekende partij de meerwaarden toegekend aan de offerte van de tussenkomende partij voor bepaalde deelsystemen, waarbij geen enkel S-criterium in het bestek deze handelwijze zou toelaten. In de bestreden gunningsbeslissing krijgt de offerte van de tussenkomende partij aldus een meerwaarde voor: (a) de bescherming tegen kinetische energie projectielen, (b) de bescherming tegen mijnen, (c) de oppervlakte ontmijningsploeg en (d) de bulldozerschap. De verzoekende partij ziet niet in hoe de tussenkomende partij voor deze criteria hoger kon scoren, nu het bestek geen criteria vooropstelt.

De verzoekende partij betoogt voorts dat in de bestreden gunningsbeslissing ten aanzien van haar offerte nog wordt opgemerkt dat zij als minwaarde niet voorziet in een ROSS- (“remotely operated self-defense station”, vertaald: “op afstand bedienbaar zelfverdedigingsstation”) of DFC-wapensysteem (“direct fire capability”, vertaald: “onmiddellijke afvuurcapaciteit”). Ook wordt

opgemerkt dat de verzoekende partij nog geen ambulance-, genie- of commando-versie van het aangeboden voertuig heeft geproduceerd. Ook hier is er echter geen S - criterium in het bestek dat toelaat met deze elementen rekening te houden. De verzoekende partij werpt voorts op dat zij van haar kant wel degelijk een ambulance-, genie- en commando-versie heeft geproduceerd in “vergelijkbare versies”. Ten slotte zou de tussenkomenende partij dezelfde ROSS- en DFC-wapensystemen gebruiken als de verzoekende partij, wat een verschillende evaluatie *a fortiori* onbegrijpelijk maakt.

Op grond van het voorgaande kon volgens de verzoekende partij geen enkele redelijke overheid tot een evaluatie komen waarbij de offerte van de tussenkomenende partij 80% en 75,8% krijgt voor dit subcriterium, terwijl de offerte van de verzoekende partij 57,89% en 51,71% behaalt.

27.2. De verwerende partij doet inzake de aan de offerte van de tussenkomenende partij toegekende meerwaarden voor bepaalde deelsystemen gelden dat het bestek wel degelijk toelaat om deze positief te quoteren nu er in een S-vereiste is voorzien: “het is wenselijk dat de SRL van de uitrusting, beschouwd als integration risk drivers, zo hoog mogelijk is”. De betrokken deelsystemen zijn overeenkomstig het bestek te beschouwen als “integration risk drivers”.

Betreffende de aan de offerte van de verzoekende partij toegekende minwaarden voor de ROSS- en DFC-wapensystemen, merkt de verwerende partij op dat het eveneens gaat om “integration risk drivers” gedekt door de aangehaalde bepaling zodat er rekening mee mocht worden gehouden en dat beide inschrijvers, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij laat uitschijnen, voor deze aspecten gelijk werden beoordeeld. Voorts bevat het bestek wel degelijk een S-vereiste dat toelaat rekening te houden met de ambulance-, genie- en commando-versies.

27.3. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij nu, wat de meerwaarden betreft toegekend aan de offerte van de tussenkomende partij, dat niet wordt aangetoond dat de tussenkomende partij voor de vier geschetste deelsystemen het SRL niveau 7 behaalt. De verwerende partij gaat niet nader in op de puntenscores en puntenverhouding van de inschrijvers. De verzoekende partij benadrukt haar belang: een onterechte puntentoekenning kan tot gevolg hebben dat de opdracht aan de verzoekende partij had moeten worden toegewezen.

Wat de minderwaarden betreft inzake de ROSS- en DFC-wapensystemen, toegekend aan haar offerte benadrukt de verzoekende partij dat ook hier de verwerende partij vaag blijft over de puntenscores en puntenverhouding. Ook hier wordt niet aangetoond dat de offerte van de tussenkomende partij SRL niveau 7 behaalt.

In tegenstelling tot wat de verwerende partij betoogt laat het bestek volgens de verzoekende partij ten slotte niet toe om een meer- of minderwaarde toe te kennen aan een offerte ingeval er meer of minder versies van het aangeboden voertuig bestaan.

27.4. De Raad van State stelt in de eerste plaats vast dat de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord blijkbaar niet meer betwist dat er S-criteria in het bestek zijn opgenomen die de vier voormelde deelsystemen betreffen, die meerwaardetoekenning aan de offerte van de tussenkomende partij toelaten.

Voorts blijkt de verzoekende partij in het inleidend verzoekschrift zelf geen concrete kritieken te hebben ontwikkeld betreffende de vier kwestieuze deelsystemen, zodat de nieuwe gegevens die zij in de memorie van wederantwoord aanbrengt om aan te tonen dat deze deelsystemen in elk geval niet aan het vereiste SRL-niveau inzake productierijpheid voldoen en geen meerwaarde verdienen, niet kunnen worden aanvaard nu het aldus gaat om een

grief, waarvan niet blijkt dat deze niet had kunnen zijn aangevoerd in het inleidend verzoekschrift.

De Raad van State stelt voorts met de verwerende partij vast dat, in de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat het bestek geen S-vereisten bevat die toelaten met deze elementen rekening te houden, ook de ROSS- en DFC-wapensystemen door het bestek als “integration risk drivers” worden aangemerkt en dus door de reeds aangehaalde S-vereiste worden gedekt als geldig beoordelingselement bij de evaluatie van het gunningscriterium “kwaliteit”.

Met de verwerende partij wordt ook aangenomen dat uit het bestek wel degelijk een S-vereiste kan worden afgeleid in verband met ambulance-, genie- en commando-versies (artikel 3.a.(2) van annex C, appendix 3, samen genomen met artikel 4 van annex C, appendix 1). Dat ook de verzoekende partij effectief deze versies, zoals zij beweert, heeft geproduceerd wordt door haar niet concreet aangetoond aan de hand van stukken. In zoverre betreft het dan ook een loutere bewering en wordt daardoor niet aangetoond dat de gegeven lagere quotering niet op deugdelijke motieven berust.

Bij de kritiek van de verzoekende partij dat zij en de tussenkomende partij dezelfde ROSS- en DFC-wapensystemen zouden gebruiken doet de verwerende partij gelden dat de verzoekende en de tussenkomende partij op dit aspect op gelijke wijze werden beoordeeld, maar hoe dan ook laat dit gegeven de vaststelling in de gunningsbeslissing onverlet dat de verzoekende partij deze systemen nog niet geïntegreerd heeft in het aangeboden voertuig, welke vaststelling de verzoekende partij niet ten gronde betwist. Ook hier is de kritiek van de verzoekende partij niet gegrond.

Grievens betreffende het algemeen voertuigconcept

28.1. In de toelichting bij haar middel betreft de verzoekende partij haar grieven ook op het subcriterium “algemeen voertuigconcept”, -opnieuw volgens haar “bij wijze van illustratie “- meer in het bijzonder op het deelaspect inzake de “noodzakelijke certificaten betreffende de homologatie van deze wetgevende aspecten”.

De verzoekende partij betoogt dat zij in haar offerte vermeldde dat zij alle noodzakelijke homologatiecertificaten ter beschikking heeft, zodat zij hiervoor een meerwaarde zou moeten krijgen, wat nochtans volgens haar niet blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing. De tussenkomen partij kan volgens de verzoekende partij geenszins dergelijke certificaten voorleggen, zodat zij op dit [S]-criterium minder hoog moet scoren, wat evenmin blijkt uit de bestreden gunningsbeslissing.

28.2. De verwerende partij wijst erop dat de verzoekende partij, in tegenstelling tot wat zij beweert in het inleidend verzoekschrift, de noodzakelijke certificaten slechts gedeeltelijk heeft neergelegd. De homologatiecertificaten met betrekking tot de remmen ontbreken. De verzoekende partij voldoet aldus maar gedeeltelijk aan dit aspect. Bovendien heeft haar offerte wel degelijk een meerwaarde gekregen op dit punt, weze het slechts voor 50% van het gewicht dat aan dit subcriterium wordt toegekend, gelet op de gedeeltelijke neerlegging van de certificaten.

28.3. In haar memorie van wederantwoord betwist de verzoekende partij niet de opmerking van de verwerende partij dat zij de certificaten slechts ten dele heeft neergelegd. Voorts blijkt uit het vertrouwelijk evaluatie- en gunningsverslag dat, zoals ook in het derde auditoraatsverslag wordt opgemerkt, de verwerende partij wel degelijk rekening heeft gehouden met de neerlegging door de verzoekende partij van homologatiecertificaten en het niet neerleggen

van dergelijke certificaten door de tussenkommende partij. In zoverre mist de grief dan ook feitelijke grondslag.

29. Het tweede middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de beroepen.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing in de zaak A. 171.112 en de kosten van de beroepen tot nietigverklaring in beide zaken, begroot op 525 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 250 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 december 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest