

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.830 van 24 juni 2014
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

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 oktober 2012, strekt tot de nietigverklaring 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 persoonlijk 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 en waarbij 3 andere kandidaten ten onrechte wel batig werden gerangschikt om deel te nemen aan de tweede fase”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een 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 29 april 2014.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ria Piedfort, die verschijnt voor de verzoekende partij, en Kapitein-commandant Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, 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. De 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 5.317.373,00 euro btw niet inbegrepen; in de aankondiging is sprake van een geraamde waarde zonder btw tussen 4.500.000,00 en 7.500.000,00 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 van die bijlage B bevat de “technische specificaties met de vereisten voor de evaluatie van de eerste fase van de verwervingsprocedure”, de zogenaamde TB’s, 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 is TB3:

“De modellen 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 de 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 aanvra[gen] 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 Productions	JA	JA	JA

”

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 worden 3 punten afgetrokken maar dan 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’, ‘Mor[a]ne 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.”

3.7. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd op 21 augustus 2012 deelt de verwerende partij aan de 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 de verzoekende partij en de verwerende partij e-mailverkeer en een onderhoud.

3.9. Op 5 september 2012 dient de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de bestreden beslissing; bij arrest nr. 220.855 van 2 oktober 2012 wordt deze vordering verworpen.

IV. Verzoek tot samenvoeging

4.1. Met een brief van 6 juni 2013 vraagt de verzoekende partij de samenvoeging van de zaak met die ingeleid door de nv Seyntex gekend onder het rolnummer A. 206.768/XII-7120 wegens verknochtheid doordat de beide

beroepen betrekking hebben op eenzelfde gunningsprocedure en op eenzelfde fase binnen deze procedure. Minstens vraagt zij de beide zaken op eenzelfde terechtzitting te behandelen.

4.2. Op de vraag tot samenvoeging wordt niet ingegaan. Er is geen noodzaak de beide zaken in één arrest af te handelen onder meer omdat er geen eenheid is van bestreden beslissing noch van aangevoerde middelen. Wel is het passend om de beide zaken op dezelfde terechtzitting te behandelen wat is gebeurd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5.1. De verwerende partij merkt op dat het in het inleidend verzoekschrift niet duidelijk is wat het voorwerp is van het beroep; ofwel is het de beslissing van de Algemene Directie Material Resources, ofwel de beslissing van de minister inzake de selectie en niet-selectie, ofwel de beide beslissingen.

5.2. Uit het verzoekschrift blijkt afdoende dat het voorwerp van het beroep de ministeriële beslissing is waarbij het selectieverslag 12ST320 wordt goedgekeurd en die met een brief gedagtekend op 21 augustus 2012 aan de verzoekende partij werd ter kennis gebracht.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 60, 63, 64, 65, 69 en 73 van het K.B. van 23 januari 2012 [‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’], van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli

1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel, doordat uit de motivering van de bestreden beslissing niet blijkt dat de andere voorwaarden dan technische bekwaamheid werden onderzocht en werden meegenomen bij de beoordeling en terwijl uit de boekhoudkundige gegevens van andere, batig gerangschikte kandidaten blijkt dat zij niet konden voldoen aan deze selectiecriteria”.

Zij wijst erop dat de bvba Morane Consult niet kan voldoen aan het selectie criterium dat oplegt dat een inschrijver over de laatste vijf jaar 3.000 LBV's moet hebben geleverd. Zij meent dat zij belang heeft bij het middel omdat, indien de bvba Morane Consult niet batig wordt gerangschikt, de aanbestedende overheid niet het volgens voormeld artikel 60, § 2, minimum vereiste aantal van drie inschrijvers overhoudt voor de volgende fase en de procedure dus zou moeten worden overgedaan.

Ook merkt zij op dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de verzoekende partij op andere selectiecriteria is beoordeeld dan die inzake de technische bekwaamheid.

Beoordeling

7.1. In de mate dat de verzoekende partij aanklaagt dat niet blijkt dat zij werd beoordeeld op de selectiecriteria, andere dan die inzake de technische bekwaamheid, moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij wel degelijk werd geselecteerd doch dat zij niet batig werd gerangschikt. De verzoekende partij toont hier dan ook niet aan dat zij belang heeft bij dit middelonderdeel.

7.2. In de mate dat de verzoekende partij meent dat de bvba Morane Consult ten onrechte werd geselecteerd moet op de eerste plaats worden opgemerkt dat zo de bvba Morane Consult niet mocht worden geselecteerd, dit niet inhoudt dat de verzoekende partij batig wordt gerangschikt. Twee andere

inschrijvers, namelijk de nv Sioen en NFM Productions, blijven alsdan wel batig gerangschikt. De verzoekende partij toont ook niet aan dat de verwerende partij de procedure niet mag voortzetten met enkel deze twee inschrijvers. Zoals uit het arrest van 15 oktober 2009 van het Hof van Justitie in de zaak C-138/08 inzake Hochtief AG e.a. blijkt, mag een aanbestedende overheid de onderhandelingsprocedure toch voortzetten niettegenstaande het vereiste minimum aantal toegelaten gegadigden niet wordt bereikt. Wat de opmerking van de verzoekende partij betreft dat, zo de aanbestedende overheid de procedure wil verder zetten met slechts twee gegadigden, zij daartoe een nieuwe beslissing dient te nemen en de verzoekende partij aldus een kans heeft dat de aanbestedende overheid bij een nieuwe beslissing niet verder zet doch opnieuw begint, moet worden opgemerkt dat het middel uitging van een verplichte stopzetting van de gunningsprocedure en deze laatste opvatting geen rechtsgrondslag heeft.

7.3. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 60 en 69 van het K.B. van 23 januari 2012 plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie en veiligheidsgebied, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel en het patere legem beginsel, doordat de selectiecriteria door verwerende partij in die mate werden toegepast dat ze een conformiteitscontrole omvatten, terwijl overeenkomstig art. 60 van het K.B. van 23 januari 2012 de aanbestedende overheid overgaat tot selectie van de kandidaten in de mate dat ze aantonen dat ze voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid en dat deze criteria dienen te worden gepreciseerd op zodanige wijze dat ze

verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht, terwijl de selectiecriteria zoals deze werden toegepast door de aanbestedende overheid zodanig gericht zijn op conformiteitselementen dat ze er niet op gericht zijn om de technische bekwaamheid van de inschrijvers te onderzoeken”.

De verzoekende partij merkt op dat zij op een aantal TB's negatief werd beoordeeld doch dat het merendeel van de negatieve punten te maken heeft met de technische conformiteit van de modellen en niet met de technische bekwaamheid. De verzoekende partij heeft modellen geleverd die zij al aan het Nederlandse leger heeft geleverd; dat leger gebruikt andere munitie en toebehoren zodat “het normaal [is] dat er bepaalde problemen zijn met fitting van verschillende onderdelen, en met het openen en het sluiten van de tassen, nu de afmetingen van de Nederlandse munitie wellicht anders zijn dan de munitie van het Belgisch leger”. Dat zijn echter zaken die op basis van het bestek moeten worden aangepast; het betreft trouwens slechts detailveranderingen. “Hierbij mag allerminst [zo vervolgt de verzoekende partij] uit het oog worden verloren dat de modellen COTS (commercial of the shelf) dienen te zijn en de aangeboden modellen niet specifiek mogen ontwikkeld zijn om te voldoen aan de voorwaarden van deze fase van de verwervingsprocedure. Uiteindelijk blijkt de ingediende vest wel te dienen als basis voor de uiteindelijke vest en blijkt deze geenszins bedoeld om de bekwaamheid te testen.” “Verwerende partij had duidelijk moeten stellen dat deze vest als basis zou dienen voor de uiteindelijke vest, quod non in casu.” De verzoekende partij merkt ten slotte op dat het onmogelijk is goed aansluitbare COTS-tassen te leveren “wanneer de artikelen die opgeborgen dienen te worden niet door verwerende partij worden verstrekt”.

8.2. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat zij in dit middel aanklaagt dat de verwerende partij niet de kwaliteit van de materialen maar de conformiteit heeft onderzocht. “Men gaat immers punten aftrekken in de mate dat de modellen, die noodzakelijkerwijze bestaande modellen dienden te zijn, verschillen van de beoogde modellen. Dit heeft niets

met kwaliteit maar alles met conformiteit te maken.” “Hierbij mag allerm minst uit het oog worden verloren dat de modellen COTS [...] dienen te zijn [...].”

8.3. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij nog op dat zij weliswaar op de hoogte was van de TB's doch niet van de wijze waarop ze zouden worden toegepast. Ook stelt zij dat wanneer de TB, dat het COTS-modellen moeten zijn, geen uitsluitingsvoorwaarde is, dit haaks staat op de redenering van de aanbestedende overheid dat het om bestaande modellen moet gaan die middels beperkte aanpassingen snel kunnen worden geleverd.

Beoordeling

9.1. Het komt aan de aanbestedende overheid toe te bepalen op welke manier de kandidaat of inschrijver zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid mag aantonen binnen het kader zoals dat door artikel 60 en artikel 73 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ is vastgelegd. De Raad van State mag daarbij niet in de plaats van de aanbestedende overheid treden. De Raad mag de criteria en het niveau dat door de aanbestedende overheid wordt vastgesteld wel aan een toetsing 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.

9.2. Met verwijzing naar artikel 60, § 2, van het voormeld koninklijk besluit van 23 januari 2012 bepaalt de oproep tot kandidaatstelling dat “Ten gevolge van de analyse van de technische bekwaamheid en het klasse ment 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 2.2. van Bijlage B 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.

9.3. In hoofddorde betoogt de verzoekende partij dat de TB’s niet gaan om selectiecriteria maar gericht zijn op conformiteitselementen en dat de inschrijvers hoe dan ook COTS-modellen als monsters moesten indienen.

9.4. 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 werd 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 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 fase heeft de 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, namelijk +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 “Selectiecriterium 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 de 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,..., schootposities 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 uit 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 ofwel 3 afgetrokken met dan een korte inhoudelijke verantwoording.

De verzoekende partij toont om de volgende redenen niet 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 de 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 middelonderdeel. Haar opmerking in haar laatste memorie dat zij niet vooraf op de hoogte was van de wijze waarop de TB's zouden worden beoordeeld wordt evenmin aanvaard; voor zover deze opmerking al tijdig zou zijn opgeworpen, moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de wijze van beoordeling zoals die plaatsvond, anders was dan aangekondigd en niet voorzienbaar op basis van de oproep tot kandidaatstelling.

Voorts toont de verzoekende partij, zeker in de omstandigheden van deze zaak, niet aan dat de verwerende partij hiermee niet 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 zonder lange ontwikkelingsfase een eindproduct voor te leggen zoals bepaald in het bestek. Blijkens de stukken van het dossier heeft de 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. Dat niveau 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 de aanbestedende overheid naar eigen zeggen “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”.

De toegekende punten zijn hier dan ook een maat voor de technische bekwaamheid in het licht van “de ontwikkelingstijd die een kandidaat nodig zou hebben om tot een eindproduct te komen zoals bepaald in het bestek”.

Op te merken valt ook dat de 50 TB criteria niet overlappen met de in I1 (onontbeerlijk en waaraan voldoen moet zijn vanaf het indienen van de offerte), I2 (onontbeerlijk en waaraan 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.

9.5. In de mate dat de verzoekende partij voorts als uitgangspunt voor verscheidene elementen van haar middel benadrukt dat het modellen “commercial of the shelf” dienen te zijn en dus niet specifiek mogen zijn ontwikkeld om te voldoen aan de voorwaarden van deze fase van de procedure, gaat zij er aan voorbij dat het “commercial of the shelf” karakter van de modellen geen formele uitsluitingsvoorwaarde is doch slechts één van de 50 TB’s. Het feit dat bepaalde van haar monsters wel COTS zijn maar slecht scoren bijvoorbeeld wat fitting of sluiting betreft is uiteindelijk het resultaat van de vrije keuze van de verzoekende partij geweest om geen andere dan COTS-modellen voor te leggen.

Aangezien het COTS-zijn slechts één TB is, betekent dit ook dat de door de verzoekende partij bij de verwerende partij ontwaarde noodzaak snel te leveren toch niet zo doorslaggevend is; bepalend was trouwens veeleer de wens te beoordelen of men via de voorgelegde monsters de technische bekwaamheid aantoont zonder al te lange ontwikkelingsfase.

9.6. Het middel wordt verworpen.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

10.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “art. 5 van de Wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie en veiligheidsgebied, van art. 60 en 69 van het K.B. van 23 januari 2012 plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht en de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het objectiviteitsbeginsel en het patere legem beginsel”.

Het middel is opgedeeld in drie onderdelen.

10.2. In een eerste onderdeel klaagt de verzoekende partij aan dat de verwerende partij oplegt dat de geleverde monsters COTS-modellen moeten zijn “terwijl de vereisten van technische bekwaamheid zodanig zijn opgesteld dat enkel modellen, specifiek ontwikkeld voor deze opdracht gunstig scoren”. Zij meent dat de inschrijvers niet op gelijke wijze zijn behandeld. Zij meende bij de inschrijving, zich steunende op het feit dat er oriëntatiemodellen waren en op TB3 dat de modellen COTS zijn en niet specifiek ontwikkeld om te voldoen aan de TB’s, dat zij modellen die zij in productie had diende te leveren en dat hiervan zou worden nagegaan of ze technisch voldeden en er dan achteraf een offerte kon worden gemaakt voor een product dat specifiek werd geproduceerd voor het Belgische leger. Pas in de loop van de schorsingsprocedure die zij inspande en meer bepaald op basis van een door de verwerende partij neergelegde ‘interne nota m.b.t. de selectieprocedure’ daagde het haar dat “de COTS als basis zouden moeten kunnen dienen voor het te leveren model”. Blijkbaar waren een aantal inschrijvers hiervan op de hoogte, de verzoekende partij in elk geval niet; die andere inschrijvers hebben de COTS-vereiste naast zich neergelegd en “hebben een specifiek voor deze gunning geproduceerd model / of het meest gelijkend model uit (toevallig ?) voorgaande gunningen neergelegd, hetgeen hen een onaanvaardbaar voordeel opleverde bij de beoordeling van de modellen”. Hoe dan ook, zo besluit de verzoekende partij, hebben inschrijvers die COTS producten maakten die aan de overige TB’s beantwoorden of die slechts minimale wijzigingen moeten aanbrengen, een voordeel.

10.3. Een tweede onderdeel ontwikkelt de verzoekende partij als volgt:

“Doordat verwerende partij in schending van het gelijkheidsbeginsel, slechts één artikel (weliswaar meerdere, doch wel identieke exemplaren) van ieder model heeft toegelaten en daarbij haar selectiecriteria zo specifiek naar conformiteit heeft beoordeeld dat aan deze criteria enkel kan voldaan worden voor een batige rangschikking, indien een kandidaat reeds over een conform-cots model beschikte, ingevolge voorgaande en/of vroegere leveringen van de beoogde materialen, dat daarmee de gelijkheid

van mededinging(niet-discriminatie) tussen de kandidaten, door verwerende partij, is geschonden.

Terwijl, indien de mogelijkheid zou geboden zijn om verschillende soorten modellen te leveren met diverse variaties en afwerkingen (soorten sluiting, stiksels, afmetingen van tassen enz.) op objectieve wijze zou kunnen geoordeeld worden wanneer ten minste één van TB elementen in conformiteit is terug te vinden. Dat verzoekende partij zich immers perfect kan confirmeren met de eisen van verwerende partij, indien dit uitdrukkelijk wordt gesteld (zie stuk 10)

Vb : plaats van de gespen op de schouderstukken cfr TB 13

Gespen ter hoogte van de schouders in combinatie met een rugzak cfr TB 6.”

10.4. In een derde onderdeel merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij bij de toepassing van de TB's niet objectief tewerk ging. Dit komt volgens de verzoekende partij tot uiting in het feit dat de verwerende partij stelt dat er een brede waaier aan kandidaten op de markt actief is terwijl er slechts zes inschrijvers zijn en dat er COTS-modellen worden getest met voor de verzoekende partij onbekende artikelen. De afwezigheid van objectieve beoordeling blijkt volgens de verzoekende partij ook uit het feit dat de oproep tot kandidaatstelling stipuleert dat de ingediende modellen zullen worden geproduceerd uit grondstoffen van “de beste kwaliteit”, dat aan de hand van de selectiecriteria enkel de vijf best geklasseerde kandidaten batig zouden worden geselecteerd daar waar door de verwerende partij slechts drie kandidaten worden geselecteerd waaronder kandidaat Morane Consult die in 2011 slechts een omzet had van 49.000,00 euro, dat het puntensysteem voorziet in twee pluspunten indien de modellen voldoen aan de voorwaarden en drie minpunten indien de modellen niet voldoen aan de voorwaarden, zonder argumentatie, zonder enig objectief criterium hetgeen subjectieve interpretatie mogelijk maakt, dat de tas en lege ladertas opvouwbaar dient te zijn, maar dat er niet wordt verduidelijkt of dit zo klein mogelijk dient te zijn of niet, dat het LBV zowel in de hoogte als in de breedte aanpasbaar dient te zijn hetgeen volgens de verwerende partij het geval is nu haar LBV voorzien is van een aanpassingssysteem in de hoogte, maar blijkbaar niet hoog genoeg, dat de gespen van de schouderstukken de soldaat hinderen bij gebruik van een rugzak doch dat het ingediende COTS model nooit ontworpen is om met rugzak te combineren en dat de materialen volgens de

verwerende partij dienen te voldoen aan de recentste technologische evoluties, zowel op het vlak van het gebruikte materiaal als op het vlak van het concept, waarbij wordt verwezen naar een interne nota van de verwerende partij met betrekking tot de selectieprocedure, doch dat deze vereiste uiteraard diende te zijn opgenomen in de oproep tot kandidaatstelling.

Voorts merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij inzake het zogenaamde ‘*molle*’-systeem enkel de eindbevestiging met een drukknop bij de modellen van de verzoekende partij als ouderwets aanziet en het *tuck*-systeem prefereert waarbij de verzoekende partij vermeldt dat dit systeem als *registered design* moet worden aangeduid waardoor namaak onmogelijk is. Overigens is, zo meent de verzoekende partij, een drukknopsysteem niet ouderwets.

Alsdan “overloopt” de verzoekende partij “de verschillende punten van beoordeling” “om aan te tonen dat haar ten onrechte een resultaat van 0/100 werd toegekend; zij “overloopt” TB’s 1, 2, 6, 8, 13, 20, 23, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 45, 46, 47 en 49.

De verzoekende partij benadrukt voorts dat een aantal TB’s worden herhaald “waardoor verzoekster voor een bepaald criterium meermaals minpunten genereert”. Zij geeft enkele voorbeelden, namelijk met betrekking tot de TB’s (1 2), (6 13), (20 26 30 31 36 37 38 41) en (46 47). Er zou ook een tegenstrijdigheid zijn tussen de positieve score voor TB’s 4 en 11 en de negatieve score voor TB 7.

Ten slotte meent de verzoekende partij dat de motiveringsplicht is geschonden doordat er geen motivering bij de positieve scores werd gegeven.

Beoordeling

11.1. Wat het eerste onderdeel betreft wordt er in de eerste plaats verwezen naar de beoordeling van het tweede middel waar onder meer *sub* randnummer 9.5 wordt opgemerkt dat TB3, dat bepaalt dat de voorgelegde modellen COTS zullen zijn en niet specifiek ontwikkeld om te voldoen aan de voorwaarden van de selectiefase, geen uitsluitingsvoorwaarde is maar een TB waarvoor positieve dan wel negatieve punten worden gegeven. Dat sommige inschrijvers deze TB niet hebben nageleefd is hun keuze zoals het de keuze is van de verzoekende partij om deze voorwaarde wel na te leven.

Zoals ook uit de beoordeling van het tweede middel blijkt is het de hoofdbedoeling van de verwerende partij geweest bij de beoordeling van de TB's de technische bekwaamheid van de inschrijvers om in de tweede fase binnen de voorziene termijnen een offerte met *state of the art* producten voor te stellen, na te gaan; de toegekende punten zijn de maat voor de technische bekwaamheid in het licht van "de ontwikkelingstijd die een kandidaat nodig zou hebben om tot een eindproduct te komen". De Raad van State aanvaardt dat die doelstelling mocht worden beoordeeld door de TB's.

De bewering dat bepaalde inschrijvers over "betere" informatie beschikten dan andere inschrijvers wordt niet aangetoond, inzonderheid niet naar wat die "betere" informatie dan wel zou kunnen zijn in het licht van wat in de oproeping is vermeld. Dat sommige inschrijvers reeds producten maakten die dichter aansluiten bij de TB's en dus *state of the art* producten, is uiteraard een voordeel voor die inschrijvers doch geen schending van het gelijkheidsbeginsel, temeer de verzoekende partij helemaal niet aantoont dat de TB's op maat een bepaald product van een inschrijver zijn opgesteld; elke inschrijver kende de TB's en kon ernaar handelen.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

11.2. Wat het tweede onderdeel betreft moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij noch in haar memorie van wederantwoord noch in haar laatste memorie de repliek van de verwerende partij, zoals bijgevalen in het auditoraatsverslag, weerlegt.

In deze repliek merkt de verwerende partij in essentie op dat de COTS-TB geen uitsluitingsvoorwaarde is, dat de aanbestedende overheid de selectiecriteria vastlegt en niet de inschrijver en dat de opmerking van de verzoekende partij dat zij had moeten worden toegelaten om verschillende soorten modellen in te dienen om haar technische bekwaamheid te bewijzen, strijdt met het gegeven dat de aanbestedende overheid een objectieve beoordeling dient uit te voeren; immers, zo vervolgt de verwerende partij, is “[d]e beoogde techniciteit [...] uitgedrukt in enkele generieke voorwaarden voor (de integratie van) het geheel en uit een paar voorwaarden per item, wat resulteert in een totaal van 50 voorwaarden. Een kandidaat die bewijst te beschikken over dergelijke capaciteit (een geïntegreerd modern concept), zal geselecteerd worden. Zelfs een kandidaat die momenteel niet beschikt over een bepaalde techniciteit (bijvoorbeeld een veilige sluiting voor een handgranaattas), kan nog geselecteerd worden gezien het selectie criterium minimaal 50 punten bedraagt. Het is slechts de kandidaat, die voor te veel items een achterstand heeft t.o.v. wat de markt (en de gebruiker) als een actueel concept beschouwt EN die de aangeboden items niet kan integreren in een werkbaar product, die niet geselecteerd zal worden. Dergelijke kandidaat dient immers een lange ontwikkelingsweg af te leggen vooraleer hij een product die aan de eisen van het bestek zal kunnen voldoen, kan aanbieden”.

De Raad van State ziet geen redenen om de niet-weerlegde repliek van de verwerende partij niet bij te vallen.

Het middelonderdeel wordt verworpen.

11.3.0. Wat het derde onderdeel betreft moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij noch in haar memorie van wederantwoord noch in haar laatste memorie inhoudelijk weerwerk biedt aan het verweer en de voor haar stelling negatieve conclusie uit het auditorsverslag.

In die omstandigheden wordt dit middelonderdeel slechts in de volgende beperkte mate besproken.

11.3.1. In de mate dat de verzoekende partij als uitgangspunt voor elementen uit haar middelonderdeel aanvoert dat het om COTS-modellen diende te gaan om de technische bekwaamheid te beoordelen, mag worden verwezen naar de beoordeling van het tweede middel en de eerste twee onderdelen van het derde middel waarin dit uitgangspunt werd verworpen.

11.3.2. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat er geen objectieve beoordeling door de verwerende partij is geweest, wordt het volgende opgemerkt.

11.3.2.1. Het komt aan de aanbestedende overheid toe om bij de selectie het niveau van de technische bekwaamheid waarover een kandidaat moet beschikken, te bepalen en zij beschikt hierbij over een zekere beoordelingsvrijheid.

11.3.2.2. De verzoekende partij toont niet aan dat de door de verwerende partij gevoerde procedure met een selectiefase waarbij uiteindelijk een maximaal aantal van vijf geselecteerden naar de tweede fase kunnen doorgaan, op gespannen voet staat met een mogelijk aantal marktspelers; de verzoekende partij geeft geen inzicht van de marktpotentie.

11.3.2.3. In de mate dat de verzoekende partij wijst op het feit dat de oproep tot kandidaatstelling stipuleert dat de ingediende modellen zullen worden geproduceerd uit grondstoffen van “de beste kwaliteit” toont zij niet concreet en specifiek aan waarom deze eis van TB1 een objectieve beoordeling uitsluit.

11.3.2.4. In de mate dat zij verwijst naar het feit dat enkel de vijf best geklasseerde kandidaten in aanmerking worden genomen terwijl slechts drie kandidaten werden geselecteerd waaronder Morane Consult, gaat zij eraan voorbij dat er zes kandidaten waren, dat kandidaat Falcon Tactical Solutions niet werd geselecteerd omdat deze niet voldeed aan het selectiecriterium 73, 6°, 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, de bvba Morane Consult, in 2011 slechts een omzet zou hebben van 49.000 euro, lijkt in dit kader niet relevant.

11.3.2.5. In de mate dat de verzoekende partij meent dat de niet-objectieve beoordeling valt af te leiden 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, blijkt uit het dossier echter dat, wanneer voor een TB criterium -3 punten werden toegekend, dit telkens, kort, inhoudelijk werd gemotiveerd; wanneer een positieve score wordt toegekend moet worden aangenomen dat het model voldoet aan de TB wat een afdoende motivering is zodat de verzoekende partij niet aantoonde dat de formelemotiveringsplicht inzake de positieve scores geschonden is. In de mate dat het beoordelingssysteem zelf is bedoeld, toont zij niet aan dat dit op zich onwettig is of dat de 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 minpunten 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 de verzoekende partij toont niet aan dat dit een beoordelingsfout zou zijn in het licht van de aard van deze opdracht.

11.3.2.6. In de mate dat de verzoekende partij opmerkt dat de verwerende partij niet heeft verduidelijkt in de oproep waarom de tas en de

ladertas opvouwbaar dienen te zijn, dat de aangeboden LBV geen voldoende verstelbaarheid of het dragen van een rugzak toelaat, antwoordde de verwerende partij in essentie dat de door de verzoekende partij aangeboden tas en ladertas in het geheel niet opvouwbaar waren en dat de aangeboden LBV geen verstelbaarheid meer toeliet noch het dragen van een rugzak wat een normale uitrusting is voor een militair. Zoals hoger opgemerkt heeft de verzoekende partij nagelaten hierop te repliceren.

11.3.2.7. In de mate dat de verzoekende partij meent dat in de oproep had moeten worden vermeld dat de aangeboden materialen dienen te voldoen aan de recentste technologische evoluties valt de Raad de niet door de verzoekende partij weersproken stelling van de verwerende partij bij dat uit de TB's niet anders kan worden afgeleid dan dat de verwerende partij technisch onderlegde producenten van *state of the art* producten batig wenste te selecteren.

11.3.3. Wat de opmerking van de verzoekende partij betreft dat het *molle*-systeem en het *weave and tuck*-systeem zogenaamd *registered design* zijn, toont de verzoekende partij volgens de verwerende partij niet aan dat haar bewering correct is; opnieuw moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij dit niet tegenspreekt zodat in die omstandigheden de Raad de verwerende partij ook hier bijvalt.

11.3.4. In de mate dat de verzoekende partij “de verschillende punten van beoordeling” “overloopt” “om aan te tonen dat haar ten onrechte een resultaat van 0/100 werd toegekend” en dit met betrekking tot de TB's 1, 2, 6, 8, 13, 20, 23, 26, 27, 30, 31, 34, 36, 45, 46, 47 en 49, moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de meeste van die opmerkingen worden weerlegd in het tussen-arrest nr. 220.855; voorts heeft de verwerende partij alle opmerkingen weerlegd en laat de verzoekende partij na hierop inhoudelijk te repliceren. In het auditorsverslag wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij deze opmerkingen omdat zij niet aantoont dat zij de helft van de punten had moeten krijgen; de opmerkingen immers blijken, aldus het auditorsverslag,

voor een groot deel te bestaan “in een vermelding van een reden van het manco, eerder dan een betwisting van de vaststelling van dat manco door verwerende partij”. Ook hierop gaat de verzoekende partij in haar laatste memorie niet in zodat de Raad in die omstandigheden de “opmerkingen” verwerpt.

11.3.5. Ten slotte, in de mate dat de verzoekende partij benadrukt dat een aantal TB's worden herhaald “waardoor verzoekster voor een bepaald criterium meermaals minpunten genereert” en dat er een tegenstrijdigheid in een bepaalde score zou steken, moet opnieuw worden opgemerkt dat in het tussenarrest nr. 220.855 uitgebreid al deze bezwaren werden besproken en weerlegd, dat de verwerende partij heeft geantwoord in de memorie van antwoord en dat ze in het auditorsverslag werden verworpen. De verzoekende partij heeft hierop niet inhoudelijk gerepliceerd. In die omstandigheden oordeelt de Raad dat deze bezwaren dienen te worden afgewezen.

11.3.6. Het middelonderdeel wordt verworpen.

11.4. Het middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 juni 2014,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Debersaques,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest