

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 244.315 van 30 april 2019
in de zaak A. 227.753/XII-8714**

In zake: de NV ENGINE DECK REPAIR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kathleen De hornois
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1J
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Defensie

Tussenkommende partijen:

1. de SA NAVAL GROUP
2. de SAS ECA ROBOTICS
samen vormend een tijdelijke vennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Julien Gaul
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 29 maart 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “‘Gemotiveerde beslissing met betrekking tot de vervanging en de initiële ondersteuning van de huidige mijnenbestrijdingscapaciteit van de Belgische Marine en de Koninklijke Marine van Nederland op grond van de wet van 13 augustus 2011 (in het gebied van Defensie & Veiligheid)’, met als referentie-nummer CSCh N° MRMP-N/P 18NP002 en de errata”.

XII-8714-1/12

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 12 april 2019 hebben de sa Naval Group en de sas Eca Robotics gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 april 2019, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kathleen De hornois, Jasmine Coppens en Wim Naudts, die verschijnen voor de verzoekende partij, majoor van het vliegwezen Maarten Kerckhofs, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten William Timmermans en Julien Gaul, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 overheidsopdracht van leveringen uit “betreffende vervanging en de initiële ondersteuning van de huidige mijnenbestrijdingscapaciteit van de Belgische Marinecomponent (en de Nederlandse Koninklijke Marine) op basis van de Wet van 13 augustus 2011 (inzake defensie & veiligheid)”.

De opdracht bestaat uit de verwerving van 12 mijnenbestrijdigingsschepen voor België en Nederland met toolbox, ondersteuningsmateriaal en aanverwant materieel.

In het bestek wordt het Belgische Ministerie van Landsverdediging aangewezen als aanbestedende overheid zoals begrepen onder artikel 2, 1°, van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: wet van 13 augustus 2011).

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 februari 2018 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 7 februari 2018.

3.3. Er worden vijf aanvragen tot deelneming ingediend, onder andere door de combinatie Sea Naval Solutions waar de verzoekende partij deel van uitmaakt.

3.4. Op 8 juni 2018 wordt het “Memorandum of Understanding” aangaande “the common replacement of the mine counter measure capability as operational within both naval forces” door de ministers van Defensie van België en Nederland ondertekend te Brussel.

3.5. Op 14 juni 2018 beslist de minister van Defensie om vier kandidaten, onder wie de combinatie Sea Naval Solutions, te selecteren en uit te nodigen om een offerte in te dienen.

3.6. In het toepasselijk bijzonder bestek met nr. 18NP002 erratum 3 worden als gunningscriteria “Prijs” (40 %), “Capacitair” (50 %) en “Strategisch” (10 %) vermeld.

Voor de toelichting bij dit laatste gunningscriterium wordt verwezen naar de bij het bestek gevoegde bijlage P “Specificaties betreffende de maatregelen ter bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen”. Daarin wordt er onder meer op gewezen dat in het kader van deze opdracht de Belgische regering heeft beslist om artikel 346, 1, b), van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’ in te roepen en dit ter bescherming van de Belgische essentiële veiligheidsbelangen. De bijlage bevat een beschrijving van de specifieke bepalingen die van kracht zijn op de voorstellen die de inschrijver in dat domein zou formuleren en legt uit hoe die voorstellen geëvalueerd zullen worden.

3.7. Drie inschrijvers dienen een offerte en uiteindelijk ook een BAFO-offerte in, onder wie de combinatie Sea Naval Solutions, bestaande uit de sa Chantiers de l’Atlantique (vroegere benaming voor de sa STX France), de sas Socarenam, de verzoekende partij en de nv Thales Belgium. Alle inschrijvers dienen zowel een basisofferte als een variëte in.

3.8. In het gunningsverslag van 21 februari 2019 wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de combinatie Naval Group.

3.9. Op 15 maart 2019 gaat de ministerraad akkoord met de gunning van de voormelde opdracht aan de combinatie Naval Group.

3.10. Op 15 maart 2019 beslist de minister van Defensie om de variëte ingediend door de combinatie Sea Naval Solutions onregelmatig te verklaren en om de opdracht te gunnen aan de combinatie Naval Group. De basisofferte van de combinatie Sea Naval Solutions wordt in de eindrangschikking als derde gerangschikt, na de variëte en de basisofferte van Naval Group.

IV. Tussenkoms

4. De sa Naval Group en de sas Eca Robotics die samen de combinatie Naval Group vormen aan wie de opdracht is gegund, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Het administratief dossier en de vertrouwelijkheid

5.1. De verzoekende partij merkt in een schrijven van 15 april 2019 op dat het neergelegd administratief dossier onvolledig is en dat van de neergelegde stukken een aantal door de verwerende partij ten onrechte – geheel of volledig – vertrouwelijk zijn verklaard. Zij vraagt de volledige neerlegging van het administratief dossier en “opheldering” over de vertrouwelijkheid.

5.2. Gelet op de hierna op het eerste gezicht vastgestelde onontvankelijkheid van de vordering mag hier worden aangenomen dat de vraag tot neerlegging niet dienstig is.

Wat de door de verwerende partij gevraagde vertrouwelijkheid van bepaalde stukken uit het administratief dossier en de door de tussenkommende partijen gevraagde vertrouwelijkheid van een stuk gevoegd bij hun verzoekschrift betreft, is het passend in de huidige stand van het geding met toepassing van artikel 58 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: wet van 17 juni 2013) hierop in te gaan. Gelet op de hierna op het eerste gezicht vastgestelde onontvankelijkheid van de vordering lijkt het niet dienstig de door de verzoekende partij gevraagde opheffing van de vertrouwelijkheid van bepaalde stukken uit het administratief dossier nader te beoordelen.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

6.1. De verzoekende partij zet in haar verzoekschrift anticipatief uiteen dat zij als lid van een combinatie die geselecteerd werd en een offerte heeft ingediend, belang heeft bij haar beroep. Zij wijst erop dat overeenkomstig de artikelen 46 en 47 van de wet van 17 juni 2013 een schorsing door de Raad van State kan worden uitgesproken op verzoek van “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te krijgen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld”.

Zij merkt op dat zij haar vordering weliswaar alleen indient doch dat de feiten hier duidelijk anders zijn dan in het arrest nr. 243.820 van 28 februari 2019 waarin de Raad heeft geoordeeld dat een annulatieberoep slechts ontvankelijk kan worden ingesteld, wanneer dit gebeurt door alle ondernemingen die samen de offerte hebben ingediend.

Zo blijkt volgens haar uit dit arrest dat de verzoekende partij met haar beroep expliciet de overheidsopdracht beoogde in de wacht te slepen; na een nietigverklaring maakte de verzoekende partij namelijk meteen kans om de opdracht gegund te krijgen als inschrijver onder de hoedanigheid van de tijdelijke handelsvennootschap. Het door de Raad vermelde principe dat alle deelnemende leden van een tijdelijke vennootschap gezamenlijk een verzoekschrift moeten indienen waarbij het onderliggend belang volgens de verzoekende partij is dat de opdracht dient te worden gegund aan de betrokken tijdelijke vennootschap, lijkt volgens haar terecht aangezien anders bij een voor de verzoekende partij succesvolle aanvechting de opdracht in feite louter wordt gegund aan laatstgenoemde en niet aan de tijdelijke vennootschap.

De verzoekende partij voert aan dat met het huidig verzoekschrift daarentegen ernstige en fundamentele wettigheidskritieken uit die verder gaan dan louter en alleen de betrachting om de uitkomst van de gevoerde gunningsprocedure te wijzigen maar integendeel, indien door de Raad gevolgd, tot gevolg hebben dat de aanbestedende overheid een volledig nieuwe procedure van nul moet herstarten. Zij merkt op dat zij dan ook niet de impliciete weigering aanvecht om de opdracht aan haar en de combinatie te gunnen doch beoogt de gehele gevolgde overheidsopdrachtenprocedure onwettig te laten verklaren en haar hierdoor een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht gegund te krijgen bij heraanbesteding met de huidige of mogelijks nieuwe combinatieleden.

6.2. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid op. Volgens haar mist de verzoekende partij – alleen handelend in het huidig geding – immers de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang om de vordering tot schorsing tegen de bestreden beslissing in te stellen.

Daarbij verwijst zij naar rechtspraak van de Raad van State dat in principe alleen zij die regelmatig kandidaat of inschrijver zijn geweest voor het uitvoeren van een overheidsopdracht over de vereiste hoedanigheid en over een voldoende persoonlijk en rechtstreeks belang beschikken om de nietigverklaring en dus ook de schorsing van de tenuitvoerlegging na te streven van de beslissing die de betrokken opdracht aan een andere inschrijver gunt. Immers stelt de Raad van State dat een beroep tegen een gunningsbeslissing bij de Raad er idealiter toe strekt om de verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf gegund te krijgen.

Zij stelt ook vast dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift expliciet aangeeft om alleen op te treden voor de Raad en dus niet in naam van de andere leden van de combinatie.

De verwerende partij meent dat de leer van het door de verzoekende partij aangehaalde arrest van 28 februari 2019 ook geldt in onderhavige zaak.

6.3. Ook de tussenkommende partijen werpen eenzelfde exceptie van onontvankelijkheid op.

Zij voegen eraan toe dat de verzoekende partij overigens ook niet de leidende partner van de combinatie Sea Naval Solutions was. De verzoekende partij heeft volgens hen enkel de activiteit “Reparatie en onderhoud van schepen” en niet de afwerking ervan. Bijgevolg zien de tussenkommende partijen niet in hoe de verzoekende partij aan de selectiecriteria, en in het bijzonder aan de nodige referenties, kan voldoen zonder de andere leden van de combinatie waartoe zij behoorde.

Volgens de tussenkommende partijen is voorts de verwijzing naar het kwestieuze arrest van 28 februari 2019 bijzonder pertinent, maar niet voor de verzoekende partij, maar voor de verwerende partij en de tussenkommende partijen. Met dit arrest bevestigt de Raad in het kader van een vernietigingsprocedure immers de bestaande rechtspraak dat de leden van een tijdelijke vennootschap gezamenlijk de gunningsbeslissing moeten aanvechten.

De verzoekende partij kan volgens hen ook niet worden gevolgd waar zij aangeeft dat de hele gunningsprocedure vanaf het begin hernomen zou moeten worden en dat zij zo voldoende belang heeft om “de opdracht zelf gegund te krijgen en zelf uit te voeren met de huidige en/ of nieuwe consortiumleden”.

De tussenkomen de partijen stellen vast dat de verzoekende partij geen enkel bewijs levert dat bijvoorbeeld andere combinaties of ondernemingen zich bij haar zouden aansluiten en evenmin dat zij alleen aan de selectievoorwaarden voldoet.

Bovendien wijzen zij erop dat na indiening van de aanvraag tot deelneming leden van een geselecteerde combinatie niet onttrokken mogen worden aan de combinatie.

Ook benadrukken de tussenkomen de partijen dat de gunningsprocedure niet vanaf het begin moet worden hernomen indien de argumenten van de verzoekende partij aanvaard zouden worden. Er zijn immers twee fasen in deze gunningsprocedure. Hier hebben de door de verzoekende partij aangevoerde middelen volgens hen uitsluitend betrekking op de tweede fase, namelijk de gunningsfase. Zo betreft het eerste middel in essentie één van de gunningscriteria die enkel in het bestek werden meegedeeld en dus geen enkele betrekking heeft op de selectiefase. Het tweede middel betreft in wezen een motiveringsgebrek van de gunningsbeslissing en dus evenmin de selectiefase. Het blijven volgens hen dus hoe dan ook de geselecteerde kandidaten die een offerte moeten indienen en die in dit geval deze opdracht mogen gegund krijgen.

Beoordeling

6.4.1. De verzoekende partij heeft samen met de sa Chantiers de l’Atlantique, de sas Socarenam en de nv Thales Belgium een offerte ingediend. Samen vormen zij de combinatie zonder rechtspersoonlijkheid “Sea Naval Solutions”. De verzoekende partij heeft haar vordering bij de Raad van State echter alleen ingediend.

6.4.2. De rechtspraak van de Raad van State is in die zin gevestigd dat in principe alleen degenen die regelmatig kandidaat zijn geweest voor het uitvoeren van een overheidsopdracht, over de vereiste hoedanigheid en een voldoende persoonlijk en rechtstreeks belang beschikken om de nietigverklaring na te streven van de beslissing die de betrokken opdracht aan een andere inschrijver gunt. Immers, zoals de Raad van State reeds heeft geoordeeld onder meer in zijn arresten nrs. 152.172 en 152.174 van 2 december 2005 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak en in zijn arrest nr. 243.820 van 28 februari 2019, strekt het beroep bij de Raad van State tegen een beslissing inzake de gunning van een overheidsopdracht, er idealiter toe de verzoekende partij een nieuwe kans te verschaffen om de opdracht zelf gegund te krijgen en zelf uit te voeren. Inzake een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, *accessorium* van een annulatieberoep, is zulks niet anders.

Indien een offerte wordt ingediend door een combinatie zonder rechtspersoonlijkheid is een annulatieberoep of vordering tot schorsing tegen een gunningsbeslissing in beginsel slechts ontvankelijk ingesteld indien zulks gebeurt door alle leden van de betrokken combinatie, samen optredend. Wanneer een van de leden van deze combinatie alleen optreedt voor de Raad van State, mist een dergelijke verzoekende partij de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang bij haar beroep of vordering.

Een beroep of vordering tot schorsing ingesteld voor de Raad kadert in een objectief contentieux. Er mag hierbij worden opgemerkt dat in de mate dat een lid van een combinatie aldus de Raad niet ontvankelijk kan vatten omdat zij hierbij alleen staat, zij haar subjectief recht op schadeloosstelling, wat haar belang bij de mislopen opdracht betreft, overigens bij de gewone rechter mag laten gelden.

6.4.3. Toegepast op onderhavige zaak, moet aldus worden vastgesteld dat het niet de verzoekende partij is die – alleen optredend – een offerte heeft ingediend. Integendeel, de offerte werd ingediend door de verzoekende partij samen met drie andere ondernemingen. Bijgevolg zijn het slechts deze vier ondernemingen samen optredend, die over de vereiste hoedanigheid en het belang

beschikken om het huidig beroep in te dienen.

Alleen handelend lijkt de verzoekende partij hier aldus de vereiste hoedanigheid en het rechtens vereiste persoonlijk en rechtstreekse belang te missen.

6.4.4. In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat de feiten in het voorliggende geval duidelijk anders zijn dan in het voormelde arrest van 28 februari 2019, lijkt haar argumentatie niet te kunnen worden bijgevalen om de volgende redenen.

Op de eerste plaats maakt de verzoekende partij niet afdoende duidelijk waarom het feit dat de bestreden beslissing hier niet een impliciete weigeringsbeslissing is, doch slechts een gunningsbeslissing, haar wel de vereiste hoedanigheid en het vereiste belang oplevert. Dit onderscheid lijkt geen rol te spelen in de rechtspraak van de Raad over deze problematiek waarbij een kans op het gegund krijgen van de opdracht voldoende lijkt.

Voorts, wat haar argumentatie betreft dat het te dezen anders zou moeten zijn omdat zij in het huidig verzoekschrift wettigheidskritieken zou uiten die zouden leiden tot een volledig nieuwe procedure, blijkt een dergelijke nuancering, namelijk in functie van de draagwijdte van de aangevoerde middelen, op het eerste gezicht door de Raad van State in zijn rechtspraak niet te zijn gemaakt. Zoals de Raad van State reeds opmerkte in het voormelde arrest van 28 februari 2019 laat de zinsnede “elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht [...] te krijgen” zoals ook terug te vinden in het te dezen toepasselijk artikel 46 van de wet van 17 juni 2013, niet toe om anders te oordelen. De verzoekende partij heeft geen offerte ingediend alleen handelend en kan dus niet worden geacht een belang te hebben of te hebben gehad om de kwestieuze opdracht gegund te krijgen. Aan haar alleen mocht de opdracht niet worden gegund.

Overigens lijkt de argumentatie van de verzoekende partij grondslag te missen. De gunningsprocedure lijkt immers niet vanaf het begin te moeten worden hernomen indien de argumenten van de verzoekende partij zouden

worden aanvaard. Het eerste middel heeft in wezen betrekking op de wettigheid van het derde gunningscriterium en het tweede middel op een formeel motiveringsgebrek. Beide lijken dan ook de selectiefase bij de onderhandelings-procedure onverlet te laten. De verzoekende partij lijkt dus ook in het licht van de door haar aangevoerde middelen onvoldoende aan te tonen dat zij een uitzicht zou hebben op een nieuwe kans om een nieuwe opdracht zelf gegund te krijgen met dezelfde of nieuwe combinatieleden. Haar argumentatie ter terechtzitting dat bij ernstig of gegrond bevinden van haar kritieken het geen optie zou zijn om de selectiebeslissing te behouden en dit om redenen van gelijkheid, wordt slechts geponeerd en is niet onderbouwd.

Hierbij mag ook worden betrokken dat de verwerende partij in het kader van de vragen en antwoorden bij de opdrachtdocumenten uitdrukkelijk heeft geantwoord dat na het indienen van de aanvraag tot deelneming er wel leden aan de combinatie kunnen worden toegevoegd, maar niet worden onttrokken. Overigens blijkt uit de stukken van het administratief dossier op het eerste gezicht ook niet dat de verzoekende partij zelfstandig aan de selectie-eisen voldoet, wat zij ook niet beweert.

6.4.5. De exceptie van onontvankelijkheid lijkt dan ook *prima facie* ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de sa Naval Group en de sas Eca Robotics tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een bijdrage van 20 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 april 2019,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra