

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.645 van 31 mei 2023
in de zaak A. 238.967/XII-9366**

In zake: NUCTECH WARSAW COMPANY LIMITED Sp. Z.o.o.
vennootschap naar Pools recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Johan Geerts en Geert Dewachter
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139A
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Konstantinos Adamantopoulos en Philippe Billiet
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 146

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Financiën
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Karen de Braekeleer
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Luchthaven Brussel Nationaal 1K
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 april 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van :
 1. De beslissing van de Minister van Financiën van onbepaalde datum waarbij de overheidsopdracht met als voorwerp ‘levering, indienststelling en onderhoud van mobiele X-stralen scanners bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers voor rekening van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen’, met referentie ‘S&L/DA/2021/088’, gegund wordt aan de vennootschap naar Engels recht Rapiscan Systems Limited.

2. De beslissing van de Belgische Staat van 11 maart 2022 en/of 14 maart 2022 tot goedkeuring van de plaatsingsprocedure en het bestek met referentie S&L/DA/2021/088 van 14 maart 2022 voor de overheidsopdracht met als voorwerp ‘levering, indienststelling en onderhoud van mobiele X-stralen scanners bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers voor rekening van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen’, inhoudende de beslissing om de opdracht niet bekend te maken, waardoor aan de vennootschap naar Pools recht Nuctech Warsaw Company Limited de kans is ontnomen om een offerte in te dienen en de opdracht gegund te krijgen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Geert Dewachter en Philippe Billiet, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Karen de Braekeleer, Jochen Ooms en Büsra Yasar, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont 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. Na berichten in de Belgische media worden op 15 februari 2021 in de Kamer van Volksvertegenwoordigers schriftelijke vragen gesteld over het gebruik van scanners van de firma Nuctech door de Belgische douane. Er wordt opgemerkt dat Nuctech in handen is van de Chinese overheid, en er wordt gevraagd of dit gebruik geen veiligheidsrisico's oplevert.

Op 11 maart 2021 antwoordt de minister van Financiën dat de Belgische douane op dat ogenblik beschikt over 23 x-rayscansystemen, en dat 12 van die systemen van de firma Nuctech komen. Volgens de minister is er op dat ogenblik geen enkele aanwijzing dat de Nuctechscanners een veiligheidsrisico vormen. De minister deelt onder meer mee dat in de scanapparatuur van Nuctech geen zendbronnen zijn teruggevonden die ongewild data zouden kunnen doorsturen. Hij merkt voorts op dat de scansystemen van de Belgische douane *stand-alone* worden gebruikt, en dat de scanners enkel x-rayscanbeelden opslaan, zonder enige vorm van metadata. Ten slotte deelt de minister mee dat de Belgische douane in overleg is met de Veiligheid van de Staat over het veiligheidsprofiel van Nuctech (Vr. en Antw. Kamer, antwoord van de Minister van Financiën op vraag nr. 230 van volksvertegenwoordiger Vermeersch en vraag nr. 231 van volksvertegenwoordiger Freilich, QRVA 55-042, pp. 205 en 208).

3.2. In september 2021 bezorgt de Veiligheid van de Staat aan de verwerende partij een profielanalyse van Nuctech. Die analyse is als vertrouwelijk stuk bij het administratief dossier gevoegd.

3.3. Op 11 maart 2022 beslist de Ministerraad om twee overheidsopdrachten voor de algemene administratie van de Douane en Accijnzen van de federale overheidsdienst (FOD) Financiën op te starten. Eén van die opdrachten is de thans voorliggende opdracht, in verband met de levering, de indienststelling en het onderhoud van mobiele röntgenscanners bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers.

In de persmededeling wordt vermeld dat “beide opdrachten zullen verlopen via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking”.

3.4. Op 14 maart 2022 keurt de minister van Financiën het bestek S&L/DA/2021/088 goed. Het opschrift van het bestek luidt: ‘Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor levering, indienststelling en onderhoud van mobiele X-stralen scanners bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers, voor rekening van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen’.

Die beslissing kan beschouwd worden als een onderdeel van de tweede bestreden beslissing.

Onder punt B.1, ‘Voorwerp en aard van de opdracht’, wordt de opdracht omschreven, waarbij eveneens wordt uiteengezet waarom ervoor geopteerd wordt om de plaatsing te onttrekken aan de toepassing van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016):

“Deze opdracht betreft de levering en indienststelling van minimaal vijf mobiele X-stralen scanners die in de eerste plaats bestemd zijn voor controles in de haven van Antwerpen. Naargelang de behoeften kunnen deze scanners ook op andere locaties worden ingezet, op het gehele Belgische grondgebied.

De huidige opdracht voorziet eveneens in het onderhoud van de toestellen en in een opleiding ten behoeve van de operatoren.

De huidige opdracht omvat eveneens de terugname van de scanners bij de uitdienststelling ervan, na de einddatum van de opdracht.

De aanbestedende overheid kan tot vier bijkomende mobiele X-stralen scanners bestellen [...].

De doelstellingen en technische minimumvoorwaarden waaraan de systemen moeten voldoen, evenals de minimumvoorwaarden voor het onderhoudscontract en de opleiding zijn gespecificeerd in deel E van dit bestek (‘Technische voorschriften’).

Voor deze opdracht wordt de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gekozen.

De Belgische Douane en Accijnzen zijn in Europees verband betrokken bij de aanschaf en de implementatie van diverse systemen die rechtstreeks

ten goede komen van de veiligheid van het Rijk en van de landen met wie België in een internationale verdragsrechtelijke context samenwerkt.

Om dit te bewerkstelligen, is het uiterst belangrijk dat de informatie die de screening van goederenstromen oplevert, in geen geval gedeeld kan worden met partijen die daarvan oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken. Dit risico kan enkel vermeden worden indien de aanbestedende overheid zich enkel hoeft te richten tot de absoluut betrouwbare marktdeelnemers.

Binnen de overheidsopdrachtenreglementering van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17.06.2016 (wat het toepassingsgebied inzake klassieke sectoren betreft) is het voeren van een plaatsingsprocedure die deze mogelijkheid biedt - dit is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met uitsluitend aanschrijving in 'beperkte piste' - niet mogelijk voor bedragen die het Europees drempelbedrag overschrijden.

Om die reden wordt deze plaatsingsprocedure gevoerd met toepassing van artikel 33, § 2 van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17.6.2016, dat omwille van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk toelaat om de plaatsingsprocedure buiten de toepassing van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17.6.2016 te voeren.

De aanbestedende overheid biedt evenwel aan de inschrijvers dezelfde waarborgen op een correct procedureverloop zoals in een klassieke procedure van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17.6.2016, door te kiezen voor de procedureregels van de voormelde wetgeving overheidsopdrachten voor zover zij verenigbaar zijn met deze essentiële veiligheidsbelangen.

In dit bestek zijn aldus de regels van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking van toepassing voor zover zij in dit bestek zijn overgenomen en de aanbestedende overheid ze aldus uitdrukkelijk daarop toepasselijk heeft willen verklaren.

Het gaat om een overheidsopdracht voor leveringen.

Deze opdracht is een opdracht tegen prijslijst [...].

Deze opdracht omvat één enkel perceel [...].

Varianten zijn niet toegestaan.

Dit bestek bevat 2 vereiste opties:

1. Backscatter scanning. Deze optie wordt beschreven onder E.2.2.
2. Beeldanalyse software voor het analyseren van beelden op PC's van de opdrachtgever. Deze optie wordt beschreven onder E.2.5."

In verband met de overname van bepaalde regels van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking licht de verwerende partij in haar nota toe dat zij ervoor gekozen heeft om een aantal elementen uit de wet overheidsopdrachten 2016 niet toe te passen, "waaronder (1) de toepassingsvoorwaarden van de onderhandelingsprocedure zonder

voorafgaande bekendmaking en (2) de eventuele gehoudenheid tot uitnodiging van Nuctech in deze onderhandelingsprocedure”.

3.5. Het bestek en de uitnodiging tot het indienen van een offerte in een beperkt dossier worden via het elektronisch platform e-notification op 16 maart 2022 rechtstreeks verstuurd naar twee geselecteerde potentiële inschrijvers, namelijk Smiths Detection en Rapiscan Systems Ltd. Beide ondernemingen zijn opgericht in de vorm van een vennootschap naar het recht van het Verenigd Koninkrijk.

De beslissing om enkel die twee ondernemingen aan te schrijven kan beschouwd worden als een onderdeel van de tweede bestreden beslissing.

3.6. De opening der offertes vindt plaats op 31 mei 2022.

Er blijkt dat enkel Rapiscan Systems Ltd een offerte heeft ingediend.

3.7. In haar nota stelt de verwerende partij dat zij “een volledig onderzoek [uitvoerde] op de ontvangen offerte zoals dit ook zou gebeurd zijn in een ‘normale’ gunningsprocedure die integraal volgens de regels van de Overheidsopdrachtenwet verlopen was”. Dit onderzoek vindt zijn neerslag in een evaluatierapport van 17 november 2022, door de verantwoordelijke ambtenaar ondertekend op 23 november 2022.

Op een niet nader gepreciseerde datum beslist de minister van Financiën om de opdracht te gunnen aan Rapiscan Systems Ltd.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

Op 14 december 2022 wordt die beslissing ter kennis gebracht van Rapiscan Systems Ltd. In de brief wordt gesteld dat “deze kennisgevingsbrief [ook geldt] als sluiting van de opdracht”.

3.8. Op 17 maart 2023 verzoekt de bv Nuctech Netherlands de FOD Financiën om haar te informeren over de intentie van de Belgische douane om nieuwe x-ray scanners aan te kopen in de toekomst, en of zij zulke apparatuur recent nog (in een periode van twee jaar voorafgaand aan de brief) heeft aangekocht. Zij stelt vast dat er volgens haar informatie “vandaag geen actieve (open voor het indienen van offertes) aankondiging [is] van een overheidsopdracht voor de aankoop van x-ray scanners op e-notification, noch is er een dergelijke aankondiging geweest sinds 2020”. Zij heeft ook geen enkele uitnodiging of vraag tot informatie van de diensten van de FOD Financiën mogen ontvangen. In dat licht was zij “dan ook hoogst verbaasd om kennis te nemen van de aankoop van 5 mobiele scanners, aangekondigd door de Minister van Financiën, de heer Vincent Van Peteghem”. Zij verwijst hierbij naar een krantenartikel, dat dateert van 10 januari 2023 en dat zij als bijlage voegt, waarin gesteld wordt dat er “momenteel [...] al een offerte [is] gevraagd voor vijf bijkomende mobiele scanners”. De bv Nuctech Netherlands vraagt dat, indien er een plaatsingsprocedure zou lopen, haar de redenen zouden worden meegedeeld waarom de opdracht niet bekendgemaakt werd en waarom Nuctech niet werd geconsulteerd of uitgenodigd om een offerte in te dienen. Zij vraagt ook mededeling van alle bestuursdocumenten die betrekking hebben op een recent geplaatste of geplande overheidsopdracht voor de aankoop van mobiele scanners.

De FOD Financiën antwoordt met een brief van 11 april 2023, die met een e-mailbericht van 12 april 2023 wordt gezonden aan de bv Nuctech Netherlands:

“In het kader van de openbaarheid van bestuur stelt u de vraag of de Belgische Staat, meer bepaald de Federale Overheidsdienst Financiën, in de 2 jaar voorafgaande aan uw schrijven van 17 maart 2023 een plaatsingsprocedure heeft gevoerd voor de aankoop van mobiele scanners, en indien dat het geval is, waarom Nuctech niet werd geconsulteerd of uitgenodigd om een offerte in te dienen. Aanvullend vraagt u een afschrift van de bestuursdocumenten die op deze plaatsingsprocedure betrekking hebben.

Er werd inderdaad een plaatsingsprocedure gevoerd voor de aankoop van mobiele scanners, op grond van artikel 33 § 2 van de Wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten.

Dit artikel 33 luidt als volgt:

[...]

De beslissing om de procedure op basis van artikel 33 § 2, al. 1 te voeren gaat uit van de Minister van Financiën, na voorafgaand akkoord van de Ministerraad van 11 maart 2022.

Aan de grondslag ligt een rapport van de VSSE (Staatsveiligheid), waarvan de volledige inhoud valt onder art.6 § 1 van de Wet openbaarheid van bestuur, en op de inhoud waarvan niet verder kan worden ingegaan.

De aanbestedende overheid heeft daarom een bestek verstuurd aan twee potentiële inschrijvers. Het bestek van 14 maart 2022 legt uit onder punt B.1 waarom deze procedure zo verloopt. Deze werkwijze komt ‘de facto’ hierop neer dat het bestek werd verstuurd aan twee marktdeelnemers: Smiths Detection en Rapiscan.

Enkel Rapiscan heeft een offerte ingediend (zie PV van opening) U vindt hierbij het evaluatieverslag van 23 november 2022 en de gemotiveerde gunningsbeslissing. De technische kenmerken van de offerte vallen onder de vertrouwelijkheid en werden om die reden afgeplakt. De opdracht werd gesloten op 14 december 2022 waarvan eveneens afschrift werd toegevoegd.”

Als bijlage worden de volgende documenten gevoegd:

- het bestek van 14 maart 2022
- het proces-verbaal van opening van de offertes van 31 mei 2022
- het evaluatieverslag van 23 november 2022, met weglating van bepaalde onderdelen
- de gemotiveerde gunningsbeslissing
- de kennisgeving van de gunning en sluiting van de opdracht aan Rapiscan Systems Ltd van 14 december 2022.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

Exceptie van laattijdigheid van de vordering

4. In een eerste exceptie betwist de verwerende partij de tijdigheid van de vordering.

Zij wijst erop dat de FOD Financiën op 18 mei 2021 een marktonderzoek deed bij Nuctech, en dit met betrekking tot mobiele x-stralenscanners. In haar schrijven van 17 maart 2023 verwijst de verzoekende partij voorts naar een nieuwsbericht van 10 januari 2023. Volgens de verwerende

partij blijkt uit dat schrijven dat de verzoekende partij op 17 maart 2023 al op de hoogte was van het feit dat offertes waren opgevraagd voor vijf bijkomende mobiele scanners, waarvoor bij haarzelf een voorafgaande marktconsultatie was gebeurd, dat deze scanners ook al waren aangekocht, en dat er geen bekendmaking gebeurde van een dergelijke opdracht in de periode tussen de voorafgaande marktconsultatie en 17 maart 2023. Hierdoor wist de verzoekende partij ook meteen dat een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking werd gevoerd (omdat dit de enige gunningswijze is zonder bekendmaking).

Het startpunt van de termijn van vijftien dagen voor het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is, volgens artikel 23, § 1, eerste lid, *juncto* § 3, 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: rechtsbeschermingswet), “de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”. Volgens de verwerende partij wist de verzoekende partij ten laatste op 17 maart 2023 dat zij niet betrokken was bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, dat er van haar geen offerte was gevraagd en dat zij in feite uitgesloten was van elke kans op deelname. De vordering tot schorsing werd slechts ingesteld op 26 april 2023, te weten meer dan een maand na het startpunt van de beroepstermijn. De vraag die Nuctech per brief van 17 maart 2023 nog stelde aan de FOD, peilde louter naar een bevestiging van feiten waarvan Nuctech reeds kennis had. Het feit dat Nuctech met het antwoord van de FOD van 11 april 2023 nog bijkomende info kreeg van de FOD, stuitte de beroepstermijn voor een schorsingsberoep niet, noch deed dit de beroepstermijn pas dan aanvangen. In zoverre de vordering is gericht tegen de tweede bestreden beslissing, is zij bijgevolg onontvankelijk.

In haar schrijven van 17 maart 2023 liet Nuctech optekenen dat zij verbaasd was via de media kennis te krijgen van de aankoop van vijf mobiele scanners. Aldus blijkt dat zij op dat ogenblik kennis had, niet enkel van het feit dat er offertes waren gevraagd, maar ook van de aankoop op zich. Zij was op dat ogenblik met andere woorden op de hoogte van het bestaan van een

gunningsbeslissing. Ook in zoverre de vordering is gericht tegen de eerste bestreden beslissing, is zij bijgevolg onontvankelijk.

5. Ter terechtzitting betwist de verzoekende partij de exceptie.

Zij voert aan dat het schrijven van 17 maart 2023 uitging van de bv Nuctech Netherlands, niet van haarzelf. Hoe dan ook is de gunningsbeslissing pas ter kennis van Nuctech gebracht op 12 april 2023, en vormt die dag dan ook het beginpunt van de termijn.

Beoordeling

6. Artikel 23, § 1, van de rechtsbeschermingswet, gelezen in samenhang met paragraaf 3, bepaalt dat de vordering tot schorsing op straffe van niet-ontvankelijkheid wordt ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”.

Geen van de bestreden beslissingen lijkt een beslissing te zijn die moet worden bekendgemaakt of aan de verzoekende partij ter kennis gebracht. Het is te dezen bijgevolg de datum van de kennisneming van de bestreden beslissingen die bepalend lijkt voor de aanvang van de termijn van vijftien dagen om een schorsingsvordering in te stellen.

Opdat de termijn voor een derde zou beginnen lopen vanaf het ogenblik dat hij feitelijk kennis heeft van een beslissing, is enkel vereist dat die derde een voldoende kennis heeft van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de beslissing, niet dat hij op dat ogenblik kennis heeft van de precieze inhoud ervan.

7. Te dezen heeft de bv Nuctech Netherlands op 12 april 2023 kennis gekregen van het bestek en van de gunningsbeslissing. Er kan aangenomen worden dat ook de verzoekende partij op die dag kennis gekregen heeft van die stukken.

Het staat aan de verwerende partij, die de exceptie van onontvankelijkheid opwerpt, om aan te tonen, of in het kader van de voorliggende vordering minstens aannemelijk te maken, dat de verzoekende partij reeds eerder kennis had van het bestaan, de aard en de draagwijdte van de twee bestreden beslissingen. De verwerende partij verwijst in dit verband naar de inhoud van het schrijven van de bv Nuctech Netherlands van 17 maart 2023 om daaruit af te leiden dat de verzoekende partij op dat ogenblik een voldoende kennis had van de twee bestreden beslissingen.

Uit het schrijven van 17 maart 2023 kan de Raad van State voorshands niet afleiden dat Nuctech op dat ogenblik op de hoogte was van het bestaan van de bestreden beslissingen. Zij verwijst naar een krantenartikel waarin sprake is van een offerte die gevraagd is en van een aangekondigde aankoop. Zij deelt mee dat zij hierover informatie gevraagd heeft aan contactpersonen binnen de FOD Financiën, maar meende “enige zenuwachtigheid en/of terughoudendheid op te merken om ons informatie mee te delen”. Het komt de Raad van State voorshands voor dat de verzoekende partij wel op de hoogte was van geruchten, zelfs van de aankondiging van een aankoop van vijf mobiele scanners, maar dat zij op dat ogenblik geen inzicht had in de stand van zaken met betrekking tot het dossier van de aankoop.

In die omstandigheden wordt voorshands niet aangenomen dat de verzoekende partij reeds op 17 maart 2023 een zodanige kennis had van de bestreden beslissingen dat de termijn van vijftien dagen dan is beginnen lopen.

8. De exceptie is derhalve niet ernstig.

Exceptie van ontbreken van belang bij de vordering, in zoverre gericht tegen de gunningsbeslissing

9. In een tweede exceptie betwist de verwerende partij het belang van de verzoekende partij bij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de eerste bestreden beslissing, zijnde de beslissing waarbij de opdracht gegund wordt aan Rapiscan Systems Ltd.

Vermits de verzoekende partij laattijdig een vordering tot schorsing heeft ingesteld tegen de tweede bestreden beslissing, zijnde de beslissing om een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking te voeren en om Nuctech niet uit te nodigen om deel te nemen aan die procedure, heeft zij geen belang meer bij de vordering tot schorsing gericht tegen de beslissing waarbij de opdracht wordt gegund aan een andere onderneming. Een schorsing van de tenuitvoerlegging van die laatste beslissing zou haar immers geen voordeel meer kunnen opleveren.

10. Ter terechtzitting voert de verzoekende partij onder meer aan dat zij belang heeft bij het bestrijden van de gunningsbeslissing. Zij wijst erop dat de opdracht slaat op de levering van minimaal vijf en mogelijk negen mobiele scanners, en dat er niet van uitgegaan kan worden dat de opdracht al helemaal uitgevoerd zou zijn.

Beoordeling

11. De exceptie gaat uit van de hypothese dat de vordering tot schorsing onontvankelijk is, in zoverre zij gericht is tegen de beslissingen tot vaststelling van het bestek en bijgevolg tot niet-uitnodiging van de verzoekende partij. Zoals uit de bespreking van de eerste exceptie blijkt, kan voorshands echter niet van die hypothese worden uitgegaan.

De tweede exceptie, die voorshands lijkt te steunen op een verkeerd uitgangspunt, is niet ernstig.

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

12. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de rechtsbeschermingswet, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing, die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

13. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 4, 5, 33, 35, 42 en 61 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 15, 18 en 26 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24), de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het proportionaliteitsbeginsel, het transparantiebeginsel, het mededingingsbeginsel en de materiële- en formelemotiveringsplicht.

Zij acht deze artikelen en beginselen geschonden:

“DOORDAT de opdracht ‘levering, indienststelling en onderhoud van mobiele X-stralen scanners bestemd voor controles van de inhoud van voertuigen en containers voor rekening van de Algemene Administratie van de Douane en Accijnzen’, met referentie ‘S&L/DA/2021/088’, van (Europese) bekendmaking en dus in feite van elke mededinging is onttrokken doordat verwerende partij zich heeft gebaseerd op een uitzonderingsgrond voorzien in art. 33 Wet Overheidsopdrachten om de wetgeving inzake overheidsopdrachten (gedeeltelijk) buiten toepassing te verklaren en gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en daarbij slechts twee potentiële

inschrijvers in kennis heeft gesteld van deze opdracht en de opdrachtdocumenten, en uitgenodigd heeft om een offerte in te dienen;

DAT verzoekster een gerenommeerde onderneming is die perfect in staat is om de leveringen uit te voeren die voorzien zijn in het voorwerp van de betreffende overheidsopdracht en in het recente verleden diverse gelijkaardige scanapparatuur aan verwerende partij heeft geleverd die vandaag nog steeds in gebruik zijn, doch niet in kennis werd gesteld van de betreffende overheidsopdracht;

DAT verwerende partij diverse scanapparatuur van verzoekster gelijk aan deze die het voorwerp is van deze opdracht, op heden in gebruik heeft en dat deze apparatuur ook verder gebruikt wordt;

EN DOORDAT de verwerende partij zich baseert op het beschermen van de 'veiligheid van het Rijk' om toepassing te kunnen maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en daarbij meent zich enkel te moeten richten tot zogenaamd 'absoluut betrouwbare marktdeelnemers', hetgeen echter hoegenaamd niet wordt gemotiveerd of verduidelijkt in enig bestuursdocument;

EN DOORDAT verwerende partij zodoende onmiddellijk voor de meest ingrijpende maatregel heeft gekozen door de mededinging nagenoeg volledig uit te sluiten, door slechts twee ondernemingen uit te nodigen om een offerte in te dienen en andere potentiële inschrijvers niet van de opdracht in kennis te stellen;

EN DOORDAT verwerende partij kennelijk geen geheim maakt van de aankoop/de overheidsopdracht zelf, gezien over de aankoop van scanners gecommuniceerd werd in de media en aan Nuctech de opdrachtdocumenten werden bezorgd, op [haar] eenvoudige vraag (onder verwijzing naar de openbaarheid van bestuur);

TERWIJL de uitzonderingsgrond voorzien in artikel 33, § 2 Wet Overheidsopdrachten (uitsluiting materieel toepassingsgebied van de Wet Overheidsopdrachten) enkel in zeer specifieke omstandigheden kan worden ingeroepen, namelijk wanneer de essentiële veiligheidsbelangen van de staat in het geding zijn, en alleszins restrictief geïnterpreteerd dient te worden, zodat de uitzonderingsgrond dan ook enkel kan worden toegepast wanneer minder ingrijpende maatregelen niet mogelijk zijn om de veiligheidsbelangen van de staat te beschermen;

EN TERWIJL verwerende partij op geen enkele wijze motiveert waarom in het kader van deze opdracht de veiligheid van het Rijk in casu in het gedrang is, en meer in het bijzonder waarom verzoekster schijnbaar (gezien zij niet werd uitgenodigd) als een bedreiging voor de veiligheid van het Rijk wordt gezien;

EN TERWIJL op basis van de wetgeving overheidsopdrachten, in geval de veiligheid van het Rijk in het gedrang zou zijn, quod non, gebruik kan worden gemaakt van (veel) minder ingrijpende maatregelen dan de mededinging bij voorbaat uitsluiten door de opdracht niet bekend te maken om bepaalde veiligheidsrisico's te kunnen ondervangen waardoor de mededinging niet op disproportionele wijze wordt beperkt, des te meer wanneer de aankoop zelf en de informatie vervat in de opdrachtdocumenten kennelijk niet als vertrouwelijk wordt beschouwd;

EN TERWIJL de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, krachtens artikel 42 Wet overheidsopdrachten enkel in strikt uitzonderlijke gevallen kan worden toegepast, waaraan in casu niet is voldaan;

EN TERWIJL verwerende partij zodoende toepassing had moeten maken van een gepaste plaatsingsprocedure (zoals de openbare procedure) mét bekendmaking door middel van een aankondiging van een opdracht op e-notification en op Tender Electronic Daily.”

De verzoekende partij betoogt dat aan geen van de toepassingsvoorwaarden van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 is voldaan, en dit om vijf redenen:

- 1) De uitsluiting van de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten dient te steunen op een noodzaak om vertrouwelijke informatie te beschermen. *In casu* blijkt de opdracht (de aankoop zelf) echter hoegenaamd niet vertrouwelijk.
- 2) Er wordt niet aangetoond waarom deze opdracht raakt aan de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk.
- 3) De gebeurlijke in het geding zijnde essentiële veiligheidsbelangen konden op een veel minder beperkende wijze worden gevrijwaard.
- 4) Evenmin wordt aangetoond waarom slechts twee inschrijvers, namelijk de twee ondernemingen die werden uitgenodigd om een offerte in te dienen (Rapiscan en Smiths Detection, beide gevestigd in het Verenigd Koninkrijk), als “absoluut betrouwbare marktdeelnemers” kunnen worden beschouwd die geschikt zijn om de opdracht uit te voeren, en alle andere ondernemingen (waaronder Nuctech) niet.
- 5) Er wordt niet gemotiveerd waarom de verzoekende partij geen absoluut betrouwbare marktdeelnemer zou zijn.

14. De verzoekende partij licht deze vijf argumenten nader toe. Zij vormen evenzoveel onderdelen van het middel.

14.1. De verzoekende partij voert aan, ten eerste, dat niet blijkt dat de opdracht zelf – de aankoop van x-stralenscanners voor controle van vrachtcontainers in de haven van Antwerpen – of de informatie vervat in de opdrachtdocumenten, vertrouwelijk zijn: “Het feit dat bepaalde scanapparatuur zou besteld worden, waar deze geplaatst wordt en wanneer deze verwacht wordt,

werd eerder al bekendgemaakt via de media [...]. Ook de inhoud van de opdrachtdocumenten werd op eenvoudig verzoek van verzoekster integraal meegedeeld per brief van 11 april 2023 [...], zonder dat gewezen werd op een bepaald vertrouwelijk of geheim karakter met een potentieel risico voor de veiligheid van de staat.”

De verzoekende partij wijst erop dat artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 15, lid 2, van richtlijn 2014/24, waarvan artikel 33, § 2, de omzetting vormt, nochtans zijn ingevoerd om vertrouwelijke en gevoelige informatie die vermeld wordt in de opdrachtdocumenten te beschermen en de verspreiding ervan te vermijden. “Nergens wordt in de parlementaire voorbereidingen, de overwegingen bij de toepasselijke richtlijn, rechtsleer of rechtspraak opgeworpen dat deze bepalingen ook gehanteerd zouden kunnen worden om bepaalde ondernemingen bij voorbaat te kunnen uitsluiten van deelname aan een bepaalde overheidsopdracht.”

14.2. De verzoekende partij stelt vervolgens, ten tweede, dat de verwerende partij niet motiveert waarom deze opdracht de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk aangaat.

14.2.1. Voor de omschrijving van het begrip “essentiële veiligheidsbelangen” verwijst de verzoekende partij naar de wijze waarop het Hof van Justitie het begrip “nationale veiligheid” interpreteert in zijn arrest van 6 oktober 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, C-511/18, C-512/18 en C-520/18, en naar de uiteenzetting door advocaat-generaal Emiliou in zijn conclusie van 2 maart 2023 in de zaak *Commissie t. Polen*, C-601/21. De essentiële veiligheid kan volgens haar slechts betrekking hebben op de kern van de veiligheid van de staat, waaronder begrepen de territoriale integriteit, de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid ten aanzien van buitenlandse mogelijkheden of terroristische organisaties.

Zij benadrukt dat, gelet op de vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie, uitzonderingen op Unieregels beperkend moeten worden geïnterpreteerd en dat elke rechter de nationale wetgeving steeds een invulling moet geven die maximaal conform is aan het EU-recht. Aanbestedende

overheden moeten terughoudend zijn wanneer zij steunen op de essentiële veiligheid van de staat om bepaalde wetgeving buiten toepassing te verklaren.

14.2.2. De verzoekende partij benadrukt dat het te dezen gaat om stand-alone hardware, dit wil zeggen apparatuur die niet gekoppeld is aan een netwerk, samen met de software voor beeldanalyse.

Uit het bestek kan worden afgeleid dat de veiligheid van de staat bedreigd geacht wordt omwille van de mogelijkheid dat informatie die verkregen wordt bij de screening van de goederenstroom gedeeld wordt met partijen die daarvan een oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken. “Dit zou dus betekenen dat i) de scanapparatuur uiterst gevoelige informatie verzamelt én opslaat, ii) deze toegankelijk maakt voor de opdrachtnemer (leverancier), en iii) deze data gebruikt [zouden] kunnen worden om de nationale veiligheid in het gedrang te brengen.” Volgens de verzoekende partij is aan geen van deze uitgangspunten voldaan. De scanapparatuur produceert in hoofdzaak beelden en daarnaast enkele metadata om het beeld te koppelen aan een specifiek voertuig of een specifieke container. Deze data zijn beschikbaar op systemen van de douane zelf, en niet op de scanapparatuur. De verzoekende partij ziet niet in welke data *in casu* beschouwd kunnen worden als informatie die op zichzelf een potentieel risico voor de nationale veiligheid zou vormen. Evenmin ziet zij in hoe de leverancier toegang zou kunnen krijgen tot deze data, die immers niet op de scanapparatuur, maar op systemen van de douane zelf worden opgeslagen.

De verzoekende partij verwijst naar recente Nederlandse rapporten waaruit blijkt dat “eventuele compromittering van scan- en detectiesystemen géén risico voor de nationale veiligheid met zich [meebrengt]” en dat “de scan en detectiesystemen zelf geen gegevens bevatten die omwille van de nationale veiligheid vertrouwelijk moeten blijven. Het merendeel aan vrachtcontroles waarbij X ray scanners worden ingezet houdt verband met smokkel van goederen die niet appelleren aan nationale veiligheid”.

Zij merkt ten slotte nog op dat het niet is omdat de beoogde apparatuur en systemen ten goede komen aan de veiligheid, dat de plaatsingsprocedure om deze apparatuur aan te kopen eveneens de veiligheid van de staat in het gedrang zou kunnen brengen, zelfs wanneer bij de uitvoering van

de overheidsopdracht oneigenlijk gebruik zou worden gemaakt van zulke systemen. Hierover anders oordelen zou betekenen dat alle hardware die de douane (en andere overheids- en politiediensten) gebruikt om de openbare veiligheid te garanderen, uitgesloten wordt van het toepassingsgebied van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij besluit dat de verwerende partij geenszins aantoont op welke wijze de scanapparatuur, de beperkte (meta)data die met de scanners worden verzameld en het risico dat deze data oneigenlijk gebruikt zouden worden, een bedreiging vormen voor de essentiële veiligheidsbelangen.

14.3. De verzoekende partij voert aan, ten derde, dat artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat het buiten toepassing verklaren van die wet slechts mogelijk is wanneer de essentiële veiligheidsbelangen niet door minder ingrijpende maatregelen gewaarborgd kunnen worden. Zij verwijst opnieuw naar de voormelde conclusie van advocaat-generaal Emiliou in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21, waarin deze ingaat op het vereiste van evenredigheid van de maatregel in het licht van de ingeroepen veiligheidsbelangen van de staat.

Zelfs als er te dezen een bijzonder veiligheidsrisico zou bestaan, dan nog had de verwerende partij veel minder ingrijpende maatregelen kunnen nemen om hetzelfde resultaat te bereiken, meer bepaald om te vermijden dat de opdrachtnemer informatie zou delen met derden, waardoor de essentiële veiligheid van de staat in het gedrang zou kunnen komen.

Volgens de verzoekende partij biedt de wet overheidsopdrachten 2016 immers voldoende mogelijkheden om de nodige maatregelen te nemen teneinde sluitende garanties te verkrijgen inzake de integriteit en de bekwaamheid van de opdrachtnemer. In dit verband gaat zij in op de volgende minder ingrijpende maatregelen die de verwerende partij had kunnen nemen: toepassing van verplichte of facultatieve uitsluitingsgronden (artikelen 67 tot 70 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikelen 61 tot 64 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017), in het bijzonder

van de uitsluitingsgrond gesteund op twijfel over de integriteit van een inschrijver (artikel 69, eerste lid, 3°, van de wet); toepassing van selectiecriteria (artikel 71 van de wet en artikelen 65 tot 74 van het voornoemde koninklijk besluit); gebruik van de mogelijkheid om via technische specificaties waarborgen te eisen inzake informatieveiligheid (artikel 76, § 1, van het voornoemde koninklijk besluit); gebruik van bepaalde handhavingsinstrumenten tijdens de uitvoering van de opdracht (artikelen 44, 45 en 47 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’).

Gelet op die ter beschikking staande, minder ingrijpende maatregelen, is het volledig onttrekken van de opdracht aan elke mededinging en elke transparantie kennelijk onredelijk.

14.4. De verzoekende partij voert aan, ten vierde, dat niet wordt gemotiveerd waarom slechts twee ondernemingen beschouwd kunnen worden als “absoluut betrouwbare marktdeelnemers”, en alle andere ondernemingen niet.

Zij stelt vast dat noch in het bestek noch in de gemotiveerde gunningsbeslissing de objectieve criteria worden onthuld die werden gehanteerd om te beoordelen of een onderneming al dan niet “absoluut betrouwbaar” is. Zij wijst erop dat er wereldwijd vijf gekende fabrikanten van scanapparatuur zijn, waaronder Nuctech en de twee uitgenodigde ondernemingen. Op geen enkele wijze kan worden achterhaald waarom de verzoekende partij en de twee andere niet-uitgenodigde ondernemingen niet beschouwd worden als absoluut betrouwbare marktdeelnemers.

Pas in de brief van de verwerende partij van 11 april 2023 deelt de verwerende partij mee dat een verslag van de Staatsveiligheid haar handelen verklaart. De verwerende partij kan een gebrek in de motivering evenwel niet rechtzetten door *a posteriori* een motivering toe te voegen.

Zelfs indien het verslag van de Staatsveiligheid ernstige risico’s zou detecteren in hoofde van een specifieke fabrikant van scanapparatuur, dan nog kan dit de door de verwerende partij gevolgde procedure niet verantwoorden. Artikel 42, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt immers dat bij

toepassing van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking meerdere ondernemers geraadpleegd moeten worden, hetgeen betekent dat minstens drie ondernemingen moeten worden geraadpleegd.

14.5. Ten slotte stelt de verzoekende partij vast, ten vijfde, dat evenmin wordt gemotiveerd waarom zij niet als een absoluut betrouwbare marktdeelnemer wordt beschouwd.

14.5.1. De overweging dat zij geen betrouwbare partij is, strookt volgens haar niet met het feit dat de Belgische douane de voorbije jaren meerdere scanapparaten van de verzoekende partij heeft aangekocht én op heden nog steeds in gebruik heeft. De verzoekende partij legt een dossier voor van opdrachten die aan haar werden gegund en tot op vandaag in gebruik zijn. Zij betoogt hieromtrent het volgende:

“[...] Zo voorziet het bestek S&L/DA/2018/123, gegund op 22 januari 2019 [...] een onderhoudscontract (en dus ook een minimale levensduur) van 10 jaar. Daarnaast had verwerende partij eerder al een gelijkaardige opdracht gegund voor het ontwerp, realisatie en levering van een scaninstallatie op de scansite te Antwerpen (Rechteroever) op basis van het bestek S&L/AO/470/2015 [...]. Deze opdracht werd gegund op 15 december 2015 en is thans nog lopende. [...]

Uit [de] recente communicatie met verwerende partij van maart-april 2023 blijkt duidelijk dat zij vragende partij is om deze overheidsopdracht met verzoekster uit te breiden met diensten die niet inbegrepen waren in de oorspronkelijke opdracht en de uitvoering ervan te verlengen tot en met 20 april 2026 [...]. Dit verzoek tot uitbreiding en verlenging van de opdracht dateert van na de goedkeuring van de bestreden beslissingen en aldus het kennis hebben genomen van de inhoud van het rapport van de Staatsveiligheid. Het actueel gebruik van Nuctech scanners door verwerende partij blijkt ook uit recente nieuwsberichten waarin de scanapparatuur van Nuctech vermeld of afgebeeld wordt [...].

[...] Als er - blijkens het rapport van de Staatsveiligheid - een risico op datalekken zou zijn in het kader van het gebruik van Nuctech scanapparatuur, dan zou dit de verwerende partij ook [ertoe] moeten nopen de Nuctech scanners die zij op heden in gebruik heeft, onmiddellijk uit bedrijf te nemen, quod non.

Zoals reeds aangehaald [...] heeft de bevoegde minister van Financiën recent [in antwoord op parlementaire vragen] verklaard dat Nutech scanapparaten geen risico vormen (inzake databescherming).”

De verzoekende partij voegt ook een lijst toe van opdrachten die (recent) aan Nuctech gegund werden door de federale politie.

Naast “de tegenstrijdigheid in het handelen van de verwerende partij” wijst de verzoekende partij er ten slotte nog op dat het opmerkelijk is dat de twee enige inschrijvers die volgens de beoordeling van de verwerende partij “absoluut betrouwbaar” zijn, gevestigd zijn in het Verenigd Koninkrijk en dus niet onderworpen zijn aan de EU-wetgeving, terwijl de verzoekende partij, die opgericht en gevestigd is in de Europese Unie, wel bij voorbaat wordt uitgesloten.

14.5.2. Ter terechtzitting gaat de verzoekende partij ook in op een aantal redenen die de verwerende partij in haar nota aanhaalt om haar als onbetrouwbaar te bestempelen. Zij voert aan dat haar banden met de Tsinghua-universiteit al tientallen jaren bekend zijn. Zij benadrukt dat zij geen Chinese, maar een Poolse onderneming is. Zij erkent dat de Chinese nationale inlichtingenwet van 27 juni 2017 Chinese bedrijven verplicht om hun medewerking te verlenen aan nationale inlichtingenactiviteiten, maar niet om mee te werken aan spionageactiviteiten. In zoverre de verwerende partij melding maakt van haar intentie om de scanapparatuur op te nemen in een overkoepelend netwerk, gaat het om een intentie die niet vermeld is in het bestek. In elk geval gaat het niet om gevoelige data, en evenmin om dataverwerking door de verwerende partij. Bovendien zou de verzoekende partij niet zomaar kunnen “inbreken” in het netwerk van de verwerende partij. De douane moet haar daarvoor immers eerst toegang verlenen, bijvoorbeeld voor het onderhoud van de scanners.

15. In haar nota geeft de verwerende partij vooreerst een overzicht van de feitelijke context van de bestreden beslissingen.

Zij licht toe dat begin februari 2021 mediaberichten verschenen omtrent de scanners van Nuctech die in andere lidstaten van de Europese Unie werden gebannen omwille van veiligheidsredenen. Zij verwijst eveneens naar het antwoord van de minister van Financiën op parlementaire vragen van de volksvertegenwoordigers Vermeersch en Freilich van 15 februari 2021, met betrekking tot eventuele veiligheidsrisico's die verbonden zijn aan de scanners

van Nuctech, waarin werd gesteld dat de Belgische douane in overleg was met de Veiligheid van de Staat. Met het oog op nader onderzoek werd de aankoopprocedure voor bijkomende x-stralenapparatuur met toebehoren gepauzeerd. Bij het nader onderzoek kwam de FOD tot de vaststelling dat er inderdaad potentiële veiligheidsrisico's kleefden aan Nuctech.

In dat verband wijst de verwerende partij erop, ten eerste, dat Nuctech in wezen een Chinees bedrijf is. Op de website van Nuctech wordt de verzoekende partij voorgesteld als een afdeling van Nuctech Company Limited, gevestigd in Beijing. De e-mailadressen van de Europese bijkantoren van Nuctech hebben alle dezelfde structuur als het e-mailadres van Nuctech Company Limited. Uit de statuten van de verzoekende partij valt duidelijk af te leiden dat zij onder de volledige controle staat van Nuctech Hong Kong Company Ltd, gevestigd in Hong Kong, en dat haar raad van bestuur uitsluitend door die vennootschap benoemd wordt. De verwerende partij voert aan dat Nuctech Hong Kong Company Ltd volgens de Chinese nationale inlichtingenwet van 2017 verplicht is de nationale inlichtingenactiviteiten te ondersteunen, te assisteren en haar medewerking daaraan te verlenen (artikel 7), en dat bedrijven als Nuctech verplicht zijn om posities binnen het bedrijf open te stellen en te reserveren voor inlichtingenofficieren (artikel 24).

Nuctech is, ten tweede, een bedrijf dat ontstaan is in de schoot van de Tsinghua-universiteit van Beijing, wat onder meer wordt bevestigd op de website van Nuctech Company Limited. Deze Tsinghua-universiteit wordt door het Australian Strategic Policy Institute (ASPI) beschouwd als een instelling waaraan een zeer hoog veiligheidsrisico is verbonden, als gevolg van belangrijke defensie-onderzoeksprojecten uitgevoerd door de universiteit en een vermeende betrokkenheid bij cyberaanvallen.

De verwerende partij zet voorts uiteen, ten derde, dat de scanners die zij wenst aan te kopen, zouden worden ingezet voor controles onder andere in de strijd tegen de internationale drugstrafiek, de georganiseerde misdaad en de schade aan bedrijven in het havengebied, en ter vrijwaring van de volksgezondheid. De mogelijke afhankelijkheid in deze sectoren van een buitenlandse mogendheid, die economische dossiers meer en meer lijkt te

gebruiken om haar eigen politieke doelstellingen te bereiken, houdt inherent een veiligheidsrisico in voor deze sectoren. Nu reeds al is meer dan de helft van de scan-capaciteit van de verwerende partij afhankelijk van de operationaliteit van Nuctechscanners. “Via deze specifieke opdracht betreffende de aankoop van bijkomende X-stralenapparatuur maakt België zich bijkomend afhankelijk van een buitenlands regime en kunnen dus bepaalde essentiële veiligheidsbelangen van België in het gedrang komen.”

De verwerende partij wijst voorts op het feit dat de detectieapparaten waarover zij beschikt tot voor kort niet verbonden waren met elkaar of met een centraal systeem. De FOD Financiën, en in het bijzonder de administratie van de Douane en Accijnzen, heeft inmiddels echter de strategische beslissing genomen om deze detectieapparatuur in een geavanceerd overkoepelend netwerk op te nemen. “Deze overgang van een offline werkmethode naar een nieuwe verbonden omgeving zal leiden tot een geoptimaliseerd en uitgebreid gegevensbeheer.” De te leveren detectieapparatuur zou ook deel uitmaken van het nieuwe gegevensnetwerk. In die situatie houdt het gebruik van de apparatuur van de verzoekende partij een bijzonder hoog veiligheidsrisico in.

16. Het is in die context dat de verwerende partij tot het besluit is gekomen dat de gepaste manier om de bedreigde veiligheidsbelangen in deze specifieke opdracht te beschermen, een toepassing van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft.

Aldus valt de aankoop van de scanners buiten het toepassingsgebied van die wet. De verwerende partij koos er niettemin voor om een aankoopprocedure te kiezen die aanleunt bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. De gevolgde procedure is geen onderhandelingsprocedure in de zin van artikel 42 van de wet, maar is wel naar analogie gesteund op die procedure.

Voor de interpretatie van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 verwijst ook de verwerende partij naar de conclusie

van advocaat-generaal Emiliou in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21, waarin de draagwijdte van artikel 15, lid 2, van richtlijn 2014/24 wordt onderzocht.

17. Vervolgens gaat de verwerende partij in op de vijf argumenten die de verzoekende partij in haar eerste middel ontwikkelt.

17.1. Wat het eerste argument betreft, repliceert de verwerende partij dat het doorslaggevende criterium voor de toepassing van artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen is. Zoals uit de tekst van die bepaling blijkt, is het stellen van eisen aan de bescherming van het vertrouwelijk karakter van de informatie die zich in de opdrachtdocumenten bevindt een voorbeeld van een minder ingrijpende maatregel om essentiële veiligheidsbelangen te beschermen. Die essentiële belangen kunnen ook uit andere elementen bestaan dan de loutere informatie die zich in de opdrachtdocumenten bevindt. De wettekst zelf is op een zodanig ruime manier omschreven dat ook de uitsluiting bij voorbaat van bepaalde ondernemingen tot de mogelijkheden van de aanbestedende overheid kan behoren, wanneer dit nodig is ter vrijwaring van die belangen.

17.2. Wat het tweede argument betreft, meent de verwerende partij dat de verzoekende partij een te beperkende definitie van het begrip “essentiële veiligheidsbelangen” hanteert.

De verwerende partij licht toe dat de te beschermen veiligheidsbelangen die in het gedrang konden komen door een gunning van deze specifieke opdracht aan de verzoekende partij, onder meer de volgende waren:

- “- De vrijwaring van (persoons-)gegevens in het systeem van de FOD;
- De vrijwaring van alle andere gegevens die door de apparatuur (en bij uitbreiding het nieuwe overkoepelende systeem) verwerkt zouden worden;
- De vrijwaring tegen kennisvergaring door buitenlandse inlichtingendiensten of zelfs cyberaanvallen;
- Het vermijden dat een kritieke sector (onder andere in de strijd tegen de internationale drugstrafiek, de georganiseerde misdaad, de schade aan bedrijven in het havengebied en ter vrijwaring van de volksgezondheid) in

een hoge mate afhankelijk wordt van een buitenlands regime dat economische dossiers instrumentaliseert voor (geo)politieke doeleinden.”

Zij meent dat de verzoekende partij de omvang van de betrokken veiligheidsbelangen minimaliseert. Met verwijzing naar het bestek, betwist de verwerende partij de stelling van de verzoekende partij dat het bij de te leveren scanners om stand-alone hardware zou gaan. Uit het bestek blijkt al dat het gaat om hardware die op het interne netwerk van de FOD Financiën kan worden aangesloten en om software die op de computers van de FOD kon worden geïnstalleerd. Het is daarenboven de intentie van de FOD, “wat niet in het bestek staat vermeld maar even zwaar doorweegt”, “om deze detectieapparatuur in een geavanceerd overkoepelend netwerk op te nemen”. Aldus krijgt “de uiteindelijke leverancier [...] met een 5 à 9-tal scanners zicht op de goederenstromen in de grootste haven van België, verkrijgt [hij] een aansluiting op de interne systemen van de FOD – waaronder op het nieuwe overkoepelende systeem – en plaatst [hij] zich in een belangrijke positie in het uitvoeringsproces van de FOD van de taken die haar zijn toebedeeld”.

De verwerende partij herinnert er ook nog aan dat de FOD in september 2021 van de Veiligheid van de Staat een profielanalyse van Nuctech verkreeg, “die bepaalde elementen bevestigde”. “Omtrent de inhoud van deze profielanalyse heeft de FOD geen appreciatiemarge. Zij kon niet anders dan met de grootste diligentie te handelen op deze analyse.” Die analyse heeft de FOD op een redelijke wijze doen besluiten dat de risico’s voldoende hoog zijn indien de opdracht zou worden gegund aan de verzoekende partij.

17.3.1. Wat het derde argument betreft, verwijst de verwerende partij naar de conclusie van advocaat-generaal Emiliou in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21. Zij benadrukt dat de voorwaarde om artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 toe te passen (“voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen”) betrekking heeft op minder ingrijpende maatregelen die hetzelfde niveau van bescherming bieden, en dat het aan de (aanbestedende) overheid toekomt om het niveau van gewenste bescherming vast te stellen.

De verwerende partij merkt ook op, met verwijzing naar de voornoemde conclusie, dat de bewijslast voor de overheid niet zo zwaar kan zijn dat deze positief moet aantonen dat het passend niveau van bescherming met geen enkele andere voorstelbare maatregel onder dezelfde omstandigheden kan worden bereikt, of dat zij elke alternatieve maatregel moet benoemen die hypothetisch in overweging zou kunnen worden genomen en uitleggen waarom die maatregelen alle moeten worden verworpen.

Het niveau van bescherming dat door de FOD werd gekozen, en waarvoor deze de grootste beoordelingsvrijheid geniet, was het absoluut verhinderen van een gunning van de opdracht aan een marktdeelnemer ten aanzien van wie er in voldoende mate aangetoonde risico's bestaan.

17.3.2. De verwerende partij gaat vervolgens in op de door de verzoekende partij aangehaalde alternatieven.

In verband met de toepassing van uitsluitingsgronden, voert de verwerende partij aan dat geen van de veiligheidsrisico's die een gunning van de opdracht aan de verzoekende partij met zich zou meebrengen, onder enige toepassingsmogelijkheid van een verplichte uitsluitingsgrond valt. Voorts kan geen van de facultatieve uitsluitingsgronden hetzelfde niveau van bescherming bieden als de maatregel bedoeld in artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. Wat meer bepaald de facultatieve uitsluitingsgrond bedoeld in artikel 69, eerste lid, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 betreft, merkt de verwerende partij op dat deze betrekking heeft op gemaakte fouten in het verleden, maar niet op in de toekomst te maken fouten. De verwerende partij stelt zich overigens ook de vraag naar het belang van de verzoekende partij bij het argument dat erin bestaat dat de FOD de uitsluiting van Nuctech uit de opdracht op een andere manier had moeten bewerkstelligen.

In verband met de toepassing van selectiecriteria voert de verwerende partij aan dat die criteria betrekking hebben op de juridische en financiële middelen van een kandidaat of inschrijver, en op diens technische bekwaamheden en beroepsbekwaamheden. De risico's die met de verzoekende

partij te maken hebben staan echter los van haar juridische en financiële middelen en van het niveau van haar bekwaamheden.

In verband met de toepassing van technische specificaties voert de verwerende partij aan dat ongewenste inmenging door buitenlandse veiligheidsdiensten in kritieke systemen of een te grote strategische afhankelijkheid van een buitenlandse mogendheid niet valt tegen te gaan door met de verzoekende partij contractueel overeen te komen “dat dit niet mag”. Een inbreuk op technische specificaties zou hoogstens aanleiding geven tot een contractuele aansprakelijkheid, maar geenszins tot het vermijden van een aantasting van de te beschermen veiligheidsbelangen. Het is bovendien de vraag in hoeverre de leidinggevende entiteiten van Nuctech gebonden zouden zijn door bepalingen van het bestek, wetende dat de Chinese nationale inlichtingenwet van 2017 anders voorschrijft.

In verband met de eventuele toepassing van handhavingsmaatregelen, merkt de verwerende partij op dat dergelijke maatregelen steeds een curatief of punitief karakter hebben, geen preventief. Als een aanbestedende overheid toepassing maakt van handhavingsmaatregelen, is het kwaad al geschied. De te beschermen veiligheidsbelangen zouden dan reeds geschonden zijn.

17.4. Wat het vierde argument betreft, dat niet wordt aangetoond waarom de veiligheid van het Rijk door slechts twee ondernemers gewaarborgd kan worden, voert de verwerende partij aan dat artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 niet als voorwaarde stelt dat moet worden aangetoond dat de gekozen maatregel de bescherming van de bedreigde veiligheidsbelangen garandeert. “Toegepast op deze opdracht betekent dit dat de FOD niet de bewijslast draagt om aan te tonen dat de uitgenodigde kandidaten, Smiths en Rapiscan, en hun apparatuur géén bedreiging vormen voor de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk. Hoe dan ook is het antwoord op deze vraag relatief eenvoudig: omdat er geen aanwijzingen bestaan in die zin; omdat noch Smiths noch Rapiscan zijn opgericht in de schoot van een universiteit die een hoog veiligheidsrisico draagt en bekend staat om betrokkenheid bij defensie-onderzoeksprojecten [...] en een vermeende betrokkenheid bij

cyberaanvallen (zie hoger); omdat noch Smiths noch Rapisan uiteindelijk onder staatscontrole staan van een mogendheid die economische dossiers gebruikt in (geo)politieke kwesties (zie hoger); omdat noch Smiths noch Rapisan onderworpen zijn aan een wetgeving die hun verplicht om deel te nemen aan inlichtingenactiviteiten van een [vreemde] mogendheid, verplicht om dergelijke activiteiten geheim te houden en verplicht om betrekkingen te reserveren voor inlichtingenofficieren van die vreemde mogendheid (zie hoger).”

Voor zover de verzoekende partij argumenteert dat de verwerende partij ook andere gegadigden (buiten Nuctech) had kunnen uitnodigen, voert de verwerende partij aan dat zij daarbij geen belang heeft. Die grief verbetert haar huidige positie immers niet en strekt haar niet tot voordeel. Bovendien is er geen regel dat er minimaal drie potentiële kandidaten moeten worden uitgenodigd. Hoe dan ook leidde “een doorgedreven marktonderzoek in combinatie met potentiële inschrijvers die afhaken en potentiële inschrijvers die een veiligheidsrisico bleken in te houden” ertoe dat uiteindelijk maar twee marktpelers werden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

17.5. Wat het vijfde argument betreft, dat er geen bewijs voorhanden zou zijn dat de verzoekende partij geen absoluut betrouwbare marktdeelnemer zou zijn, verwijst de verwerende partij andermaal naar de conclusie van advocaat-generaal Nicholas Emiliou in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21. Volgens de advocaat-generaal is het voldoende dat een lidstaat aan de hand van specifieke en geloofwaardige elementen uiteenzet dat er redelijke gronden bestaan om aan te nemen dat de toepassing van de aanbestedingsregels met betrekking tot bepaalde overheidsopdrachten zijn essentiële veiligheidsbelangen zou kunnen ondermijnen. Bovendien behoeft de bedreiging niet echt bestaand of zeker te zijn, en kunnen potentiële risico's volstaan.

De specifieke en geloofwaardige elementen aan de hand waarvan de verwerende partij tot de conclusie is gekomen dat de toepassing van de aanbestedingsregels de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk zou kunnen ondermijnen, zijn te dezen, zoals reeds toegelicht in het feitenrelaas, de volgende:

“- Nuctech werd opgericht in de schoot van een instelling die een hoog veiligheidsrisico draagt en bekend staat om betrokkenheid bij defensie-onderzoeksprojecten [...] en een vermeende betrokkenheid bij cyberaanvallen (zie hoger);
- Nuctech [staat] onder staatscontrole [...] van een mogendheid die economische dossiers gebruikt in (geo)politieke kwesties (zie hoger);
- Nuctech [is onderworpen] aan een wetgeving die haar verplicht om deel te nemen aan inlichtingenactiviteiten van een land, dergelijke activiteiten geheim te houden en betrekkingen te reserveren voor inlichtingenofficiëren van dat land (zie hoger).”

Het loutere gegeven dat de FOD in het verleden (dus vóór de kennisname van de profielanalyse opgesteld door de Veiligheid van de Staat en vóór de intentie van de FOD om een overkoepelend systeem te creëren) opdrachten heeft gegund aan de verzoekende partij, doet volgens de verwerende partij niet ter zake. Hetzelfde geldt voor de vaststelling dat bepaalde systemen van de verzoekende partij nog steeds in gebruik zijn. Evenmin is er volgens haar reden om het toenmalig Nederlandse standpunt vertolkt in de rapporten vanwege het Nederlandse Ministerie van Financiën die worden bijgebracht door de verzoekende partij, te transponeren naar België. De verzoekende partij citeert trouwens zeer selectief uit die rapporten.

Het antwoord van de Belgische minister van Financiën op parlementaire vragen, volgens welk er geen aanleiding was om te twijfelen aan de integriteit en betrouwbaarheid van Nuctech, dateert van vóór het opstellen van de profielanalyse door de Veiligheid van de Staat. De verzoekende partij gaat ook voorbij aan de volgende relevante passage in dat antwoord: “De Belgische douane is in overleg met de Veiligheid van de Staat over het veiligheidsprofiel van Nuctech.” Dat de FOD na verder onderzoek en na ontvangst van de profielanalyse door de Veiligheid van de Staat alsnog zijn standpunt wijzigt, maakt deze houding geenszins tegenstrijdig of onwettig, zoals de verzoekende partij beweert. Dit is wel degelijk een diligente houding “die kadert in een voortschrijdend inzicht”.

18. De verwerende partij gaat ten slotte nog in op de andere bepalingen en beginselen waarvan de schending in het eerste middel wordt aangevoerd.

In verband met de aangevoerde schending van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en de formele- en materiële motiveringsplicht merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partij blijkbaar in staat is om een omvangrijk verzoekschrift in een schorsingsprocedure te produceren. Zij kan dus klaarblijkelijk met voldoende kennis van zaken de bestreden beslissingen aanvechten en aan kritieken onderwerpen. Bovendien bepaalt artikel 4, 4°, van de motiveringswet dat de wettelijk voorgeschreven motiveringsplicht niet van toepassing is indien de motivering van de handeling afbreuk kan doen aan de bepalingen van de zwijgplicht. De profielanalyse van de Veiligheid van de Staat bevat een verplichting om bepaalde informatie niet bloot te geven, minstens om de Veiligheid van de Staat niet als bron van deze informatie aan te duiden. De motiveringsplicht is niet verzoenbaar met die zwijgplicht, zodat de aangehaalde bepalingen niet geschonden zijn. De aangehaalde algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen geen afbreuk doen aan de in artikel 4, 4°, van de motiveringswet bedoelde uitzondering op de motiveringsverplichting.

In verband met de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel erkent de verwerende partij dat de redelijkheid een grens stelt aan de beoordelingsvrijheid van de overheid. Zij voert aan dat de omvang van de opdracht te dezen bijdroeg tot haar beslissing om artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 toe te passen. Hoe groter de opdracht, hoe behoedzamer de FOD moet zijn voor eventuele veiligheidsrisico's.

Voor het overige is de verwerende partij van oordeel dat geen van de andere aangehaalde beginselen is geschonden.

Beoordeling

19. In het eerste middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat op onwettige wijze toepassing werd gemaakt van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. Die bepaling luidt als volgt:

“Deze wet is niet van toepassing op overheidsopdrachten die niet anderszins op grond van paragraaf 1 zijn uitgesloten, voor zover de

bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende overheid in een plaatsingsprocedure overeenkomstig deze wet beschikbaar stelt.

Voorts is deze wet, overeenkomstig artikel 346, lid 1, a), van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, niet van toepassing op overheidsopdrachten die niet anderszins op grond van paragraaf 1 van dit artikel zijn uitgesloten, voor zover de toepassing van deze wet het Rijk ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen.”

Artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 vormt de omzetting in het interne recht van artikel 15, lid 2, van richtlijn 2014/24. Die bepaling luidt als volgt:

“Deze richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 zijn uitgezonderd, voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure overeenkomstig deze richtlijn beschikbaar stelt.

Voorts is deze richtlijn overeenkomstig artikel 346, lid 1, onder a), VWEU, niet van toepassing op overheidsopdrachten en prijsvragen die niet anderszins op grond van lid 1 van dit artikel zijn uitgezonderd, voor zover de toepassing van deze richtlijn een lidstaat ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen.”

Eerste onderdeel

20. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 erop gericht is om de verspreiding van vertrouwelijke en gevoelige informatie in de opdracht-documenten te vermijden, door die te onttrekken aan de bekendmakings- en andere transparantieverplichtingen. De informatie in de opdracht-documenten van de voorliggende opdracht zou echter niet vertrouwelijk of geheim zijn, zodat de verwerende partij een oneigenlijk gebruik gemaakt heeft van de uitzonderingsgrond vervat in artikel 33, § 2.

21. Artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat de wet niet van toepassing is “voor zover de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen”. Het begrip “essentiële veiligheidsbelangen” wordt niet nader gedefinieerd. Artikel 33, § 2, tweede lid, bepaalt dat de wet “voorts” niet van toepassing is “voor zover de toepassing van deze wet het Rijk ertoe zou verplichten informatie ter beschikking te stellen waarvan hij de openbaarmaking in strijd acht met zijn essentiële veiligheidsbelangen”.

Uit de samenlezing van die twee leden lijkt te volgen dat de openbaarmaking van bepaalde informatie in strijd kan komen met de essentiële veiligheidsbelangen, maar dat dit niet de enig mogelijke omstandigheid is die strijd met die belangen kan opleveren.

Die conclusie lijkt bevestigd te worden door wat voorts bepaald is in artikel 33, § 2, eerste lid, namelijk dat minder ingrijpende maatregelen “bijvoorbeeld” kunnen bestaan in het stellen van eisen “ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die de aanbestedende overheid in een plaatsingsprocedure overeenkomstig deze wet beschikbaar stelt”.

22. Het gegeven dat de opdrachtdocumenten op verzoek van de verzoekende partij aan haar werden bezorgd, lijkt dienvolgens geen reden te zijn om aan te nemen dat geen toepassing mocht worden gemaakt van de uitzonderingsgrond van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016.

23. Het eerste onderdeel, dat lijkt uit te gaan van een onjuiste rechtsopvatting, is niet ernstig.

Tweede onderdeel

24. In het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de verwerende partij niet motiveert waarom de voorliggende opdracht raakt aan de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk. De verzoekende partij betwist voorts dat die belangen in het gedrang zouden kunnen komen door de x-stralenscanapparatuur die het voorwerp van de opdracht vormt.

Motivering

25. In zoverre de verzoekende partij een schending aanvoert van de formelemotiveringsplicht, lijkt de verwerende partij zich terecht te beroepen op artikel 4, 4°, van de motiveringswet. Volgens die bepaling is de bij de voornoemde wet voorgeschreven motiveringsplicht niet van toepassing indien de motivering van de betrokken handeling “afbreuk kan doen aan de bepalingen inzake de zwijgplicht”. Te dezen steunt de verwerende partij onder meer op een

analyse van de Veiligheid van de Staat. In die analyse wordt gesteld dat het betrokken document slechts een “beperkte verspreiding” mag kennen, in de zin van artikel 20 van het koninklijk besluit van 24 maart 2000 ‘tot uitvoering van de wet van 11 december 1998 betreffende de classificatie en de veiligheidsmachtigingen, veiligheidsattesten en veiligheidsadviezen’, dit wil zeggen dat de verspreiding beperkt moet blijven tot de personen die bevoegd zijn om er kennis van te nemen.

Meer algemeen lijkt de niet-toepassing van de formelemotiveringsplicht ook voort te vloeien uit artikel 4, 1°, van de motiveringswet. Naar luid van die bepaling is de motiveringsplicht niet van toepassing indien de motivering van de betrokken handeling “de uitwendige veiligheid van de Staat in het gedrang kan brengen”.

26. De bestreden beslissingen moeten evenwel, zoals elke overheidshandeling, op grond van het materiële motiveringsbeginsel steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen.

Te dezen heeft de verwerende partij in haar schrijven van 11 april 2023 uitgelegd dat aan de beslissing om de voorliggende opdracht te onttrekken aan de toepassing van de wet overheidsopdrachten 2016 en om slechts twee potentiële inschrijvers uit te nodigen, een analyse van de Veiligheid van de Staat ten grondslag ligt. Zij verwijst in dat schrijven ook naar punt B.1 van het bestek, waarin nadere redenen worden gegeven voor het niet bekendmaken van de plaatsingsprocedure. Daarin wordt uitdrukkelijk gesteld dat “het uiterst belangrijk [is] dat de informatie die de screening van goederenstromen oplevert, in geen geval gedeeld kan worden met partijen die daarvan oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken”.

Het dossier bevat aldus wel degelijk documenten, deels vertrouwelijk (de analyse van de Veiligheid van de Staat, die de Raad van State heeft kunnen inzien), deels niet-vertrouwelijk (het bestek en het schrijven van 11 april 2023), waaruit de motieven blijken op grond waarvan de verwerende partij geoordeeld heeft dat de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk vergen

dat de plaatsingsprocedure buiten de toepassing van de wet overheidsopdrachten 2016 wordt gevoerd.

Of die motieven naar behoren zijn bewezen en in rechte ter verantwoording van het bedoelde oordeel in aanmerking kunnen worden genomen, wordt hierna onderzocht.

“Essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk”

27. Zoals hiervoor is opgemerkt, wordt het begrip “essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk” niet gedefinieerd in artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. Het wordt ook niet gedefinieerd in enige andere bepaling van de wet.

Het begrip “essentiële veiligheidsbelangen van een lidstaat” wordt evenmin gedefinieerd in artikel 15, lid 2, van richtlijn 2014/24. Zoals advocaat-generaal Emiliou evenwel opmerkt in zijn conclusie in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21, kan het begrip “veiligheid” geacht worden overeen te stemmen met de begrippen “openbare veiligheid” en “nationale veiligheid” die in andere bepalingen van het Unierecht voorkomen (punt 48). In verband met het begrip “nationale veiligheid” bedoeld in artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) heeft het Hof van Justitie opgemerkt dat de nationale veiligheid volgens de voornoemde verdragsbepaling tot de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat behoort. Voorts is het Hof van oordeel dat “deze verantwoordelijkheid strookt met het grote belang dat wordt gehecht aan de bescherming van de essentiële staatsfuncties en de fundamentele belangen van de samenleving, en omvat [het begrip ‘nationale veiligheid’] het voorkomen en bestrijden van activiteiten die de fundamentele constitutionele, politieke, economische of sociale structuren van een land ernstig kunnen destabiliseren en, met name, een rechtstreekse bedreiging kunnen vormen voor de samenleving, de bevolking of de staat als zodanig, zoals terroristische activiteiten” (HvJ, 6 oktober 2020, La Quadrature du Net e.a., C-511/18, C-512/18 en C-520/18, punt 135).

In artikel 15, lid 2, van richtlijn 2014/24 – en in artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 – gaat het om “essentiële” veiligheidsbelangen. Dit lijkt met zich te brengen dat, om een plaatsingsprocedure te kunnen onttrekken aan de toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, belangen die te maken hebben met de essentie van het veiligheidsbeleid zelf – of met de “kernonderdelen van het veiligheidsbeleid”, in de woorden van advocaat-generaal Emiliou (punt 50) – in het gedrang moeten kunnen komen.

28. Gelet op de aard van de in het geding zijnde belangen, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime vrijheid bij het beoordelen of een bepaalde opdracht de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk al dan niet in het gedrang kan brengen.

Die beoordelingsruimte kan in een rechtsstaat evenwel niet onbeperkt zijn. In geval van betwisting staat het aan de aanbestedende overheid om voor de rechter aannemelijk te maken, op grond van verifieerbare gegevens, dat er een reëel risico bestaat dat de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten afbreuk zou doen aan de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk.

29. De voorliggende opdracht heeft als voorwerp de levering, de indienststelling en het onderhoud van minimaal vijf mobiele x-stralenscanners. Die apparaten zijn in de eerste plaats bestemd voor controles in de haven van Antwerpen. Zoals hiervoor is overwogen, bepaalt het bestek onder punt B.1 dat “het uiterst belangrijk [is] dat de informatie die de screening van goederenstromen oplevert, in geen geval gedeeld kan worden met partijen die daarvan oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken”.

Zoals de verwerende partij benadrukt, blijkt uit het bestek ook dat de te leveren hardware op het interne netwerk van de FOD Financiën aangesloten moet kunnen worden en dat de beeldanalysesoftware geïnstalleerd moet kunnen worden op de computers van de FOD. Het is bovendien de bedoeling om de te leveren apparatuur in een “geavanceerd overkoepelend netwerk” op te nemen.

In haar nota verwijst de verwerende partij naar de volgende veiligheidsbelangen die in het gedrang kunnen komen als de apparatuur geleverd zou worden door ondernemingen die vanuit veiligheidsoogpunt niet betrouwbaar zijn: de vrijwaring van gegevens, waaronder persoonsgegevens, in het systeem van de FOD; de vrijwaring van alle andere gegevens die door de apparatuur, en bij uitbreiding het nieuwe overkoepelend systeem, verwerkt worden; de vrijwaring van België tegen kennisvergaring door buitenlandse inlichtingendiensten of zelfs tegen cyberaanvallen; het vermijden dat kritieke sectoren, onder meer de strijd tegen de internationale drugstrafiek, de georganiseerde misdaad en de schade aan bedrijven in het havengebied en de vrijwaring van de volksgezondheid, in een hoge mate afhankelijk zouden worden van een buitenlands regime dat economische dossiers instrumentaliseert voor (geo)politieke doeleinden.

30. Het komt de Raad van State voorshands voor dat de door de verwerende partij vermelde belangen in redelijkheid geacht kunnen worden verband te houden met het voorwerp van de voorliggende opdracht. Daarbij mag volgens de Raad rekening gehouden worden met de context van de opdracht, en meer bepaald met de intentie van de verwerende partij om de te leveren apparatuur in een overkoepelend netwerk op te nemen, ook al is die intentie niet vermeld in het bestek. Bij het vermijden van veiligheidsrisico's gaat het immers ook om het vermijden van risico's die zich pas in de toekomst kunnen voordoen.

Het lijkt de Raad van State bovendien niet onredelijk om die belangen te beschouwen als “essentiële veiligheidsbelangen” van het Rijk. Een oneigenlijk gebruik van de gegevens die met behulp van de te leveren apparatuur verkregen kunnen worden, lijkt immers aanleiding te kunnen geven tot de destabilisatie van een aantal belangrijke sectoren, zoals de politie, de volksgezondheid en de economie.

De verwerende partij maakt in de huidige stand van de procedure aldus voldoende aannemelijk dat er essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk zijn, die in het gedrang kunnen komen.

Conclusie in verband met het tweede onderdeel

31. Gelet op het voorgaande, is het onderdeel niet ernstig.

Derde onderdeel

32. In het derde onderdeel wordt aangevoerd dat de verwerende partij de wet overheidsopdrachten 2016 buiten toepassing heeft verklaard, terwijl haar minder ingrijpende maatregelen ter beschikking stonden om de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk te waarborgen.

33. Artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat die wet slechts dan niet van toepassing is, indien de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk “niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen”.

Zoals door de verwerende partij wordt aangevoerd, met verwijzing naar de voornoemde conclusie van advocaat-generaal Emiliou in de zaak Commissie t. Polen, C-601/21 (punt 62), behoort de nationale veiligheid volgens artikel 4, lid 2, VEU tot de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat van de Europese Unie. De verwerende partij leidt hieruit af dat het aan de aanbestedende overheid staat om het niveau van bescherming te bepalen, dat zij wenst te waarborgen. Met die opvatting kan de Raad van State voorshands instemmen, onder voorbehoud evenwel dat de aanbestedende overheid bij het bepalen van het niveau van bescherming de perken van de redelijkheid niet te buiten mag gaan.

Uit het voorgaande lijkt te volgen dat de “minder ingrijpende maatregelen”, die een beletsel zijn voor het buiten toepassing verklaren van de wet overheidsopdrachten 2016, van die aard moeten zijn dat zij het niveau van bescherming kunnen waarborgen dat door de aanbestedende overheid passend wordt geacht. Het is met die maatstaf voor ogen dat de door de verzoekende partij aangevoerde alternatieven beoordeeld moeten worden.

34. De uitsluitingsgronden waarvan sprake in de artikelen 67 tot 69 van de wet overheidsopdrachten 2016, hebben onder meer als doelstelling te waarborgen dat ondernemingen die zich eerder schuldig gemaakt hebben aan bepaalde praktijken, of waarvoor er bepaalde aanwijzingen in die zin bestaan, niet aan de opdracht deelnemen. De verzoekende partij wijst specifiek op artikel 69, eerste lid, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016, dat betrekking heeft op inschrijvers die in de uitoefening van hun beroep een ernstige fout hebben begaan, waardoor hun integriteit in twijfel kan worden getrokken.

De verwerende partij maakt voorshands aannemelijk dat de bescherming van de nationale veiligheid door de aanwending van de uitsluitingsgronden niet kan worden gegarandeerd. Het veiligheidsrisico bestaat immers ook ten aanzien van ondernemingen die in het verleden nog geen ernstige fouten hebben gemaakt. De mogelijkheid voor een betrokken onderneming om corrigerende maatregelen te nemen, zoals omschreven in artikel 70, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016, lijkt ook niet van aard om ter zake relevant te zijn.

35. De selectiecriteria hebben volgens artikel 71, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 betrekking op de geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen, de economische en financiële draagkracht, of de technische en beroepsbekwaamheid.

Met de verwerende partij wordt op het eerste gezicht vastgesteld dat de veiligheidsrisico's waarvan te dezen sprake, niets te maken hebben met die kwaliteiten. Een onderneming kan bijvoorbeeld perfect geschikt of bekwaam zijn om de opdracht uit te voeren, zoals bijvoorbeeld het geval is met de verzoekende partij, maar daarmee is het risico voor de veiligheidsbelangen niet geneutraliseerd.

36. Artikel 76, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 bepaalt dat de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten als een substantiële onregelmatigheid wordt beschouwd. Volgens de verzoekende partij had de

verwerende partij in de technische bepalingen van het bestek minimale eisen en substantiële vereisten kunnen opnemen, die voorzien in garanties voor de vertrouwelijkheid, de veiligheid, de verwerking en de verzameling van data die bij de uitvoering van de opdracht gegenereerd worden of kunnen worden.

De verwerende partij antwoordt hierop dat het veiligheidsrisico te dezen niet vermeden kan worden door het opnemen van bepaalde clausules in de overeenkomst die met de opdrachtnemer gesloten wordt. Dit geldt bijvoorbeeld voor ongewenste inmengingen van buitenlandse inlichtingendiensten of voor het creëren van een te grote strategische afhankelijkheid van een buitenlandse mogendheid.

Rekening houdend met het feit dat het aan de verwerende partij, als aanbestedende overheid, toekomt om het passende niveau van bescherming te bepalen, lijkt zij in redelijkheid te hebben kunnen besluiten dat de mogelijkheid om bepaalde technische specificaties in het bestek op te nemen geen bescherming biedt die gelijkwaardig is aan de niet-toepassing van de wet overheidsopdrachten 2016.

37. De toepassing van handhavingsmaatregelen tijdens de uitvoeringsfase veronderstelt dat de aanbestedende overheid op de hoogte is van een miskenning van de in de overeenkomst bepaalde voorwaarden. Gelet op de aard van het te dezen ingeroepen veiligheidsrisico, lijkt evenwel betwijfeld te kunnen worden of de verwerende partij gemakkelijk het oneigenlijk gebruik van gegevens verkregen met de te leveren apparatuur zou kunnen opmerken.

De verwerende partij lijkt voorts niet zonder reden op te merken dat handhavingsmaatregelen een curatief of punitief karakter hebben, en er niet op gericht zijn om onregelmatigheden te voorkomen. Toegepast op de voorliggende opdracht, betekent dit dat als zij zou optreden tegen een schending van de veiligheidsbelangen, het kwaad al geschied zou zijn. Zij voert aan dat het quasi onmogelijk zou zijn om de situatie terug te draaien. Het komt de Raad van State voor, vanuit dat oogpunt bekeken, dat handhavingsmaatregelen niet geschikt zijn om de bescherming van de veiligheidsbelangen te waarborgen.

38. Gelet op het voorgaande, maakt de verzoekende partij voorshands niet aannemelijk dat er te dezen minder ingrijpende maatregelen genomen konden worden om de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk te waarborgen, op het niveau dat door de verwerende partij passend is geacht.

De partijen hebben het niet gehad over andere mogelijke maatregelen dan die welke door de verzoekende partij zijn vermeld. De Raad van State ziet ook geen andere maatregelen die eventueel in aanmerking zouden komen als gelijkwaardige, minder ingrijpende maatregelen.

De beslissing om de plaatsingsprocedure buiten de toepassing van de wet overheidsopdrachten 2016 te houden, lijkt voorshands dan ook in redelijkheid verantwoord te kunnen worden.

De beslissing om vervolgens slechts twee ondernemingen uit te nodigen, en de verzoekende partij geen uitnodiging te sturen, maakt het voorwerp uit van respectievelijk het vierde en het vijfde onderdeel.

39. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

40. Het vierde onderdeel is gericht tegen het feit dat slechts twee ondernemingen worden uitgenodigd voor het indienen van een offerte. Volgens de verzoekende partij is de keuze van die twee ondernemingen gesteund op criteria die niet bekendgemaakt zijn, en is het niet duidelijk waarom de drie andere gekende fabrikanten van scanapparatuur, waaronder de verzoekende partij, niet uitgenodigd werden. In elk geval dienen bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking minstens drie ondernemingen te worden geraadpleegd.

41. Nu de verwerende partij beslist heeft om toepassing te maken van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, en er voorshands geen reden lijkt te zijn om aan te nemen dat de voorwaarden daartoe niet vervuld

waren, kon zij in beginsel vrij beslissen hoeveel ondernemingen en welke ondernemingen zij zou uitnodigen om een offerte in te dienen.

Weliswaar lijkt zij daarbij gehouden geweest te zijn tot naleving van het gelijkheidsbeginsel, een beginsel waarvan de verzoekende partij de schending aanvoert.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat niet duidelijk is waarom twee andere fabrikanten dan zijzelf niet uitgenodigd werden, lijkt met de verwerende partij aangenomen te moeten worden dat de verzoekende partij geen belang heeft bij die grief. Zelfs indien die grief ernstig zou zijn, zou zij niet ertoe leiden dat de uitsluiting van de verzoekende partij onwettig lijkt. In zoverre lijkt het onderdeel dan ook onontvankelijk te zijn bij gebrek aan belang.

In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat niet duidelijk is waarom zijzelf niet uitgenodigd werd, valt de grief samen met die welke wordt aangevoerd in het vijfde onderdeel. Het past dan ook om die grief in dat kader te onderzoeken.

42. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat uit artikel 42, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 volgt dat minimaal drie ondernemingen moesten worden geraadpleegd, dient het volgende te worden opgemerkt.

Artikel 42 heeft betrekking op het ‘gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking’. Een dergelijke procedure is volgens artikel 42, § 1, mogelijk in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden, waaronder de voorwaarde dat, “indien mogelijk”, “meerdere ondernemers” geraadpleegd worden.

Te dezen heeft de verwerende partij ervoor geopteerd om, met toepassing van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, de voorliggende opdracht te onttrekken aan de toepassing van die wet. Hieruit volgt dat geen van de bepalingen van die wet, ook artikel 42 niet, van toepassing is. Het feit dat in de opdrachtdocumenten sprake is van een “onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking” lijkt hieraan niets te veranderen.

Weliswaar heeft de verwerende partij ook ervoor geopteerd om “de procedureregels van de voormelde wetgeving overheidsopdrachten” te laten gelden, maar “voor zover zij verenigbaar zijn met [de] essentiële veiligheidsbelangen” (punt B.1 van het bestek). De verzoekende partij lijkt echter geen schending aan te voeren van de betrokken bepaling van het bestek.

Mocht haar grief zo begrepen moeten worden dat zij een schending van punt B.1 van het bestek aanvoert, dan nog moet opgemerkt worden dat in het bestek niets bepaald wordt in verband met het aantal ondernemingen dat uitgenodigd moet worden om een offerte in te dienen.

Daargelaten de vraag of uit artikel 42, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 wel volgt dat minstens drie ondernemingen geraadpleegd moeten worden – een lezing die door de verwerende partij betwist wordt, is de grief in dit opzicht niet ernstig.

43. Onder voorbehoud van een nader onderzoek van de redenen waarom de verzoekende partij niet is uitgenodigd om een offerte in te dienen, is het onderdeel niet ernstig.

Vijfde onderdeel

44. In het vijfde onderdeel wordt aangevoerd dat niet wordt gemotiveerd waarom de verzoekende partij geen absoluut betrouwbare marktdeelnemer zou zijn, en wordt in elk geval betwist dat zij onbetrouwbaar zou zijn.

45. Uit punt B.1 van het bestek blijkt, zoals hiervoor al meermaals is overwogen, dat de verwerende partij beslist heeft om toepassing te maken van artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 om te vermijden dat “de informatie die de screening van goederenstromen oplevert [...] gedeeld [zou] worden met partijen die daarvan oneigenlijk gebruik zouden kunnen maken”. Om die reden heeft zij zich enkel gericht tot “absoluut betrouwbare marktdeelnemers”.

Uit het enkele feit dat de verwerende partij de verzoekende partij niet heeft uitgenodigd om een offerte in te dienen, kan nog niet afgeleid worden dat de verzoekende partij niet als “absoluut betrouwbaar” is beschouwd. Dit blijkt echter wel uit de gegevens van het dossier, in het bijzonder de profielanalyse van Nuctech die in september 2021 is gemaakt door de Veiligheid van de Staat.

In haar nota stelt de verwerende partij dat die analyse haar eigen vaststellingen bevestigde. Zij herinnert eraan dat zij op grond van de volgende elementen tot de conclusie is gekomen dat er redelijke gronden zijn om aan te nemen dat de toekenning van de voorliggende opdracht aan de verzoekende partij de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk zou kunnen ondermijnen: Nuctech werd opgericht in de schoot van de Tsinghua-universiteit, die een hoog veiligheidsrisico draagt en bekend staat om betrokkenheid bij defensie-onderzoeksprojecten en een vermeende betrokkenheid bij cyberaanvallen; Nuctech staat onder de controle van China, dat economische dossiers gebruikt in (geo)politieke kwesties; Nuctech is onderworpen aan de Chinese nationale inlichtingenwet van 27 juni 2017, die haar verplicht om deel te nemen aan de nationale inlichtingenactiviteiten, dergelijke activiteiten geheim te houden en betrekkingen te reserveren voor Chinese inlichtingenofficieren. Die vaststellingen, in combinatie met de aard van de opdracht, hebben de verwerende partij ertoe gebracht om de verzoekende partij niet als een betrouwbare markdeelnemer te beschouwen, en dus om haar niet uit te nodigen tot het indienen van een offerte.

Het komt de Raad van State op het eerste gezicht voor dat de aangehaalde gegevens voldoende specifiek en geloofwaardig lijken, en dat de verwerende partij op grond van die elementen in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de verzoekende partij een veiligheidsrisico vormt.

46. De verzoekende partij betwist de feitelijke grondslag van het aldus aangevoerde veiligheidsrisico.

46.1. Het is in dit verband opvallend dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift met geen woord rept over de banden die er bestaan tussen haar en de Chinese Volksrepubliek. In de ontwikkeling van het vijfde onderdeel heeft de verzoekende partij het dan ook niet over het veiligheidsrisico dat, volgens de verwerende partij, specifiek met die banden te maken heeft. Nochtans verwijst de verzoekende partij wel naar onder meer de hiervoor genoemde parlementaire vragen van de volksvertegenwoordigers Vermeersch en Freilich, waarin Nuctech uitdrukkelijk in verband met China wordt gebracht.

In haar verzoekschrift beperkt de verzoekende partij zich ertoe te wijzen op het feit dat de verwerende partij de voorbije jaren scanapparaten van Nuctech heeft aangekocht en nog steeds in gebruik heeft, dat er met die apparaten op geen enkel ogenblik datalekken geweest zijn, dat de minister van Financiën in zijn antwoord op de voornoemde parlementaire vragen nog verklaard heeft dat er geen reden was om te twijfelen aan de integriteit en de betrouwbaarheid van Nuctech, en dat ook andere binnen- en buitenlandse overheden vertrouwen in Nuctech hadden en blijven hebben. Zij wijst er ook op dat zij, in tegenstelling tot de twee vennootschappen die door de verwerende partij uitgenodigd werden om een offerte in te dienen, opgericht is volgens het recht van een lidstaat van de Europese Unie.

De verzoekende partij slaagt er voorshands niet in om met die argumenten de onwettigheid van de bestreden beslissingen, of minstens een schijn van onwettigheid, aan te tonen. Het is best mogelijk dat zij in het verleden scanapparatuur geleverd heeft aan de verwerende partij en aan andere overheden, welke gelijkaardig is aan die welke wordt gevraagd in de voorliggende opdracht. Het is ook best mogelijk dat die apparatuur nog steeds in gebruik is, en zelfs dat er op heden geen veiligheidsrisico's vastgesteld zijn. Daarmee is echter nog niet gezegd dat de verwerende partij, op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissingen, niet tot een gewijzigd inzicht zou kunnen zijn gekomen, of tot een inzicht dat eventueel anders is dan dat van andere aanbestedende overheden. Zoals hiervoor is overwogen, beschikt de verwerende partij immers over een beoordelingsruimte ter zake, hetgeen onder andere impliceert dat haar beoordeling kan evolueren met de tijd. Zoals de verwerende partij terecht lijkt

aan te voeren, houdt de verstrakking van haar standpunt te dezen mede verband met het feit dat de te leveren apparatuur niet meer bedoeld is om te fungeren als stand-aloneapparatuur, maar wel om opgenomen te worden in een meer omvattend netwerk van de FOD Financiën.

Overigens wordt in punt B.1 van het bestek ook gerefereerd aan het Europees verband waarin wordt samengewerkt om de veiligheid van het Rijk te beschermen.

46.2. Ter terechtzitting gaat de verzoekende partij wel in op haar betrekkingen met de Chinese Volksrepubliek, en op de mogelijke veiligheidsrisico's die daaruit volgens de verwerende partij voortvloeien (zie overweging 14.5.2).

Zoals de verwerende partij ter terechtzitting antwoordt, maakt de beoordeling van die specifieke veiligheidsrisico's het voorwerp uit van de analyse van Nuctech door de Veiligheid van de Staat. Die analyse, die de Raad van State heeft kunnen inzien, bevat wel degelijk elementen die aan de inschatting van de risico's door de verwerende partij steun lijken te bieden. In haar nota voert de verwerende partij aan dat zij bij de beoordeling van de aan de verzoekende partij verbonden risico's rekening gehouden heeft met het feit dat deze onder meer via haar aandeelhouders onder Chinese staatscontrole staat, met de verplichtingen waaraan de verzoekende partij, als onderdeel van de Nuctech-bedrijven, onderworpen is op grond van de Chinese inlichtingenwet van 2017, en met de gevolgen voor de veiligheid van het Rijk die uit de nakoming van die verplichtingen kunnen voortvloeien indien de scanapparatuur geleverd zou worden door de verzoekende partij.

In het licht van die beoordeling lijkt het van minder, of zelfs van geen belang, dat de verzoekende partij is opgericht volgens het recht van een lidstaat van de Europese Unie.

In wezen komt het betoog van de verzoekende partij erop neer dat zij het niet eens is met de feitelijke beoordeling van de aan Nuctech verbonden risico's. De argumenten van de verzoekende partij zijn voorshands

echter niet van die aard dat zij de Raad van State ertoe brengen om aan te nemen dat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsruimte te buiten is gegaan.

47. Het onderdeel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

48. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 34 en 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU).

Zij voert aan dat haar a-priori-uitsluiting aanleiding geeft tot manifeste Europeesrechtelijke inbreuken. Naast een inbreuk op de voornoemde richtlijn 2014/24 – die aan bod is gekomen in het eerste middel –, zijn ook de voornoemde bepalingen van het VWEU volgens haar geschonden:

“[...]
EN DOORDAT de verwerende partij zich ten onrechte heeft gebaseerd op een uitzonderingsgrond om af te wijken van de Europese wetgeving inzake overheidsopdrachten en daardoor op ontoelaatbare wijze en zonder enige rechtvaardiging afbreuk heeft gedaan aan het recht op vrij verkeer van goederen van verzoekster;
TERWIJL verzoekster [een] Europese [onderneming is] wier goederen beschermd zijn door de Europese fundamentele vrijheden.
[...]”

49. In de toelichting bij het middel voert de verzoekende partij aan dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen niet terzijde geschoven mogen worden als een lidstaat zich beroept op de openbare veiligheid.

Zij voert voorts aan dat zij een Europese producent is die zich kan beroepen op de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen. Haar productiewijze en de door haar geproduceerde goederen voldoen aan de technische vereisten en de veiligheidsnormen zoals die gelden in Polen en doorheen de

Europese Unie. Zij herhaalt dat haar scansystemen door tal van overheden binnen de Europese Unie worden gebruikt, en dat zij een uitstekende reputatie heeft.

Zij voert aan dat artikel 34 VWEU “kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking” op het vlak van het vrij verkeer van goederen verbiedt. Zij verwijst naar de rechtspraak van het Hof van Justitie die geëvolueerd is in het voordeel van een verreгаande bescherming van het vrij verkeer van goederen. Haar uitsluiting van deelname aan een openbare aanbesteding komt neer op een maatregel van gelijke werking, die bij artikel 34 VWEU verboden is. Door de verzoekende partij en andere mogelijke leveranciers niet in kennis te stellen van de opdracht, heeft de verwerende partij een de-factomonopolie voor de opdracht gecreëerd. Volgens haar houdt het al of niet uitnodigen van een marktdeelnemer door de aanbestedende overheid ook “een vorm van [voorafgaand] goedkeuringsvereiste” in.

50. De verzoekende partij doet vervolgens gelden dat haar uitsluiting niet kan worden gerechtvaardigd onder artikel 36 VWEU.

In dit verband voert zij vooreerst aan dat een maatregel die werkt op basis van discriminerende criteria en die aan de nationale autoriteiten een onbelemmerde beoordelingsvrijheid laat, geen rechtvaardigingsgrond kan bieden voor een beperking van het vrij verkeer van goederen. Volgens de verzoekende partij is er te dezen sprake van een maatregel die discriminerend is ten opzichte van haar, en heeft de verwerende partij zich met het nemen van die maatregel een quasi-onbelemmerde beoordelingsvrijheid toegekend.

De verzoekende partij voert vervolgens aan dat artikel 36 VWEU weliswaar bepaalt dat beperkingen van het vrij verkeer van goederen gerechtvaardigd kunnen worden, maar dat dit slechts het geval is wanneer die beperkingen zowel een legitiem niet-economisch belang dienen – zoals de openbare zedelijkheid, de openbare orde of de openbare veiligheid – als evenredig zijn. Volgens de verzoekende partij wordt te dezen niet voldaan aan de eerste voorwaarde, en evenmin aan de tweede voorwaarde.

In verband met het legitiem belang erkent de verzoekende partij dat de “openbare veiligheid” een bij artikel 36 VWEU beschermd belang is. Die uitzonderingsgrond kan echter enkel gelden wanneer er sprake is van een werkelijke en genoegzaam ernstige bedreiging die een fundamenteel belang van de samenleving aantast. De verzoekende partij benadrukt dat het vrij verkeer van haar goederen geen risico voor de openbare veiligheid vormt. Zij herhaalt dat haar scanners slechts beogen een scan te maken, doch geen data verwerken. Bovendien worden steeds de nodige veiligheidsgaranties inzake data geboden, waarbij de klant absolute controle houdt over alle gegevens die door veiligheidsinspectiesystemen worden gegenereerd. De uitsluiting van haar scanners kan dan ook niet geacht worden het wettig belang van de openbare veiligheid na te streven.

In verband met de evenredigheid voert de verzoekende partij aan dat een maatregel slechts evenredig is als ze noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken en als dat doel niet bereikt kan worden door minder verregaande maatregelen; als de maatregel pertinent is, dit wil zeggen geschikt om het nagestreefde doel te bereiken; en als de maatregel proportioneel is, dit wil zeggen niet verder gaat dan absoluut noodzakelijk om de beoogde doelstelling te verwezenlijken. Volgens de verzoekende partij is haar uitsluiting niet evenredig met de beoogde doelstelling van bescherming van de openbare veiligheid, aangezien de verwerende partij minder ingrijpende maatregelen had kunnen toepassen (technische specificaties in het bestek, aangepaste gunnings- en selectiecriteria, en dergelijke). Bovendien is haar uitsluiting niet pertinent om bij te dragen tot het beoogde doel, aangezien haar scanners beter zijn dan die van haar concurrenten en haar scanners hebben toegelaten om drugstransporten in de Antwerpse haven te detecteren.

51. De verwerende partij voert vooreerst aan dat de bepalingen inzake het vrij verkeer van goederen niet zonder meer voorgaan op elke andere regel. Artikel 36 VWEU voorziet juist in uitzonderingen op het vrij verkeer, welke onder voorwaarden kunnen worden toegepast. Een lidstaat die zich beroept op de openbare veiligheid moet wel aantonen dat aan de voorwaarden van artikel 36 VWEU is voldaan. Volgens de verwerende partij is dit te dezen het geval.

52. De verwerende partij antwoordt vervolgens op de argumenten van de verzoekende partij in verband met die voorwaarden.

Zij betwist, ten eerste, dat de uitsluiting van de verzoekende partij discriminerend is, of dat de verwerende partij zichzelf daarmee een onbelemmerde beoordelingsvrijheid toekent. Het enkele feit dat een bepaalde onderneming, die aan de basis ligt van een potentiële afbreuk aan essentiële veiligheidsbelangen, van deelneming wordt uitgesloten, betekent nog niet dat het criterium van uitsluiting discriminerend is. Voorts is de beoordelingsvrijheid van de verwerende partij beperkt, met name door de grenzen die bij artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016 aan die vrijheid worden gesteld.

De verwerende partij betwist, ten tweede, dat de uitsluiting van de verzoekende partij geen steun zou vinden in de openbare veiligheid. Zij verwijst hiervoor naar haar antwoord op het eerste middel. Volgens haar is de voorwaarde van “bescherming van de openbare veiligheid” in artikel 36 VWEU dezelfde als de voorwaarde van bescherming van “essentiële veiligheidsbelangen” in artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016. Hieruit volgt dat, indien artikel 33, § 2, van de wet op een wettige wijze werd toegepast, de voorwaarde van “bescherming van de openbare veiligheid” in artikel 36 VWEU vervuld is.

De verwerende partij betwist ten slotte, ten derde, dat de uitsluiting van de verzoekende partij een onevenredig karakter zou hebben. Het evenredigheidsvereiste zit vervat in artikel 33, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, in zoverre die bepaling vereist dat de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk niet gewaarborgd kan worden door minder ingrijpende maatregelen. Hieruit volgt dat, indien artikel 33, § 2, van de wet op een wettige wijze werd toegepast, de genomen maatregel een evenredig karakter heeft. In verband met het niet voorhanden zijn van minder ingrijpende maatregelen verwijst de verwerende partij voorts naar haar antwoord op het eerste middel. Ten slotte is de stelling van de verzoekende partij dat haar scanners voor het detecteren van drugstransporten beter zijn dan die van de concurrenten, “nietszeggend”.

Beoordeling

53. Artikel 34 VWEU luidt:

“Kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn tussen de lidstaten verboden.”

Artikel 36 VWEU bepaalt:

“De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen.”

54. De verwerende partij betwist niet dat het niet-uitnodigen van de verzoekende partij, een vennootschap opgericht naar Pools recht, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking is, in de zin van artikel 34 VWEU. De Raad van State zal ook van die kwalificatie uitgaan.

Zoals de verwerende partij aangeeft, dient onderzocht te worden of die maatregel verantwoord kan worden op grond van artikel 36 VWEU, meer bepaald of hij gerechtvaardigd kan worden “uit hoofde van bescherming van [...] de openbare veiligheid”.

55. In zoverre de verzoekende partij in dit verband aanvoert dat een maatregel moet kunnen steunen op criteria die niet discriminerend zijn en die aan de bevoegde nationale overheid geen onbelemmerde beoordelingsvrijheid laten, moet voorshands opgemerkt worden dat het Hof van Justitie die eisen stelt ten aanzien van maatregelen die voorzien in een stelsel van voorafgaande administratieve goedkeuring. Een dergelijk stelsel moet inderdaad gebaseerd zijn op objectieve criteria, die niet-discriminatoir en vooraf bekend zijn; aldus worden grenzen gesteld aan de uitoefening van de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten en wordt willekeur daarbij voorkomen (zie, in verband met beperkingen aan het vrij verkeer van goederen, HvJ, 22 januari 2002, Canal

Satélite Digital, C-390/99, punt 35; HvJ, 10 november 2005, Commissie t. Portugal, C-432/03, punt 50; HvJ, 10 september 2009, Commissie t. Portugal, C-457/07, punt 20).

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de litigieuze maatregel te dezen echter geen “vorm van [voorafgaand] goedkeuringsvereiste” in te houden. De bedoelde vereisten lijken dan ook niet pertinent te zijn voor de beoordeling van de bestreden beslissingen.

56. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de litigieuze maatregel, namelijk het niet-uitnodigen van de verzoekende partij om een offerte in te dienen, niet geacht kan worden de openbare veiligheid te bevorderen, wordt verwezen naar wat daarover bij de bespreking van het eerste middel is gezegd. Daaruit blijkt, ten eerste, dat de verwerende partij zich wel degelijk lijkt te kunnen beroepen op de bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk (zie overwegingen 27-30), en ook dat zij met het oog op het waarborgen van die belangen in redelijkheid beslist lijkt te kunnen hebben om de verzoekende partij niet uit te nodigen tot het indienen van een offerte (zie overwegingen 45-46.2).

57. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de litigieuze maatregel geen evenredig karakter heeft, moet voorshands met haar aangenomen worden dat, opdat een maatregel van gelijke werking haar rechtvaardiging kan vinden in een van de in artikel 36 VWEU genoemde gronden van algemeen belang, volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie vereist is dat die maatregel geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en dat hij niet verder gaat dan nodig is om dat doel te bereiken (zie, onder meer, HvJ, 25 november 2021, Delfarma, C-488/20, punt 37; HvJ, 23 maart 2023, Booky.fi, C-662/21, punt 55).

Het niet-uitnodigen van de verzoekende partij, waarvan de verwerende partij aanneemt dat zij vanuit veiligheidsoogpunt een niet-betrouwbare marktdeelnemer is, lijkt *a priori* zonder meer geschikt te zijn om het doel, de bescherming van de openbare veiligheid, te bereiken. Het feit dat met de scanners van de verzoekende partij goede resultaten worden behaald op het vlak van drugsvangst, lijkt niet uit te sluiten dat die apparaten vanuit een ander oogpunt zelf wel een veiligheidsrisico kunnen vormen.

In verband met het vereiste dat de beperkende maatregel niet verder mag gaan dan nodig om het nagestreefde doel te bereiken, kan verwezen worden naar de bespreking van het eerste middel. Daaruit blijkt dat, in overeenstemming met artikel 33, § 2, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, geen minder ingrijpende maatregelen beschikbaar lijken te zijn, die dezelfde bescherming van de essentiële veiligheidsbelangen van het Rijk zouden kunnen waarborgen (overwegingen 33-38).

58. Het niet-uitnodigen van de verzoekende partij tot het indienen van een offerte lijkt aldus een maatregel te zijn, die, in zoverre zij een beperking vormt van het vrij verkeer van goederen binnen de Europese Unie, verantwoord kan worden op grond van artikel 36 VWEU.

59. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

60. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van eenendertig mei tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
Bruno Seutin,

kamervoorzitter,
staatsraad,

Patricia De Somere,
bijgestaan door
Greta Scheveneels,

staatsraad,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens