

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 258.144 van 7 december 2023
in de zaak A. 240.475/XII-9426**

In zake: de NV FLYING GROUP HOLDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Vande Castele
kantoor houdend te 2900 Schoten
Klamperdreef 7
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dominiek Vandenbulcke
kantoor houdend te 1200 Brussel
Albert-Elisabethlaan 46

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Defensie

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 november 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van onbekende datum inzake de ‘Onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor het afsluiten van de overheidsopdracht nr. 21AP004 betreffende een dienstencontract voor een basisvliegopleidingscapaciteit - Basic Flight Training Capability (BFTC)’, en houdende de ‘(niet-selectie van verzoeker) voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht gedurende dewelke enkel de geselecteerde kandidaten in het bezit worden gesteld van het bestek teneinde een offerte te kunnen indienen”.

Tevens vraagt de verzoekende partij als voorlopige maatregel om de verwerende partij te verbieden “de uitnodiging tot het indienen van een

offerte te richten aan de geselecteerde kandidaten vóór de nieuwe beslissing inzake [de verzoekende partij] definitief is, subsidiair voordat [...] de Raad van State, uitspraak heeft gedaan over de vordering tot schorsing van de nieuwe beslissing”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 november 2023 om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Philippe Vande Castele en Dominiek Vandenbulcke, die verschijnen voor de verzoekende partij, en majoor Wim Dedeurwaerder, majoor Benoît Pingaut en luitenant-kolonel Maarten Kerckhofs, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. In de mate dat hierna stukken ter sprake komen die door de partijen als vertrouwelijk worden bestempeld (zie V. *Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier*), geeft het feitenrelaas enkel de inhoud ervan weer zoals de partijen deze in hun procedurestukken citeren en waarbij zij dus in die mate zelf de door hen ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken hebben gelicht.

3.2. Op 28 oktober 2022 beslist de Ministerraad om een overheidsopdracht op te starten voor Defensie betreffende een “dienstencontract voor een basisvliegopleidingscapaciteit - Basic Flight Training Capability (BFTC)”.

Er wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Luidens de ‘Nota voor de Ministerraad’ van 21 oktober 2022 is de opdracht onderworpen aan de bepalingen van de wet van 13 augustus 2011 ‘inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011), in overeenstemming met artikel 15, 1° en 3°, van die wet, “aangezien het militair materieel” betreft.

3.3. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 7 december 2022 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 12 december 2022.

In de respectieve bekendmakingen wordt verwezen naar bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’, die op zijn beurt drie ‘Aanhangsels’ heeft.

In bijlage A wordt verwezen naar de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 en het koninklijk besluit van 23 januari 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012).

Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt, toegelicht:

“Vak 1 – Voorwerp van de aanvraag tot deelneming
[...]

Voorwerp van de opdracht

Deze opdracht betreft de realisatie van een dienstencontract waarmee de Belgische Defensie wenst te beschikken over een vormingscapaciteit voor de

basisopleiding van piloten (Basic Flight Training Capability - BFTC) ten einde op termijn een jaarlijks vluchtplan van 6.000 vliegburen te realiseren.

De diensten in het kader van deze vliegopleiding omvatten:

- Het terbeschikkingstellen, het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van een vloot van trainingstoestellen (Basic Training Aircraft - BTA)
- Het terbeschikkingstellen, het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van een Ground Base Training System (GBTS), zoals vluchtsimulators en andere didactische trainingsmiddelen.
- Het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van de volledige infra-technisch-logistieke steun nodig voor deze capaciteit.

[...]

Deze basisvliegopleiding zal plaatsvinden op de vliegbasis te Beauvechain. Het Operational Level (O-level) onderhoud zal worden uitgevoerd in Beauvechain, evenals, voor zover mogelijk, het Intermediate Level (I-level). In het kader van deze opdracht zijn de inschrijvers dienstverleners (Service Providers). Inschrijvers mogen echter ook Original Equipment Manufacturer (OEM) zijn, mits zij ook als dienstverlener optreden. Inschrijvers kunnen gebruik maken van onderaannemers zoals een Maintenance, Repair and Overhaul (MRO) onderaannemer.

De BTA zal voorzien zijn van twee zitplaatsen in tandemconfiguratie, met schietstoelen en met een turbopropmotor.

De BTA's en de onderhoudsorganisaties zullen moeten voldoen aan de luchtwaardigheidseisen.

De inschrijver voorziet in de nodige infrastructuur (renovatie en/of bouw volgens het Design, Build, Finance, Maintain & Operate - DBFMO - principe) als toevoeging aan de bestaande infrastructuur die hij nodig acht om de vliegopleidingscapaciteit optimaal te kunnen exploiteren. Het geheel van de infrastructuur ter ondersteuning van de diensten zal worden onderhouden door de dienstverlener en moet voldoen aan de geldende normen.

[...].”

Voorts worden in bijlage A de uitsluitingscriteria en de selectievoorwaarden vermeld, als volgt:

“Vak 3 – Beantwoorden aan de selectiecriteria vermeld in de uitnodiging tot het indienen van een aanvraag tot deelneming (de documenten die moeten geleverd worden in het kader van dit Vak 3 worden verder gedetailleerd in Aanhangsel 1)

a. Documenten te leveren in het kader van de uitsluitingscriteria (art. 63 [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])

(1) Uitsluitingsgevallen

De kandidaat verstrekt alle inlichtingen of documenten die de aanbestedende overheid toelaten na te gaan dat de kandidaat zich niet in één van de uitsluitingsgevallen bevindt zoals bedoeld in de art. 63,

§ 1, 1°, art. 63, § 1, 2°, art. 63, § 1, 3°, art. 63, § 1, 4°, art. 63, § 1, 5°, art. 63, § 2, 1°, art. 63, § 2, 2°, art. 63, § 2, 3°, art. 63, § 2, 4°, art. 63, § 2, 5°, art. 63, § 2, 6°, art. 63, § 2, 8° (cf. vak 7) van het [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012].

[...]

(2) Nazicht persoonlijke toestand van de kandidaat (beperkte procedure)

[...]

b. Documenten te leveren die de technische bekwaamheid van de kandidaat en/of onderaannemers aantonen in het domein van de diensten

Opdracht voor diensten:

(1) Technische capaciteiten – personeelsbezetting (art. 74, 5° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])

De kandidaat-inschrijver (kandidaat) moet de technische capaciteit aantonen van de Maintenance, Repair and Overhaul (MRO) die deze taak in het kader van dit contract zal uitvoeren, door middel van een verklaring waarin zijn gemiddelde jaarlijkse personeelsbestand van de afgelopen 5 jaar wordt vermeld. Dit effectief moet het aantal technici omvatten en het aantal technici moet groter zijn dan 15 per jaar. Deze technici en de MRO moeten voldoen aan de toepasselijke vereisten EASA Part-66 en Part-145 (of gelijkwaardig).

...(in te vullen door de kandidaat, inlichtingen of documenten te verstrekken)

(2) Technische capaciteiten – voornaamste diensten, uitgevoerd gedurende de afgelopen vijf jaar (art. 74, 6° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])

De kandidaat legt een lijst voor van zijn belangrijkste dienstverleningscontracten ter ondersteuning van een basisvliegopleiding. Deze contracten lopen of liepen tussen begin 2018 en eind 2022. Deze lijst bevat ten minste twee (02) contracten.

In deze lijst zal:

- Eén van de contracten betrekking hebben op diensten voor een militaire klant
- Eén van de contracten betrekking hebben op ten minste acht (08) vliegtuigen
- Eén van de contracten een minimum van 2.000 vliegreuren per jaar omvatten

Elk van deze contracten wordt bewezen door een door de betrokken aannemer (begunstigde) ondertekend certificaat of, bij gebreke daarvan, door een door de aanvrager ondertekende verklaring op erewoord (in dit geval legt de aanvrager uit waarom geen ondertekend certificaat kon worden verkregen).

Elk certificaat bevat ten minste de volgende informatie:

- Het voorwerp van het contract
- Datum en duur van het contract
- Het bedrag van het contract (exclusief btw)
- Type en aantal trainingsvliegtuigen
- Totaal aantal vliegreuren op jaarbasis

- Details over de inhoud van het contract zoals nuttig geacht
- Vermelding van de begunstigde en vermelding van een contactpunt [...].”

In Aanhangsel 1 ‘inventaris van de documenten door de kandidaat te voegen bij de aanvraag tot deelneming’ wordt inzake de facultatieve uitsluitingscriteria gevraagd de volgende documenten te voegen bij de aanvraag tot deelneming:

- “b. Facultatieve uitsluitingsgevallen (art. 63, § 2, 1° - 8°, 64 en 65 [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])
- Inzake betaling van sociale zekerheidsbijdrage:
[...]
 - Inzake betaling van belastingen:
[...]
 - Inzake betrouwbaarheid van de (kandidaat)-inschrijver:
 - Aanhangsel 3 invullen voor de kandidaat-inschrijver en zijn onderaannemers (in te vullen door de aanvrager).”

Het voornoemde ‘Aanhangsel 3’ betreft een ‘Verklaring (wijziging) van Eigendom, Zeggenschap en Bedrijfsstructuur’.

3.4. Op 13 januari 2023 organiseert de verwerende partij een informatievergadering om de indiening van een aanvraag tot deelneming nader te verklaren. Na deze vergadering wordt een document ‘Vraag-Antwoord’ opgesteld en aan de kandidaten meegedeeld.

3.5. Negen ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij.

Op 18 april 2023 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij om een aantal ontbrekende documenten mede te delen en om een aantal verduidelijkingen te geven. De verzoekende partij antwoordt hierop met een brief van 5 mei 2023.

3.6. Op 14 juni 2023 wordt een selectieverslag opgesteld.

Op grond van de evaluatie van de aanvragen tot deelneming en de toetsing aan het toegangsrecht en de in de bekendmaking aangekondigde selectiecriteria, wordt in het selectieverslag voorgesteld zes kandidaten te selecteren, en drie, waaronder de verzoekende partij, uit te sluiten.

3.7. De minister van Defensie ondertekent op 25 oktober 2023 het selectieverslag en neemt de ‘Gemotiveerde selectiebeslissing’, waarbij wordt beslist om zes kandidaten te selecteren en drie kandidaten uit te sluiten “op basis van het niet beantwoorden aan het toegangsrecht en/of de in de publicatie opgelegde selectiecriteria”.

Dit is de bestreden beslissing, voor zover ze betrekking heeft op de niet-selectie van de verzoekende partij.

3.8. Met een aangetekende brief van 26 oktober 2023, ondertekend door V., “Kolonel van het vliegwezen, Stafbrevethouder, Chef van de Sectie Aeronautical Systems”, “Voor de minister van defensie, Bij machtiging”, wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van haar niet-selectie “voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht in onderwerp gedurende dewelke enkel de geselecteerde kandidaten in het bezit worden gesteld van het bestek ten einde een offerte te kunnen indienen”.

Als bijlage bij deze brief worden de motieven van niet-selectie opgenomen die aanleiding hebben gegeven tot “de beslissing van niet-selectie die genomen werd door de bevoegde ordonnateur”, weergegeven als volgt:

- “• Wettelijke basis
 - o Wet van 13 augustus 2011 Wet inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied
 - o Koninklijk besluit van 23 januari 2012 plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied
- Selectiecriteria
 - o Uitsluitingscriteria
 - [X, een onderaannemer] heeft Bijlage 3 (Betrouwbaarheid) niet verstrekt.

[Y, een andere onderaannemer]: Gezien de nauwe en onbetwistbare banden met Chinese onderdanen en/of de Chinese overheid en de daaruit voortvloeiende risico's voor de nationale veiligheid in het algemeen en de wezenlijke veiligheidsbelangen van Belgische Defensie in het bijzonder, biedt de deelname van [Y] aan deze gunningsprocedure onvoldoende garanties wat betreft de betrouwbaarheid die vereist is om inbreuken op de staatsveiligheid te vermijden.

Overeenkomstig artikel 63, §2, 5° van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op het gebied van defensie en veiligheid, [kan] een (kandidaat-)inschrijver en zijn onderaannemers van de toegang tot de opdracht worden uitgesloten, in elk stadium van de procedure, ten aanzien waarvan met enig bewijsmiddel, met inbegrip van beschermde gegevensbronnen, is vastgesteld dat hij niet de betrouwbaarheid bezit die nodig is om inbreuken op de veiligheid van de Staat te voorkomen.

Flying Group Holding beschikt niet over tenminste twee (02) dienstencontracten en steunt op meerdere MRO's om aan het vereiste minimum aantal van 15 technici die beschikken over een Part-66 licentie te komen.

- o Technische capaciteiten – personeelsbezetting (art. 74, 5° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])

Flying Group Holding beroept zich op verschillende MRO's om het minimum van 15 technici met een Part-66 licentie of gelijkwaardig te bereiken. In de aanvraag tot deelneming staat echter:

‘De kandidaat-inschrijver (kandidaat) moet de technische capaciteit aantonen van de Maintenance, Repair and Overhaul (MRO) die deze taak in het kader van dit contract zal uitvoeren [...]

- o Technische capaciteiten – voornaamste diensten, uitgevoerd gedurende de afgelopen vijf jaar (art. 74, 6° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])

Flying Group Holding beschikt niet over tenminste twee (02) dienstencontracten. Men beroept zich op de technische capaciteit van [X] en van [Z] om de technische capaciteit aan te tonen terwijl de aanvraag tot deelneming het volgende vermeldt (Rubriek 3.b.(2)):

‘De kandidaat legt een lijst voor van zijn belangrijkste dienstverleningscontracten ter ondersteuning van een basisvliegopleiding.’

Bovendien, voor wat betreft de contracten voorgelegd door [X], hebben deze 2 contracten betrekking op respectievelijk simulatoren voor tankervliegtuigen en [simulatoren] voor transportvliegtuigen. De voorgestelde contracten maken geen vermelding van hoeveelheid vliegtuigen noch vermelden ze enig vluchtplan. Deze

elementen waren een vereiste ten einde conform te zijn (Rubriek 3.b.(2)). Bijgevolg zijn deze 2 contracten niet geldig.

Als conclusie kan worden gesteld dat Flying Group Holding zich baseert op contracten van andere bedrijven, die onderaannemers zullen zijn in het kader van het MRMP 21AP004-contract, wat niet is toegestaan. Bovendien kunnen de contracten van [X] niet in aanmerking worden genomen. Daarom is niet voldaan aan het criterium van het kunnen voorleggen van ten minste één contract dat betrekking heeft op diensten ten behoeve van een militaire klant.”

IV. Rechtspleging

4.1. De verzoekende partij dient enkele dagen voor de terechtzitting een “zitting-nota” in, en legt ter terechtzitting bijkomende stukken neer.

4.2. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid om een aanvullende nota als een processtuk neer te leggen, noch werd erom gevraagd door de Raad van State of het Auditoraat. Het is de partijen echter wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de aanvullende nota een reactie vormt op dergelijke nieuwe feiten, kan ze bij de zaak worden betrokken. In zoverre de aanvullende nota geen betrekking heeft op dergelijke feiten, maar de neerslag vormt van het pleidooi ter terechtzitting van de verzoekende partij, wordt ze niet als een processtuk, maar als een loutere inlichting in aanmerking genomen.

Hetzelfde geldt voor de neerlegging ter terechtzitting van de bijkomende stukken.

V. Vertrouwelijkheid van de stukken – administratief dossier

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voegt een stuk 8 “Verzoekers *clarifications*-nota van 5 mei 2023” en een stuk 9 “Meegedeelde motieven inzake

de beslissing van niet-selectie” bij het verzoekschrift als vertrouwelijke stukken. Met een brief van 15 november 2023 vraagt zij om de vertrouwelijke behandeling ervan.

Daarnaast vraagt zij in haar verzoekschrift dat “bij wijze van onderzoeksmaatregel” aan de verwerende partij zou worden bevolen het advies van de inspectie van Financiën betreffende de selectiebeslissing neer te leggen in het administratief dossier en dit advies tevens mee te delen aan de verzoekende partij. Tevens vraagt zij ter terechtzitting dat “het voorstel van selectie” dat aan de inspecteur van Financiën ter advies is voorgelegd, aan het administratief dossier zou worden toegevoegd en haar zou worden meegedeeld. Zij vraagt om daarin inzage te krijgen omdat deze informatie volgens haar cruciaal is voor de beoordeling van het derde middel.

6. De verwerende partij voegt twaalf stukken bij het administratief dossier waarvoor zij een vertrouwelijke behandeling vraagt met toepassing van artikel 26 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). Het betreft een aantal voorbereidende documenten, de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij, het selectieverslag, de gemotiveerde selectiebeslissing, de motieven van niet-selectie, en het rapport van de algemene dienst Inlichtingen en Veiligheid (ADIV). Ook de gevraagde adviezen van de inspectie van Financiën van 9 juni 2022 en van 6 juli 2023 worden als vertrouwelijke stukken neergelegd.

Ter terechtzitting verduidelijkt de verwerende partij dat het “voorstel van selectie” dat aan de inspecteur van financiën ter advies is voorgelegd, niets anders is dan het selectieverslag, dat reeds als vertrouwelijk stuk is neergelegd. In dit selectieverslag wordt vertrouwelijke commerciële en technische informatie beoordeeld, waarvan de openbaarmaking nadelig zou kunnen zijn voor de rechtmatige belangen van de verzoekende partij en de eerlijke mededinging in

de toekomst zou kunnen schaden, zodat ook voor dit document de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd.

Wat de vraag van de verzoekende partij om inzage in de adviezen van de inspecteur van Financiën te krijgen, betreft, verklaart de verwerende partij in haar nota dat zij deze inzage weigert, omdat deze adviezen vertrouwelijke overwegingen bevatten in verband met operationele en technische aspecten, evenals budgettaire ramingen van Defensie. Het is volgens haar dan ook aangewezen dergelijke informatie vertrouwelijk te behandelen ter vrijwaring van de staatsbelangen. De vertrouwelijkheid van dergelijke adviezen wordt overigens erkend in de brochure en in de deontologische code van het korps van de inspectie van Financiën.

Beoordeling

7. Te dezen kan worden vastgesteld dat de stukken waarvan de beide partijen de vertrouwelijke behandeling vragen afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en vermeld in de inventaris en dat de motieven voor die vraag worden weergegeven. Er belet de Raad van State dus alvast op formeel vlak niets om in te gaan op de gevraagde vertrouwelijke behandeling.

8. De Raad acht het niet raadzaam om reeds in de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van het selectieverslag en van de betrokken adviezen van de inspecteur van Financiën, aangezien niet kan worden uitgesloten dat deze stukken gegevens bevatten die onder het zakengeheim van de kandidaten vallen, dan wel de veiligheidsbelangen van Defensie kunnen schaden.

Voorts blijkt de verzoekende partij niet te zijn gehinderd, bij het aanvoeren van middelen tegen de bestreden beslissing, door het feit dat deze stukken vertrouwelijk zijn gebleven. Zij heeft integendeel, zoals zij zelf betoogt, verschillende scenario's aangenomen omdat zij geen kennis heeft van het volledige dossier, wat haar, naar eigen zeggen, niet kan worden verweten bij het opstellen

van haar verzoekschrift. Er blijkt op het eerste gezicht niet hoe de niet-inzage van het selectieverslag en van de adviezen van de inspecteur van Financiën te dezen een effectieve rechtsbescherming aan de verzoekende partij zou ontzeggen, noch afbreuk zou doen aan haar recht op een eerlijk proces.

9. Hoe dan ook belet het vertrouwelijk karakter van de neergelegde stukken de Raad van State niet deze bij zijn beoordeling van de aangevoerde middelen te betrekken. Zoals zal blijken uit de beoordeling van de middelen, is het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken niet noodzakelijk voor de oplossing van het geschil.

10. In de huidige stand van het geding lijken er bijgevolg geen redenen om de vertrouwelijkheid te lichten van de als vertrouwelijk aangemerkte stukken.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

11. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Voorafgaand

12. De verwerende partij wordt bijgevalen waar zij stelt dat het verzoekschrift zeer uitvoerig is, met daarin middelen die bij een eerste lezing niet meteen duidelijk zijn. Het is met name niet steeds onmiddellijk duidelijk op welke wijze volgens de verzoekende partij de aangevoerde rechtsregel door de bestreden

beslissing wordt geschonden. In een dergelijk geval is het voor de verwerende partij moeilijk om zich te verdedigen en worden haar rechten van de verdediging slechts geëerbiedigd door het verzoekschrift te lezen op de wijze waarop de verwerende partij dat heeft gedaan, behoudens indien laatstgenoemde kennelijk bepaalde zaken over het hoofd ziet.

Hierna wordt bijgevolg de essentie van de vordering uiteengezet en beoordeeld, zoals die door de verwerende partij redelijkerwijze moest worden begrepen. Het meerdere en het overige is niet ontvankelijk *obscuri libelli*.

B. Eerste middel en tweede middel, samengenomen

Uiteenzetting van de middelen

13. In een eerste middel voert de verzoekende partij “onwettige motieven en onbevoegdheid” aan, en de schending van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet), de rechtsbeschermingswet en artikel 190 van de Grondwet.

Zij vat het eerste middel (in een algemene samenvatting) als volgt samen:

“Door in het, aan verzoekers meegedeelde, ‘uittreksel (van de beslissing tot niet-selectie)’ noch te onthullen wie precies ‘de bevoegde ordonnateur’ is noch te motiveren waarom precies deze, nog nader te bepalen, persoon wel rechtsgeldig en ook wel tegenstelbaar ‘de bevoegde ordonnateur’ is, schendt verweerder o.m. de formele motivering-plicht en is ook de onbevoegdheid-grief gegrond.
Het optreden van deze, nog nader te bepalen, ‘bevoegde ordonnateur’ is ook niet tegenstelbaar ingevolge het gebrek aan de behoorlijke bekendmaking van diens aanwijzing (nl. in het Staatsblad).”

In wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, stelt de verzoekende partij dat de formele motiveringsplicht is geschonden doordat de verwerende partij te dezen noch bepaalt wie de bevoegde ordonnateur is, noch uitlegt waarom deze onbekende persoon rechtsgeldig “de bevoegde ordonnateur”

zou zijn en zijn aanduiding tegenstelbaar is. De artikelen 2 en 3 van de motiveringswet verplichten de administratieve overheid in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dat op “afdoende” wijze. De termen “uittreksel van de gemotiveerde beslissing” in de artikelen 39 en 40 van de rechtsbeschermingswet nemen niet weg dat de overheid de juridische en feitelijke overwegingen dient op te nemen die de steller van de beslissing keurig identificeren, zodat de bestemming zich hiertegen kan verweren.

In wat als een tweede onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij tevens de schending aan van de materiële motiveringsplicht, artikel 190 van de Grondwet en “het overeenstemmend algemeen rechtsbeginsel van de behoorlijke bekendmaking”. Zij herhaalt dat het optreden van de, nog nader te bepalen, “bevoegde ordonnateur” niet tegenstelbaar is, ingevolge het gebrek aan behoorlijke bekendmaking van diens aanwijzing in het Belgisch Staatsblad. De motieven van niet-selectie onthullen niet: (1) wie precies de steller van de handeling, namelijk “de bevoegde ordonnateur” is, (2) of diens aanduiding wel tegenstelbaar is en (3) op grond van welke bepalingen deze onbekende “bevoegde ordonnateur” toch wel rechtsgeldig kon optreden. De motieven, vermeld in de mededelingsbrief, bevatten hierover geen overweging of informatie.

In wat als een derde onderdeel kan worden beschouwd, voert de verzoekende partij nog aan dat noch in de mededelingsbrief, noch in de motieven van niet-selectie, het advies van de inspecteur van Financiën wordt vermeld. Dit advies vermeldt de waarde van de overheidsopdracht, die de bevoegdheidsdrempels overschrijdt zoals bepaald in artikel 3 (tabel 1) van het ministerieel besluit van 30 september 2021 ‘houdende overdracht van bevoegdheid door de Minister van Defensie inzake het plaatsen en uitvoeren van overheidsopdrachten, van raamovereenkomsten en van concessieovereenkomsten, inzake vervreemding en inzake diverse uitgaven’ (hierna: ministerieel besluit van 30 september 2021). De informatie in het advies van de inspecteur van Financiën verplichtte de verwerende partij bijgevolg tot een versterkte motiveringsplicht.

14. In een tweede middel voert de verzoekende partij machtsoverschrijding en “onwettige en tegenstrijdige motieven” aan, evenals de schending van artikel 45 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, het koninklijk besluit van 3 april 2013 ‘betreffende de tussenkomst van de Ministerraad, de overdracht van bevoegdheid en de machtigingen inzake de plaatsing en de uitvoering van overheidsopdrachten, prijsvragen en concessies op federaal niveau’ (hierna: koninklijk besluit van 3 april 2013) en het ministerieel besluit van 30 september 2021.

Zij vat het middel samen als volgt:

“Samenvatting (onbevoegdheid en schending van delegatie-regels en delegatie-verbod)

[...] Verweerder heeft het voorwerp van het 20 jaar-dienstencontract BFTC-dossier samengevat als volgt: ‘te beschikken over een vormingscapaciteit voor de basisopleiding van piloten (Basic Flight Training Capability - BFTC) ten einde op termijn een jaarlijks vluchtplan van 6.000 vliegers te realiseren’.

Het geraamde bedrag is groter dan 2.000.000 €. Men raadplege het advies van Inspecteur Financiën.

[...] Verweerder bericht aan verzoeker ‘(zijn) niet-selectie voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht’ met de mededeling : ‘in bijlage vindt U de motieven die aanleiding hebben gegeven tot de beslissing van niet-selectie die genomen werd door de bevoegde ordonnateur’.

Verweerder schendt hierbij ook de bepalingen van het M.B. van 30 september 2021 [...] omdat de beslissing van ‘de bevoegde ordonnateur’ is genomen met schending van de bevoegdheidsdrempels (inzake dienstencontracten).

De drempels van 2.000.000 € en 1.000.000 €, bepaald in de Tabel 1 bij het M.B. van 30 september 2021, zijn overschreden voor dit BFTC-contract waarvan de waarde groter is dan 2.000.000 €.

Vermits het geraamde bedrag van het BFTC-diensten-contract groter is dan 2.000.000 €, kwam het noch de, nog nader te bepalen, ‘bevoegde ordonnateur’ noch de steller van louter de ‘mededeling’ over de ‘niet-selectie’, namelijk Kolonel [V.], toe om deze ‘beslissing van niet-selectie’ te nemen.”

Beoordeling

15. Artikel 45 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 luidt:

“Elke minister kan, binnen de grenzen van zijn bevoegdheden, de beslissingen nemen inzake de gunning en uitvoering van overheidsopdrachten voor rekening van de federale overheid en van de instellingen die onder zijn hiërarchisch gezag staan.

[...]

De bevoegdheden toegekend krachtens het eerste en tweede lid kunnen, voor de bevoegde overheden en organen bedoeld in deze leden die tot de bevoegdheid van de federale overheid behoren, worden overgedragen binnen de grenzen vastgesteld door de Koning, behalve wanneer een bijzondere wettelijke bepaling deze overdracht regelt.”

De minister van Defensie heeft bijgevolg wettig, in overeenstemming met artikel 45, eerste lid, van de voornoemde wet, de gemotiveerde selectiebeslissing genomen en ondertekend. Anders dan de verzoekende partij suggereert, werd de bevoegdheid van de minister van defensie te dezen niet gedelegeerd.

Artikel 3, § 1, van het koninklijk besluit van 3 april 2013 luidt:

“Vóór het opstarten van de gunningsprocedure worden de voorstellen van de in [...] artikel 45, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011 bedoelde overheidsopdrachten, van de federale aanbestedende overheden [...] in de volgende gevallen ter goedkeuring aan de Ministerraad voorgelegd:

1° de overheidsopdrachten die bij [...] onderhandelingsprocedure met bekendmaking als bedoeld in het artikel 22, eerste lid, van de wet van 13 augustus 2011, worden geplaatst en waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger dan:

[...]

c) 4.000.000 euro voor overheidsopdrachten voor diensten;

[...].”

Zoals de verzoekende partij zelf beaamt, is het dossier betreffende de voorliggende overheidsopdracht voorafgaand ter goedkeuring aan de Ministerraad voorgelegd.

16. Voor zover de verzoekende partij in het eerste en het tweede middel de onbevoegdheid van de steller van de akte aanvoert, en daarbij uitgaat van een (onwettige) delegatie van bevoegdheid en van de niet-tegenstelbaarheid

van een delegatie aan een “bevoegde ordonnateur” bij gebrek aan bekendmaking, lijken haar grieven bijgevolg feitelijke grondslag te missen.

17. Voor zover de verzoekende partij in het eerste middel de schending van de formele motiveringsplicht aanvoert, lijkt zij geen belang te hebben bij dit middel.

Ook al kan uit de mededelingsbrief met de motieven van niet-selectie niet worden afgeleid dat de minister van Defensie de gemotiveerde selectiebeslissing heeft genomen, betoogt de verwerende partij daaromtrent terecht dat sinds het begin van de procedure duidelijk vaststaat dat de aanbestedende overheid het ministerie van Defensie is, en de bevoegde ordonnateur de minister van Defensie. Zo kon de verzoekende partij uit de betrokken publicaties in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie afleiden dat de aanbestedende overheid het ministerie van Defensie is (de Algemene Directie Material Resources - Divisie Overheidsopdrachten - Sectie Aviation Systems - Ondersectie Programma's). Voorts blijkt uit het verzoekschrift dat de verzoekende partij op de hoogte was van de geraamde waarde van de opdracht (hoger dan twee miljoen euro) en de daaruit voortvloeiende gevolgen wat de bevoegde ordonnateur betreft. Het feit dat in de bestreden beslissing niet wordt verwezen naar het “BFTC-advies” van de inspecteur van Financiën, waarin de waarde van de overheidsopdracht wordt vermeld, lijkt in het licht van de formele motiveringsplicht niet relevant.

18. De omstandigheid dat de mededelingsbrief werd ondertekend door de “Kolonel van het vliegwezen - Stafbrevethouder - Chef van de Sectie Aeronautical Systems” doet niet anders besluiten.

Overeenkomstig artikel 4, 2°, van het ministerieel besluit van 30 september 2021 wordt de ondertekening van de “informatiebrieven” aangaande de selectie gedelegeerd naar het hoofd van de leidende dienst. Bij de ondertekening van de voorliggende mededelingsbrief wordt duidelijk vermeld dat de ondertekenaar optreedt “Voor de minister van Defensie, Bij machtiging”, wat enkel lijkt te kunnen betekenen dat hij in naam van de minister de

mededelingsbrief opstuurt, niet dat hij de gemotiveerde selectiebeslissing zou hebben genomen.

19. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid door haar handelwijze de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

Het eerste middel, in haar drie onderdelen, en het tweede middel, zijn niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

20. De verzoekende partij voert “[o]nwettige motieven en machtsoverschrijding” aan, evenals de schending van de motiveringswet, de rechtsbeschermingswet, artikel 33 van de wet van 22 mei 2003 ‘houdende organisatie van de begroting en van de comptabiliteit van de federale Staat’ en het koninklijk besluit van 20 mei 2022 ‘betreffende de administratieve, begrotings- en beheerscontrole’ (hierna: koninklijk besluit van 20 mei 2022).

Zij vat het middel samen als volgt:

“Samenvatting van het middel (al dan niet IF-advies over de ‘beslissing tot niet-selectie’)

[...] Artikel 19 van het KB van 20 mei 2022 verplicht om het advies van de Inspecteur van Financiën (= IF) in te winnen over de overheidsopdrachten (als de waarde van de opdracht bepaalde drempelbedragen overschrijdt). Artikel 17, 10° van het KB van 20 mei 2022 bepaalt eveneens dat aan de IF het volgende wordt voorgelegd: ‘Onverminderd de artikelen 18 tot en met 20, de voorstellen (...) waarvan de verwezenlijking rechtstreeks of onrechtstreeks een financiële weerslag kan hebben’.

Verweerder heeft beslist tot de ‘niet-selectie (van verzoeker) alvorens de geselecteerde kandidaten in het bezit worden gesteld van het bestek teneinde een offerte te kunnen indienen’. De verwezenlijking van dergelijke beslissing kan rechtstreeks of onrechtstreeks een financiële weerslag hebben omdat zulke beslissing terdege klemmt met de noodzaak om steeds de daadwerkelijke mededinging te vrijwaren. De mogelijke financiële weerslag

bestaat in het weren van de BFTC-kandidatuur waarbij verzoeker een offerte zal (kunnen) indienen die financieel voordeliger is dan de andere offertes. De formele motivering, meegedeeld aan verzoeker, vermeldt noch het verzoek tot advies van de IF over verweerders voorstel ‘om verzoekers kandidatuur niet te selecteren’ (in de selectie-fase) noch het advies van de IF over verweerders voorstel ‘om verzoekers kandidatuur niet te selecteren’. Vermits het voorstel van ‘de beslissing tot niet-selectie (van verzoeker)’ niet is voorgelegd aan de inspecteur van financiën, schendt verweerder de artikelen 17 en 19 van het KB van 20 mei 2022. Verweerder schendt eveneens de formele motivering-plicht door niet (formeel) te motiveren waarom precies het voorstel tot deze ‘niet-selectie (van verzoeker)’ niet is voorgelegd aan de IF. Indien de IF het voorstel tot ‘de niet-selectie (van verzoeker)’ heeft geadviseerd, schendt verweerder de formele motivering-plicht door dit IF-advies noch te vermelden noch ook te beantwoorden.”

De verzoekende partij licht toe dat het voorstel van beslissing tot niet-selectie diende te worden voorgelegd aan de inspecteur van Financiën, overeenkomstig de artikelen 17 en 19 van het koninklijk besluit van 20 mei 2022, terwijl de mededelingsbrief met de motieven voor de niet-selectie van de verzoekende partij geen melding maakt van het (eventueel) advies van de inspecteur van Financiën. Indien dit advies er wel zou zijn, schendt de bestreden beslissing de formele motiveringsplicht door dit advies niet te vermelden of te beantwoorden in de bestreden beslissing. De verzoekende partij heeft immers vernomen dat de inspecteur van Financiën in zijn advies de mogelijke uitsluiting van de verzoekende partij ongunstig zou hebben geadviseerd, omdat dit de verwezenlijking van de daadwerkelijke mededinging zou belemmeren.

21. In haar zittingsnota en ter terechtzitting breidt de verzoekende partij het derde middel uit. Nu de verwerende partij in haar nota heeft gesteld dat “[h]et advies van de IF [...] inhoudelijk – zoals Uw Raad kan lezen in het vertrouwelijk stuk 8) – geen betrekking [heeft] op de eigenlijke selectiebeslissing aangaande deze opdracht”, zijn volgens haar de artikelen 17, 10°, 19 en 23 van het koninklijk besluit van 20 mei 2022 geschonden. Het voorstel tot uitsluiting van de verzoekende partij betreft immers de regelmatigheid en de budgettaire inpasbaarheid. Doordat de inspecteur van Financiën in zijn advies van 6 juli 2023 geen advies heeft gegeven over “de eigenlijke selectiebeslissing” en over het hem

voorgelegde “voorstel van selectie”, schendt de verwerende partij de aangevoerde bepalingen.

Beoordeling

22. De verwerende partij legt als vertrouwelijke stukken twee adviezen van de inspecteur van Financiën neer: het “advies IF AVA” van 9 juni 2022, en het “advies IF selectie” van 6 juli 2023.

Uit die stukken blijkt dat de inspecteur van Financiën op 9 juni 2022 een advies heeft verleend betreffende de voorliggende overheidsopdracht in het stadium “Aanvraag voorafgaand akkoord”, waarbij, blijkens het voorwerp van het advies, “aan de Ministerraad [wordt] voorgesteld Defensie toe te laten de verwervingsprocedure voor de capaciteit BTFC te initiëren op basis van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in toepassing van artikel 22 van de Wet van 13 augustus 2011”. Voorts blijkt dat de inspecteur van Financiën op 6 juli 2023 een advies heeft verleend betreffende de voorliggende overheidsopdracht in het stadium van de selectie, waarbij, blijkens het voorwerp van het advies, “de selectie 21AP004 [wordt] voorgesteld [...] waarbij 6 firma’s geselecteerd worden en het bestek zullen toegestuurd krijgen met het oog op het indienen van een offerte”.

Voor zover het middel ervan uitgaat dat betreffende de voorliggende overheidsopdracht geen adviezen aan de inspecteur van Financiën zouden zijn gevraagd, mist het middel bijgevolg feitelijke grondslag.

23. Ook de kritiek van de verzoekende partij dat de formele motiveringsplicht is geschonden doordat in de kennisgeving van de motieven van niet-selectie niet wordt verwezen naar het advies van de inspecteur van Financiën of doordat daarop niet is geantwoord, overtuigt niet.

De Raad van State stelt vast dat in het advies van de inspecteur van Financiën van 6 juli 2023, zoals de verwerende partij stelt in haar nota, “geen oordeel [wordt] gevormd over de uitsluiting van de verzoekende partij voor de tweede fase van de overheidsopdracht”. Het advies lijkt inderdaad inhoudelijk

geen betrekking te hebben op de evaluatie van elk van de kandidaatstellingsdossiers, en beoordeelt in het bijzonder niet de motieven van niet-selectie van de verzoekende partij, met name de vaststelling dat zij niet voldoet aan de vooropgestelde toegangs- en selectiecriteria. De verzoekende partij lijkt bijgevolg geen belang te hebben bij haar kritiek dat het advies niet in (de kennisgeving van) de motieven van niet-selectie wordt vermeld, noch beantwoord.

24. Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel en vijfde middel, samengenomen

Standpunt van de partijen

25. De verzoekende partij voert in een vierde middel “[o]nrechtmatige en tegenstrijdige motieven, onbevoegdheid en machtsoverschrijding” aan, evenals de schending van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, artikel 33 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), de richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2009/81/EG), het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), “inzonderheid de artikelen 36, 45, 49 t.e.m. 55, 56 t.e.m. 62, 72, 73, 346 en 347”, “de Gemeenschappelijke EU-Lijst van militaire goederen, vastgesteld door de Raad op 17 februari 2020 (waarop Gemeenschappelijk Standpunt 2008/944/GBVB van de Raad tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften voor de controle op de uitvoer van militaire goederen en technologie van toepassing is)”, de motiveringswet, en de artikelen 39 en 40 van de rechtsbeschermingswet.

Zij vat het middel samen als volgt:

“Samenvatting (Schending toepassingsgebied van Richtlijn 2009/81/EG en Defensiewet)

[...] Het voorwerp van het BFTC-dienstencontract [...] is: ‘te beschikken over een vormingscapaciteit voor de basisopleiding van piloten (Basic Flight Training Capability - BFTC) ten einde op termijn een jaarlijks vluchtplan van 6.000 vlieguren te realiseren’. (looptijd : 20 jaar)

Het BFTC-diensten-contract beoogt : (1) het ter beschikking stellen, het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van een vloot trainingstoestellen die zijn voorzien van twee zitplaatsen in tandemconfiguratie, met schietstoelen en met een turbopropmotor, (2) het ter beschikking stellen, het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van een Ground Base Training System, zoals vluchtsimulatoren en andere didactische trainingsmiddelen, en (3) het beheer, de inwerkingstelling en het onderhoud van de volledige infra-technisch-logistieke steun die nodig is. De BTA's en de onderhoudsorganisaties zullen moeten voldoen aan de luchtwaardigheidseisen.

[...] Het beroep op artikel 15, 1^{ste} lid, 3^o Defensiewet veronderstelt dat de diensten rechtstreeks verband houden met hetzij (a) ‘militair materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen’, hetzij (b) ‘gevoelig materiaal, inclusief onderdelen, componenten en/of assemblagedelen’.

Het beroep op artikel 15, 1^{ste} lid, 4^o Defensiewet veronderstelt daarentegen dat er sprake is van ‘diensten voor specifiek militaire doeleinden of gevoelige werken en gevoelige diensten’.

Verweerder schendt derhalve de wet van 29 juli 1991 en de artikelen 39 en 40 van de wet van 17 juni 2013 door, in de meegedeelde formele motivering (van ‘de beslissing tot niet selectie’), niet de bijzondere overweging in rechte op te geven op grond waarvan hij heeft beslist dat de BFTC-overheidsopdracht (1) wel kon worden onttrokken aan de toepassing van de algemene wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en (2) aansluitend de Defensiewet wel kon worden toegepast.

[...] Verweerder beroept zich ook ten onrechte op de Defensiewet en het Defensie-KB, dit omdat het toepassingsgebied ervan zich niet uitstrekt tot deze BFTC-diensten-opdracht. Deze diensten hebben immers geen rechtstreeks verband met ‘militair materiaal’. De trainingstoestellen zijn ook niet ontworpen voor specifiek militaire doeleinden, maar ze hebben identieke civiele toepassingen en zijn ook geen ‘militair materiaal’ (in de zin van de Richtlijn 2009/81/EG en de Defensiewet).

De BFTC-dienst is tevens geen ‘dienst voor specifiek militaire doeleinden’ die - mits bijzondere motivering die hier dus wel ontbreekt - de toepassing van de Defensiewet kan verantwoorden.”

Zij licht toe dat de verwerende partij ten onrechte de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 – alsook het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012 en impliciet richtlijn 2009/81/EG – heeft

toegepast, terwijl dit slechts is toegestaan in de bijzonder omschreven gevallen van de wet.

De verwerende partij laat ook na te motiveren waarom zij deze bijzondere wetgeving wel toepast, minstens diende deze motivering uit het administratief dossier te blijken. De verwerende partij vermeldt evenmin op grond van welke bepaling zij meent dat de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 van toepassing is, namelijk op grond van artikel 15, eerste lid, 3°, of 4°, van de wet, zodat zij de motiveringswet en de artikelen 39 en 40 van de rechtsbeschermingswet schendt.

Volgens de verzoekende partij houdt het “BFTC-dienstencontract” geen rechtstreeks verband met “militair materiaal” en zijn de trainingstoestellen niet ontworpen voor specifiek militaire doeleinden. Zij verwijst daarbij naar artikel 346 VWEU en de “Gemeenschappelijke EU-lijst van militaire goederen, vastgesteld door de Raad op 17 februari 2020”. De toestellen zijn immers noch “gevechtsvliegtuig”, noch “geconfigureerd voor militair gebruik”, en ze zijn “gecertificeerd voor civiel gebruik door civiele luchtvaartautoriteiten”. Evenmin is, volgens de verzoekende partij, het “BFTC-dienstencontract” een “dienst voor specifiek militaire doeleinden” of is er sprake van “gevoelige diensten”.

De verzoekende partij stelt voor om in dit verband een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie.

26. De verzoekende partij voert in een vijfde middel de schending aan van de motiveringswet, de rechtsbeschermingswet, artikel 20 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, artikel 63 van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, het recht op vrij verkeer van diensten, de vrijheid van ondernemen, artikel II.3 WER en artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, richtlijn 2009/81/EG, het gelijkheidsbeginsel, de beginselen van redelijkheid en evenredigheid, de hoorplicht en het recht van verweer, en de beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij vat dit middel zelf samen als volgt:

“In de ‘beslissing tot niet-selectie (van verzoeker)’ betoogt verweerder dat een onderaannemer niet de betrouwbaarheid zou bezitten die nodig is om de veiligheid van de staat te waarborgen.

De ‘beslissing tot niet-selectie (van verzoeker)’ berust op artikel 63 van het Defensie-KB (van 23 januari 2012) dat is aangenomen in uitvoering van artikel 20, 1^{ste} lid van de Defensiewet (van 13 augustus 2011). Deze wetsbepaling strijdt met de Grondwet, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel juncto de vrijheid van vestiging, doordat [ze] enkel de verplichte uitsluitingsgronden vastlegt, doch niet de facultatieve uitsluitingsgronden vastlegt die de Koning dan wel [z]elf mag bepalen. Dit verschil in behandeling is des te meer onredelijk omdat de artikelen 67 en 69 van de wet van 17 juni 2016 inzake de overheidsopdrachten zelf de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden vastleggen.

Verweerders summiere stereotiepe formele motivering is des [te] meer ‘niet-afdoende’ omdat ze ook geen enkel oog heeft voor de criteria die de Defensiewet zelf heeft vastgesteld ter bepaling van het vermoeden van ‘overheersende invloed’ in ‘overheidsbedrijven’ en ‘verbonden ondernemingen’.”

Het middel bestaat uit twee onderdelen.

26.1. Wat het eerste onderdeel “1^{ste} lid (selectiecriteria – ongrondwettigheid van artikel 20, 1^{ste} lid Defensiewet)” betreft, licht de verzoekende partij toe dat de beslissing van niet-selectie steunt op een summier vermoeden van buitenlandse inmenging in een Oostenrijks bedrijf, waartegen zij zich niet heeft kunnen verweren. De verwerende partij beroept zich daarbij op de facultatieve uitsluitingsgrond vervat in artikel 63, § 2, 5°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, dat is genomen ter uitvoering van artikel 20, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011. Dit artikel 20, eerste lid, “discrimineert” aangezien de wetgever niet zelf de facultatieve uitsluitingsgronden vaststelt, en evenmin erin voorziet dat de kandidaat verwittigd wordt wanneer de overheid een facultatieve uitsluitingsgrond wil invoeren, terwijl de artikelen 69 en 70 van de analoge wet overheidsopdrachten 2016 deze procedurele waarborg wel voorschrijven. Het onderscheid tussen “verplichte” en “facultatieve” uitsluitingsgronden is geen gedegen verantwoording voor de (te) ruime delegatie aan de Koning. Volgens de verzoekende partij strijdt artikel 20, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 met de

Grondwet, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel al dan niet in samenhang genomen met onder meer de vrijheid van vestiging, de vrije mededinging, richtlijn 2009/81/EG en artikel 346 VWEU. Zij vraagt bijgevolg om dienaangaande een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof.

26.2. Wat het tweede onderdeel, “2^{de} lid (niet-afdoende motivering inzake het vermoeden van overheersende buitenlandse invloed)” betreft, licht de verzoekende partij toe dat de summiere stereotiepe formele motivering in de bestreden beslissing niet afdoende is in het licht van de criteria met betrekking tot het vermoeden van “overheersende invloed” in overheidsbedrijven en verbonden ondernemingen, zoals bepaald in artikel 2, eerste lid, 3°, respectievelijk artikel 3, 23°, van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011.

Volgens de verzoekende partij bevat de bestreden beslissing een niet-afdoende formele motivering, en gaat deze onwettige niet-afdoende formele motivering des te minder op omdat ze geen oog heeft voor de criteria die de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 zelf heeft vastgesteld wanneer zich een vermoeden van “overheersende invloed” in “overheidsbedrijven” en “verbonden ondernemingen” voordoet. Het volstaat immers niet louter te betogen dat “gezien de nauwe en onbetwistbare banden met Chinese onderdanen en/of de Chinese overheid en de daaruit vloeiende risico’s voor de nationale veiligheid in het algemeen en de wezenlijke veiligheidsbelangen van Belgische Defensie in het bijzonder, [...] de deelname van [Y] aan deze gunningsprocedure onvoldoende garanties [biedt] wat betreft de betrouwbaarheid die vereist is om inbreuken op de staatsveiligheid te vermijden”, als artikel 2, eerste lid, 3°, respectievelijk artikel 3, 23°, van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 zelf bepalen dat het vermoeden van “overheersende invloed” enkel vaststaat als welbepaalde quota of meerderheden zijn bereikt in het kapitaal of de organen van het bedrijf.

Onder de hoofding ‘Addendum (opgave van de aangehaalde documenten en refertes)’ stelt de verzoekende partij nog dat de beoordeling van de schending van de formele motiveringsplicht plaatsvindt in het licht van de informatie die haar werd meegedeeld. De verwerende partij heeft geen enkel

document aangehaald, behoudens de deelname-aanvraag en het antwoord op de conformeringsnota, dat de summiere aanname zou kunnen staven, namelijk het betoog “gezien de nauwe en onbetwistbare banden met Chinese onderdanen en/of de Chinese overheid en de daaruit vloeiende risico’s voor de nationale veiligheid in het algemeen en de wezenlijke veiligheidsbelangen van Belgische Defensie in het bijzonder”. Dergelijk motief schendt dus des te meer de versterkte formele motiveringsplicht waarbij de verwerende partij de versterkte bewijslast heeft inzake het ontzeggen, in het nadeel van de verzoekende partij, van de waarborg van vrije vestiging en vrije dienstverlening, gewaarborgd door het VWEU.

27. De verwerende partij werpt in haar nota, wat de beide middelen betreft, een exceptie van gebrek aan belang op, als volgt:

“In het vierde [en vijfde] middel focust de verzoekende partij zich op de niet-selectie op basis van de facultatieve uitsluitingsgrond vervat in artikel 63 §2, 5° van het KB van 23 januari 2012.

De verzoekende partij verliest hierbij uit het oog dat de beslissing tot niet-selectie niet enkel op deze grond gesteund is. De andere motieven van niet-selectie zijn namelijk [...]:

- [X] heeft Aanhangsel 3 (Betrouwbaarheid) niet ingediend
- Technische bekwaamheid van de kandidaat:
 - o De verschillende MRO’s beschikken individueel niet over het vereiste minimum van 15 technici
 - o De kandidaat beschikt niet over eigen dienstencontracten

Bovenstaande motieven worden niet betwist door de verzoekende partij.[...].”

Zij vervolgt, wat het vierde middel betreft, dat zelfs indien de wet overheidsopdrachten 2016 van toepassing zou zijn op de voorliggende overheidsopdracht, de verzoekende partij nog steeds uitgesloten zou zijn op grond van de niet-conformiteit aan de vereisten op het vlak van technische bekwaamheid, zoals vervat in bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’. Deze “uitsluitingsgrond” is immers niet specifiek aan het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, doch stemt overeen met artikel 71, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017).

Wat het vijfde middel betreft, vervolgt de verwerende partij dat de vraag of artikel 20, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 wettig is, en of de verwerende partij al dan niet de formele motiveringsplicht geschonden heeft wat de uitsluiting op grond van artikel 63, § 2, 5°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012 betreft, aldus geen enkele weerslag heeft op de uiteindelijke selectiebeslissing. De verzoekende partij blijft – ook bij een positief antwoord op de beide vragen – niet geselecteerd voor de overheidsopdracht.

Beoordeling

28. Artikel 20 van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011 luidt:

“De Koning bepaalt de voorschriften inzake het toegangsrecht en die inzake de kwalitatieve selectie van de kandidaten en inschrijvers.

Behalve om dwingende redenen van algemeen belang, wordt elke kandidaat of inschrijver de toegang tot elke overheidsopdracht ontzegd indien hij werd veroordeeld door een rechterlijke beslissing met kracht van gewijsde waarvan de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf kennis heeft [...]. De Koning kan hiervan afwijken voor kleine opdrachten beneden het bedrag dat Hij vastlegt.

[...].”

Artikel 63, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, dat verband houdt met de toegang tot de gunningsprocedure, luidt:

“Overeenkomstig artikel 20 van de wet kan in elk stadium van de gunningsprocedure worden uitgesloten van de toegang ertoe, de kandidaat of inschrijver:

[...]

5° waarvan is vastgesteld, op basis van welk bewijsmiddel ook, inclusief beschermde gegevensbronnen, dat hij niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om risico's voor de veiligheid van de staat uit te sluiten;

[...].”

Artikel 74 van het voornoemde besluit, dat verband houdt met de kwalitatieve selectie, luidt:

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

[...]

5° aan de hand van een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de dienstverlener en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;

6° aan de hand van een lijst van de voornaamste diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren. De diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit afgeeft of medeondertekent of in het geval van diensten voor een particuliere afnemer, door attesten van de afnemer of, bij ontstentenis, eenvoudigweg door een verklaring van de dienstverlener;

[...].”

29. De motieven van niet-selectie van de verzoekende partij zijn gesteund op het niet beantwoorden aan bepaalde uitsluitingscriteria en selectiecriteria vermeld in bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’, vak 3, met verwijzing naar het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012.

Een eerste motief, onder de hoofding ‘Uitsluitingscriteria’, betreft de betrouwbaarheid van de verzoekende partij. Onderaannemer [X] heeft “Bijlage 3 (Betrouwbaarheid)” niet verstrekt. Voorts biedt de deelname van onderaannemer [Y] aan de gunningsprocedure onvoldoende garanties wat de betrouwbaarheid betreft die vereist is om inbreuken op de staatsveiligheid te voorkomen, reden waarom de toegang tot de opdracht wordt uitgesloten, overeenkomstig artikel 63, § 2, 5°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012.

Een tweede en een derde motief betreffen de technische bekwaamheid van de verzoekende partij. Onder de hoofding ‘Technische capaciteiten – personeelsbezetting (art. 74, 5° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])’, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet de technische capaciteit aantoont van de “Maintenance, Repair and Overhaul (MRO)” die deze taak in het kader van dit contract zal uitvoeren. Onder de hoofding

‘Technische capaciteiten – voornaamste diensten, uitgevoerd gedurende de afgelopen vijf jaar (art. 74, 6° [koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012])’, wordt gesteld dat de verzoekende partij niet beschikt over tenminste twee dienstverleningscontracten ter ondersteuning van een basisvliegopleiding.

30. De Raad van State stelt vast dat enkel het eerste motief een facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 63, § 2, 5°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012 betreft.

Het tweede en het derde motief betreffen vereisten inzake de kwalitatieve selectie die in de voornoemde bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’, vak 3b (1) en (2) worden gesteld, namelijk enerzijds het bewijs van technische bekwaamheid van de kandidaat-inschrijver en/of onderaannemers, aan de hand van een verklaring van de kandidaat betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de dienstverlener “MRO” die deze taak zal uitvoeren, met toepassing van artikel 74, 5°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012, en anderzijds het bewijs van technische capaciteiten, aan de hand van een door de kandidaat voor te leggen lijst van zijn belangrijkste dienstverleningscontracten ter ondersteuning van een basisvliegopleiding, met toepassing van artikel 74, 6°, van het voornoemde besluit.

De verzoekende partij betwist dit tweede en dit derde motief niet in haar verzoekschrift.

31. De verwerende partij lijkt bijgevolg op het eerste gezicht terecht op te werpen, wat het vierde middel betreft, dat ook indien de wet overheidsopdrachten 2016 van toepassing zou zijn op de voorliggende overheidsopdracht, de verzoekende partij nog steeds uitgesloten zou zijn op grond van de niet-conformiteit aan de vereisten op het vlak van technische bekwaamheid, zoals vervat in bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’. Ook overeenkomstig artikel 68, § 4, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 zijn de bewijsmiddelen van technische bekwaamheid immers (onder meer) een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de

dienstverlener (artikel 68, § 4, 8°), en een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die gedurende de afgelopen periode van maximaal drie jaar werden verricht (artikel 68, § 4, 1°, b).

Aangezien dezelfde selectiecriteria in het kader van de wet overheidsopdrachten defensie en veiligheid 2011, op grond waarvan het tweede en het derde motief van niet-selectie zijn gesteund, aldus ook zijn opgenomen in het wettelijk kader dat de opdrachten in de klassieke sectoren beheerst, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht geen belang te hebben bij haar grief.

32. Ook wat het vijfde middel betreft, lijkt de verwerende partij terecht op te werpen dat de aangevoerde kritieken, die enkel het eerste motief van niet-selectie betreffen, niet van aard zijn de deugdelijkheid van de twee andere motieven in vraag te stellen.

De niet-selectie van de verzoekende partij voor deelname aan de tweede fase van de overheidsopdracht steunt op de voornoemde drie motieven. In die context dient de kritiek van de verzoekende partij op het eerste motief, dat de facultatieve uitsluitingsgrond betreft, niet nader te worden onderzocht. In het licht van het tweede en het derde motief, die het niet voldoen aan bepaalde selectiecriteria betreffen en die door de verzoekende partij niet worden bekritiseerd, lijkt het eerste motief een overtollig motief te vormen. Zelfs al zou die kritiek ernstig zijn, dan nog zou ze de schorsing van de tenuitvoerlegging van de niet-selectie van de verzoekende partij niet kunnen verantwoorden.

33. Voor zover de verzoekende partij in haar zittingsnota en ter terechtzitting repliceert dat de verwerende partij haar exceptie bij het vierde en het vijfde middel steunt op gegevens die enkel aan bod komen in het kader van de toepassing van de facultatieve uitsluitingscriteria, wat precies het voorwerp uitmaakt van haar kritiek in het vijfde middel, wordt zij niet bijgevalen. Zoals hiervoor gesteld (zie overwegingen 29-30), hebben het tweede en het derde motief geen betrekking op facultatieve uitsluitingscriteria maar wel op vereisten inzake de kwalitatieve selectie die in de voornoemde bijlage A ‘Aanvraag tot deelneming’,

vak 3b (1) en (2) worden gesteld, met toepassing van artikel 74, 5° en 6°, van het koninklijk besluit plaatsing defensie en veiligheid 2012.

34. Voor zover de verzoekende partij pas in haar zittingsnota en ter terechtzitting ook kritiek uit op het tweede en het derde motief, is deze kritiek laattijdig en bijgevolg onontvankelijk.

De verzoekende partij liet na deze argumenten aan te voeren in haar verzoekschrift, naar eigen zeggen omdat zij zich, in het korte tijdsbestek om een verzoekschrift in te dienen, heeft beperkt tot het beantwoorden van vijf zogenaamde “basis-vragen”, op grond van de meegedeelde gegevens en zonder kennis van de vertrouwelijke stukken.

Evenwel had zij reeds bij het indienen van haar verzoekschrift kennis van deze motieven van niet-selectie, zodat zij deze kritiek reeds had kunnen en moeten aanvoeren in haar verzoekschrift.

VIII. Besluit

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

IX. Vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen

36. De verzoekende partij vraagt de Raad van State om, bij wijze van voorlopige maatregel, de verwerende partij te verbieden “om de uitnodiging tot het indienen van een offerte te richten aan de geselecteerde kandidaten vóór de nieuwe beslissing inzake [de verzoekende partij] definitief is, subsidiair voordat [...] de Raad van State uitspraak heeft gedaan over de vordering tot schorsing van de nieuwe beslissing”.

37. Krachtens artikel 17, § 1, tweede lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kunnen voorlopige maatregelen slechts worden

bevolen indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of reglement *prima facie* kan verantwoorden.

Aangezien geen van de middelen ernstig is gebleken, dient de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

2. De Raad van State verworpt de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zeven december tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere