Het arrest nr. 260.097 van 12 juni 2024 is gewijzigd door arrest nr. 260.529 van 26 augustus 2024

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 260.097 van 12 juni 2024
in de zaken A. 234.182/XII-9116 (I.)
A. 234.641/XII-9136 (II.)

In zake : I. + II.

de SARL-S TOPLINE SERVICES
vennootschap naar Luxemburgs recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Andy Beelen
kantoor houdend te 3740 Bilzen
Grensstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

I. + II.

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Defensie

---

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 234.182 (I.), ingesteld op 27 juli 2021, strekt tot de nietigverklaring van "[d]e beslissing d.d. 25.05.2021 waarbij betreffende het dossier MRMP-A/A2 Nr. 20AAVO1 beslist wordt dat Fenix Recycling bvba de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend en de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund".

Het beroep in de zaak A. 234.641 (II.), ingesteld op 23 september 2021, strekt tot de nietigverklaring van "[d]e beslissing d.d. 17.07.2021 betreffende het dossier MRMP-A/A2 Nr. 20AAVO1 waarbij [de eerste] beslissing d.d. 25.05.2021 […] wordt ingetrokken en waarbij vervolgens beslist wordt dat Partscare cv de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund".

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld in de beide zaken.

De verzoekende partij heeft in de beide zaken een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft in de beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 maart 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht in de beide zaken.

Advocaat Andy Beelen, die in de beide zaken verschijnt voor de verzoekende partij, en luitenant Marie-Sofie Thiriaux, die in de beide zaken verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft in de zaak A. 234.182 (I.) een met dit arrest eensluidend advies gegevens en in de zaak A. 234.641 (II.) een andersluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. Op 15 juni 2020 richt de algemene directie Material Resources, Divisie Overheidsopdrachten, van het ministerie van Defensie een 'Aanvraag tot Voorafgaand Akkoord (AVA) voor verkoop' tot de minister van Defensie, betreffende de verkoop van "de Dassault Falcon 900, wisselstukken en ondersteuningsmaterieel".

Blijkens punt 3 'Uiteenzetting van het dossier' van deze AVA, werd een overheidsopdracht met referentie 17AP006 uitgeschreven door de verwerende partij voor "diensten voor een corporate luchttransportcapaciteit", waarbij de verkoop van de Dassault Falcon 900 het voorwerp uitmaakte van perceel 2. Voor dit perceel werd evenwel geen enkele offerte ontvangen en bijgevolg werd het perceel niet gegund. Toch zou er "opnieuw aanzienlijke interesse [zijn] om dit toestel als vliegtuig in te zetten, zij het met een beperkte marktwaarde", reden waarom andermaal wordt getracht het vliegtuig als toestel aan te bieden op de markt.

Van punt 4 'Vervreemding' zijn de volgende bepalingen voor deze zaak relevant:

> "b. Geschatte opbrengst: 850.000 EUR
> Een analyse werd uitgevoerd tijdens de militaire prospectie om de geschatte opbrengst te bepalen bij verkoop. Er zijn meerdere potentiële kopers geïnteresseerd, maar uit de beschikbare informatie blijkt dat de meeste kandidaat-kopers slechts een beperkt budget (tussen 50.000 en 100.000 €) voor ogen hebben om het aangeboden materieel aan te werven. Recente gesprekken met één kandidaat doen echter vermoeden dat de opbrengst hoger zou kunnen zijn dan initieel verwacht.
> Gezien bovenstaande argumenten wordt de verkoopwaarde van het materieel optimistisch geraamd op ongeveer 850.000 EUR.
> […]
> d. Verkoopprocedure
> Het is de intentie om het toestel, de wisselstukken en het ondersteuningsmaterieel te verkopen in één perceel.
> Het materieel zal worden aangeboden in de staat waarin het zich bevindt ('as is, where is').
> Gezien er geen offerte werd ingediend voor het perceel van de Dassault Falcon 900 ingevolge overheidsopdracht 17AP006 en gezien de

oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht voor dit perceel niet wezenlijk worden gewijzigd, wordt naar analogie met de wetgeving overheidsopdrachten voorgesteld om het materieel te verkopen volgens een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, waarbij de geïnteresseerde firma's worden uitgenodigd om een bod uit te brengen, verbonden aan een strikte timing en verkoopvoorwaarden.

[…]

f. Potentiële bestemmelingen van het materieel:
De militaire prospectie heeft aangetoond dat er meerdere potentiële kopers (civiele operatoren) geïnteresseerd zijn in de aankoop van het toestel, de wisselstukken en het ondersteuningsmaterieel in één perceel.
Naast de firma's die interesse toonden tijdens de militaire prospectie, zullen ook de firma's aangeschreven worden die geselecteerd werden voor lot 2 (verkoop Dassault Falcon 900) van overheidsopdracht 17AP006, maar die uiteindelijk op dat moment geen bod hebben ingediend.
Volgende firma's zullen gecontacteerd worden om hen de kans te geven een offerte in te dienen: […]

g. Kosten verbonden aan de ontmanteling:
Indien een potentiële koper zou opteren voor ontmanteling van het toestel voor gebruik als wisselstukken, dan dient dit te gebeuren door de koper zelf en dienen alle hiermee verbonden kosten gedragen te worden door de koper. Al het materieel, inclusief het ontmantelde karkas (indien van toepassing), dient door de koper verwijderd te worden."

3.2. Op 26 juni 2020 keurt de minister van Defensie deze AVA voor verkoop goed.

3.3. Twaalf ondernemingen worden aangeschreven, met kennisgeving van het bestek dat op de verkoop van toepassing is.

Het voorwerp van de verkoop wordt in het bestek omschreven als volgt:

> "Het beschikbare vliegtuig type Falcon 900 (inclusief 4 reservemotoren) en de gerelateerde reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting zullen verkocht worden in één perceel en bijgevolg zal de offerte ingediend moeten worden voor het volledige perceel. […]
> De configuratie van het vliegtuig is nauwkeurig beschreven in bijlage A (A1 en A2) terwijl de actuele configuratie van de motoren gepreciseerd wordt in bijlage B (B1 tot en met B8). […]
> De lijst van gerelateerde reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting werd nauwkeurig beschreven in bijlage C (ondersteuningspakket).

Voor herstellingen, revisies en leveringen van componenten die uitgevoerd werden tussen 2016 en 2020 en waarvoor een CoC (Certificate of Conformity) beschikbaar is, zal deze CoC bezorgd worden samen met dit component. […].”

Met betrekking tot de staat van het vliegtuig wordt in het bestek het volgende gesteld:

“4. Staat van vliegtuig, reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting
Het vliegtuig, de gerelateerde reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting zullen in de huidige staat geleverd worden. Belgische Defensie verbindt zich niet tot enig overblijvend potentieel voor de geleverde onderdelen, noch tot de luchtwaardige of operationele staat van deze onderdelen. […]
[…]
De opdrachtnemer zal van Belgische Defensie volgende informatie krijgen:
- een kopij van de TID (Technical Information and Data) van de Belgische Falcon 900
- een kopij van de logboeken van het vliegtuig en de motoren
- een CoC van de reserveonderdelen, indien beschikbaar
- een download van de gegevens over het materiaalbeheer van het vliegtuig, indien gevraagd.

Belgische Defensie garandeert de volledigheid, noch de juistheid van de geleverde TID of geregistreerde gegevens en zal niet aansprakelijk zijn voor fouten in geleverde gegevens of documentatie.
[…].”

Als kwalitatieve selectievoorwaarde wordt van de inschrijvers het volgende gevraagd:

“6. Toegangsrecht en kwalitatieve selectie

[…]

c. Documenten te leveren die de technische bekwaamheid van de inschrijver aantonen
De inschrijver dient aan te tonen dat hij, eventueel in samenwerking met een onderaannemer, in staat is om het vliegtuig (type Falcon 900 of gelijkaardig) en/of onderdelen hiervan te onderhouden en ook, indien van toepassing, of hij het vliegtuig kan opereren.
- Indien de activiteiten van de inschrijver zich bevinden in het domein van onderhoud of gebruik van vliegtuigen, dient hij een lijst voor te leggen, van zichzelf of van de onderaannemer, van de voornaamste leveringen en/of diensten die gedurende de

afgelopen drie jaar werden verricht in het kader van onderhoud op en/of operaties met vliegtuigen van het type Falcon 900 of gelijkaardig met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

- Indien de activiteiten van de inschrijver zich bevinden in het domein van onderhoud van onderdelen van vliegtuigen, dient hij een lijst voor te leggen, van zichzelf of van de onderaannemer, van de voornaamste leveringen en/of diensten die gedurende de afgelopen drie jaar werden verricht in het kader van onderhoud op onderdelen van het vliegtuig type Falcon 900 of gelijkaardig met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

De leveringen en/of diensten worden aangetoond door attesten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in geval van leveringen en/of diensten voor een particuliere afnemer door attesten van de afnemer of bij ontstentenis eenvoudigweg door een verklaring van de leverancier of van de dienstverlener.
Voor het aantonen van de bekwaamheid betreffende het opereren van het vliegtuig (indien van toepassing) kan ook een vliegbrevet voorgelegd worden voor dit type vliegtuig.
[…].”

Voorts wordt in het bestek met betrekking tot de offertes onder meer bepaald:

“7. Offertes
[…]
e. Interpretatie, fouten en leemten
Als een inschrijver in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste 10 dagen vóór de datum van opening.
De aanbestedende overheid oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om de opening te verdagen en, indien nodig, tot een aanpassing van het bestek over te gaan.
[…]
i. Informatievergadering
Om alle onduidelijkheden betreffende het bestek te vermijden, organiseert de aanbestedende overheid vóór de opening van de offertes een voorafgaande informatievergadering op vrijdag 28 januari 2021 […]
Op deze informatievergadering zal eerst een korte toelichting gegeven worden betreffende het voorwerp van deze overheidsopdracht. Tijdens deze vergadering zal er verder

mondeling geantwoord worden op de door de potentiële inschrijvers gestelde vragen. Het vliegtuig en het ondersteuningspakket zullen beschikbaar zijn voor een kort bezoek (een technische inspectie van de onderdelen zal niet toegelaten worden). Logboeken van het vliegtuig en van de motoren zullen beschikbaar zijn voor consultatie.
[…]
De aanbestedende overheid zal een samenvatting met de in de vergadering behandelde vragen en antwoorden versturen naar de inschrijvers die aanwezig waren op de vergadering.
[…].”

Blijkens punt 8 ‘Gunning en sluiten van de opdracht’ is de hoogst geboden prijs het enig gunningscriterium.

Als bijlage bij het bestek worden onder meer gevoegd de ‘Technische specificaties vliegtuig’ (bijlage A), de ‘Technische specificaties motoren’ (bijlage B), en het ‘Ondersteuningspakket’ (bijlage C).

3.4. Met e-mailberichten van 22 januari 2021, 27 januari 2021 en 29 januari 2021 bezorgt de verzoekende partij een aantal vragen aan de verwerende partij. In het bijzonder wordt in het e-mailbericht van 27 januari 2021 gevraagd: “Ik veronderstel dat zoals in de tender vermeld staat eventueel bijkomend technische bezichtiging mogelijk is zoals met de vorige tender? COVID 19 is een niet al te gemakkelijke situatie.”

Met e-mailberichten van 29 januari 2021, 3 februari 2021, 8 februari 2021, 10 februari 2021, 12 februari 2021, 22 februari 2021, 24 februari 2021 en 1 maart 2021 bezorgt de verwerende partij aan de ondernemingen die aanwezig waren op de informatievergadering van 28 januari 2021 bijkomende informatie, onder meer na een bijkomende vraag daartoe van de verzoekende partij van 25 februari 2021.

In het verslag van de informatievergadering van 28 januari 2021, meegedeeld aan alle kandidaten op 29 januari 2021, wordt onder punt 4 ‘Topics of intrest’, onder meer vermeld: “d. The goods are sold ‘as is, where is’ and no additional inspections are possible before submittal of the tender” (Vrij vertaald:

De goederen worden verkocht “as is, where is” en er zijn geen bijkomende inspecties mogelijk vóór het indienen van de offerte).

3.5. Vijf ondernemingen dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij.

Bijkomende inlichtingen omtrent de selectiecriteria worden opgevraagd bij enkele inschrijvers, waaronder de verzoekende partij. De mogelijkheid wordt geboden om een BAFO in te dienen.

3.6. Op 7 mei 2021 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Alle inschrijvers worden geselecteerd en alle offertes worden regelmatig bevonden. De eindrangschikking in dalende orde van de offertes is als volgt:
- bv Fenix Recycling,
- cv PartsCare,
- X,
- Y en
- sarl-s Topline Services (de verzoekende partij).

Er wordt bijgevolg voorgesteld de opdracht te gunnen aan de bv Fenix Recycling.

De minister van Defensie ondertekent op 25 mei 2021, punt 10 ‘Beslissing van de bevoegde ordonnateur’ van voornoemd gunningsverslag, waarbij wordt beslist de opdracht te gunnen aan de bv Fenix Recycling.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak met rolnummer A.234.182/XII-9116 (I.).

3.7. Tegen de beslissing van 25 mei 2021 wordt ook een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid

ingesteld door de cv PartsCare. Met arrest nr. 251.145 van 29 juni 2021 willigt de Raad van State die vordering in.

3.8. Op 17 juli 2021 beslist de minister van Defensie de voormelde beslissing van 25 mei 2021 in te trekken "[g]ezien nieuwe, bijkomende informatie aantoont dat een van de inschrijvers verplicht dient uitgesloten te worden op basis van Art 67, §1 van de Wet inzake overheidsopdrachten, toepasbaar gemaakt in de opdrachtdocumenten".

Vervolgens beslist de minister om de opdracht te gunnen aan de cv PartsCare.

Dit is de bestreden gunningsbeslissing in de zaak met rolnummer A.234.641/XII-9136 (II.).

3.9. Het beroep tot nietigverklaring tegen de voornoemde beslissing van 25 mei 2021 ingesteld door de cv PartsCare wordt, gelet op de intrekking ervan, bij arrest nr. 259.839 van 24 mei 2024, BE:RVSCE:2024:ARR.259.839 verworpen.

IV. Samenvoeging

4. De beroepen zijn samenhangend. In de beide zaken worden dezelfde wettigheidsvragen aangebracht. Er is reden om de zaken samen te voegen.

V. Ontvankelijkheid in de zaak A.234.182 (I.)

5. Op 17 juli 2021 heeft de verwerende partij de bestreden beslissing in de zaak A. 234.182 (I.) ingetrokken.

De vordering is bijgevolg zonder voorwerp, minstens heeft de verzoekende partij haar belang bij de vordering verloren.

In de zaak A. 234.641 (II.) bestrijdt de verzoekende partij weliswaar ook de beslissing van 17 juli 2021 “waarbij [de eerste] beslissing d.d. 25.05.2021 (met als inhoud dat Fenix Recycling bvba de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend […]) wordt ingetrokken”, doch zij voert enkel middelen aan tegen de gunning van de opdracht aan de bv PartsCare, niet tegen de intrekking van de eerste gunningsbeslissing. Er valt overigens niet in te zien welk belang de verzoekende partij bij de nietigverklaring van de intrekking zou kunnen hebben. Op de vraag van de verzoekende partij om de ingetrokken beslissing van 25 mei 2021 alsnog te vernietigen “om redenen van rechtszekerheid” wordt bijgevolg niet ingegaan.

VI. Onderzoek van het eerste middel, eerste onderdeel, in de zaak A.234.641 (II.)

Standpunt van de partijen

6. De verzoekende partij voert de schending aan van, onder meer, de artikelen 4 en 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, en het zorgvuldigheidsbeginsel.

In wat als een eerste onderdeel kan worden beschouwd, licht zij toe dat de verwerende partij in deze procedure alle inschrijvers gelijke kansen moest bieden om de opdracht gegund te krijgen. De motivering in de bestreden beslissing dat “de procedure al eens door Defensie werd herbegonnen, waarbij al de mogelijke inschrijvers dezelfde kansen hebben gekregen om de best mogelijke offerte in te dienen”, impliceert volgens de verzoekende partij niet dat het gelijkheidsbeginsel in de huidige procedure werd nageleefd. Die gelijkheid diende verzekerd te zijn, ook in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking zoals te dezen, zowel in de fase van de voorbereiding van de biedingen als bij de beoordeling ervan.

De verzoekende partij stelt dat van de twaalf ondernemingen die een uitnodiging hebben ontvangen om op 28 januari 2021 de informatievergadering bij Defensie bij te wonen, er twee soorten kandidaten

kunnen worden onderscheiden: kandidaten die het vliegtuig willen verschroten of ontmantelen, en kandidaten die het vliegtuig opnieuw luchtwaardig willen maken, waaronder de verzoekende partij. Het technisch bezoek dat de verwerende partij had toegestaan, was evenwel beperkt tot één uur. Op één uur is het volgens de verzoekende partij onmogelijk een degelijke technische inspectie van zowel vliegtuig als de technische en onderhoudsdocumentatie te verrichten. De verzoekende partij had dan ook reeds per e-mailberichten van 22 en 27 januari 2021 gevraagd om na 28 januari 2021 één of meer bijkomende technische inspecties te mogen doen, wat voor alle kandidaten werd geweigerd op de vergadering van 28 januari 2021. Voor de ondernemingen die het vliegtuig verschroten of ontmantelen maakt een technische inspectie volgens haar relatief weinig uit, maar voor de ondernemingen die het vliegtuig operationeel willen maken en onder meer een tijdelijke vliegvergunning dienen te verkrijgen om het vliegtuig te laten opstijgen vanuit Melsbroek naar een andere locatie voor volledig onderhoud, is dit uiteraard fundamenteel anders. Een degelijke technische inspectie bepaalt niet alleen de waarde van wat aanwezig is, ook alle eventuele kosten die noodzakelijk zijn om de vliegwaardigheid te herstellen, zijn relevant in de bieding. Dit volgt des te meer uit het feit dat de verwerende partij volgens punt 4 van het bestek geen enkele garantie bood betreffende de staat van de goederen, laat staan de vliegwaardigheid van het toestel, en zelfs niet betreffende de juistheid van de door haar aangeleverde technische informatie en data. Feit is bovendien dat de verwerende partij een meer doorgedreven technische inspectie na 28 januari 2021 temporeel eenvoudig had kunnen toelaten aangezien de eerste offerte pas tegen 5 maart 2021 moest worden ingediend, en de BAFO pas tegen 23 april 2021.

Door het technisch bezoek tot één uur te beperken en door, ondanks het verzoek, de nodige extra technische inspectie(s) in het geheel niet toe te laten, heeft de verwerende partij de verzoekende partij in de voorbereiding van haar bieding benadeeld ten opzichte van de ondernemingen die het vliegtuig zouden verschroten of ontmantelen. De verzoekende partij heeft zich door toedoen van de verwerende partij niet in een gelijke positie bevonden, maar in een nadelige positie. De verzoekende partij heeft hierdoor immers niet de nodige zekerheid of het nodige uitsluitsel kunnen krijgen over de waarde van de goederen in het licht

van haar latere doelstelling met betrekking tot die goederen, een doelstelling die bovendien gekend was door de verwerende partij (zij heeft alle mogelijke bekwaamheidscertificaten en bewijzen, waaronder de vliegbekwaamheid, moeten aanleveren) en die tevens aanwezig was bij twee andere geïnteresseerden. Zij heeft daardoor haar bod moeten uitbrengen in een toestand van onzekerheid en onder een significant potentieel waardedrukkend risico waar die elementen van onzekerheid en risico niet, of niet in dezelfde mate, bij de bieding golden voor de andere inschrijvers verschroters of ontmantelaars. De oorspronkelijk gekozen inschrijver, de bv Felix Recycling, en de thans gekozen inschrijver, de cv PartsCare, behoren tot deze laatste categorie.

7. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij op dat de kritiek omtrent de technische inspectie niet ontvankelijk is en ook ten gronde niet correct is.

7.1. De verwerende partij wijst vooreerst op punt 7.e van het bestek waarbij de inschrijvers werden uitgenodigd opmerkingen te formuleren over de opdrachtdocumenten, in het bijzonder indien die van aard waren dat ze de vergelijking van de offertes onmogelijk zouden maken. Deze bestekbepaling vormt een letterlijke overname van artikel 81 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’. Voorts wijst de verwerende partij op punt 7.i van het bestek in verband met de informatievergadering, en punt 4 van het bestek in verband met de staat van het vliegtuig.

De verwerende partij vervolgt dat de verzoekende partij inderdaad tot tweemaal toe de aankoopofficier had bevraagd omtrent de mogelijkheid van eventuele bijkomende technische inspecties, doch dat het haar op basis van deze verzoeken niet duidelijk was dat de verzoekende partij zonder deze inspecties geen correcte offerte (en dus prijs) kon opstellen zodat de vergelijking van alle ontvangen offertes onmogelijk zou worden. In het e-mailbericht van 22 januari 2021 (het eerste verzoek tot inspectie) stelt de verzoekende partij immers eerst een reeks technische vragen over het vliegtuig en

de motoren, om dan af te sluiten met de zin: “[I]ndien no[o]dzakelijk, kan er na 28 januari en voor 12 februari nog bijkomend inspectie bezoek gebracht worden aan Wing 15?” De vermelding “indien no(o)dzakelijk” geeft aan dat de verzoekende partij blijkbaar eerst de antwoorden van de door haar gestelde vragen wou afwachten om dan te oordelen of een technische inspectie ter plaatste nog wel noodzakelijk zou zijn. Ook in het e-mailbericht van 27 januari 2021 (het tweede verzoek tot inspectie) geeft de verzoekende partij evenmin eenduidig aan dat een technische inspectie werkelijk onontbeerlijk is voor het opstellen van de offerte: “Eventuele bijkomende technische inspecties: Ik veronderstel dat zoals in de tender vermeld staat eventueel bijkomend technische bezichtiging mogelijk is zoals met de vorige tender?” Uit het woordgebruik “eventueel” blijkt opnieuw dat een technische inspectie niet onontbeerlijk zou zijn. Na de informatiezitting van 28 januari 2021 heeft de verzoekende partij de kwestie van de technische inspecties niet meer voorgelegd aan de aankoopofficier. Kortom, dat de kwestie van de technische inspecties voor de verzoekende partij dermate onontbeerlijk was met het oog op het indienen van een offerte, blijkt alvast niet uit de gevoerde correspondentie.

Ten slotte stelt de verwerende partij dat het luidens het bestek duidelijk was dat een omvangrijke technische inspectie niet mogelijk zou zijn en dat het aan de inschrijvers toekwam hun vragen omtrent de technische specificaties van het vliegtuig aan de aankoopofficier te bezorgen. De verzoekende partij heeft zich effectief ook in deze logica ingeschreven, getuige waarvan de ware stortvloed aan vragen aan de aankoopofficier en eerder ook aan de kapitein van het vliegwezen. De verzoekende partij heeft op het moment van het indienen van de offerte niet aangegeven dat zij (nog steeds) over onvoldoende informatie beschikte teneinde met kennis van zaken een bod uit te brengen. Ook naar aanleiding van het neerleggen van de BAFO werd geen dergelijk voorbehoud gemaakt. In de offerte van de verzoekende partij verklaarde deze zich akkoord met de inhoud en voorwaarden van het bestek. De Raad van State heeft reeds geoordeeld dat het stilzwijgen van een inschrijver met betrekking tot een vermeend bezwaar aangaande een bestekbepaling kan leiden tot de niet-ontvankelijkheid van een gelijkluidend middel in een procedure voor de Raad als aan de volgende twee

cumulatieve voorwaarden is voldaan: a) een bestekbepaling verplicht ertoe meteen zichtbare wettigheidbezwaren te melden (RvS 13 juli 2010, nr. 206.598, nv Neorec), en b) de betrokken onrechtmatigheid is te beschouwen als een dergelijk zichtbaar bezwaar (RvS 21 april 2016, nr. 234.464, nv Sita Remediation; RvS 30 november 2017, nr. 240.043, nv Bopro Sustainable Investment). Weliswaar heeft de Raad van State deze meldingsplicht genuanceerd in het arrest van 30 november 2018, nr. 243.095, nv Deckx Algemene Ondernemingen, stellende dat het "evident [is] dat een inschrijver zich in eerste instantie concentreert op de offerte zelf", doch in dit geval is dit onlosmakelijk verbonden met het formuleren van een aankoopprijs na beoordeling van de staat van het vliegtuig en de motoren. Op basis van het bestek was duidelijk dat geen omvangrijke technische inspecties toegelaten zouden worden, wat als een meteen zichtbaar bezwaar is te kwalificeren, doch blijkens de vraag van de verzoekende partij in haar e-mailbericht van 27 januari 2021 heeft zij het bestek blijkbaar niet goed bestudeerd. Door pas nadat zij naast de opdracht grijpt, haar kritiek te formuleren op aspecten die tot de kern van de opdracht behoren en die zij voorheen heeft verklaard te kunnen onderschrijven, heeft zij onzorgvuldig gehandeld (RvS 26 juli 2021, nr. 251.302, nv Iskraemeco Benelux; zie ook HvJ 12 februari 2004, Grossman Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93).

7.2. Ten gronde repliceert de verwerende partij, wat de beweerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, dat alle inschrijvers wel degelijk gelijk zijn behandeld.

Vooreerst schetst zij uitvoerig welke technische informatie, en op welk moment, zij aan de verzoekende partij ter kennis heeft gebracht, als volgt:

> "Op 4 september 2019 is verzoekende partij, in het kader van de militaire prospectie, een eerste keer gecontacteerd geweest door kapitein van het vliegwezen [C.] met de vraag of [zij] geïnteresseerd was in de aankoop van de Falcon 900. In een mail van 6 september 2019 maakte verzoekende partij vervolgens een vragenlijst over met de volgende vermelding [...]:
>
> > 'Het zou ons een stuk verder helpen mocht het U lukken van jullie technische dienst van de 15de Wing hierop een antwoord te krijgen, die vorige keer uitstekend werk hebben geleverd.'
>
> Alsook:

‘Een van de belangrijkste aspecten zijn uiteraard de draaiuren van de engines en de juiste serie nummers (zie bijlage) alsook de technische problemen dit jaar aan dit toestel’. […]

In een mail van 27 september 2019 stelt verzoekende partij dat de te verwachten antwoorden op deze vragen [haar] zal toelaten […]:

‘Een inschatting/evaluatie te maken over de nodige kosten om het terug luchtwaardig te maken en in hoeverre dit haalbaar is’.

Op 30 september 2019 maakt kapitein van het vliegwezen [C.] een bijlage over aan de Director van verzoekende partij aangaande de staat van het vliegtuig en de motoren en beantwoordt ze in diezelfde mail op een uitvoerige manier de overige vragen. In de bijlage zijn de draaiuren van de motoren, met serienummers (P103259, P97335C, P103261) expliciet aangegeven […].

Op 23 oktober 2019 vraagt de Director van verzoekende partij opnieuw bijkomende informatie op, waarvoor kapitein van het vliegwezen [C.] diezelfde dag nog aangeeft dat zo goed als al deze informatie terug te vinden is in de bijlage die op 30 september 2019 overgemaakt was geweest (zie bijvoorbeeld MPI due, CZE due, basis check, B check, C check,...). De informatie die hier niet terug te vinden is (serienummers landingstoestel en het technische probleem omtrent de Electrical Battery BUS problems) wordt rechtstreeks beantwoord in de mail van 23 oktober 2019 […].

Op 20 december 2019 vraagt de Director van verzoekende partij opnieuw extra informatie op, ditmaal rond de drie motoren en meer specifiek over de eerstvolgende MPI en de CZE. Op 2 januari 2020 antwoordt kapitein van het vliegwezen [C.] vervolgens op deze bijkomende vraag […].

Op 16 oktober 2020 stelt de Director van verzoekende partij een bijkomende vraag, namelijk omtrent de preservatiemethode van de motoren. In het bestek van het verkoopdossier wordt hier meer duidelijkheid over gegeven […]:

‘De inschrijver dient te weten dat de procedure voor opslag met wekelijkse ‘run-up’ van de Falcon 900 werd toegepast tot december 2020. Na d[i]e datum werden de motoren gepreserveerd op het vliegtuig overeenkomstig methode 5 van de documentatie van Honeywell. (…)’

Op 22 januari 2021 maakt de Director van verzoekende partij een bijkomende vragenlijst over aangaande onder andere […]:

‘Engine Log Book copies, particularly the section of: Last MPI and/or CZI events (Certificate of Release to Service - CRS), Major Repairs in case, List of Service Bulletins (SB) and Airworthiness Directives (AD), list of Life Limited Components (LLC) both due in hours and cycles.’.

Op 27 en 29 januari 2021 maakt de Director van verzoekende partij opnieuw bijkomende vragen over. Ditmaal onder andere of [...] het vliegtuig klaar is om op te stijgen, over de huidige staat van het vliegtuig, de datum van de volgende C-check, de lay-out van het vliegtuig, de refurbishing list en de contactpersonen bij Dassault Aviation en Jet Aviation Basel […].

Op 29 januari 2021 maakt de aankoopofficier allerlei technische documenten (zoals de logboeken) via WeTransfer over aan de inschrijvers. Deze documenten waren een dag eerder, op het moment van de informatiezitting, ook toegelicht of ter beschikking gesteld geweest. Op 1 februari 2021 maakt de aankoopofficier ook de notulen van de informatiezitting over […].

> Op 1 en 3 februari 2021 maakt de aankoopofficier, per mail en via WeTransfer aan de inschrijvers aanvullende informatie over omtrent de C-checks, de refurbishing documenten en de lay-out van het vliegtuig.
> Op 8 februari 2021 maakt de aankoopofficier, per mail en via WeTransfer, opnieuw een hele hoop technische informatie over, namelijk een overzicht van alle inspecties voor elke motor, aangaande de preservatiemethode van de motoren en de beschikbare CoC's (certificate of conformity) […].
> Op 10 februari 2021 maakt de aankoopofficier de finale antwoorden voor de nog resterende openstaande technische vragen over, onder andere met betrekking tot het 'no inciden[t] statement' alsook in verband met de te verwijderen militaire (radio)uitrusting en of deze uitrusting eenvoudig vervangen kan worden […].
> Op 12 februari 2021 maakt de Director van verzoekende partij enkele bijkomende vragen over aan de aankoopofficier aangaande de te contacteren personen bij Dassault Aviation en Jet Aviation. Diezelfde dag antwoordt de aankoopofficier dat hij de betrokken ondernemingen (Dassault Aviation en Jet Aviation) een verklaring kan bezorgen dat technische informatie uitgewisseld mag worden met de geïnteresseerde inschrijvers voor de aankoop van de Falcon 900 […].
> Op 24 februari 2021 maakt de aankoopofficier de antwoorden voor de overgebleven, nog niet beantwoorde, technische vragen over, zoals aangegeven met het schrijven van 12 februari 2021. Het betreft aanvullende informatie over het 'no inciden[t] statement', de component cards van de life-limited parts van twee motoren (info via WeTransfer overgemaakt) en de contracten met Dassault Aviation en Jet Aviation Basel […].
> Op 1 maart 2021 maakt de aankoopofficier nog bijkomende antwoorden over naar aanleiding van het verzoek tot informatie vanwege de Director van verzoekende partij omtrent het onderhoud van de Falcon 900 […]."

Vervolgens stelt zij dat een uitvoerige technische inspectie van het vliegtuig en de motoren niet voorzien was in het bestek, en dat dit gold voor alle inschrijvers. In punt 7. i 'Informatievergadering' van het bestek wordt immers uitdrukkelijk gesteld: "Het vliegtuig en het ondersteuningspakket zullen beschikbaar zijn voor een kort bezoek (een technische inspectie van de onderdelen zal niet toegelaten worden)." De stelling van de verzoekende partij dat voor ondernemingen die verschroten of ontmantelen een technische inspectie relatief weinig zou uitmaken, is volgens de verwerende partij een blote bewering die geen feitelijke grondslag heeft als de werkelijke *business* van onder andere de gekozen inschrijver nader wordt bekeken, namelijk het voorzien van onderdelen aan klanten. Ook voor een dergelijke inschrijver is het noodzakelijk kennis te hebben van de technische specificaties van het vliegtuig en de onderdelen ervan om zo de restwaarde te kunnen inschatten met het oog op doorverkoop. De verzoekende

partij overtuigt dus niet in haar stelling dat zij zich in een fundamenteel verschillende positie zou hebben bevonden die een verschil in behandeling verantwoord zou kunnen hebben. In punt 4 van het bestek is eveneens in een gelijke behandeling voorzien van alle inschrijvers, zowel voor zij die het toestel terug operationeel willen maken als zij die het willen ontmantelen met het oog op doorverkoop van de onderdelen, als volgt: “Het vliegtuig, de gerelateerde reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting zullen in de huidige staat geleverd worden. De Belgische Defensie verbindt zich niet tot enig overblijvend potentieel voor de geleverde onderdelen, noch tot de luchtwaardige of operationele staat van deze onderdelen.”

De verwerende partij benadrukt bovendien dat de verzoekende partij met haar e-mailberichten van 4 en 27 september 2019 zelf heeft aangegeven over welke informatie zij juist diende te beschikken om een inschatting te kunnen maken over de nodige kosten om het vliegtuig terug luchtwaardig te maken en in hoeverre dit haalbaar is. Uit de gevoerde correspondentie blijkt duidelijk dat de verzoekende partij deze informatie verkregen heeft. Op geen enkele manier, noch tijdens de voorbereidingsfase van de offerte, noch in het verzoekschrift tot nietigverklaring, wordt verduidelijkt welk verzoek tot informatie onbeantwoord gebleven zou zijn waardoor zij in een toestand van onzekerheid een offerte had dienen op te stellen.

8. De verzoekende partij repliceert in haar memorie van wederantwoord als volgt.

8.1. Wat de opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid betreft, benadrukt de verzoekende partij dat de verwerende partij haar vraagstellingen expliciet heeft afgewezen, wat blijkt uit de powerpoint met de antwoorden op de gestelde vragen verdeeld op de informatievergadering van 28 januari 2021 en uit haar verslag van 29 januari 2021 van deze vergadering. Zij heeft aldus expliciet geweigerd om een technische inspectie toe te laten, terwijl zij op geen enkel moment betwist dat die technische inspectie, ook na de vraagstelling door de verzoekende partij, voor haar praktisch mogelijk en eenvoudig te organiseren was.

Voor zover de verwerende partij opwerpt dat de kritiek slechts ontvankelijk zou zijn wanneer de verzoekende partij conform punt 7.e van het bestek expliciet voorbehoud zou hebben gemaakt, wat zij volgens de verwerende partij "naliet", verwijst de verzoekende partij naar het arrest van de Raad van State van 18 februari 2020, nr. 247.073, cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a., waarin het principe wordt bevestigd dat een inschrijver in zijn beroep tegen de gunningsbeslissing op ontvankelijke wijze de onwettigheid mag inroepen van het bestek, zelfs indien hij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten. Voorts, zoals in die zaak, wordt te dezen in punt 7.e van het bestek niet vermeld dat wettigheidsbezwaren tegen het bestek binnen een bepaalde termijn moeten worden gemeld bij gebreke waarvan de inschrijver zich niet meer op de vermeende onwettigheid van het bestek zou kunnen beroepen. In punt 7.e wordt trouwens ook slechts algemeen gewag gemaakt van "fouten of leemten" en niet specifiek van "wettigheidsbezwaren". Het recht op toegang tot de Raad van State als rechter kan dan ook, wat dit middel betreft, niet aan de verzoekende partij ontzegd worden.

Voorts betwist de verwerende partij in de memorie van antwoord niet dat de vorige tender wel in bijkomende technische bezichtiging voorzag, zoals ook aangehaald door de verzoekende partij in haar e-mailbericht van 27 januari 2021. De verwerende partij voert evenmin aan dat het gebruikelijk zou zijn dat de technische inspectie wordt uitgesloten. Enerzijds werd de verzoekende partij aldus verschalkt in haar verwachtingen, en anderzijds heeft zij de verwerende partij wel degelijk via de e-mailberichten van 22 en 27 januari 2021 op het verschil gealludeerd en haar kansen gegeven om een technische inspectie te organiseren, zodat haar geen onzorgvuldigheid kan worden verweten. De verwerende partij betwist niet dat een technische inspectie organisatorisch mogelijk was, doch heeft dit toch geweigerd en de gunningsprocedure onverkort voortgezet. Dit is haar beslissing en verantwoordelijkheid.

Ten slotte merkt de verzoekende partij nog op dat het zinnetje in punt 7.i van het bestek waarop de verwerende partij alludeert, luidt: "Het vliegtuig en het ondersteuningspakket zullen beschikbaar zijn voor een kort bezoek (een

technische inspectie van de onderdelen zal niet toegelaten worden)". Los van het feit dat dit niet toelaten van een technische inspectie in het bestek helemaal niet wordt benadrukt (bijvoorbeeld staat dit niet vooraan in het bestek maar pas op pagina 8, niet in vetgedrukt lettertype of onderlijnd) koppelt de verwerende partij in het bestek de uitsluiting van de technische inspectie aan (niet nader bepaalde) onderdelen en niet aan het perceel in zijn totaliteit. De uitsluiting van technische inspectie is met andere woorden op zich ook eerder onduidelijk wat de draagwijdte ervan betreft.

8.2. Ten gronde stelt de verzoekende partij dat de door de verwerende partij bezorgde technische informatie, waarnaar zij in haar memorie van antwoord uitvoerig verwijst, niet gelijk te stellen is met de informatie en kennis die een inschrijver kan krijgen op basis van een technische inspectie van de goederen door hemzelf en de gevolgtrekkingen die hij op basis daarvan kan doen naar (offerte)prijsbepaling toe. De verzoekende partij heeft bovendien reeds in het inleidend verzoekschrift gewezen op het feit dat de verwerende partij in punt 4 (en punt 5) van het bestek zelfs iedere aansprakelijkheid op basis van, en iedere garantie voor, de door haar verstrekte technische informatie had uitgesloten. Alle risico's verbonden aan de technische informatie werden hiermee bij de verzoekende partij als inschrijver gelegd. In haar (offerte)prijsbepaling diende zij bijgevolg ook dit risico te verdisconteren (met een lagere prijs tot gevolg).

De verwerende partij stelt dat het voor de inschrijvers die zouden ontmantelen ook niet mogelijk was om een technische inspectie te doen, zodat alle inschrijvers gelijk zouden zijn behandeld voor de prijsbepaling. De verwerende partij miskent dat de ontmantelaars nadien onderdeel per onderdeel kunnen verkopen en hiervoor niet noodzakelijk herstellingskosten dienen te maken. Zij kunnen de onderdelen verkopen in de staat waarin zij zich bevinden, goed of slecht. Inschrijvers als de verzoekende partij die het vliegtuig en al zijn toebehoren terug vliegwaardig willen maken, dienen noodzakelijkerwijze in alle herstellingskosten te voorzien, zonder enige uitzondering, om dat eindresultaat te kunnen bereiken. Om die herstellingskosten te kunnen inschatten (en de offerteprijs te kunnen bepalen) is een technische inspectie belangrijk. De

onmogelijkheid van technische inspectie is in de prijsbepaling merkelijk nadeliger voor zij die het vliegtuig opnieuw vliegwaardig dienen te maken. Daarin schuilt de ongelijkheid.

9. In haar laatste memorie, na een voor haar ongunstig uitvallend auditoraatsverslag, benadrukt de verzoekende partij, wat de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft, vooreerst dat zij bij de bepaling van de offerteprijs, in tegenstelling tot de verkopers van onderdelen, wel ten volle rekening diende te houden met de herstellingskosten om het vliegtuig terug vliegwaardig te maken. De ongelijkheid in positie schuilt in het feit dat de verzoekende partij noodzakelijk de bestaande defecten of schade aan het vliegtuig moet herstellen en dat dit betrekking heeft op alle onderdelen van het vliegtuig, zonder enige uitzondering. Anders is het toestel immers niet vliegwaardig en verkrijgt het ook geen vliegvergunning. De verzoekende partij dient alle herstelkosten hiervoor noodzakelijkerwijze te maken met als gevolg dat zij in de bieding, bij gebrek aan toelating tot technische inspectie, een groot risico moet verdisconteren. Die noodzaak en die omvang doen zich niet voor in hoofde van een verkoper van onderdelen. Waar er defecten zijn of er schade is, moet zo'n inschrijver deze niet noodzakelijk (laat staan allemaal) herstellen, met als gevolg dat hij in de bieding slechts een klein risico moet verdisconteren.

Voorts stelt de verzoekende partij dat het gelijkheidsbeginsel voor de Raad van State één van de kernprincipes is die aan de gunning van een overheidsopdracht ten grondslag ligt. In het verlengde van die fundamentele principes oordeelde de Raad reeds eerder dat specifiek de wijze waarop de aanbestedende overheid omgaat met het kostenvraagstuk dan ook wel degelijk relevant is om de gelijkheid van de (positie van de) inschrijvers te garanderen. Zij verwijst naar arrest nr. 255.879 van 22 februari 2023, nv Proximus, waarin de Raad, vertrekkende van het gelijkheidsbeginsel, het belangrijk achtte, enerzijds, dat het kostenvraagstuk in de gunning zelfs buiten spel werd gezet om de eventuele voordelen van de ene inschrijver ten aanzien van de andere te neutraliseren, en anderzijds, dat een dergelijke neutralisatie door de aanbestedende overheid moet gebeuren wanneer zij technisch gemakkelijk te verwezenlijken is, economisch

aanvaardbaar en de rechten van de inschrijvers niet schendt. Te dezen betreft het zelfs geen eis van de verzoekende partij tot neutralisatie van het kostenvraagstuk in de gunning, maar slechts een herhaalde vraag tot het verkrijgen van een loutere kans om de omvang van kosten (hier de herstellingskosten) te kunnen inschatten via een effectieve technische inspectie, die door de verwerende partij werd geweigerd.

Het betreft te dezen dus een herhaalde weigering vanwege de verwerende partij terwijl er geen discussie bestaat over het feit dat een technische inspectie in de vorige tender wél kon, dat de verwerende partij in het bestek iedere aansprakelijkheid en garantie had uitgesloten (wat het belang van een inspectie nog verder vergrootte, zeker voor een hersteller zoals de verzoekende partij), dat de verzoekende partij meermaals verzocht om een technische inspectie, en dat een dergelijke inspectie eenvoudig en temporeel te organiseren was en dit voor alle inschrijvers, waarmee juist de grootste gelijkheid gegarandeerd zou worden.

Ten slotte verwijst de verzoekende partij in het eerste onderdeel naar de omstandigheid dat I.D., die bij Defensie is tewerkgesteld en specifiek de Falcon 900 in zijn takenpakket heeft, de neef is van de zaakvoerder van de gekozen inschrijver (grief die het voorwerp uitmaakt van het tweede onderdeel). Zij stelt dat deze voorkennis van het vliegtuig minstens eveneens te kwalificeren is als een mogelijk voordeel, zoals aangehaald in voornoemd arrest nr. 255.879, bovenop het voordeel dat de gekozen inschrijver als onderdelenverkoper reeds heeft uit het feit dat te dezen geen technische inspectie werd toegelaten. Uit punt 4.b van de AVA blijkt nog een derde mogelijk voordeel, namelijk dat de hogere bieding van de gekozen inschrijver mede terug te brengen is tot de technische inspectie die zij in 2020 heeft kunnen uitvoeren. Voorts blijkt ook J.S., eveneens werkzaam bij de verwerende partij en dit specifiek met betrekking tot de Falcon 900 (collega van I.D.) en ook aanwezig op de informatievergadering van 28 januari 2021, bijzondere relaties te onderhouden met de gekozen inschrijver. De verzoekende partij bevond zich in de fase van de voorbereiding van de bieding en specifiek door het handelen en het toedoen van de verwerende partij, namelijk door het inlassen van de bestekbepaling die een inspectie niet toeliet, door de latere weigeringen van

de verzoeken tot inspectie en door geen aandacht te besteden aan de bijzondere relatie tussen de zaakvoerder van de gekozen inschrijver en I.D., niet in een gelijke positie ten aanzien van de inschrijvers die de onderdelen verkopen en in het bijzonder niet ten aanzien van de gekozen inschrijver. Bovendien zijn er, louter ten overvloede, aanwijzingen dat de gekozen inschrijver nog op andere manieren bevoordeeld is, gelet op de reeds in 2020 bestaande bijzondere interesse van de verwerende partij voor die onderneming (als gevolg van het feit dat deze bij de verwerende partij het vermoeden had doen ontstaan dat zij een hoger dan verwacht bod zou doen), de technische inspectie die de gekozen inschrijver in 2020 heeft kunnen doen van het vliegtuig, en de bijzondere relatie tussen J.S., eveneens tewerkgesteld bij de verwerende partij specifiek met betrekking tot de Falcon 900, en de gekozen inschrijver.

10. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij dat de gekozen inschrijver – in tegenstelling tot de verzoekende partij – geen rekening zou dienen te houden met de herstellingskosten voor alle onderdelen van het toestel. Ook de andere kandidaten, waaronder de gekozen inschrijver, dienen wel degelijk met de staat (en eventuele herstellingskosten) van alle onderdelen rekening te houden voor de eventuele doorverkoop ervan, zodat ook zij geacht kunnen worden hiermee rekening te moeten houden bij het opstellen van hun offerte.

Wat het door de verzoekende partij aangehaalde arrest nr. 255.879 van 22 februari 2023 betreft, antwoordt de verwerende partij dat uit de voorgaanden duidelijk blijkt dat de verzoekende partij geen bijkomende informatie noch kosten behoefde bij de opstelling van haar offerte. Voorts sluit zij aan bij de stelling in het auditoraatsverslag dat indien de kandidaat-kopers zonder een technische inspectie niet zouden beschikken over de vereiste technische informatie, en zij met deze onzekere factor dienden rekening te houden bij het opstellen van hun prijsofferte, dit voor alle kandidaat-kopers het geval geweest zou zijn, minstens ook voor de gekozen kandidaat-koper. De gelijkheid tussen alle kandidaat-kopers werd dus ook met betrekking tot het kostenvraagstuk geëerbiedigd.

In zoverre de verzoekende partij volhardt in haar argumentatie dat een technische inspectie wel degelijk noodzakelijk was, verwijst de verwerende partij opnieuw naar het auditoraatsverslag, waarin gesteld wordt dat de verzoekende partij niet concreet uiteenzet welke technische informatie nog ontbrak opdat zij met voldoende kennis van zaken een offerte kon opstellen. Uit het administratief dossier blijkt dat aan de verzoekende partij, net als aan de andere potentiële kopers, uitgebreide technische informatie met betrekking tot het vliegtuig en zijn onderdelen en het ondersteuningspakket ter beschikking werd gesteld met het oog op het opstellen van hun offerte, terwijl in het bestek reeds duidelijk werd aangegeven dat een technische inspectie van de onderdelen van het vliegtuig niet toegelaten werd. De verzoekende partij heeft op geen enkel moment aangegeven dat een technische inspectie niettemin noodzakelijk was opdat zij haar offerte zou kunnen opstellen. Het gegeven dat een technische inspectie al of niet gemakkelijk te organiseren zou geweest zijn door de verwerende partij doet niet anders besluiten. De verzoekende partij toont in haar laatste memorie overigens nog steeds niet aan dat zij niet over de vereiste informatie beschikte om haar offerte op te stellen en dat zij benadeeld geweest zou zijn ten opzichte van andere kandidaat-kopers die wel over de vereiste informatie zouden beschikken.

Wat de vermeende voorkeursbehandeling ten behoeve van de bv gekozen inschrijver betreft, stelt de verwerende partij dat de argumentatie in verband met de technische inspectie die de gekozen inschrijver in 2020 kon uitvoeren, en in verband met de relatie tussen J.S. en de gekozen inschrijver, een niet-ontvankelijke uitbreiding van het middel inhoudt daar deze voor het eerst in de laatste memorie wordt aangevoerd. Subsidiair antwoordt de verwerende partij dat het feit dat bij een voorgaande tender een technische inspectie van de vliegtuigen wel mogelijk geweest zou zijn, niet ter zake doet aangezien de verwerende partij niet verplicht is een verkoopprocedure steeds op identiek dezelfde wijze te organiseren.

Bovendien toont de aangehaalde paragraaf uit punt 4.b van de AVA niet aan op welke wijze de verwerende partij de gekozen inschrijver

bevoordeeld zou hebben door de geschatte opbrengst op basis van door die onderneming geleverde informatie aan te passen naar een realistischer bedrag. Indien punt 4.b effectief naar de gekozen inschrijver verwijst (*quod non*), dient opgemerkt te worden dat daarin slechts wordt gesteld dat “de opbrengst hoger zou kunnen zijn dan initieel verwacht”. Het betreft hier slechts een raming ter attentie van de autoriteiten, en dus geenszins een definitieve beslissing die een weerslag zou kunnen hebben op de keuze van een inschrijver. Het is overigens niet omdat de gekozen inschrijver aan eerdere gunningsprocedures met Defensie heeft deelgenomen, dat er sprake is van een voorkeursbehandeling. Dat de gekozen inschrijver daarbij mogelijks enige kennis of ervaring over het onderwerp verworven heeft, wijst niet op een voorkeursbehandeling door de verwerende partij.

Beoordeling

Ontvankelijkheid

11. De beslissing tot vaststelling van een bestek of bepalingen ervan mag door een potentiële of effectieve inschrijver op een overheidsopdracht rechtstreeks worden aangevochten met een beroep tot nietigverklaring in geval die beslissing, hoewel zij voorbereidend is ten opzichte van de uiteindelijke gunningsbeslissing, ten aanzien van die inschrijver niet verschijnt als een louter voorbereidende beslissing maar als een “voorbeslissing”, omdat ze voor die inschrijver definitieve rechtsgevolgen heeft. Die mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen neemt niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Een verzoekende partij mag aldus in haar beroep tegen de gunningsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State (RvS, alg. verg. afd. bestuursrechtspraak, 2 december 2005, nr. 152.173, nv Labonorm).

12. De bestekbepaling waarop de verwerende partij haar exceptie onder meer steunt, luidt:

> "e. Interpretatie, fouten en leemten
> Als een inschrijver in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste 10 dagen vóór de datum van opening.
> De aanbestedende overheid oordeelt of de fouten of leemten voldoende belangrijk zijn om de opening te verdagen en, indien nodig, tot een aanpassing van het bestek over te gaan."

Deze bestekbepaling bevat niet de verplichting voor de inschrijvers om nog vóór de indiening van de offertes rechtmatigheidsbezwaren tegen het bestek te melden aan de aanbestedende overheid, bij gebreke waarvan zij zich niet meer op de vermeende onrechtmatigheid van het bestek zouden mogen beroepen. De meer algemene draagwijdte die de verwerende partij aan deze bepaling geeft, kan bijgevolg niet worden bijgevallen.

13. De Raad van State stelt bovendien vast dat de verzoekende partij te dezen, tot tweemaal toe, schriftelijk heeft aangedrongen op een technische inspectie van het vliegtuig. De omstandigheid dat zij die vraag niet meer heeft herhaald na de informatievergadering van 28 januari 2021, noch een voorbehoud heeft gemaakt bij het indienen van haar offerte, volstaat niet om haar thans het belang bij het middel te ontzeggen. De verzoekende partij kon immers op voorhand niet weten dat zij ten gevolge van het gebrek aan technische inspectie en dus van een meer uitgebreide kennis over de herstellingskosten van het toestel, weinig kans had om de economisch meeste voordelige offerte in te dienen. Dit is pas achteraf duidelijk geworden.

Het arrest van het Hof van Justitie van 12 februari 2004, Grossman Air Service, C-230/02, EU:C:2004:93, dat de verwerende partij aanhaalt, leidt niet tot een andere conclusie. In die zaak ging het om een bestekbepaling die van die aard was dat zij, volgens de betrokken onderneming, haar belette om op zinvolle wijze deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure.

Volgens het Hof van Justitie zou het niet stroken met de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de beroepen tegen beslissingen in het kader van gunningsprocedures als die onderneming het instellen van een beroepsprocedure zonder objectieve reden zou kunnen vertragen. Daarom kan het nationale recht bepalen dat het beroep van een onderneming die niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, en die wacht tot de gunningsbeslissing om die dan aan te vechten met een grief gericht tegen de bestekbepaling, onontvankelijk is (punten 36-40 van het arrest; zie in dezelfde zin HvJ, 28 november 2018, Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a., C-328/17, EU:C:2018:958, punten 47-49). Een dergelijke situatie doet zich te dezen niet voor. De door de verzoekende partij bekritiseerde bestekbepaling heeft haar niet verhinderd op zinvolle wijze deel te nemen aan de gunningsprocedure. Zij mocht dus wachten, zoals hiervoor overwogen, tot aan het einde van de procedure om dan de gunningsbeslissing aan te vechten, ook met bezwaren tegen de litigieuze bestekbepaling.

14. De exceptie kan niet worden aangenomen.

Ten gronde

15. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de verwerende partij, bij het vaststellen van de bestekbepaling om “een technische inspectie van de onderdelen” ter plaatste niet toe te laten, geen rekening heeft gehouden met het feit dat respectievelijk de verzoekende partij (en twee andere kandidaten) en de gekozen inschrijver (en vier andere kandidaten) het toestel wensten aan te kopen met een verschillend doel, namelijk enerzijds het vliegtuig terug vliegwaardig maken en anderzijds het vliegtuig ontmantelen en verschroten.

16. Ook buiten het toepassingsgebied van de regels inzake overheidsopdrachten/Ook wanneer de regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn, geldt dat een overheid bij de gunning van een overheidscontract, zoals te dezen de toekenning van een zakelijk recht, het gelijkheidsbeginsel dient te

eerbiedigen, op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. (ik begrijp deze zin niet goed)

Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie sluit niet uit dat een verschil in behandeling tussen categorieën van personen wordt ingesteld, voor zover dat verschil op een objectief criterium berust en het redelijk verantwoord is. Dat beginsel verzet zich ook ertegen dat categorieën van personen, die zich ten aanzien van de betwiste maatregel in wezenlijk verschillende situaties bevinden, op identieke wijze worden behandeld, zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat. Het bestaan van een dergelijke verantwoording moet worden beoordeeld rekening houdend met het doel en de gevolgen van de betwiste maatregel en met de aard van de ter zake geldende beginselen; het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is geschonden wanneer vaststaat dat geen redelijk verband van evenredigheid bestaat tussen de aangewende middelen en het beoogde doel.

17. Het onderdeel gaat ervan uit dat de situatie van de verzoekende partij, wat haar activiteit betreft, wezenlijk verschillend is van die van de gekozen inschrijver. De eerste is een “hersteller”, terwijl de tweede een “ontmantelaar” is.

Gelet op het onderscheid dat in punt 6.e van het bestek (zoals weergegeven in overweging 3.3) inzake de kwalitatieve selectie wordt gemaakt tussen, enerzijds, de inschrijvers waarvan de activiteiten zich situeren “in het domein van onderhoud of gebruik van vliegtuigen”, en anderzijds, de inschrijvers waarvan de activiteiten zich situeren “in het domein van onderhoud van onderdelen van vliegtuigen”, en op de uitvoerige correspondentie die de verwerende partij over deze selectievoorwaarde onder meer met de verzoekende partij heeft gevoerd, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij uitdrukkelijk de kandidaat-kopers die het toestel wensten te herstellen, mee heeft willen betrekken in de verkoopprocedure.

Gelet op deze gegevens neemt de Raad van State aan dat bepaalde inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, en andere inschrijvers,

waaronder de gekozen inschrijver, geacht moeten worden zich in verschillende situaties te bevinden, zodat er sprake is van twee categorieën van kandidaat-kopers, die niettemin gelijk werden behandeld. De gelijke behandeling spruit te dezen voort uit het feit dat in het bestek bepaald wordt dat een technische inspectie van het vliegtuig en de onderdelen ervan op algemene wijze niet wordt toegelaten, en uit het feit dat alle technische informatie op eenzelfde wijze aan alle geïnteresseerde kopers werd bezorgd.

18. De verzoekende partij maakt aannemelijk dat, om zicht te krijgen op de totale herstellingskosten teneinde het vliegtuig vliegwaardig te maken, het noodzakelijk was het toestel ter plaatse te kunnen inspecteren. Het feit dat een uitgebreide technische informatie (waaruit de uitgevoerde herstellingen, revisies en leveringen van componenten blijkt) op papier beschikbaar was en aan de verzoekende partij was meegedeeld, doet daaraan geen afbreuk. Deze informatie is immers van een andere orde dan de informatie die (een technicus van) de inschrijver zelf via een technische inspectie ter plaatse kan verzamelen.

Voorts kan de verzoekende partij worden bijgetreden waar zij stelt dat het voor een kandidaat-koper die enkel interesse heeft in de onderdelen afzonderlijk, met het oog op de doorverkoop ervan, minder noodzakelijk is om die technische inspectie ter plaatse te kunnen doen, dan voor een kandidaat-koper die het toestel in zijn geheel wenst te kopen om het blijvend te gebruiken als vliegtuig. Voor deze laatste kandidaat-koper dienen immers alle herstellingskosten voor het vliegwaardig maken in rekening te worden gebracht bij de bepaling van de offerteprijs.

19. Door de door de verzoekende partij herhaald gevraagde, meer doorgedreven technische inspectie ter plaatse te weigeren, heeft de verwerende partij bijgevolg geen rekening gehouden met de situatie waarin kandidaat-kopers zoals de verzoekende partij zich bevonden, die anders is dan de situatie van de kandidaat-kopers zoals de gekozen inschrijver.

In elk geval blijkt er geen objectieve en redelijke verantwoording voor te liggen om deze inspectie te weigeren. Noch in het bestek, noch elders in het dossier, blijkt op enige wijze waarom de verwerende partij een technische inspectie ter plaatste niet heeft toegelaten. Zij betwist op zich niet dat een dergelijke inspectie in de loop van de procedure mogelijk was. Dat was trouwens de werkwijze bij de vorige opdracht, met referentie 17AP006 en met als voorwerp ‘diensten voor een corporate luchttransportcapaciteit’, waarbij het betrokken vliegtuig het voorwerp uitmaakte van perceel 2 en waaraan de gekozen inschrijver had deelgenomen.

20. Het eerste onderdeel van het eerste middel is gegrond.

VII. Kosten

21. Uit het administratief dossier in de zaak A. 234.182 (I.) blijkt dat de verzoekende partij pas ten vroegste op 28 juli 2021 kennis kon hebben genomen van de beslissing van 17 juli 2021 waarbij de bestreden gunningsbeslissing van 25 mei 2021 werd ingetrokken, dit is na het indienen van haar inleidend verzoekschrift.

In de gegeven omstandigheden past het bijgevolg om, zoals gevorderd door de verzoekende partij, de verwerende partij te veroordelen tot betaling van de kosten, met inbegrip van de door de verzoekende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

22. Ook de kosten in de zaak A. 234.641 (II.) zijn ten laste van de verwerende partij, met inbegrip van de door de verzoekende partij gevorderde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro.

BESLISSING

1. De zaken A. 234.182/XII-9116 en A. 234.641/XII-9136 worden gevoegd.

2. De Raad van State vernietigt de beslissing van 17 juli 2021 van de minister van Defensie waarbij de opdracht betreffende verkoop van één vliegtuig type Falcon 900 en de gerelateerde reserveonderdelen, gereedschap en ondersteuningsuitrusting wordt gegund aan de bv PartsCare.

3. De Raad van State verwerpt de beroepen voor het overige.

4. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de beroepen tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 40 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1400 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op twaalf juni tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Paul Lemmens**

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 260.529 van 26 augustus 2024
in de zaken A. 234.182/XII-9116 (I.)
A. 234.641/XII-9136 (II.)

In zake : I. + II.
de SARL-S TOPLINE SERVICES
vennootschap naar Luxemburgs recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Andy Beelen
kantoor houdend te 3740 Bilzen
Grensstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

I. + II.
de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door
de minister van Defensie

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 234.182 (I.), ingesteld op 27 juli 2021, strekt tot de nietigverklaring van "[d]e beslissing d.d. 25.05.2021 waarbij betreffende het dossier MRMP-A/A2 Nr. 20AAVO1 beslist wordt dat Fenix Recycling bvba de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend en de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund".

Het beroep in de zaak A. 234.641 (II.), ingesteld op 23 september 2021, strekt tot de nietigverklaring van "[d]e beslissing d.d. 17.07.2021 betreffende het dossier MRMP-A/A2 Nr. 20AAVO1 waarbij [de eerste] beslissing d.d. 25.05.2021 […] wordt ingetrokken en waarbij vervolgens beslist wordt dat Partscare cv de economisch voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de opdracht aan deze inschrijver wordt gegund".

Gelet op het arrest nr. 260.097 van 12 juni 2024.

Het eerste lid van randnummer 16 van het arrest nr. 260.097 van 12 juni 2024 bevat een materiële verschrijving. Die wordt rechtgezet door de vervanging van het eerste lid door de tekst in het hiernavolgend beschikkend gedeelte.

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.

BESLISSING

In het arrest nr. 260.097 van 12 juni 2024 luidt het eerste lid van randnummer 16 als volgt:

“16. Ook wanneer de regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn, geldt dat een overheid bij de gunning van een overheidscontract, zoals te dezen de toekenning van een zakelijk recht, het gelijkheidsbeginsel dient te eerbiedigen, op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.”

Ingevolge de inrustestelling van kamervoorzitter Paul Lemmens wijst de voorzitster van de Raad van State kamervoorzitter Geert Debersaques aan om de uitspraak van het verbeterend arrest bij te wonen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zesentwintig augustus tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Joris Casneuf,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Geert Debersaques**