

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 122.275 van 22 augustus 2003
in de zaken A. 54.369/XII-685.
54.495/XII-680.
54.496/XII-681.
54.497/XII-682.
54.498/XII-683.
54.499/XII-684.**

In zake : de NV AEG,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. Lindemans,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 149, bus 20.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV AEG op 9 november 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van

- “- de beslissing, genomen op ongekende datum, maar gelegen tussen 5 juli 1993 en 17 september 1993, waarbij het bestek nr. Y11/93C37 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de R4, ring om Gent, gedeelte Kennedylaan, wordt goedgekeurd en vastgesteld.
- de beslissing, genomen op ongekende datum, maar gelegen tussen 5 juli 1993 en 24 september 1993, waarbij het bestek nr. Y11/93C38 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de autosnelweg A14/E17 vak Franse grens - Kortrijk wordt goedgekeurd en vastgesteld.
- de beslissing, genomen op ongekende datum, maar gelegen tussen 5 juli 1993 en 1 oktober 1993, waarbij het bestek nr. Y11/93C39 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de autosnelweg vak Nazareth - Zwijnaarde wordt goedgekeurd en vastgesteld.
- de beslissing, genomen op ongekende datum, maar gelegen tussen 5 juli 1993 en 17 september 1993, waarbij het bestek nr. Y11/93C40 betreffende het

herplaatsen van wegverlichting langs de onverlichte zones van de E40 vak Sint-Lievens-Houtem - Aalter wordt goedgekeurd en vastgesteld.

- de beslissing, genomen op ongekende datum, maar gelegen tussen 6 september 1993 en 24 september 1993, waarbij het bestek nr. Y12/93C45 betreffende het leveren en volledig bedrijfsklaar opstellen van verlichting op het vak Wilsele - Bekkevoort van de autosnelweg A2 wordt goedgekeurd en vastgesteld” (zaak nr. A. 54.369/XII-685);

Gezien de verzoekschriften die dezelfde verzoekende partij op 18 november 1993 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- de beslissing waarbij het bestek nr. Y11/93C39 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de autosnelweg vak Nazareth - Zwijnaarde wordt goedgekeurd en vastgesteld (zaak nr. A. 54.495/XII-680);
- de beslissing waarbij het bestek nr. Y12/93C45 betreffende het leveren en volledig bedrijfsklaar opstellen van verlichting op het vak Wilsele - Bekkevoort van de autosnelweg A2 wordt goedgekeurd en vastgesteld (zaak nr. A. 54.496/XII-681);
- de beslissing waarbij het bestek nr. Y11/93C40 betreffende het herplaatsen van wegverlichting langs de onverlichte zones van de E40 vak Sint-Lievens-Houtem - Aalter wordt goedgekeurd en vastgesteld (zaak nr. A. 54.497/XII-682);
- de beslissing waarbij het bestek nr. Y11/93C38 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de autosnelweg A14/E17 vak Franse grens - Kortrijk wordt goedgekeurd en vastgesteld (zaak nr. A. 54.498/XII-683)
- de beslissing waarbij het bestek nr. Y11/93C37 betreffende het vernieuwen van installaties van wegverlichting langs de R4, ring om Gent, gedeelte Kennedylaan, wordt goedgekeurd en vastgesteld (zaak nr. A. 54.499/XII-684);

Gelet op de arresten nrs. 45.745, 45.746, 45.747, 45.748, 45.749 en 45.750 van 25 januari 1994 waarbij de vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen werden verworpen;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 31 december 1997 waarbij de zaken worden samengevoegd;

Gelet op de beschikking van 31 december 1997 die de neerlegging ter griffie van de verslagen en van de dossiers gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gezien de laatste memorie van de verzoekende partij met verzoek tot voortzetting van de procedure;

Gelet op de beschikking van 13 februari 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 maart 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat D. Lindemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De verwerende partij stelt vijf bestekken op inzake wegverlichting op vijf verschillende autosnelwegen en schrijft telkens een openbare aanbesteding uit. De toepasselijke bestekken zijn de volgende :

- bestek Y 11/93C37

- betreft : ring rond Gent (R4) - Kennedylaan

- opdracht : vernieuwen van installaties van wegverlichting

- te leveren (o.m.) : 542 verlichtingstoestellen met lagedruk natriumdamp-lampen 131 W en hulpapparatuur

- opening van de inschrijvingen : 21 oktober 1993

- bestek Y 11/93C38

- betreft : autosnelweg A14/E17 - vak Franse grens - Kortrijk
- opdracht : vernieuwen van installaties van wegverlichting
- te leveren (o.m.) : 600 verlichtingstoestellen met lagedruk natriumdamp-lampen 185 W en hulpapparatuur
- opening van de inschrijvingen : 28 oktober 1993

- bestek Y 11/93C39

- betreft : autosnelweg A14/E17 - vak Nazareth - Zwijnaarde
- opdracht : vernieuwen van installaties van wegverlichting
- te leveren (o.m.) : 660 verlichtingstoestellen met lagedruk natriumdamp-lampen 185 W en hulpapparatuur
- opening van de inschrijvingen : 4 november 1993

- bestek Y 11/93C40

- betreft : autosnelweg E40 - vak Sint-Lievens-Houtem-Aalter
- opdracht : herplaatsen van wegverlichting
- te leveren (o.m.) : 348 verlichtingstoestellen met lagedruk natriumdamp-lampen 185 W en hulpapparaten
- opening van de inschrijvingen : 21 oktober 1993

- bestek Y 12/93C45

- betreft : autosnelweg A2 - vak Willebeke-Bekkevoort
- opdracht : installatie van wegverlichting
- te leveren (o.m.) : 1076 verlichtingstoestellen met lagedruk natriumdamp-lampen 131 W en hulpapparaten
- opening van de inschrijvingen : 28 oktober 1993.

1.2. De verzoekende partij betoogt in haar feitenrelaas onder meer hetgeen volgt :

“Deze bestekken vermelden telkenmale dezelfde eisen waaraan de verlichtingsapparatuur moet voldoen. Deze eisen blijken echter zó opgesteld te zijn dat :

- hetzij slechts 1 fabricant-leverancier daaraan kan voldoen, te weten de n.v. CONSTRUCTIONS ELECTRIQUES SCHREDER, met Philips als leverancier van de lampen en de elektrische hulpapparatuur;
- hetzij deze fabricant bevoordeligd wordt doordat hij uit voorraad of volgens lopende productie kan leveren, en anderen niet.

In dat verband lijkt het nuttig erop te wijzen dat er tussen de n.v. Constructions Electriques Schreder en Philips niet louter toevallige, maar wel structurele banden bestaan [...]. Deze groep heeft tot op heden nagenoeg een monopoliepositie in België voor de levering van openbare verlichting.

De voormelde grief is in dit verzoekschrift trouwens als het eerste middel aangevoerd en toegelicht.

[...]

De verzoekster heeft aan de twee aannemers moeten antwoorden dat zij, wegens deze 'op maat geschreven' bestek voorwaarden, geen nuttige bieding kon doen [...]. Zij heeft alsnog getracht -onverminderd haar recht van betwisting van de geldigheid van deze bestekvoorwaarden- om bij Philips de kritische onderdelen (de lampen en de ballast) te kopen, zodat de AEG-fabriek in Duitsland alsnog verlichting zou kunnen aanmaken die aan de eisen van het bestek voldoen. Prijsopofferte voor die lampen en ballasten werd gevraagd bij Philips Duitsland door de AEG-fabriek, die echter van Philips Duitsland moest vernemen dat deze onderdelen niet in het gewone leveringsprogramma van Philips opgenomen zijn (zie telefax d.d. 6 oktober 1993 van Philips Duitsland, [...]). Daarop werd Philips Lighting in België per telefoon en per aangetekende brief op 15 oktober 1993 gecontacteerd door de verzoekster [...] die op 19 oktober de prijs opgaf [...] en met een brief d.d. 20 oktober 1993 de technische specificaties opgaf [...]. Een monster van de onderdelen was evenwel niet beschikbaar.

[...]

Aangezien voor een eerste reeks aanbestedingen de laatste dag voor het indienen van de offertes 21 oktober was, kon de verzoekster onmogelijk nog tijdig aan haar geïnteresseerde aannemers de nodige gegevens en model-apparatuur leveren en levering van de verlichtingstoestellen toezeggen”.

1.3. De verwerende partij stelt in haar feitenrelaas onder meer hetgeen volgt :

“De bestekken hebben betrekking op :

- het hernieuwen van bestaande installaties van wegverlichting (bestekken Y11/93 C 37, Y11/93 C 38 en Y11/93 C 39 - [...]).
- het terugplaatsen van de verlichting op geïsoleerde plaatsen van continu doorlopend verlichte baanvakken, waar de bestaande verlichting was weggenomen (bestek Y11/93 C 40 - [...])
- het plaatsen van verlichting op het nog niet verlichte wegvak Wilssele-Bekkevoort (bestek Y11/93 C 45 - [...])

De Vlaamse autowegen zijn voor 85 % verlicht. Deze verlichting bestaat uitsluitend uit lagedruk-natriumlampen (NaLP). De Overheid heeft destijds deze keuze gedaan op grond van objectieve criteria, zoals grotere lichtopbrengst per Watt, betere waarnemingsscherpte, behoud van kwaliteit in de tijd, onschadelijkheid voor het milieu.

Nu nog blijven deze redenen geldig. Het lijkt bovendien niet aangewezen op de enkele wegvakken waar nog geen verlichting is aangebracht of waar vetuste verlichting moet hernieuwd worden over te gaan naar een ander type verlichting. Discontinuïteit is storend en zou de verkeersveiligheid verminderen. Er zijn dus aanzienlijk meer redenen om de bestaande verlichting te blijven behouden eerder dan voor een nieuw systeem te opteren.

Teneinde deze continuïteit te verzekeren is het noodzakelijk dat in het bestek wordt vermeld dat NaLP-lampen moeten geleverd worden.

Anderzijds werd een nieuwe beleidsoptie genomen om de exploitatie en investeringskosten te drukken, hetgeen zich vertaalde, wat de verlichting van autostrades betreft, naar het bepalen van afstand tussen lampen van 45 m naar 90 m. Ook de hoogte werd aangepast tot 20 meter en per paal 4 lampen naar 131 W. De voorgeschreven lampen van 131 W en 180 W komen beiden voor in de catalogi van Osram en General Electric [...]. Er kan nu reeds opgemerkt worden dat waar verzoekster voorhoudt dat Philips gevisieerd wordt door de bestekken, dit verwijt feitelijke grondslag mist.

Op autosnelwegen van 2 maal 3 rijstroken zijn in dit systeem, teneinde een gelijkwaardig verlichtingsniveau te bereiken, evenwel lampen nodig van 185 W. Deze komt overeen met de courante lamp van 180 W, opgewaardeerd door eenvoudige aanpassing.

Deze lampen van 185 W zijn voorgeschreven in drie van de vijf bestekken, hetzij in het totaal 1608 lampen. In de twee andere bestekken zijn lampen van 131 W opgelegd.

De bestekken schrijven elektronische ballasten (hulpapparatuur) voor. In het kader van een rationeel energiegebruik worden elektronische ballasten sinds jaren courant gebruikt in de binnenverlichting. Ook voor openbare verlichting werden zij reeds in sommige bestekken opgelegd (in 1992).

Wat deze ballasten betreft worden geen technische specificaties naar een bepaald fabrikaat toe opgelegd. Elke fabrikant van ballasten kan deze zoals in de bestekken beschreven produceren.

Wat de verlichtingstoestellen betreft, hebben de afmetingen in de bestekken een tolerantie van 10 %. De lengte van de NaLP-lampen met een vermogen van 131 W zijn voor iedereen dezelfde.

De technische bepalingen betreffende de verlichtingstoestellen leggen uitsluitend prestaties op en geen specifieke technische eisen. Bovendien zijn de verlichtingstoestellen sinds geruime tijd bekend door de fabrikanten door studiedagen, artikels en vorige bestekken (sinds 1990)".

1.4. De verzoekende partij verkoopt wegenisverlichting : zij betreft de verlichtingstoestellen uit de AEG-fabriek in Duitsland, die op haar beurt de lampen en hulpapparaten die in de verlichtingstoestellen gemonteerd worden, betreft bij diverse gespecialiseerde lampenproducenten.

De verzoekende partij stelt op 13 oktober 1993 en op 20 oktober 1993 een verzoek ontvangen te hebben, respectievelijk van de NV Yvan Paque en de NV Jacobs om de beste prijs te laten kennen voor de levering van verlichtingsapparatuur, dit in het kader van de voormelde opdrachten;

2. Over de middelen.

2.0. Overwegende dat de verzoekende partij in de zaak nr. 54.369 drie middelen aanvoert en deze vrijwel woordelijk herneemt in de zaken nrs. 54.495, 54.496, 54.497, 54.498, en 54.499;

2.1.1. Overwegende dat het eerste middel luidt als volgt :

“Eerste middel, genomen uit de schending van de artikelen 6 en 6bis van de Grondwet, van art. 4 § 2 van het Koninklijk Besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 10 van de Richtlijn 71/305 van de Raad, zoals gewijzigd door artikel 10 van de Richtlijn 89/440 van de Raad van 18 juli 1989 en wegens machtsafwending.

doordat in de diverse bestekken technische specificaties met betrekking tot het lamptype, de armatuur en de hulpapparatuur zijn opgenomen die, zonder technische noodzaak, de keuzemogelijkheden van de aannemers aanzienlijk beperken -zo al niet uitschakelen- door beperking van de te leveren lampen en hulpapparatuur tot één fabricant van lampen en hulpapparatuur, en door beperking tot of minstens door bevoordeling van de te leveren armaturen van één enkele fabricant,

terwijl het verboden is om in bestekken technische specificaties op te nemen die produkten van een bepaald fabricaat of van een bepaalde herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen worden begunstigd of uitgeschakeld.

Toelichting

Vanzelfsprekend kan de overheid diverse criteria bepalen waaraan de -in het raam van een opdracht voor werken- te leveren materialen (in casu : armaturen met lampen en hulpapparatuur en armaturen) moeten voldoen.

In casu bevatten de diverse bestekken voor de te leveren verlichtings-toestellen telkenmale criteria waaraan de toestellen moeten voldoen :

* de fotometrische eigenschappen, waaronder :

- de luminatie en de gelijkmatigheidsgraad van de luminatie;
- de verblindingsindex;
- het globaal rendement;

* de constructieve eigenschappen, waaronder :

- de algemene mechanische weerstand;
- de mechanische weerstand van het lichaam en de dichtheidsgraad van de ruimte voor de elektrische voorschakelapparatuur;
- de uitvoering van het optisch systeem en de dichtheidsgraad van de optische ruimte;
- de bescherming tegen corrosie;
- de elektrische eigenschappen (overspanningstest; isolatieklasse)
- de weerstand tegen UV-straling.

De bestekken bevatten verder -in de opmetingsstaat- de aanduiding van één bepaald type lamp met één bepaald type van elektronische ballast. Die lamp en die ballast worden alleen door Philips gemaakt, en zijn alleen door Philips leverbaar. Technisch is er echter geen enkele reden om de lampkeuze tot één bepaald type, en binnen dat type tot een bepaald model te beperken.

Op de wegenverlichtingsmarkt zijn er onder meer hogedruk-natriumdamlampen (Na Hp) en lagedruk-natriumdamlampen (Na Lp) voorhanden.

Kenmerkende onderscheidingen tussen beide types zijn onder meer :

- hogedruk lampen geven een wit-achtig licht; lagedruk lampen een monochroom geel licht waardoor de omgeving wordt verkleurd;
- hogedruk lampen zijn merkelijk goedkoper dan lagedruk lampen;
- hogedruk lampen zijn kleiner dan lagedruk lampen; het gebruik van het ene of het andere type lamp bepaalt de aard, de lengte en het volume van het verlichtingstoestel.

Beide lamptypes zijn in de handel, maar de hogedruk-lampen worden door nagenoeg alle lampenfabricanten gefabriceerd.

De in de bestekken (meer bepaald in de opmetingsstaat) opgenomen lagedruk-lampentypes Na Lp 185 W en Na Lp 131 W worden echter alleen door Philips vervaardigd, net zoals de bijbehorende elektronische ballasten die zijn voorgeschreven. Zij zijn bovendien enkel voor de Belgische markt ontworpen en gemaakt en maken geen deel uit van het normale (internationale) Philips assortiment.

Bewijs :

1. Telefax d.d. 6 oktober 1993 van Philips Duitsland aan AEG-Brussel (bijlage nr. II.5) : 'dass Philips Deutschland die von Ihnen genannten Lampen und Betriebsgeräte zur Zeit nicht im Vertriebsprogramm hat'.
2. Telefax d.d. 20 oktober 1993 van Philips België aan AEG (bijlage II.8) : '4. Ce ballast, fabriqué aux Pays-Bas, a été développé d'abord pour la Belgique mais devrait avoir les applications à l'étranger. Il est destiné à l'alimentation de lampes fabriquées dans notre usine de Turnhout'.

Alleen al door die eis wordt elke concurrentie zonder technische noodzaak uitgesloten.

De lampentypes van hoge druk die de verzoekster wilde aanwenden in de apparatuur die zij zou leveren aan de aannemers die om prijsopgave verzochten scoren op de voor wegverlichting relevante criteria merklijk beter dan wat in de bestekken wordt gevraagd (zie bijlage III.4). Zij beantwoorden meestal ruimschoots aan alle in het bestek gestelde eisen, behalve voor wat betreft het verbruik, waar zij (slechts) 4 % onder de in het bestek gestelde norm blijven (opgenomen vermogen per km. : 9,78 KW voor 9,38 KW volgens het bestek). Door zonder mogelijkheid van variant een lagedruk lamp van 185 of 131 W. met elektronische ballast te eisen in de opmetingsstaten, kan de verzoekster de (betere en goedkopere) hogedruk lampen niet aanwenden. Als enig alternatief bestaat er voor haar om zich te bevoorraden bij Philips, aan de prijs die Philips eenzijdig kan opleggen, en onder voorwaarde dat Philips tijdig wil leveren. Aldus wordt zonder noodzaak de concurrentie inzake prijszetting voor de opdracht uitgeschakeld of minstens ernstig in het gedrang gebracht.

In het bestek vindt die bevoordeling van de n.v. Constructions Electriques Schreder met Philips onderdelen verder nog bewijzen of minstens zeer sterke vermoedens in de volgende elementen :

- zonder noodzaak wordt een afmeting van de armatuur met een tolerantiegraad van 10 % opgelegd, die op maat is geschreven van de grote lagedruk lampen van Philips. (rubriek 2.2. - p.13 voor het bestek)
- een zéér korte periode wordt opgelegd waarbinnen de lichttechnische eigenschappen onder de vorm van een computerdiskette, allerlei certificaten en testen evenals een model moeten worden aangebracht (rubriek 3.3. p. 32 van het bestek); die periode kan alléén geëerbiedigd worden door de fabricant die de armatuur in productie heeft en die toegang heeft tot de lampen en de hulpapparatuur
- voor de hulpapparatuur (ballasten) voor NA-Lp lampen in HF-bedrijf worden een reeks eisen gesteld die niet kunnen worden nageleefd door anderen dan Philips of de bedrijven waaraan Philips tijdig wil leveren, omdat deze apparatuur specifiek door Philips ontworpen, gemaakt en gereserveerd werd voor de Belgische markt, waarbij voor die toestellen de technische specificaties en de modellen nooit zijn gepubliceerd. (rubriek 2.3 - 1.2., p. 80 van het bestek)

Verder worden de officiële normen waaraan de verlichting moet voldoen gemanipuleerd opdat de armaturen van Schreder (met lampen van Philips) zouden kunnen worden gebruikt.

De terzake in het bestek vermelde normen zijn :

1. NBN C 20-001
Dit is een norm van februari 1982 en betreft de beschermingsgraden gegeven door omhulsels in het algemeen (bv. voor motoren, elektrische kasten,...)
Deze norm is voor wat betreft de verlichtingstoestellen achterhaald door de specifieke norm vermeld onder 2.
2. NBN C 71 -598 -1 (bijlage III.1)
Dit is een specifieke norm voor verlichtingstoestellen van april 1990. Hij is gebaseerd op de Europese norm EN 60598-1.
3. NBN L18-001 (bijlage III.2)

Dit is een algemene norm onder de titel 'Leidraad voor verlichting van openbare wegen' van maart 1980.

4. Publicatie CIE (Commission internationale de l'éclairage). Nr. 12.2. : Recommendations for the lighting of roads for motorised traffic.
5. Verder geldt terzake ook het type-bestek 400 (bijlage III.5)
Deze aanbevelingen hebben geen verbindend karakter. Deze publicatie heeft echter wel mee gediend bij de opmaak van de norm NBN L 18-001, zoals op p. 7 van die norm is vermeld.

In het bestek, zo stelt men vast, wordt op arbitraire wijze afgeweken van de terzake verbindende normen, hetzij door de algemene norm C 20-001 en de bijzondere norm C 71-598-1 door mekaar te haspelen naargelang de ene of de andere haalbaar is voor de Schreder-verlichtingstoestellen, hetzij door afwijkingen op die normen toe te staan.

Aldus :

- wordt voor de luminantie en de gelijkmatigheid van de luminantie zonder enige technisch aanvaardbare reden in het bestek afgeweken van de norm NBN L 18-001 en CIE 12-2 (rubriek 1.3.3. - p. 83 van het bestek) Immers, norm L 18-001 vereist voor type I verlichting (dit is o.m. verlichting van autosnelwegen - zie p. 12 van de norm) een gemiddelde luminantie van 2 tot 2,5 cd/m² (zie bijlage III.2, p. 26). In de CIE-aanbeveling wordt eveneens 2cd/m² aanbevolen (zie bijlage III.4, p. 15) In het bestek wordt slechts 1,9 en 1,8 geëist voor resp. een tweevaksbaan en een drievaksbaan.
- wordt inzake de verblindingscriteria gesteld dat de TI de waarde 10% niet mag overschrijden (rubriek 1.3.4. - p.84 van het bestek), terwijl de CIE-norm 12-2 als veiligheid aanbeveelt om de TI-waarde te beperken tot 2/3 van 10% (zie bijlage III.4, p. 15).

Verder weze herhaald dat in het bestek zonder enige technische noodzaak maar één enkel lamp-type aanvaard wordt, nl. een lagedruk-natriumdamp 185 (of 131 W) die bovendien enkel door Philips wordt geproduceerd, terwijl in de ons omringende landen meer en meer hogedruk-natriumdamlampen aangewend worden wegens de voordelen op het vlak van de kleurweergave, de (lagere) prijs en de (kleinere) afmeting.

Met hogedruk-natriumlampen kan men perfect beantwoorden aan de in de normen en in het bestek gestelde fotometrische eisen, waarbij bovendien voor bepaalde aspecten van de algemene fotometrie (TI;Lgem) voor een nagenoeg identiek vermogen veel gunstiger resultaten worden behaald.

Verder kan worden vastgesteld dat ook de normen voor de armaturen op een merkwaardige wijze worden opgelegd :

- voor de mechanische eigenschappen van de armaturen wordt naar twee verschillende normen verwezen, terwijl de geldende norm voor verlichtingstoestellen de NBN C 71.598-1 (afkomstig van de EN 60598-1) van 1990 is. Deze norm wordt wèl gebruikt voor de dichtingsgraad, maar zonder enige technisch aanvaardbare reden niet voor de mechanische weerstand, waarvoor de oude algemene norm inzake de beschermingsgraden wordt opgelegd (rubriek 1.4.2 - p.85 van het bestek). In diezelfde context wordt nu eens in het bestek verwezen naar de beschermingsgraad IP 43 van NBN C 20-001 voor de ruimte voor de hulpapparatuur (rubriek 1.4.6. - p. 87) en verder dan weer naar een dichtheidsgraad IP43 van norm C 71.598 (rubriek 1.4.2.).
- voor de water- en stofdichtheid de norm NBN C 20-001 voorgeschreven (rubriek 1.5.3. -. 88), maar voor de dichtheidsgraad van 'het geheel dat het optisch systeem vormt' (p. 85) IP 65 van norm NBN C 71-598 [...]" ;

2.1.2. Overwegende dat de verwerende partij stukken voorlegt op grond waarvan zij betoogt dat een groot deel van de te leveren lampen bij andere leveranciers dan de Philips-groep te verkrijgen zijn, namelijk Osram en General Electric; dat de verzoekende partij op dit punt in haar memories niet meer terugkomt; dat in zoverre haar technisch-commerciële argumentatie geen feitelijke grondslag blijkt te hebben; dat de verzoekende partij in haar memories wel nog haar kritiek herhaalt op de keuze van lagedrukklampen; dat die kritiek echter een opportuniteitsoordeel in vraag stelt zonder daarbij op duidelijke wijze een rechtmatigheidskritiek te verwoorden;

Overwegende dat aldus niet is aangetoond dat de gewraakte technische specificaties van dergelijke aard zijn dat daardoor de bestekken waarin zij als vereiste zijn opgenomen, schending inhouden van de in het middel geschonden geachte rechtsregels op grond waarvan het niet is toegestaan door dergelijke specificaties bepaalde ondernemingen te begunstigen of uit te schakelen; dat het middel niet gegrond is;

2.2.1. Overwegende dat het tweede middel luidt als volgt :

“Tweede middel, genomen uit de schending van art. 13 § 1 van het K.B. van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 1, 2 en 6 van het K.B. van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese gemeenschappen en van artikel 4 bis van de EEG-richtlijn 71/305 van de Raad,

doordat werken van dezelfde aard zonder enige technische of andere noodzaak worden opgesplitst in diverse loten of percelen, waarbij tevens toepassing van art. 17 § 2, 10e van de Overheidsopdrachtenwet in het vooruitzicht wordt gesteld,

en doordat de bestekken niet bepalen dat de opdrachten worden bekendgemaakt via het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen, de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen op 1 maand werd vastgesteld en doordat niet is verwezen naar nationale normen waarin de Europese normen zijn omgezet en doordat afwijkingen van die normen zijn toegestaan in de bestreden bestekken,

terwijl de in het middel vermelde bepalingen zich verzetten tegen het uitsplitsen van een opdracht in percelen, zonder technische reden en met het doel of minstens het gevolg dat de drempel voor de toepassing van het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 evenals deze van artikel 13 van het K.B. van 22 april 1990 en deze van art. 4 bis van de EEG-richtlijn 71/305 van de Raad niet wordt overschreden.

Toelichting

Door de opdracht bewust op te splitsen in meerdere percelen waarvan de geschatte waarde elk op zich (vermoedelijk) lager is dan de diverse financiële drempels die in de overheidsopdrachtenwetgeving zijn ingebouwd, is de overheid erin geslaagd om in de bestekken de bekendmaking van de openbare aanbesteding zo beperkt mogelijk te houden en om de termijn voor het indienen

van de inschrijvingen tot één maand te beperken ten voordele van de aannemers die met Schreder-armaturen werken.

Bij overschrijding van de drempel van 50 miljoen frank moet de termijn voor het indienen van de inschrijvingen op minstens 60 dagen worden gebracht (art. 13§ 1 van het K.B. van 22 april 1977). Alhoewel het er naar uitziet dat de geschatte waarde van elke opdracht deze drempel zelfs na uitsplitsing nog overtreft -en dat derhalve de termijn van 60 dagen hoe dan ook moest worden geëerbiedigd- is zelfs in de veronderstelling dat dit niet zo zou zijn, een illegaliteit begaan door via een uitsplitsing de waarde te beperken.

Ook de norm, gesteld voor de toepassing van het K.B. van 1 augustus 1990, zijnde 212 miljoen fr., wordt door die uitsplitsing omzeild. Meteen werden ook de verplichtingen die dit besluit oplegt aan de overheid -in uitvoering van de Europese richtlijn 71/305- niet nageleefd. Aldus :

- de bekendmakingsvoorwaarden (media. Termijn), zoals bepaald in de artikelen 6 en 7 van het besluit;
- de verplichting tot verwijzing naar de nationale normen waarin de Europese zijn omgezet (art. 15 van dat besluit);

Ook de waardebepaling van de werken, zoals voorgeschreven door art. 2 van het K.B. van 1 augustus 1990 en door art. 4 bis van de EEG richtlijn 71/305 (zoals gewijzigd door Richtlijn 89/440) is niet geëerbiedigd, vermits deze artikelen verplichten tot samenvoeging van de waarde van in percelen opgedeelde opdrachten.

Door aldus te handelen benadeelt de overheid niet alleen de geïnteresseerde aannemers van werken, maar ook de leveranciers van deze aannemers. Zij kunnen immers, binnen de (te) korte termijn die aan de aannemers wordt gegund om een inschrijving te doen, niet de nodige certificaten opmaken, het model aanmaken en leveren, enz...”;

2.2.2.1. Overwegende, wat de aangevoerde schending betreft van artikel 13, § 1, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, dat die bepaling de termijn tussen de eerste dag voor de inzage of de aanschaffing van de bescheiden die het bestek en de bijhorende plans uitmaken en de dag van de opening der inschrijvingen op ten minste dertig kalenderdagen bepaalt, maar deze tot zestig kalenderdagen verlengt voor opdrachten van werken waarvan de raming vijftig miljoen frank overtreft;

Overwegende dat de verwerende partij de verzoekende partij belang ontzegt om deze bepaling in te roepen aangezien de laatstgenoemde slechts leverancier is van aannemers en niet zelf een partij is die een inschrijving zou doen; dat de verzoekende partij daar enkel tegenover stelt dat door de al te korte termijnen die de aannemers worden gegund bij “opzettelijk splitsen” van de opdracht, verzoekende partij als leverancier “niet de nodige documenten en monsters [kan] bezorgen die nodig zijn voor de inschrijving”; dat aldus niet naar genoegen van rechte wordt aangetoond dat de verzoekende partij rechtstreeks belang heeft om bestuursbeslissingen aan te vechten die met schending van die bepaling zouden zijn genomen,

zoals zij te dezen doet, aangezien deze bepaling duidelijk enkel de belangen beoogt te beschermen van kandidaat-inschrijvers;

2.2.2.2. Overwegende, wat de schending betreft van de artikelen 1, 2 en 6 van het koninklijk besluit van 1 augustus 1990 betreffende de mededinging inzake bepaalde overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken in het raam van de Europese gemeenschappen, en van artikel 4bis van de richtlijn nr. 71/305 EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd door richtlijn nr. 89/440 EEG van 18 juli 1989, dat deze schending slechts mogelijk is indien deze bepalingen op de in het geding zijnde opdrachten van toepassing zijn; dat ten tijde van de toewijzing van die opdrachten het daartoe, luidens artikel 4bis, 1., van richtlijn nr. 71/305 EEG, een opdracht diende te betreffen met een geraamde waarde van minstens 217 miljoen frank; dat de ramingen van de opdrachten bedragen :

- Y11/93C37 : 41.641.464 fr.
- Y11/93C38 : 42.402.653 fr.
- Y11/93C39 : 25.482.920 fr.
- Y11/93C40 : 46.200.000 fr.
- Y11/93C45 : 111.000.000 fr.

dat het bedrag van geen van de vijf opdrachten, afzonderlijk beschouwd, het voornoemde drempelbedrag van 217 miljoen frank overschrijdt;

Overwegende dat de verzoekende partij er echter van uitgaat dat de door de verwerende partij doorgevoerde splitsing in de vijf voornoemde opdrachten fictief is en gebeurde zonder enige technische of andere noodzaak; dat de verwerende partij daartegenover stelt dat de ligging van de verschillende werven de splitsing rechtvaardigt, dat de bestekken en baanvakken worden aanbesteed respectievelijk beheerd door verschillende buitendiensten, dat bestek C45 op een nog niet bestaande verlichtingsinstallatie betrekking heeft, bestek C40 het herplaatsen na wegeniswerken betreft, en de overige drie bestekken op de vervanging van oudere installaties betrekking hebben; dat de verzoekende partij in haar memories het middel blijft ondersteunen en erop wijst dat vier van de vijf bestekken door de buitendienst Gent worden beheerd en er twee bestekken identieke opdrachten betreffen voor twee stroken van de autosnelweg E 17 Gent-Franse grens, dat tussen een vernieuwing, een herplaatsing of een eerste plaatsing van verlichting geen verschil bestaat en ten slotte dat zij het “onaannemelijk blijft vinden dat de verwerende partij op basis van

jaarprogramma's voor vervanging van verlichting langsheen grote wegen is er geen opdracht zou kunnen [worden gegund] over het geheel, eventueel op basis van een raamopdracht”;

Overwegende dat in het voormelde koninklijk besluit van 1 augustus 1990 het begrip werk wordt omschreven als “het product van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegenbouwkundige werken in hun geheel dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”; dat het vernieuwen van wegverlichting langs enerzijds de ring rond Gent (R4-Kennedylaan) (bestek C 37), anderzijds de autosnelweg A14/E17 op twee verschillende, behoorlijk ver van elkaar verwijderde plaatsen (bestek C 38 : Franse grens-Kortrijk en bestek C 39 : Nazareth-Zwijnaarde), het herplaatsen ten gevolge van wegenwerken van wegverlichting op een andere autosnelweg, namelijk de E40 (bestek C 40), en het voor het eerst opstellen van verlichting langs nog een andere snelweg, de A2, (bestek C 45), geen “geheel” van bouwwerkzaamheden vormen in de zin van de bedoelde richtlijn; dat de verwerende partij terecht naar de verschillende plaatsen van de werven verwijst om de splitsing in diverse loten te rechtvaardigen, zodat een fictieve splitsing met de bedoeling de genoemde richtlijn te omzeilen niet is bewezen; dat de bestekken C 37 tot C 40 voorzien in de mogelijkheid om onderhands te gunnen voor soortgelijke werken, binnen een periode van drie jaar, aan de aannemer waaraan de eerste opdracht is toegewezen; dat zulks mee in de raming moet worden betrokken; dat echter, de bedragen van de raming in de betrokken bestekken in aanmerking nemend, die slechts tot de grootte-orde 25 tot 46 miljoen frank behoren, er mag worden van uitgegaan dat het drempelbedrag van 217 miljoen frank zelfs niet zal worden bereikt ingeval de verwerende partij toepassing zou maken van de in die bestekken opgenomen mogelijkheid om onderhands te gunnen; dat ook in dat geval de voornoemde richtlijn en het voornoemde besluit niet van toepassing zijn; dat dienvolgens het tweede middelonderdeel niet gegrond is en meteen het tweede middel in zijn geheel niet wordt aanvaard;

2.3.1. Overwegende dat het derde middel luidt als volgt :

“Derde middel, genomen uit de schending van art. 4bis en artikel 5 van de Richtlijn 71/305 van de Raad, zoals ingevoegd resp. gewijzigd door art. 6 en art. 7 van de Richtlijn 89/440 van de Raad,

doordat, in het bestek de mogelijkheid van onderhandse gunning in het vooruitzicht wordt gesteld voor de volgende soortgelijke werken,

terwijl, deze procedure van onderhandse gunning slechts kan worden toegepast voor zover het totale voor de volgende werken geraamde bedrag door

de aanbestedende dienst in aanmerking moet zijn genomen voor de toepassing van art. 4bis.

Toelichting

Dit middel hangt samen met het tweede middel.

De overheid had, voor het bepalen van de waarde van de opdracht rekening moeten houden met de totale kostprijs van de vernieuwing van de wegenverlichting. Blijkens de krantenberichten verschenen in maart 1993 is die totale kostprijs, evenals de jaarlijkse, zeer goed gekend bij de tegenpartij (zie bijlage II;9.).

Derhalve kan de overheid niet rechtmatig bepalen dat, zonder naleving van alle verplichtingen die voortvloeien uit de Europese richtlijn voor 'grote' werken, onderhandse procedures kunnen volgen na een openbare aanbesteding volgens de procedure van 'kleine' werken.”;

2.3.2. Overwegende dat bij de bespreking van het tweede middel is gebleken dat de vermelde richtlijnen op de voorliggende opdrachten niet van toepassing zijn; dat zulks volstaat om ook het derde middel, waarin diezelfde richtlijnen geacht worden te zijn geschonden, als niet gegrond aan te merken,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van de beroepen, bepaald op 594,96 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
tweeëntwintig augustus 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.