

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.185 van 23 februari 2012
in de zaak A. 203.402/XII-6823**

In zake: de BVBA STUER-EGGHE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Wouter Moonen
kantoor houdend te 3500 Hasselt
Gouverneur Roppesingel 131
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV ARISCO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te 9000 Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de BVBA D&S KRAANVERHUUR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ann Eeckhout
kantoor houdend te 9630 Zwalm
Zwalmalaan 8/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 januari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de

beslissing van 21 december 2011 zoals goedgekeurd door de administrateur-generaal waarbij binnen de openbare aanbestedingsprocedure voor de opdracht voor aanneming van diensten betrekking hebbende op het inhuren van botsabsorbeerders met bestuurder-bediener ter beveiliging van handelingen op gewest- en autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen, de offerte van [de bvba Stuer-Egghe] onregelmatig werd verklaard en de opdracht wordt gegund aan de NV Arisco voor een bedrag van 1.825.890 €, beslissing genotificeerd bij schrijven van 10 januari 2012”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 7 februari 2012 heeft de nv Arisco gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 9 februari 2012 heeft de bvba D&S Kraanverhuur gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 februari 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Peter Flamey, Joost Bosquet en Gunther Thuysbaert, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Kris Wauters en Wouter Moonen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Tom De Sutter en Ann Eeckhout, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij schrijft, via het Agentschap Wegen en Verkeer, Afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van diensten, in de aankondiging genaamd “Inhuren van botsabsorbeerders met bestuurder-bediener ter beveiliging van handelingen op de gewest- en autosnelwegen in de provincie Oost-Vlaanderen”.

3.2. De aankondiging van de opdracht wordt op 5 oktober 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 7 oktober 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Het bijzonder bestek nr. 1M3D8H/11/52 is op deze opdracht van toepassing.

Posten 1 tot en met 4 zijn de forfaitaire vergoedingen voor het ter beschikking stellen van botsers, respectievelijk het ter beschikking stellen van 1 botser ingezet bij een normale interventie (post 1), het ter beschikking stellen van 1 botser met LED-matrix ingezet bij een normale interventie (post 2), het ter beschikking stellen van 1 botser ingezet bij een dringende interventie (post 3) en het ter beschikking stellen van 1 botser met LED-matrix ingezet bij een dringende interventie (post 4). Posten 5 en 6 zijn de vergoeding voor het gebruik van een botser respectievelijk een botser met LED-matrix telkens bestuurder-bediener inbegrepen. De posten 7 tot en met 11 zijn supplementen bovenop posten 5 en 6 ter vergoeding van de prestaties van de bestuurder- bediener buiten de normale diensturen.

Naast de wettelijke en reglementaire voorschriften, maakt het bestek een aantal documenten van toepassing op de aanneming, waaronder “het Standaardbestek 250 voor de wegenbouw – versie 2.2-2010. In zoverre er niet wordt afgeweken door dit bijzonder bestek”, omzendbrief of dienstorder “MOW/AWV/2007/8 Toepassing van achtereenvolgende versies van het Standaardbestek 250, hoofdstuk X.3, voor signalisatie en beveiliging van werken”, dienstorder “MOW/AWV/2009/16 Werfsignalisatie 6de categorie op autosnelwegen en openbare wegen waar de maximum toegelaten snelheid hoger is dan 90 km/u” en “de norm NCHRP350 TL3-50, 51, 52 en 53”.

Deel III van het bestek somt de documenten op die bij de offerte moeten worden gevoegd waaronder documenten “om aan de eisen van de technische bepalingen te voldoen” zoals “een beschrijving van de vrachtwagen omgebouwd tot botser” en “een beschrijving van de botsabsorbeerder (botskussen, steunconstructie en verbindingsconstructie)”.

3.4. Op de openingszitting van 17 november 2011 wordt de indiening van 7 offertes geacteerd. Het betreft de bvba A. Audenaert, de nv Krinkels, de nv Fero Signalisatie, de bvba Stuer-Egghe, de nv Traffic Services, de bvba D&S Kraanverhuur en de nv Arisco.

De inschrijving van de nv Krinkels wordt door verwerende partij buiten beschouwing gelaten omdat deze niet was ondertekend, enkel uit één schets bestond en geen offerteformulier of meetstaat bevatte.

De bvba D&S Kraanverhuur, en volgens de bvba Stuer-Egghe ook de bvba A. Audenaert en de nv Fero Signalisatie, schrijven in met botsabsorptiesystemen van de bvba Stuer-Egghe. De nv Traffic Services schrijft in met botsabsorptiesystemen van Verdegro. De nv Arisco schrijft in met een Amerikaans systeem.

3.5. De bvba Stuer-Egghe voegt bij haar offerte een nota met de volgende bemerking over de toepassing van NCHRP350:

“Nota van STUER Egghe bij haar inschrijving op de openbare aanbesteding op bestek 1M3D8H/11/52 - dossier 040/D421/29. [...]

Pagina 11:

- Onder ‘artikel 2: Van toepassing zijnde documenten’ verwijst het bestek naar ‘De norm NCHRP 350 TL 3-50, 51, 52 en 53’. Vermelde verwijzing NCHRP 350 TL 3-50, 51, 52 en 53 is terzake geen norm in de zin van de Wet Overheidsopdrachten en de uitvoerings-K.B.’s - zie Artikel 82 bis van het KB van 8 januari 1996.

- Het betreft een Amerikaanse aanbevelingen reeks, genaamd national cooperative highway research program, een specifiek met het oog op de Amerikaanse wegennet geënt onderzoeksprogramma, in het licht van de verbetering van de veiligheid op de weg aldaar. Het is niet gemotiveerd waarom deze bepalingen als dusdanig zouden afwijken van het Standaardbestek 250 2.2.

- Evenzeer is dit geen in de Belgische Rechtsorde van toepassing zijnde bepaling”.

3.6. Met e-mailberichten van 25 november 2011 en blijkbaar aangetekend verzonden (niet gedateerde) brieven wordt aan de zes inschrijvers gemeld dat kennis werd genomen van de attesten met betrekking tot de botsabsorbeerders die zij wensen te gebruiken en wordt, “om te kunnen nagaan of deze botsabsorbeerders voldoen aan de technische eisen uit het bestek”, gevraagd uiterlijk binnen 5 dagen “de rapporten van deze proeven, zoals vermeld op het attest, [...] over te maken”. Indien het bezorgen van de rapporten zelf niet mogelijk is, kan het volstaan om de nummers van de testrapporten mee te delen.

3.7. Alle inschrijvers antwoorden volgens verwerende partij op deze vraag.

Zo bezorgt de bvba Stuer-Egghe attesteringen van een onafhankelijke testlaboratorium TNO van 29 november 2011, 19 oktober 2011 en 13 januari 2010 alsmede 4 testrapporten van TNO, met de opmerking dat deze testverslagen reeds sedert juli 2008 bekend zijn bij de Afdeling Wegen en Verkeer Expertise Verkeer en Telematica en zij volgens de beginselen van behoorlijk bestuur dan ook uitgaat van de aanvaarding van de proeven zoals uitgevoerd door

TNO. Het attest van 29 november 2011 is een antwoord op een specifieke vraag van de bvba Stuer-Egghe in het kader van voorliggend bestek en de vereiste dat de botsabsorbeerder voldoet aan de testen conform de norm NCHRP350 testlevel 3-50, 51, 52 en 53 en de omschrijving, in het standaardbestek 250 versie 2.2. van het alternatief voertuig voor het in NCHRP350 omschreven testvoertuig 2000 P. Pick-up Truck. Zij deelt verder ook de erkenningslijst van Stuer-Egghe in Europese lidstaten mee waar cliënteel is: Nederland, Noorwegen en Zweden.

De bvba D&S Kraanverhuur bezorgt dezelfde stukken die zij van de bvba Stuer-Egghe ontving.

3.8. Er wordt een gunningsverslag opgesteld. Wat het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes betreft, wordt vastgesteld dat enkel de nv Arisco een regelmatige offerte heeft ingediend. De overige inschrijvers worden alle technisch onregelmatig bevonden. Wat verzoekende partij en de bvba D&S Kraanverhuur betreft luidt het gunningsverslag als volgt:

“II: de offerte te voegen documenten om aan de eisen van de technische bepalingen te voldoen

Opmerking vooraf: Aan de inschrijver wordt gevraagd om het materieel dat hij wenst in te zetten voor het uitvoeren van deze opdracht in te delen in verschillende types. Van ieder type machine voegt de inschrijver de hierna gevraagde documenten toe aan zijn offerte. Indien de inschrijver wil samenwerken met onderaannemers of materieel wil huren en dit is van een ander type dan het materieel in zijn eigendom voegt hij ook voor deze types de hierna gevraagde documenten bij.

1: De inschrijver voegt bij zijn offerte een algemene technische beschrijving van het in te zetten materieel waaruit blijkt dat dit voldoet aan de veiligheidseisen zoals beschreven onder deel 3 van dit bestek. In het bijzonder wordt de inschrijver gevraagd een risico-inventarisatie en risico-evaluatie bij zijn offerte toe te voegen.

De certificaten die door de verschillende inschrijvers worden toegevoegd, verwijzen naar testrapporten. Deze testrapporten werden aan alle inschrijvers aangevraagd en werden door alle inschrijvers overgemaakt.

Na onderzoek van de verschillende inschrijvers en de bijkomende aangereikte informatie komt de aanbestedende overheid tot de volgende

conclusie:

Biljet 1 – D&S

- 10037710 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10057811 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10051111 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10056211 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10037510 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10052511 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10037210 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10045110 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10056711 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10045410 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 10045610 - Stuer-Egghe (botskussen)
- 202604 - Stuer-Egghe (botsabsorbeerinrichting)
- 202610 - Stuer-Egghe (botsabsorbeerinrichting)
- 201011 - Stuer-Egghe (botsabsorbeerinrichting)

De testrapporten voldoen niet aan de criteria opgelegd in standaardbestek S8 250 2.2 en dienstorder MOW/AWV/2009/16.

De bijkomende informatie die werd aangereikt door de inschrijver toont niet aan dat zijn botskussens wel voldoen aan de criteria opgelegd in SB 250 v 2.2 en dienstorder MOW/AWV/2009/16. De bijgevoegde gewichten van respectievelijk 329kg, 344kg en 331kg overschrijden de maximum toegelaten 200kg en voor test F 034401 is de testmassa van 1952kg kleiner dan de minimale testmassa van 1955 kg.

De aanbestedende overheid sluit deze inschrijving uit omdat hij technisch niet voldoet.

Technisch onregelmatig.

[...]

Biljet 5 – Stuer-Egghe

[...: zie randnummer 9]

De aanbestedende overheid sluit deze inschrijving uit omdat hij technisch niet voldoet. Technisch onregelmatig.

[...]

5 van de 6 inschrijvers zijn technisch onregelmatig. In de verdere beoordeling houden we enkel rekening met de offerte van Arisco NV aangezien die als enige inschrijver technisch conform is met de aanbestedingsdocumenten”.

Vervolgens wordt enkel nog de offerte van de nv Arisco nader onderzocht en regelmatig bevonden.

3.9. Op 21 december 2011 beslist verwerende partij de opdracht te gunnen aan de nv Arisco “voor een bedrag van 1.825.890 euro (= 4x het jaarbedrag van 456.472,5 euro)” – dit is telkens het bedrag btw inbegrepen – en dit op grond van het gunningsverslag en het volgende algemene besluit over de beoordeling van de offertes:

“5. Algemeen besluit over de beoordeling van de offertes

Het laagste regelmatige aanbod gaat uit van nv Arisco voor een bedrag 46,4 % hoger dan de raming vermeld op het goedgekeurd voorstel tot aanbesteding (311.792,8).

Het bedrag voorzien op het goedgekeurd onderhoudsprogramma bedraagt 295.000 en dus werd dit bedrag met 54,74 % overschreden. Dit bedrag is echter budgettair inpasbaar”.

3.10. Met een aangetekende brief van 10 januari 2012 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte onregelmatig is bevonden en werd geweerd. Volgens de brief wordt een uittreksel van de gemotiveerde gunningsbeslissing met de motieven voor de wering van haar offerte bijgevoegd; in feite blijkt de volledige gunningsbeslissing meegedeeld.

3.11. Op 25 januari 2012 dient verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkost

4.1. De eerste verzoekende partij in tussenkost, nv Arisco, blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

4.2. De tweede verzoekende partij in tussenkomst, de bvba D&S Kraanverhuur, dient een verzoek tot tussenkomst in tot ondersteuning van het verzoekschrift.

Uit de daarbij bijgevoegde stukken blijkt evenwel dat de zaakvoerder van deze vennootschap enkel heeft beslist om in rechte te treden tegen de gunningsbeslissing en de beslissing om de door haar ingediende offerte onregelmatig te verklaren – hetgeen leidde tot de zaak met rolnummer A. 203.381/XII-6820, doch niet uitdrukkelijk heeft beslist om tussen te komen in huidige procedure.

Bij ontstentenis van een rechtsgeldige beslissing tot tussenkomst, is het verzoekschrift tot tussenkomst niet ontvankelijk.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de

schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

6. Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Het eerste middel is

“genomen uit de schending van artikel 83*bis*, §§ 3 en 4 *juncto* art. 85 van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag,

Doordat, de bestreden beslissing toepassing maakt van een in het bestek opgelegde standaard NCHRP bevattende technische specificaties die van aard zijn de mededinging te belemmeren en die inschrijvers die gebruik maken van producten verkregen op de Amerikaanse markt te bevoordelen, waarbij de noodzaak van het aanwenden van dergelijke technische specificaties niet is aangetoond noch de gelijkwaardigheid van de door de inschrijver aangeboden botsabsorbeerders werd geverifieerd; Dat bovendien de regelmatigheid van de offerte van verzoekende partij werd geweigerd in de bestreden beslissing verwijzende naar een zuivere nationale aanbeveling, zijnde een Amerikaanse, daar waar verzoekende partij op afdoende wijze aan de hand van certificatie en de voorlegging van ettelijke testverslagen van een externe erkende organisatie die crashtests kan en mag uitvoeren de gelijkwaardigheid van de door haar voorgestelde oplossingen aan de eisen van de technische specificaties heeft aangetoond;

Terwijl, art. 83*bis*, §3 K.B. van 8 januari 1996 de wijze aangeeft waarop de aanbestedende diensten de technische specificaties dienen aan te geven, die zij wensen met betrekking tot ondermeer de ter beschikking te stellen producten, waarbij bij gebreke van Europese normen of internationale normen wordt toegestaan dat nationale technische goedkeuringen dan wel technische specificaties worden gebruikt”.

Vervolgens ontwikkelt zij dit middel in een niet meer nader gestructureerd betoog overheen zes dicht beschreven bladzijden. Daarin vindt men feitelijke achtergronden terug, overwegingen betreffende het belang van verzoekende partij, interpretaties van de geschonden geachte reglementaire bepalingen en grieven die niet steeds of niet duidelijk in verband worden gebracht met de in het middel geschonden geachte normen. Dergelijke redactie van een verzoekschrift bemoeilijkt de snelle kennisname van de inhoud van de betrokken argumentaties en geeft geen blijk van veel begrip voor de mogelijkheden van de rechter in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Hierna zal in de beoordeling van het middel dan ook enkel ingegaan worden op grieven die zich *prima facie* als essentieel aandienen en in zoverre ze bovendien meteen in verband kunnen worden gebracht met de geschonden geachte normen.

Beoordeling

8. Het ingeroepen artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 luidt als volgt:

“§ 1. [opgeheven]

§ 2. De technische specificaties moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

De aanbestedende overheid neemt de technische specificaties op in de opdrachtdocumenten. Waar mogelijk worden in deze technische specificaties toegankelijkheidscriteria in overweging genomen teneinde rekening te houden met de behoeften van alle gebruikers, inbegrepen de personen met een handicap.

§ 3. Onverminderd de verplichte nationale technische voorschriften, voor zover verenigbaar met het Europees recht, worden de technische specificaties als volgt aangegeven:

a) hetzij door verwijzing naar de technische specificaties en - in volgorde van voorkeur - naar de nationale normen waarin Europese normen zijn omgezet, de Europese technische goedkeuringen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen, andere door de Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische verwijzingsystemen, of, bij ontstentenis daarvan, de nationale normen, de nationale technische goedkeuringen dan wel de nationale technische specificaties inzake het ontwerpen, het berekenen en het uitvoeren van werken en het gebruik van producten. Iedere verwijzing gaat vergezeld van de woorden 'of gelijkwaardig';

b) hetzij in termen van prestatie-eisen en functionele eisen; deze kunnen milieukeurmerken omvatten. Zij moeten echter zo nauwkeurig zijn dat de inschrijvers in staat zijn het voorwerp van de opdracht te bepalen en de aanbestedende overheid in staat is de opdracht te gunnen;

c) hetzij in de onder b) bedoelde termen van prestatie-eisen en functionele eisen, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen en functionele eisen wordt verwezen naar de onder a) bedoelde specificaties;

d) hetzij door verwijzing naar de onder a) bedoelde specificaties voor bepaalde kenmerken, en naar de onder b) bedoelde prestatie-eisen en functionele eisen voor andere kenmerken.

§ 4. Wanneer de aanbestedende overheid gebruik maakt van de mogelijkheid te verwijzen naar de in § 3, a), bedoelde specificaties, kan ze echter geen offerte weren met als reden dat de aangeboden producten en diensten niet beantwoorden aan de specificaties waarnaar zij heeft verwezen, indien de inschrijver tot voldoening van de aanbestedende overheid, in zijn offerte met elk passend middel aantoonde dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen van de technische specificaties.

Een passend middel kan bijvoorbeeld een technisch dossier van de fabrikant zijn of een testverslag van een erkende organisatie.

§ 5. Wanneer de aanbestedende overheid gebruik maakt van de in § 3 geboden mogelijkheid prestatie-eisen of functionele eisen te stellen, mag ze geen aanbod van werken, producten of diensten afwijzen die beantwoorden aan een nationale norm waarin een Europese norm is omgezet, aan een Europese technische goedkeuring, aan een gemeenschappelijke technische specificatie, aan een internationale norm, of aan een door een Europese normalisatie-instelling opgestelde technisch referentiesysteem, wanneer deze specificaties betrekking hebben op de prestaties of functionele eisen die ze heeft voorgeschreven.

De inschrijver moet in zijn offerte, tot voldoening van de aanbestedende overheid, met elk passend middel aantonen dat de aan de norm beantwoordende werken, producten of diensten aan de prestatie-eisen of functionele eisen van de aanbestedende overheid voldoen.

Een passend middel kan een technisch dossier van de fabrikant zijn of een testverslag van een erkende organisatie.

§ 6. Een aanbestedende overheid die milieukeurmerken voorschrijft door verwijzing naar prestatie-eisen of functionele eisen, zoals bepaald in § 3,

b), kan gebruik maken van de gedetailleerde specificaties of, zo nodig, van gedeelten daarvan, zoals vastgesteld in Europese, (pluri)nationale milieukeuren of in een andere milieukeur, voor zover:

- deze geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van de leveringen of diensten waarop de opdracht betrekking heeft;
- de vereisten voor de keur zijn ontwikkeld op grond van wetenschappelijke gegevens;
- de milieukeuren aangenomen zijn via een proces waaraan alle betrokkenen, zoals regeringsinstanties, consumenten, fabrikanten, kleinhandel en milieuorganisaties hebben kunnen deelnemen;
- de keuren toegankelijk zijn voor alle betrokken partijen.

De aanbestedende overheid kan aangeven dat de van een milieukeur voorziene producten of diensten worden geacht te voldoen aan de technische specificaties van het bestek; ze dient elk ander passend bewijsmiddel te aanvaarden, zoals een technisch dossier van de fabrikant of een testverslag van een erkende organisatie.

‘Erkende organisaties’ in de zin van dit artikel zijn testlaboratoria, ijklaboratoria en inspectie- en certificatieorganisaties die voldoen aan de toepasselijke Europese normen.

De aanbestedende overheid aanvaardt certificaten van in andere lidstaten erkende organisaties”.

Het samen met dit artikel 83*bis* ingeroepen artikel 85 bepaalt:

“Art. 85. Technische specificaties die produkten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzondere werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, mogen niet gebruikt worden tenzij deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht.

Het is met name verboden merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of produktie aan te duiden. Bij wijze van uitzondering is een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding “of gelijkwaardig” evenwel toegestaan wanneer het niet mogelijk is door middel van voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven”.

9. De offerte van verzoekende partij wordt op grond van de volgende motivering technisch onregelmatig verklaard:

“Biljet 5 – Stuer-Egghe

Voor de botskussens/botsabsorbeerinrichtingen

10052311 (botskussen)

10052011 (botskussen)
10054011 (botskussen)
10050011 (botskussen)
10047110 (botskussen)
10033310 (botskussen)
203109 (botsabsorbeerinrichting)
201209 (botsabsorbeerinrichting)
201311 (botsabsorbeerinrichting)
20611 (botsabsorbeerinrichting)
205910 (botsabsorbeerinrichting)
201507 (botsabsorbeerinrichting)

De testrapporten voldoen niet aan de criteria opgelegd in standaardbestek SB 250 2.2 en dienstorder MOW/AWV/2009/16.

De bijkomende informatie die werd aangereikt door de inschrijver toont niet aan dat zijn botskussens wel voldoen aan de criteria opgelegd in SB 250 v 2.2 en dienstorder MOW/AWV/2009/16. De bijgevoegde gewichten van respectievelijk 329kg, 344kg en 331kg overschrijden de maximum toegelaten 200kg en voor test F 034401 is de testmassa van 1952kg kleiner dan de minimale testmassa van 1955 kg.

De aanbestedende overheid sluit deze inschrijving uit omdat hij technisch niet voldoet. Technisch onregelmatig”.

10. Verzoekende partij lijkt er in dit middel in de eerste plaats van uit te gaan dat de bestreden beslissing toepassing maakt van een in het bestek opgelegde standaard NCHRP bevattende technische specificaties die van aard zijn de mededinging te belemmeren en die inschrijvers die gebruik maken van producten verkregen op de Amerikaanse markt bevoordelen, waarbij de noodzaak van het aanwenden van dergelijke technische specificaties niet is aangetoond.

Deze grief lijkt op artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te kunnen worden betrokken, waarbij wel de vraag rijst of dit artikel wel afzonderlijk wordt ingeroepen nu in het middel de schending wordt ingeroepen van artikel 83bis, §§ 3 en 4 *juncto* artikel 85.

Er wordt in ieder geval niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat het bestek, via de verwijzing naar standaardbestek 250, dienstorder

MOW/AWV/2009/16 of zelfs naar NCHRP350 “merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie” aanwijst zoals bedoeld in dat artikel 85.

In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat de toepassing van de Amerikaanse norm NCHRP350 van aard is de mededinging te belemmeren en die inschrijvers die gebruik maken van producten verkregen op de Amerikaanse markt bevoordelen, toont zij in de huidige stand van het geding immers niet concreet en met de vereiste *prima facie* ernst aan dat het bestek, via deze verwijzing naar NCHRP350 of naar het standaardbestek 250 of de voornoemde dienstorder en dus naar wat veeleer prestatie- en functionele eisen lijken, bepaalde ondernemingen, te dezen volgens verzoekende partij dienstverleners die Amerikaanse botsers aanbieden, bevoordeelt of andere ondernemingen uitschakelt.

Integendeel voert zij zelf aan dat ook de botsabsorbeerders die zij aanbiedt voldoen. Voorts gaat zij eraan voorbij dat in dienstorder MOW/AWV/2009/016 een aanpassing lijkt opgenomen voor bepaalde testen ten einde rekening te houden met de Europese markt.

Het weren van haar offerte steunt trouwens op het feit dat de bepaalde testvoertuigen niet voldoen aan de in het bestek, via het standaardbestek 250 en de dienstorder, opgelegde technische kenmerken voor het alternatief testvoertuig voor de 2000 P. Pick-up Truck. Veeleer dan producten van Amerikaanse makelij voor te trekken, lijkt het bestek, het standaardbestek en de dienstorder daardoor juist de mogelijkheid te bieden aan de aanbevelingen NCHRP350 testlevel 3 te voldoen zonder dat een product van een Amerikaanse producent daartoe noodzakelijk is en dit door concrete en duidelijke prestatie-eisen voorop te stellen teneinde voertuigen uit de Europese markt mee in de beoordeling te kunnen betrekken.

Het feit dat de testresultaten van het type botsabsorbeerder dat verzoekende partij wenst aan te wenden niet aan de concrete testvoorwaarden lijkt te voldoen, toont *prima facie* ook niet aan dat het onmogelijk is voor niet-

Amerikaanse producten om aan deze testvoorwaarden te voldoen, minstens toont verzoekende partij dit niet concreet aan.

Aangezien aldus, zo lijkt het, geen “merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie” werden aangewezen, noch de technische specificaties gebruikt die producten vermelden van een bepaalde makelij of herkomst of bijzonder werkwijzen vermelden waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, lijkt artikel 85 bijgevolg niet van toepassing en dus niet geschonden.

Verzoekende partij lijkt dit ook zelf te erkennen in de mate dat zij stelt dat zij in primaire orde opwerpt dat het bestek verkeerd werd toegepast en pas ondergeschikt dat het bestek, indien de Raad van State zou aannemen dat het bestek een bepaalde herkomst aanwijst, onwettig is doordat niet werd toegevoegd “of gelijkwaardig”.

11. In de mate dat in het middel voorts de schending wordt ingeroepen van artikel 83*bis*, §§ 3 en 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 doordat verwezen wordt naar de Amerikaanse NCHRP350, lijkt zoals reeds gezien, deze aanbeveling een technische specificatie in te houden omschreven in termen van prestatie-eisen en functionele eisen. Ook in het genoemde standaardbestek 250 en de dienstorder MOW/AWV/2009/16 wordt, zo lijkt, omschreven aan welke prestatie-eisen een botsabsorbeerder moet voldoen alvorens deze als in overeenstemming met de NCHRP350 wordt aangemerkt. Bij de toelichting van deze minimale testvereisten wordt uitdrukkelijk rekening gehouden met het feit dat de Amerikaanse markt te onderscheiden is van de Europese markt en dus zijn eigen kenmerkende behoeften heeft en dit door toe te staan dat voor één van de in NCHRP beschreven testvoertuigen, namelijk de 2000 P. Pick-up Truck, die weinig of niet aanwezig is op de Europese markt, een gelijkaardig alternatief voertuig mag worden gebruikt dat wel courant aanwezig is op de Europese wegen, op voorwaarde dat het voldoet aan de vervolgens opgesomde technische kenmerken.

Aldus lijkt verwerende partij niet te verwijzen naar een nationale technische specificatie in de zin van artikel 83*bis*, § 3, a), van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, doch lijkt zij concrete prestatie-eisen te stellen voor de aan te wenden botsabsorbeerders zoals omschreven in artikel 83*bis*, § 3, b), namelijk dat ze moeten worden getest aan de hand van zeer concrete technische kenmerken.

Hieruit lijkt te volgen dat het ingeroepen artikel 83*bis*, § 4, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te deze niet van toepassing is nu dit enkel verwijst naar paragraaf 3, a), van dezelfde bepaling.

Verzoekende partij lijkt haar gehele argumentatie dat de gelijkwaardigheid moet worden aanvaard echter juist op deze bepaling te steunen. In de huidige stand van het geding kan dan ook geen rekening worden gehouden met deze argumentatie.

Er wordt dan ook niet *prima facie* aangetoond dat het ingeroepen artikel 83*bis*, §§ 2 en 3, uitsluit dat verwerende partij eist dat de door haar gestelde prestatie-eisen integraal en zonder uitzondering worden nageleefd, hetgeen volgens de bestreden beslissing niet het geval is.

Verzoekende partij betwist ook niet dat de bijgevoegde gewichten van respectievelijk 329 kg, 344 kg en 331 kg bij het door haar aangewende type testvoertuig de maximaal toegelaten 200 kg overschrijdt en dat voor test F 034401 de testmassa van 1952 kg kleiner is dan de minimale testmassa van 1955 kg.

12. In de mate dat in het middel ook de schending wordt ingeroepen van het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel en verwezen wordt naar de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag, lijkt deze schending uit dezelfde grieven te worden afgeleid, die hiervoor niet werden aanvaard.

13. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede en derde middel

14. De conclusie bij het eerste middel heeft tot gevolg dat niet lijkt aangetoond dat de offerte van verzoekende partij onterecht is geweerd. Op dat punt wordt de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing niet geschorst. Verzoekende partij heeft dan voorts, als onregelmatige inschrijver, geen belang bij de nietigverklaring en bijgevolg evenmin bij de gevraagde schorsing van de bestreden beslissing in zoverre dat deze de voorliggende opdracht gunt aan de gekozen inschrijver, tenzij verzoekende partij met een middel aantoont dat de opdracht aan geen van de inschrijvers mocht worden gegund.

15. Op het eerste gezicht zouden de twee overige middelen, door verzoekende partij aangevoerd, mochten ze ernstig worden bevonden, tot laatstgenoemde conclusie kunnen leiden. In het tweede middel laat verzoekende partij immers gelden dat de opdracht ten onrechte voor een termijn van vier jaar is gegund, en in het derde middel bestrijdt verzoekende partij de aanvaarding van de offerte van de gekozen inschrijver – de enige die regelmatig is verklaard – , ondanks een voortijdige opening van die offerte.

16. Een bijzondere omstandigheid is echter te dezen dat bij arrest nr. 218.184 van heden, in de zaak A. 203.397/XII-6821 inzake nv Traffic Services, de hier bestreden beslissing in haar tenuitvoerlegging door de Raad van State reeds is geschorst, zowel in zoverre ze de offerte van de nv Traffic Services onregelmatig verklaarde als in zoverre ze de opdracht gunde aan de nv Arisco. Het is te dezen niet aan de Raad van State op zijn beslissing terug te komen en wat de gunning betreft, opnieuw middelen te onderzoeken die zouden leiden tot een nieuwe beslissing over de uitvoerbaarheid. Teneinde de belangen van de verzoekende partij echter te vrijwaren is het passend over haar vordering tot schorsing betreffende de gunning slechts uitspraak te doen, hetzij nadat over het annulatieberoep in de zaak A. 203.397/XII-6821 is beslist, hetzij nadat de schorsing vroeger heeft opgehouden te bestaan.

BESLISSING

- 1. Het verzoek van de nv Arisco tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.**
- 2. Het verzoek van de bvba D&S Kraanverhuur tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt niet ingewilligd.**
- 3. De Raad van State verwerpt de vordering, in zoverre deze is betrokken op de in de bestreden beslissing vervatte onregelmatigverklaring van de offerte van verzoekende partij.**
- 4. Het debat wordt heropend voor het overige, namelijk in zoverre de vordering is betrokken op de in de bestreden beslissing vervatte gunning van de opdracht aan de nv Arisco.**
- 5. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 250 euro, elk voor de helft.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 februari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	

Bram Van Thillo,	griffier.
------------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest