RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 226.757 van 13 maart 2014
in de zaak A. 211.643/XII-7590

In zake: de NV VIABUILD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Ghysels en Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 februari 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van

"- de beslissing van ongekende datum van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, waarvan kennis is gegeven bij brief van mevrouw Laurence Lolivier, waarnemend directeur van de Directie Administratieve Ondersteuning,

verzonden bij fax en aangetekende brief op 30 januari, waarbij de offerte van Viabuild voor de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende 'BMB/DPT-DPW/2013.0498: Bestellingsopdracht van werken voor de herinrichting van wegen en de aanleg van fietsroutes in de directe omgeving van het Jubelpark op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest', wordt verworpen wegens onregelmatigheid,

- de impliciete beslissing van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest om de voormelde opdracht niet aan Viabuild te gunnen,
- de beslissing van ongekende datum van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest tot gunning van de voormelde opdracht".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 28 februari 2014 heeft de nv Krinkels gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 maart 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Aline Heyrman, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een openbare aanbesteding uit voor de uitvoering van werken met als voorwerp "opdracht voor de herinrichting van wegen en de aanleg van fietsroutes in de directe omgeving van het Jubelpark op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest".

De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. BMB/DPT-DPW/2013-0498.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juni 2013.

3.2. In de meetstaat wordt bij de posten 123 tot 126 vermeld:

> "Leveren van cellen in polypropyleen (PP) hars voor lastverdeling, 100% recycleerbaar versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, met het oog op de groei van het wortelgestel van de bomen en draineren/stockeren van water.
> 123: Gestel (40 cm (h) x 60 cm (l) x 120 (l) cm)
> Vermoedelijke oppervlakte m² 1500
> 124: Platform (5 cm (h) x 60 cm (l) x 120 (l) cm)
> Vermoedelijke oppervlakte m² 1500
> 125: Handmatig aanbrengen, met inbegrip van het nivelleren, verdichten, profileren en alle bijbehorende werkzaamheden, met respect voor de integriteit van het wortelgestel. Het aanvullen met teelaarde is onder te brengen in de post 'aanvullingen met teelaarde.'
> Vermoedelijke oppervlakte m² 1000
> 126: Mechanisch aanbrengen, met inbegrip van het nivelleren, verdichten, profileren en alle bijbehorende werkzaamheden, met respect voor de integriteit van het wortelgestel. Het aanvullen met teelaarde is onder te brengen in de post 'aanvullingen met teelaarde.'
> Vermoedelijke oppervlakte m² 500."

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 4 september 2013. Zes offertes blijken te zijn ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de nv Krinkels.

3.4. De verwerende partij vraagt bij aangetekende brief van 24 september 2013 aan de verzoekende partij een prijsverantwoording voor de posten 123 tot 126.

De verzoekende partij maakt met een brief van 4 oktober 2013 de gevraagde prijsverantwoording over.

3.5. Bij aangetekende brief van 30 januari 2014 deelt de verwerende partij mee dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd bevonden.

Dit is de eerste bestreden beslissing, die als volgt wordt gemotiveerd:

> "Gelet op artikel 65/29 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd;
> Gelet op artikel 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals gewijzigd;
> Overwegende dat de aanbestedende overheid abnormaal lage prijzen heeft vastgesteld voor de posten 123-126 van de opmetingsstaat;
> Overwegende dat, overeenkomstig artikel 110, § 3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid de firma Viabuild op 24 september 2013 verzocht heeft om de nodige verantwoording te geven;
> Overwegende dat de firma Viabuild haar verantwoordingen, via een schrijven van 4 oktober 2013, binnen de vereiste termijn heeft ingediend;
> Overwegende dat het rendement dat door Viabuild wordt aangegeven om de eenheidsprijzen van de posten 125 & 126 te verantwoorden, in de praktijk moeilijk realiseerbaar lijken;
> Overwegende dat de oppervlakken die in acht werden genomen om de eenheidsprijs van deze posten te bepalen, niet overeenstemmen met de oppervlakken opgenomen in de opdrachtdocumenten;
> Overwegende dat de firma Viabuild haar lage prijzen voor de posten 123 en 124 verantwoordt door het gebruik van de IT Plus-cellen, en bij zijn

verantwoording de offerte van de leverancier voegt, alsook de technische specificaties van de cellen;
Overwegende dat het BB 100% recycleerbare cellen in polypropyleen (PP) hars voor lastverdeling, versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, bestemd voor de ontwikkeling van de boomwortels en drainage/opslag van water, oplegde;
Overwegende dat, na analyse van de technische specificaties, duidelijk blijkt dat de door Viabuild voorgestelde cellen niet versterkt zijn met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal;
Overwegende dat de offerte van Viabuild niet conform is met de specificaties van het bijzonder bestek;
Overwegende dat het voor de goede uitvoering van de opdracht cruciaal is dat de geplaatste cellen een vrije ontwikkeling van de wortels en totale stabiliteit garanderen;
Overwegende dat alleen cellen versterkt met glasvezel en gegalvaniseerde buizen grote openingen kunnen hebben die de natuurlijke ontwikkeling van de wortels mogelijk maken en de stabiliteit van de boom verzekeren;
Overwegende dat de niet versterkte cellen samengesteld zijn uit kleine en grote openingen, die noch een volledige vrije ontwikkeling van de wortels, noch totale stabiliteit garanderen.
Overwegende dat de opdracht zal worden uitgevoerd in een beschermingsgebied en er zwaar verkeer lange de steenweg passeert".

3.6. Op ongekende datum beslist de Brusselse minister van Openbare Werken om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

Dit is de derde bestreden beslissing, betekend bij brief van 30 januari 2014, die als volgt wordt gemotiveerd:

"Overwegende dat de laagste regelmatige offerte ingediend werd door Krinkels NV voor een bedrag van € 3.679.003,79 en dat het bedrag van de offerte van deze firma niet meer dan 15% in min afwijkt van het gemiddelde van de bedragen van de offertes van de geselecteerde inschrijvers, berekend volgens de bepalingen van artikel 110, § 4 van het koninklijk besluit van 08.01.1996, zoals gewijzigd, zijnde: (€4050333,28-€ 3.679.003,79)/€ 4050333,28 = 9,17 %;
Overwegende dat uit het verslag van de veiligheids- en gezondheidscoördinator, met name S.H.A.SPRL, blijkt dat de offerte van Krinkels NV conform is met de wetgeving in verband met tijdelijke of mobiele bouwplaatsen;
Overwegende dat de eenheidsprijzen en het totaalbedrag van de offerte van Krinkels NV bijgevolg normaal en aanvaardbaar zijn;
Overwegende dat, in overeenstemming met de voorschriften van het bestek betreffende het beroep op een impliciete verklaring op eer, de aanbestedende overheid de juistheid van deze uitdrukkelijke verklaring op

eer nagezien heeft binnen het kader van de inschrijver waarvan de offerte het best gerangschikt werd en dat blijkt dat deze uitdrukkelijke verklaring op eer juist is".

3.7. Bij e-mail van 31 januari 2014 vraagt de verzoekende partij het integrale gunningsverslag op, waarop de verwerende partij evenwel niet ingaat.

IV. Tussenkomst

4. De verzoekende partij tot tussenkomst blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State in zijn te dezen nog toepasselijke versie, 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' nog 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 partijen tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Overeenkomstig artikel 65/31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempel voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 van het middel

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van "artikel 83*bis* en artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de omzendbrief d.d. 23 juni 2004 betreffende het verbod om in de bepalingen van een opdracht technische specificaties op te nemen die het gewone verloop van de mededinging beperken of uitsluiten en het beginsel van de eerlijke mededinging".

In wat een "toelichting" wordt genoemd, ontwikkelt de verzoekende partij in een betoog over elf bladzijden in wezen de grieven waaruit de voornoemde schending moet blijken. De Raad van State zal slechts die grieven onderzoeken die voor de snelle toetsing, zoals vereist en verwacht in de huidige uiterst dringende procedure, meteen worden onderkend.

6.2. De verzoekende partij betoogt dat de technische specificaties die in het bestek bij de posten 123 en 124 zijn opgenomen, strijdig zijn met de in

het middel ingeroepen bepalingen. Ze beperken de mededinging omdat ze één bepaald product viseren en er geen ruimte wordt gelaten voor gelijkwaardige producten die hetzelfde effect hebben, dezelfde prestatieniveaus halen en dezelfde doelstelling verzekeren.

Volgens artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken' is volgens de verzoekende partij het opleggen van technische specificaties of kenmerken die bij voorbaat verwijzen naar een bepaald product, merk of herkomst, waardoor ondernemingen worden begunstigd, niet toegestaan. Een uitzondering is enkel mogelijk indien minstens wordt vermeld dat een gelijkwaardig product is toegestaan.

De technische specificaties van de posten 123 en 124 van de meetstaat zijn dermate specifiek en precies omschreven dat uitsluitend cellen die worden versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal en die beantwoorden aan de specifieke afmetingen van het bijzonder bestek kunnen worden aangeboden. Dit leidt ertoe dat het bestek op maat van één welbepaald product van één welbepaald merk is geschreven, zijnde het Silva Cell-systeem, gepatenteerd in de Verenigde Staten van Amerika, waarvan het Nederlandse bedrijf Greenmax de exclusieve rechten voor de verkoop in Europa heeft. Voor de distributie in België wordt samengewerkt met de nv Agro Vangeel.

Bovendien moet worden vastgesteld dat de technische specificaties van het bestek een letterlijke kopie zijn van de technische specificaties van het Silva Cell-systeem. Het is meer in het bijzonder de combinatie van het vereiste dat het materiaal moet zijn versterkt met glasvezel en gegalvaniseerd staal met de specifieke opgelegde afmetingen die ertoe leidt dat op het ogenblik van de aanbesteding en zelfs tot op heden slechts één fabrikaat aan deze vereisten kan voldoen, namelijk het Silva Cell-systeem. Deze technische en verkoopsmatige feitelijkheid wordt uitdrukkelijk bevestigd door de technische fiche van het Silva Cell-systeem. De materiële specificaties en de afmetingen die

hierop voorkomen, komen volledig overeen met de gevraagde specificaties en afmetingen in de meetstaat.

Het toesnijden van het bestek op een bepaalde leverancier schendt het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van mededinging dat verbiedt bepaalde kandidaten te bevoordelen en andere te benadelen. Daarenboven blijkt niet dat deze technische specificaties onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. Het bestek staaft ook niet welke bijzondere doelstelling zou rechtvaardigen dat geen gelijkwaardig product zou kunnen worden ingediend en aanvaard. Hierbij moet worden benadrukt dat de stabiliteit van de cellen te maken heeft met de verkeersbelasting die kan worden gedragen. Het door de verzoekende partij voorgestelde product heeft de Europese code voor de zwaarste verkeersbelasting. In plaats van naar de technische specificaties van één welbepaald product te refereren, kon de verwerende partij volstaan met een verwijzing naar het minimaal vereiste verkeersbelastingsniveau uitgedrukt in een Europese of nationale norm. De prestatie-eis inzake verkeersbelasting staat daarenboven los van de prestatie-eis van het voorzien in een cel die de groei van het wortelgestel toelaat alsook het draineren en stockeren van water. Het bestek vereist hiertoe – zonder valabele reden – dat het raamwerk van de te leveren cel aan welbepaalde afmetingen zou moeten voldoen. Het bieden van een mogelijkheid tot groei van het wortelgestel en tot het draineren en stockeren van water kan even efficiënt en doeltreffend gebeuren met cellen met andere afmetingen.

Artikel 83*bis*, §§ 4 en 5, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat de aanbestedende overheid geen offerte kan 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 aantoont dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen van de technische specificaties. Aan de gehanteerde (verboden) technische specificaties in verband met de polypropyleencellen had de verwerende partij “of gelijkwaardig” moeten toevoegen.

Het door de verzoekende partij aangeboden type voldoet zeker aan de besteksbepalingen, of is minstens gelijkwaardig, wat blijkt uit:

1. de technische fiche van de IT Plus Controlbox (het basissysteem dat verder is aangepast om er ook boomgroeiplaatsen mee te maken);
2. de goedkeuring en certificatie van de IT Plus Controlbox door "de Duitse TÜV NORD en door TNO";
3. de beschrijving van het door de verzoekende partij aangeboden product, waaruit blijkt dat de IT Plus Controlbox is geëvolueerd naar de IT Plus TreeBOX voorzien van gaten bedoeld voor wortels en geschikt om bekabeling doorheen te leggen of om externe aansluitingen te maken; en
4. het feit dat de IT Plus TreeBOX kan worden beschouwd als een standaardproduct dat zijn kwaliteit heeft bewezen in een groot aantal referentieprojecten.

Het staat met andere woorden vast dat de infiltratiekratten waarmee de verzoekende partij heeft ingeschreven, "voldoen aan de besteksbepalingen". Door hier anders over te oordelen, maakt de verwerende partij zich schuldig aan het toesnijden van het bestek op één bepaalde leverancier.

Volgens de rechtspraak van de Raad van State moet het artikel 85 van het koninklijk besluit worden gelezen in die zin dat zelfs wanneer het merk niet expliciet wordt vermeld, maar de in het bestek opgenomen technische specificaties volledig overeenkomen met de technische specificaties van een product gefabriceerd door één specifieke leverancier, er sprake is van een "verboden technische specificatie". Aangezien de technische specificaties identiek zijn aan deze van de technische fiche van Silva Cell, komt vast te staan dat die besteksbepaling onwettig is. Gelet op het voorgaande, blijkt dan ook dat deze technische specificaties het gewone verloop van de mededinging beperken of uitsluiten doordat de eisen "nagenoeg tekstueel de technische specificaties van een firma Z zijn (...). Bijgevolg kan alleen deze firma aan de vereisten voldoen inzake de dikte van de beschermlaag. Bovendien wordt aangenomen dat die vereiste op geen enkele wetenschappelijke basis berust" (citaat uit de omzendbrief van 23 juni

2004). Uit geen enkel element van het bestek blijkt dat de absolute verplichting om de cellen te versterken met glasvezel en gegalvaniseerd staal onontbeerlijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. Evenmin is er enige verantwoording voor de specifiek gevraagde afmetingen van de cellen. Deze vereisten leiden ertoe dat de markt voor de infiltratiekratten op oneerlijke wijze wordt afgesloten voor de markspelers die geen exclusief contract hebben met de patenthouder in de Verenigde Staten van Amerika of met Greenmax die de exclusieve licentiehouder is van het Silva Cell-systeem in België.

Beoordeling

7. De door de verzoekende partij ingeroepen bepalingen van artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 'betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken' luiden:

> "§ 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 verwijzingssystemen, 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 milieukenmerken 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 aantoont 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".

Het eveneens ingeroepen artikel 85 van dat koninklijk besluit bepaalt:

"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".

8. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht niet aan te tonen dat zij door het in het bestek opgelegde vereiste, dat de aan te wenden cellen zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, werd uitgeschakeld dan

wel dat andere inschrijvers erdoor werden bevoordeeld. De verzoekende partij heeft immers nagelaten in te schrijven met cellen die zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, hoewel zij in het verzoekschrift niet beweert dat zij dit niet kon of daartoe niet bij machte was. Deze vaststelling op zich lijkt voldoende om te besluiten dat de verzoekende partij zich niet op een eventuele schending van artikel 85 kan beroepen.

De verzoekende partij verduidelijkt voorts niet hoe een schending van een – bij veronderstelling interpretatieve – omzendbrief te dezen een onrechtmatigheid kan uitmaken die een grond tot nietigverklaring zou kunnen vormen.

Bovendien lijkt geen schending van het beginsel van de eerlijke mededinging voorhanden, nu de verzoekende partij niet lijkt aan te tonen dat het besteksvereiste, dat de aan te wenden cellen moeten zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, op zich inschrijvers heeft bevoordeeld.

9. Bij haar offerte heeft de verzoekende partij ook geen documenten voorgelegd inzake een door haar beweerde gelijkwaardigheid, en in het verzoekschrift ontkent de verzoekende partij niet te hebben ingeschreven met cellen die niet zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, terwijl dergelijke cellen volgens het bestek niet mochten worden gebruikt. Hierdoor lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht geen schending van artikel 83*bis* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te kunnen bewijzen, nu zij niet onder de toepassing ervan lijkt te vallen: immers wordt in die bepaling gewezen op het vereiste dat de inschrijver in zijn offerte aantoont te voldoen aan de specificaties van het bestek, te dezen het aanbieden van cellen die zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal.

10. Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat het gegeven dat (1) uit de technische fiche van de IT Plus Controlbox zou blijken dat het door de verzoekende partij aangeboden product voldoet aan de Europese code voor de

zwaarste verkeersbelasting, (2) de IT Plus Controlbox werd goedgekeurd door TÜV NORD en door TNO, (3) in het verzoekschrift een gedetailleerde beschrijving van het installatieproces van de IT Plus TreeBOX wordt gegeven en (4) de IT Plus TreeBOX zijn kwaliteit zou hebben bewezen, niet aantoont dat de door het bestek vereiste cellen werden aangeboden.

Hierbij komt dan nog dat op het eerste gezicht de verzoekende partij ook in de prijsverantwoording niet lijkt te hebben verduidelijkt met welk product – IT Plus Controlbox of IT Plus Treebox – zij nu juist heeft ingeschreven. Nochtans lijkt dat van belang nu de verzoekende partij in het verzoekschrift zelf stelt dat het door haar voorgesteld systeem inzake de plaatsing van kabels en leidingen geen probleem "meer" stelt, wat lijkt in te houden dat in elk geval de IT Plus Controlbox – "het basissysteem dat verder is aangepast om er ook boomgroeiplaatsen mee te maken" – ter zake wel problemen stelde.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. In een tweede middel roept de verzoekende partij de schending in van "artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheids-opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en van artikel 110, § 3 en 4 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, en de materiële motiveringsplicht (overheidsbeslissingen moeten berusten op in feite juiste en in rechte pertinente motieven); artikel 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de artikelen 2 en 3 van de wet

van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen".

In een "toelichting" van negen bladzijden lijkt de verzoekende partij als essentiële grief aan te brengen dat de motieven waarop de bestreden beslissingen steunen "feitelijk onjuist" zijn. Enerzijds zijn er aldus grieven gericht tegen het niet beantwoorden aan de vereiste functionele eisen (posten 123 en 124) en anderzijds grieven in verband met de beoordeling van de prijzen voor de posten 125 en 126.

13. Wat de eerste groep grieven betreft, doet de verzoekende partij onder meer gelden dat volgens de verwerende partij de technische specificatie dat de betrokken cellen moeten zijn versterkt met glasvezel en buizen in gegalvaniseerd staal, is ingegeven door de ontwikkeling van de boomwortels en de drainage en opslag van water. Deze versterking is volgens de verzoekende partij echter bedoeld om de draagkracht van het gestel te verzekeren en een bepaalde verkeersbelasting te kunnen dragen. Deze minimale verkeersbelasting is wel niet opgenomen in het bestek. Bovendien laten ook systemen met grote en kleine openingen de natuurlijke groei van de wortels toe. De stabiliteit van de boom wordt gegarandeerd door deze natuurlijke groei van de wortels, zodat ook met andere systemen de stabiliteit wordt gegarandeerd.

De verwerende partij gaat in de bestreden beslissing "veel verder dan de werkelijke bestekseisen" door te stellen dat het bestek de volledige vrije ontwikkeling van de wortels nastreeft, terwijl dit niet mogelijk is in verdichte grond die nodig is voor de aanleg van wegen. Dit is de reden waarom boomkratten worden gebruikt. De verwerende partij toont niet aan waarom het door de verzoekende partij voorgestelde product geen garanties inzake totale stabiliteit zou bieden en het is zelfs niet duidelijk wat wordt bedoeld met 'stabiliteit'.

De beschrijvende meetstaat is vrij summier bij de posten 123 en 124, en het bestek bevat geen plan of tekening, geen bijgevoegd artikel, geen

normalisatiecode en geen bijgevoegde technische fiches. De verzoekende partij heeft een gelijkwaardig alternatief systeem aangeboden en aan de overweging dat er zwaar verkeer langs de steenweg passeert, is voldaan omdat de infiltratiekratten in staat zijn om de zwaarste verkeersbelasting te dragen. Het voorgestelde product voldoet aan de eisen inzake stabiliteit vanuit het oogpunt van de verkeersbelasting, aan de eis inzake vrije groei van het wortelgestel en stabiliteit van de boom, en aan de eis inzake drainage en stockage van water. Er is dus geen reden om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren wegens een afwijking van de technische bepaling.

Voorts heeft de verzoekende partij in het eerste middel aangetoond dat er sprake is van een onwettige besteksbepaling en dat minstens gelijkwaardige producten moeten worden aanvaard. De impact van deze post op de totaliteit van de opdracht is zo gering dat het dan ook onredelijk en niet proportioneel is om de offerte in haar geheel als onregelmatig te verwerpen omwille van dit gelijkwaardig voorstel voor de aanleg van boomgroeiplaatsen.

Beoordeling

14. In de bestreden beslissing wordt overwogen dat alleen cellen versterkt met glasvezel en gegalvaniseerde buizen grote openingen hebben die de natuurlijke ontwikkeling van de wortels mogelijk maken en de stabiliteit van de boom verzekeren, terwijl niet-versterkte cellen zijn samengesteld uit kleine en grote openingen die een volledige vrije ontwikkeling van de wortels noch totale stabiliteit garanderen.

De verzoekende partij van haar kant bestrijdt de optie in het bestek voor dergelijke cellen en de twee motieven voor die optie.

De vrij oeverloze argumentatie die de verzoekende partij aanvoert om de “feitelijke onjuistheid” aan te tonen van die motieven kan de Raad van State, en zulks zeker *prima facie,* niet brengen tot het aanvaarden van het

ernstig karakter van het middel. De argumentatie lijkt immers niet steeds eenduidig het aangehaalde gestelde doel te dienen maar vooral zou een onderzoek van die argumentatie de Raad van State ook dwingen tot een standpunt inzake het effect van bepaalde celstructuren voor boomaanplantingen en voor wegstabiliteit. De Raad van State is daartoe niet bij machte, zonder deskundig advies, waartoe de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid in principe geen mogelijkheid biedt.

De verzoekende partij heeft voorts uitvoerig de voormelde motieven betwist, lijkt ze ten volle te kennen zodat alvast het doel van de formelemotiveringsverplichting, vervat in de wet van 29 juli 1991 lijkt te zijn bereikt.

In de mate dat de verzoekende partij nog verwijst naar het eerste middel, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van dat middel, waaruit volgt dat zijn ernstig karakter niet is aangetoond.

15. De eerste groep grieven leiden dus niet tot een ernstig middel.

16. Wat de tweede groep grieven betreft, lijkt, gelet op het niet ernstig bevinden van het eerste middel en de voorgaande beoordeling betreffende het tweede middel, er een dragend en te dezen niet onrechtmatig bevonden motief voorhanden voor het onregelmatig verklaren van de offerte van de verzoekende partij. Er is dan ook geen reden om tweede middel voor het overige te onderzoeken.

Aldus is ook geen schending aangetoond van de in het middel geschonden geachte regelgeving betreffende de overheidsopdrachten, noch van de geschonden geachte beginselen.

VII. Besluit

17. De middelen zijn niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Krinkels tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 maart 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms, griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**