

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 228.099 van 22 juli 2014
in de zaak A. 213.023/XII-7702**

In zake: 1. de NV RENOTEC
2. de NV VIABUILD
die samen een tijdelijke handelsvennootschap vormen
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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 juli 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- de beslissing van ongekende datum van [...] het Brussels Hoofdstedelijk Gewest [...] waarbij de offerte van de THV Renotec-Viabuild voor de overheidsopdracht voor aanneming van werken betreffende de ‘Volledige renovatie van het brugdek van viaduct 33 en brug 30 gelegen op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’ (bijzonder bestek BMB/DGE-DBO/2011.0259) wordt verworpen wegens onregelmatigheid,
- de impliciete beslissing van [...] het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, om de voormelde opdracht niet aan THV Renotec-Viabuild te gunnen,

- de beslissing van ongekende datum van [...] het Brussels Hoofdstedelijk Gewest tot gunning van de voormelde opdracht aan THV Nuton[s]-Wanty”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 juli 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Rika Heijse en Aline Heyrman, die verschijnen voor de verzoekende partijen, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende 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 een opdracht van werken met als voorwerp de ‘volledige renovatie van het brugdek van viaduct 33 en brug 30 gelegen op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 14 juni 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 19 juni 2013.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. BMB/DGE-DBO/2011-0259.

In het bijzonder bestek wordt aangaande de brugdekvoegen vermeld:

“1. Algemeenheden

Voor de voegen tussen brugdek en landhoofden heeft de aannemer de keuze tussen een reeks gekende types die voldoen aan volgende voorwaarden:

- [...]
- geen hinder vormen voor het voorbijgaand verkeer. Daartoe is het nodig dat het oppervlak vlak blijft bij dienstbelastingen. Er zal bijzondere aandacht worden besteed aan de goede uitvoering van deze voorwaarde om vervelende geluidshinder te vermijden wanneer voertuigen de voegen dwars overrijden.
- [...]
- het gebruik van bouten is niet toegelaten;
- [...].”

Post 122 van de beschrijvende opmetingsstaat werd in het bestek oorspronkelijk omschreven als:

“Leveren en plaatsen van uitzettingsvoegen inclusief alle andere werkzaamheden, inbegrepen aansluiting met de bestaande voeg in het wegdek.

De nieuwe voeg moet goedgekeurd worden door het controleorganisme.
[...].”

Bij wijzigingsbericht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 10 juli 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 juli 2013, wordt de omschrijving van post 122 als volgt gewijzigd:

“Leveren en plaatsen van sinusoidale uitzettingsvoegen inclusief alle andere werkzaamheden, inbegrepen aansluiting met de bestaande voeg in het wegdek.

De nieuwe voeg moet goedgekeurd worden door het controleorganisme.
[...].”

3.3. De opening van de offertes vindt plaats op 13 augustus 2013. Er worden zes offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partijen en de thv Nutons-Wanty.

3.4. De verwerende partij vraagt aan alle inschrijvers een prijsverantwoording voor post 122.

3.5. De verzoekende partijen geven met een aangetekende brief van 6 september 2013 een prijsverantwoording.

In een aangetekende brief van 11 oktober 2013 laten de verzoekende partijen bijkomend weten dat zij het bestek zo interpreteren dat “bouten in de voegen” niet zijn toegelaten, omdat in de interpretatie dat de brugvoegen geen enkel bebout onderdeel mogen hebben er slechts één type voldoet waarvan “slechts één inschrijver de exclusiviteit heeft in België”.

3.6. In een gunningverslag van 6 december 2013 wordt inzake de prijsverantwoording voor post 122 gemotiveerd dat vier inschrijvingen, waaronder die van de verzoekende partijen, niet conform de voorschriften van het bestek zijn. De prijsverantwoording van twee andere inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, wordt wel aanvaard. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de thv Nutons-Wanty.

3.7. Op ongekende datum beslist de Brusselse minister van Openbare Werken om de offerte van de verzoekende partijen als onregelmatig te beschouwen en de opdracht te gunnen aan de thv Nutons-Wanty.

3.8. De verzoekende partijen dienen op 28 januari 2014 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen deze beslissingen van de minister van Openbare Werken.

Bij arrest nr. 226.604 van 5 maart 2014 wordt deze vordering verworpen.

3.9. Op 24 januari 2014 stellen evenwel twee andere inschrijvers, de nv Betonac en de nv Galère, een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de beslissing tot onregelmatigverklaring van hun offerte en de gunning van de opdracht aan de thv Nutons-Wanty, zaak gekend onder het rolnummer 211.444/VI-20.136.

Bij arrest nr. 226.618 van 6 maart 2014 wordt deze vordering ingewilligd en de tenuitvoerlegging van de beslissing van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarbij de offerte van de nv Betonac en de nv Galère onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de thv Nutons-Wanty, geschorst.

3.10. De verwerende partij trekt vervolgens de in haar tenuitvoerlegging geschorste beslissing in.

3.11. In een nieuw gunningverslag van 24 april 2014 wordt inzake de prijsverantwoording voor post 122 gemotiveerd dat vier inschrijvingen, waaronder die van de verzoekende partijen, onregelmatig zijn. De prijsverantwoording van twee andere inschrijvers, waaronder de gekozen inschrijver, wordt wel aanvaard. Het gunningsverslag stelt vast:

“4.1 Onregelmatigheid van de offerte van t.h.v. Renotec nv – Viabuild nv [...]

Overwegende dat het bestek de plaatsing van een sinusoïdale uitzettingsvoeg voorziet (post 122 van de opmetingsstaat) en dat het gebruik van bouten niet toegelaten is (A.A.1. Brugdekvoegen);

Overwegende dat de voeg die THV Renotec-Viabuild voorstelt in haar offerte een voeg is met kammen, bevestigd met bouten;

Overwegende dat na analyse van de ingediende bewijsstukken blijkt dat de door THV Renotec-Viabuild voorgestelde voegen niet conform zijn met de voorschriften van het bijzonder bestek;

Om die redenen dient de offerte ingediend door de tijdelijke handelsvennootschap THV Renotec-Viabuild te worden verworpen wegens onregelmatigheid.

[...]

4.5 Regelmatigheid van de offerte van sm Nutons-Wanty

Gelet op artikel 65/4 en 65/5 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, gelet op de problemen die zich met de andere inschrijvers gesteld hebben betreffende de prijs van post 122 van de opmetingsstaat, er zeker van wilde zijn dat er geen abnormaal lage prijzen vastgesteld konden worden voor deze post;

Overwegende dat conform artikel 110 §3 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, de aanbestedende overheid de firma sm Nutons-Wanty op 29.10.13 uitnodigde om haar de nodige verantwoordingsstukken te bezorgen;

Overwegende dat de firma sm Nutons-Wanty de aanbestedende overheid op 31.10.2013 haar prijsverantwoordingen bezorgde;

Overwegende dat uit die verantwoordingen blijkt dat de door sm Nutons-Wanty voorgestelde uitzettingsvoegen conform het bestek zijn omdat ze volledig sinusoïdaal zijn;

Overwegende dat sm Nutons-Wanty in het bezit is van een vaststaande en uitvoerige offerte van een onderaannemer, niet enkel voor de plaatsing en levering van de voeg maar ook voor het toezicht tijdens de werken, voor een bedrag dat conform de prijs van de opdracht is;

Overwegende dat na analyse van de rechtvaardigingen blijkt dat de door de firma sm Nutons-Wanty ingediende prijzen voor de post 122 correct en aanvaardbaar zijn;

Bijgevolg is de offerte ingediend door s.m. Nutons-Wanty regelmatig en conform de bepalingen van het bestek.”

In het gunningsverslag wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de thv Nutons-Wanty.

3.12. Op ongekende datum beslist de Brusselse minister van Openbare Werken opnieuw om de opdracht te gunnen aan de thv Nutons-Wanty, dit is de derde bestreden beslissing.

3.13. Bij een ter post aangetekende brief van 20 juni 2014 worden de beslissing tot intrekking en een uittreksel van de gunningsbeslissing ter kennis gebracht van de verzoekende partijen.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering in zoverre deze gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partijen te gunnen.

4.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissingen *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. Te dezen is evenwel nog 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, tweede lid, zijn de verzoekende partijen verplicht tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen 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. De verzoekende partijen voeren de schending aan van “artikel 110 § 2, 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 verzoekende partijen betogen in het verzoekschrift dat voormelde bepaling werd geschonden:

“Doordat de besteden beslissing de offerte van de verzoekende partij onregelmatig verklaart omwille van het gebruik van een beboute sinusoïdale geluidsdempende plaat,

Terwijl, indien moet worden aangenomen dat het bestek zo moet worden gelezen dat het niet toegelaten is om de geluidreducerende sinusoïdale platen die, via voorgespannen bouten, bevestigd zijn aan de onderliggende voegconstructie, te gebruiken, dan nog moet worden vastgesteld dat deze afwijking van het bestek hoogstens een relatieve onregelmatigheid met zich meebrengt.

Er is geen reden om de bestekseis inzake het verbod op bebouting van de geluidsdempende plaat als een essentiële bestekseis te beschouwen. De redenen die de verwerende partij aanhaalt om de noodzaak tot verbod van bouten in de geluidsdempende plaat te verantwoorden zijn immers niet draagkrachtig en hebben geen impact op de stabiliteit van de voeg zelf. Het kan dan ook slechts om een niet-essentiële bestekseis gaan.

Zodat, in de mate dat de voorgestelde Mageba-voeg zelf niet met bouten in het wegdek wordt verankerd en enkel de geluidsdempende plaat met gecontroleerde voorgespannen bouten op de voeg wordt bevestigd, er afdoende bewijs is geleverd dat die bevestigingswijze geen risico op breuk of onderhoud in zich houdt,

Zodat dan ook deze afwijking in redelijkheid niet tot de algehele onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen [kan] leiden.”

De nadere toelichting bij het middel komt aan bod bij de beoordeling.

Beoordeling

7.1. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ luidt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen.”

Artikel 89 van hetzelfde koninklijk besluit luidt onder meer:

“Doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen, zowel in de offerte als in de bijlagen, die de essentiële voorwaarden van de opdracht zoals prijzen, termijnen, technische specificaties kunnen beïnvloeden, moeten eveneens door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend worden.”

7.2. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de technische eisen van het bestek vast te stellen en te interpreteren. Het is

immers zij die haar behoeften bepaalt. De verwerende partij stelt in haar nota: “Het verbod o[p] het gebruik van bouten is één algemeen verbod: het is een specifieke technische eis, die uitdrukking geeft aan de [...] beleidskeuze van de verwerende partij”. Zij beschouwt dit verbod als “fundamenteel”.

7.3. De verzoekende partijen betwisten de motivering inzake het boutenverbod, zoals omschreven in de nota die door de verwerende partij werd ingediend in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest nr. 226.604 van 5 maart 2014 van de Raad van State. Op het eerste gezicht kan niet worden ingezien waarom de grief dat het verweer in de nota niet afdoende motiveert waarom het gaat om een essentiële besteksbepaling, tot de onwettigheid van de bestreden beslissingen zou leiden. Hiermee wordt immers geen afbreuk gedaan aan het feit dat technische specificaties in beginsel gelden als essentiële besteksbepalingen overeenkomstig voormelde artikelen 110, § 2, en 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

De afwijking van een technisch voorschrift “het gebruik van bouten is niet toegelaten” die bovendien de objectieve vergelijking van de offertes lijkt aan te tasten –de verzoekende partijen erkennen in het verzoekschrift dat een voeg met bouten goedkoper is en dit lijkt ook af te leiden uit de meetstaten van de inschrijvers– mocht, in het licht van de artikelen 89 en 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, door de verwerende partij als een substantiële onregelmatigheid worden aangemerkt, hetgeen op zich lijkt te volstaan om de offerte van de verzoekende partijen te verwerpen.

De grieven die uitgaan van een relatieve onregelmatigheid berusten aldus op een *prima facie* onjuiste veronderstelling en dienen in de huidige stand van de zaak dan ook niet te worden onderzocht.

7.4. Ter terechtzitting betogen de verzoekende partijen, en dit voor het eerst, dat het initiële bestek geen geluidsdempende plaat voorschreef en dat het boutenverbod dan ook enkel de voeg kan betreffen; pas bij een wijzigend bericht

werd deze plaat voorgeschreven zodat het boutenverbod er niet van toepassing op is.

Deze nieuwe zienswijze, voor zover procedureel al toelaatbaar, lijkt op het eerste gezicht echter eerder betrekking te hebben op de vraag of het boutenverbod al dan niet toepasselijk is op de geluidsdempende plaat en niet op de vraag die in voorliggend middel aan de orde is, namelijk of het niet naleven van het boutenverbod inzake de plaat leidt tot een absolute dan wel relatieve onregelmatigheid.

7.5. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partijen voeren de schending aan van “artikel 34 van het EU-verdrag, artikel 83bis §§ 2, 3, 4 en 5, en van artikel 85 van het koninklijk [b]esluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals geïnterpreteerd door 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, het zorgvuldigheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

De verzoekende partijen betogen in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat de bestreden beslissing gesteund is op de interpretatie van het bestek dat in een voeg geen bouten mogen worden aangewend, zodat dit ertoe leidt dat slechts één welbepaald product kan voldoen aan de eis van

een voeg zonder bouten met sinusoïdale geluidsdempende platen en alle andere producenten worden uitgesloten en alle andere inschrijvers die geen offerte kregen voor deze voeg worden uitgesloten van de opdracht.

Terwijl het verboden is om een technische specificatie zo te omschrijven dat zij producten vermeldt van een bepaalde makelij [...], herkomst of bijzonder[e] werkwijze waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of uitgeschakeld, tenzij deze technische specificatie noodzakelijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht,

Terwijl noch in het bestek, noch in enig voorbereidend document wordt verantwoord waarom deze technische specificatie noodzakelijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht,

Terwijl in deze de verwerende partij zelfs niet kan aantonen dat het verbod tot gebruik van een bout voor de hechting van een sinusoïdale plaat op de voeg noodzakelijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht, dat zulks enkel kan worden aangetoond voor de verankering van de voeg zelf met bouten, (vereiste waaraan de verzoekende partijen voldoen)

Terwijl het verbod tot gebruik van bouten voor de hechting van sinusoïdale voegen ertoe leidt dat de verwerende partij een ongeoorloofde maatregel van gelijke werking heeft ingevoerd,

Terwijl het bestuur heeft nagelaten om de woorden ‘of gelijkwaardig’ toe te voegen aan de technische specificatie en in het bijzonder heeft nagelaten om na te gaan of de door de verzoekende partijen aangeboden oplossing gelijkwaardig is,

Zodat de hierboven aangehaalde bepalingen zijn geschonden en het bestuur niet zorgvuldig met respect voor redelijkheids-, zuinigheids- en motiveringsplicht heeft gehandeld, zodat de bestreden besteksbepaling inzake het verbod op gebruik van bouten inzake de hechting van de sinusoïdale geluidsdempende plaat onwettig is en de bestreden beslissingen onwettig zijn.”

De nadere toelichting bij het middel komt aan bod bij de beoordeling.

Beoordeling

9.1. In het arrest nr. 226.604 van 5 maart 2014 heeft de Raad van State inzake het middel waarin de schending van “artikel 83bis 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” werd aangevoerd, reeds als volgt geoordeeld:

“8.2. De verzoekende partijen lijken op het eerste gezicht niet aan te tonen dat zij door het in algemene bewoordingen omschreven besteksvereiste, dat geen bouten worden gebruikt voor de brugdekvoegen, werden uitgeschakeld dan wel dat andere inschrijvers erdoor werden bevoordeeld. De verzoekende partijen hebben immers nagelaten in te schrijven met voegen die niet bebout zijn, hoewel zij in het verzoekschrift niet beweren dat zij dit niet konden of daartoe niet bij machte waren. Deze vaststelling op zich lijkt voldoende om te besluiten dat de verzoekende partijen zich niet op een eventuele schending van artikel 85 kunnen beroepen.

De verzoekende partijen verduidelijken 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 partijen niet lijken aan te tonen dat het algemeen besteksvereiste, dat het gebruik van bouten voor de voegen niet is toegelaten, op zich inschrijvers heeft bevoordeeld.

8.3. Bij hun offerte hebben de verzoekende partijen ook geen documenten voorgelegd inzake een door hen beweerde gelijkwaardigheid, en in het verzoekschrift ontkennen de verzoekende partijen niet te hebben ingeschreven met brugdekvoegen die, alvast wat afdekplaten betreft, bebout zijn, terwijl het bestek ter zake bepaalt dat bouten niet mogen worden gebruikt, en zij zoals hiervoor bij de bespreking van het eerste middel is vastgesteld, niet hebben aangetoond dat het verbod van bouten niet de afdekplaten mocht betreffen.

Hierdoor lijken de verzoekende partijen 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 lijken te vallen: immers wordt in die bepaling gewezen op het vereiste dat de inschrijver in zijn offerte aantoonde te voldoen aan de specificaties van het bestek, te dezen het aanbieden van niet-beboute brugdekvoegen.

[...]

8.5. Het middel is niet ernstig.”

9.2. In het verzoekschrift benadrukken de verzoekende partijen dat zij “blijven bij hun standpunt” uit de eerdere procedure dat er een schending is van het verbod op technische specificaties die producten vermelden van een bepaalde makelij, herkomst of bijzondere werkwijzen en de verwerende partij dus heeft gehandeld in strijd met artikelen 83*bis* en 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

In zoverre in het middel de schending van de artikelen 83*bis* en 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 wordt ingeroepen, alsook van het beginsel van de eerlijke mededinging, blijft de Raad van State bij zijn standpunt en volstaat het dan ook te verwijzen naar de overwegingen van voormeld arrest om te oordelen dat het middel niet ernstig is.

9.3. De verzoekende partijen betogen in het verzoekschrift bijkomstig dat er geen verantwoording is voor het onontbeerlijk karakter van het verbod op het gebruik van bouten bij de hechting van de geluidsdempende plaat.

Volgens de verzoekende partijen diende toepassing te worden gemaakt van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 omdat zij nooit een antwoord hebben gekregen op hun prijsvraag aan de nv Emotec die de enige verdeler is van de betrokken voeg in België en het voor hen dus onmogelijk was om in te schrijven met de voeg zonder bouten.

Er moet echter worden vastgesteld dat vier van de zes inschrijvers de betrokken voeg lijken te hebben aangeboden. Overigens volstaat het louter voorleggen van een document ‘prijsaanvraag’ van één van de verzoekende partijen, namelijk de nv Viabuild, gericht aan de nv Emotec op het eerste gezicht niet om op zich het bewijs te leveren dat het voor de verzoekende partijen onmogelijk was om een besteksconforme offerte in te dienen; overigens lijkt deze ‘prijsaanvraag’ niet alleen post 122 te betreffen, maar meer dan 40 posten op een totaal van 156 zodat het eerder om een vraag tot onderaanneming van werken gaat dan een vraag tot levering van een welbepaald product.

Nu dan ook geen schending van artikel 85 lijkt te zijn aangetoond, lijkt de grief dat in het bestek een verantwoording voor de toepassing ervan voorhanden moest zijn, niet te kunnen worden aangenomen.

9.4. Voorts roepen de verzoekende partijen de schending van artikel 34 van het EU-Verdrag in dat stelt dat kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen de lidstaten verboden zijn, omdat “[h]et specifiek vereisen van een sinusoïdale geluidsdempende plaat die niet met bouten aan de voeg wordt bevestigd [...] tot een beperking [leidt] van het goederenverkeer voor alle andere voegen waarop een sinusoïdale geluidsdempende plaat met bouten wordt bevestigd”.

Het loutere feit dat in een bestek dergelijke technische specificatie voorkomt, kan op het eerste gezicht niet worden beschouwd als een maatregel die ingevoerde producten discrimineert of minstens de toegang van dat product tot de markt van de betrokken lidstaat belemmert. De verzoekende partijen betwisten niet dat hun offerte in het gebruik van bouten voorziet, waardoor zij niet voldoen aan wat is vereist door het bestek, net zoals enig andere intracommunautaire invoerder van voegen met bouten, waardoor een schending van artikel 34 van het EU-Verdrag op het eerste gezicht niet voorhanden lijkt.

9.5. De grieven die uitgaan van de stelling dat de wering van de offerte van de verzoekende partijen niet in redelijke verhouding staat tot het gebruik van bouten, zijn niet dienstig, omdat, zoals vastgesteld in de beoordeling van het eerste middel, de aanbestedende overheid niet beschikt over een discretionaire bevoegdheid indien een offerte een afwijking bevat van een essentiële bestekbepaling. Alsdan moet het bestuur die offerte buiten beschouwing laten.

Wat betreft de overige grieven mag in de huidige stand van het geding worden verwezen naar het arrest nr. 226.604, waarin de Raad van State heeft geoordeeld:

“Ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat het toekomt aan de verwerende partij om haar bestekseisen te bepalen. Dat het Vlaamse Gewest, een andere aanbestedende overheid dan de in het geding zijnde, het vereiste ‘Het gebruik van bouten in de voeg is niet toegestaan, evenmin voor de eventuele verankering van de geluidsreducerende elementen op de

voegprofielen' in het door de verzoekende partijen voorgelegde bestek anders interpreteert dan dat de aanbestedende overheid in deze zaak het vereiste 'het gebruik van bouten is niet toegelaten' interpreteert, lijkt op het eerste gezicht geen verplichtingen te creëren in hoofde van de verwerende partij om voor het bestek in onderhavige zaak een zelfde interpretatie te huldigen als die gegeven door het Vlaamse Gewest.

De omstandigheid dat de certificatie-instantie van het Waalse Gewest de door de verzoekende partijen aangeboden voeg heeft gecertificeerd, lijkt niet te kunnen gelijkgesteld met een bevestiging dat die voeg beantwoordt aan het vereiste inzake de brugdekvoegen zoals opgenomen in het bestek van de in het geding zijnde opdracht. Ook de bevestiging door de producent van de door de verzoekende partijen aangeboden voeg 'dat de (bout in de) geluidsdempende plaat geen onderdeel uitmaakt van de verankering van de uitzettingsvoeg' lijkt het standpunt van de verzoekende partijen dat hun voeg in overeenstemming is met besteksvereiste 'het gebruik van bouten is niet toegelaten', wat betreft brugdekvoegen, geenszins te ondersteunen.

Dat ten slotte de door de verzoekende partijen aangeboden voeg in meerdere landen is gecertificeerd, lijkt opnieuw niet in te houden dat hiermee is aangetoond dat die voeg te dezen conform het besteksvereiste is."

De verzoekende partijen kunnen bovendien niet worden bijgetreden in hun stelling dat de gelijkwaardigheid niet in de offerte zelf hoeft te worden aangetoond. Hierbij herneemt de Raad van State wat hij reeds oordeelde in voormeld arrest:

"Hierdoor lijken de verzoekende partijen 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 lijken 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 niet-beboute brugdekvoegen."

Hieraan kan nog worden toegevoegd dat de verzoekende partijen in hun prijsverantwoording van 6 september 2013 zelf uitdrukkelijk hebben aangegeven dat zij "in België de exclusieve verdeler en plaatser van Mageba" zijn en dat de aangeboden voeg "voldoet aan de bepalingen van het lastenboek en het terechtwijzend bericht betreffende dit artikel", waarbij een technische fiche van die voeg werd gevoegd, terwijl het hier ging om een voeg met bouten die niet in

overeenstemming lijkt met het verbod in het bestek. De bewijslast ter zake lijkt nochtans bij de inschrijver te hebben gelegen op het ogenblik van de inschrijving.

De verwerende partij lijkt dan ook terecht de offerte van de verzoekende partijen te hebben geweerd als onregelmatig.

9.6. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

10. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VIII. Kosten

11.1. Er is grond om het door de verwerende partij gevorderde en niet door de verzoekende partijen betwiste basisbedrag van 700 euro rechtsplegingsvergoeding aan de verwerende partij toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

11.2. Het door de verzoekende partijen teveel betaalde rolrecht ten belope van 200 euro dient te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partijen worden ieder voor de helft verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Het teveel betaalde rolrecht van 200 euro wordt terugbetaald aan de verzoekende partijen, ieder voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van tweeëntwintig juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Astrid Truyens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Astrid Truyens

Pierre Barra