

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 233.162 van 8 december 2015

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:

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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 augustus 2014, strekt tot de
nietigverklaring 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 memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 oktober 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

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

Auditeur Frederic Eggermont heeft een andersluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3. In het arrest nr. 228.099 van 22 juli 2014, waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen is verworpen, worden de feiten als volgt weergegeven:

“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, ingegrepen 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 sinusoïdale 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 gunningsverslag 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 ongekennde 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 het beroep

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. De beoordeling van de exceptie hangt samen met de beoordeling van de gegrondheid van de middelen.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partijen voeren de schending aan van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel ‘patere legem quam ipse fecisti’ als onderdeel van het wettigheidsbeginsel, en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen”.

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

“Doordat de best[r]eden beslissingen de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaart omwille van het gebruik van kammen en bouten bij de plaatsing van de sinusoïdale geluidsdempende plaat op de uitzettingsvoeg,

Terwijl, de offerte van verzoekende partij niet uit een geluidsdempende plaat met kammen, maar uit een geluidsdempende plaat met sinusoïdale vorm bestaat.

Terwijl, uit de correcte lezing van de initiële technische voorschriften van het bestek inzake de uitvoeringswijze van de rechte voeg en van de wijziging van het besteksvoorschrift door aanvullend te bepalen dat een sinusoïdale voeg vereist is, blijkt dat het verbod op het gebruik van bouten beperkt is tot bouten in de voeg.

Zodat, de redenen tot wering van de offerte van verzoekende partijen als onregelmatig materieel niet draagkrachtig zijn.”

In de toelichting bij het middel betogen de verzoekende partijen dat de verwerende partij een materiële misslag heeft begaan. De opmerking dat de voeg van de verzoekende partijen een voeg betreft “met kammen bevestigd met bouten”, is technisch niet juist. De technische fiches tonen duidelijk aan dat de voeg waarmee de verzoekende partijen hebben ingeschreven, namelijk de voeg Mageba RS-LS, van een sinusvormige plaat gebruik maakt. De sinusvorm is opgebouwd uit een korte bocht.

In ondergeschikte orde betogen de verzoekende partijen dat, zelfs als de geluidsdempende plaat als een plaat met kammen moet worden beschouwd, dan nog niet blijkt waarom met de concrete vorm van de voorgestelde Mageba-voeg het beoogde effect van geluidsdemping niet zou worden gerealiseerd. Kammen hebben een vergelijkbaar geluidsreducerend effect.

Daarnaast dient te worden vastgesteld, zo vervolgen de verzoekende partijen, dat de verwerende partij op niet-besteksconforme wijze twee individuele en onderscheiden bestekseisen combineert: (1) het verbod op het gebruik van bouten voor de verankering van de voeg zelf – stabiliteit van de voeg – en (2) het vereiste om, in het kader van de geluidsdemping, bovenop de uitzettingsvoeg een sinusoidale dempingsplaat te plaatsen. De aanbestedende overheid breidt op deze wijze het verbod tot het gebruik van bouten in de voeg – voor de verankering ervan – uit tot een verbod van het gebruik van bouten in de geluidsdempende plaat. Aldus creëert de verwerende partij, voor het eerst in de bestreden beslissingen, een nieuw besteksvereiste, namelijk het verbod om bouten te gebruiken voor de bevestiging van de geluidsdempende plaat, die op zich geen voeg is maar een supplementair stuk dat bovenop de voeg wordt geplaatst en een louter geluidsdempende functie heeft. Het bijzonder bestek omvat met betrekking tot de kenmerken van de uitzettingsvoegen globale eisen die betrekking hebben op de kenmerken van de voegconstructie als geheel. De eis inzake geluidsdemping betreft de plaatsing van een bijkomend onderdeel bovenop de uitzettingsvoeg zelf, namelijk de plaatsing van een sinusoidale dempingsplaat – elke andere vorm van de dempingsplaat is uitgesloten. Het gebruik van een bout is, wat betreft de bijkomende dempingsplaat, niet uitgesloten, zo niet zou dit uitdrukkelijk zijn vermeld in de omschrijving van de eisen betreffende de geluidsdemping. Het terechtwijzend bericht van 10 juli 2013 heeft de kenmerken van de dempingsplaat nader bepaald, doordat de post 122 betrekking heeft op een “sinusoidale voeg”. Er moet worden benadrukt dat elke voeg een rechte is en dus op zich geen sinusoidale vorm heeft. Het is de supplementair te plaatsen dempingsplaat die een sinusoidale vorm moet hebben. Omtrent de wijze van bevestiging van deze dempingsplaat is in geen verbod op gebruik van een bout voorzien.

6. De verzoekende partijen verwijzen in de memorie van wederantwoord nog naar het arrest nr. 226.604 van 5 maart 2014 waarin de Raad van State oordeelde dat het hem niet toekwam om zonder deskundig advies de argumentatie van de verzoekende partijen te beoordelen. Indien de Raad dit oordeel nog steeds zou huldigen, dan verzoeken zij dat een gerechtsdeskundige wordt aangesteld.

Voorts betwisten zij dat zij de betekenis van het bestek zouden beperken door het verbod op het gebruik van gewone bouten te beperken tot gewone bouten in de voeg. Dit is steeds de initiële betekenis van het bestek geweest en bij de latere wijziging die het gebruik van een sinusoïdale voeg oplegt, werd niet uitdrukkelijk bepaald dat het gebruik van een bout met gecontroleerde voorspankracht was uitgesloten. Zo niet zou het bestek een ongeoorloofde en mededingingsbeperkende technische bepaling bevatten. De verzoekende partijen hebben niet doelbewust de bepalingen van het bestek miskend. Zij hebben een juiste lezing gegeven aan het terechtwijzend bericht en vastgesteld dat het voorschrift inzake het verbod op het gebruik van gewone bouten in de voeg, niet ter zake deed voor wat de hechting van de geluidsdempende platen op de voeg betreft, nu het bestek verwees naar een reeks van gekende types van uitzettingsvoegen waaruit de aannemer vrij kon kiezen, mits er geen gewone bout in de voeg zit. Een andere lezing zou immers strijdig zijn met de voorschriften inzake het gebruik van technische voorschriften.

7. In de laatste memorie bepleiten de verzoekende partijen nog de aanstelling van een deskundige, aangezien een “juiste technische lezing van het bestek de basis is om een juridische analyse te kunnen maken”. Zij wijzen er op dat rekening moet worden gehouden met het feit dat een “sinusoïdale voeg” maar kan worden gerealiseerd door de oplegging van een sinusoïdaalvormige geluidsdempende plaat op een voeg, die hetzij op de voeg wordt gebout, hetzij op de voeg wordt gelast.

Beoordeling

8. Artikel “A.A.1. Brugvoegen” van het technisch bestek beschrijft op bladzijde 79 dat de aannemer een keuze kan maken tussen een reeks gekende types van voegen die voldoen aan de volgende voorwaarden:

- Beschikken over dilatiecapaciteit
- Geen hinder vormen voor voorbijgaand verkeer
- Zijprofielen, klauwen en verankeringen in staal
- Gebruik van bouten is niet toegelaten
- Epoxybalkvoegen zijn niet toegelaten.

In de gunningsbeslissing wordt nopens de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partijen verwezen naar het voormelde besteksartikel en inzonderheid naar het verbod op “het gebruik van bouten” voor de brugvoegen. Ook wordt er verwezen naar de beschrijving van post 122 dat “de plaatsing van een sinusoidale uitzettingsvoeg” voorziet. Volgens de bestreden beslissing wordt echter in de offerte van de verzoekende partijen een voeg aangeboden met “kammen, bevestigd met bouten”, wat daarmee strijdig zou zijn.

De verzoekende partijen betwisten in dit middel dat zij een voeg “bevestigd met bouten” zouden hebben aangeboden. Enkel de supplementair te plaatsen geluidsdempende plaat met sinusoidale vorm, wordt volgens hen bevestigd met bouten, doch daarop is volgens hen in geen verbod op het gebruik van een bout voorzien.

Uit de productomschrijving van de door hen voorgestelde voeg Mageba RS-LS blijkt duidelijk dat de bedoelde sinusplaat een onderdeel uitmaakt van die voeg – “expansion join with bolted-on, noise-reducing ‘sinus plate’ surfacing”. Aangezien dit type voeg voor de hechting van de sinusplaat wel bouten gebruikt, wat de verzoekende partijen niet ontkennen, beantwoordt deze voeg bijgevolg wel degelijk niet aan voormeld artikel van het bestek. Uit het bestek volgt dat slechts een type voeg tussen brugdek en landhoofden mag worden aangeboden dat voldoet aan onder meer de voorwaarde dat geen bouten worden gebruikt; het betreft een algemeen verbod dat op alle onderdelen van de voeg slaat. De interpretatie van de verzoekende partijen dat het voorschrift inzake

het verbod op het gebruik van gewone bouten in de voeg, niet ter zake doet voor wat de hechting van de geluidsdempende plaat van haar voeg betreft, kan dan ook niet worden bijgevalen. Die plaat betreft geen supplementair door de verwerende partij gevraagd stuk, maar een onderdeel van de voeg die de verzoekende partijen aanbieden voor de post 122 van “sinusoïdale uitzettingvoegen”.

De verwerende partij heeft met het wijzigingsbericht in plaats van de aanvankelijk gevraagde “levering en plaatsing van uitzettingsvoegen” voor post 122, de “levering en plaatsing van sinusoïdale uitzettingsvoegen” gevraagd. De verzoekende partijen tonen niet aan dat deze kwestieuze voegen enkel kunnen worden gerealiseerd door “de oplegging [met bouten vastgehecht] van een sinusoïdaalvormige geluidsdempende plaat op een voeg”; de door volgens de verwerende partij vier andere inschrijvers aangeboden voegen tonen het tegendeel aan. Enig nader deskundig advies over de wijze van realisatie van een “sinusoïdale voeg” is niet dienend, nu alleszins duidelijk is dat het bestek het gebruik van bouten in de brugvoegen niet toestaat, wat ook de wijze van realisatie van de sinusoïdale vorm van de voeg is. Evenmin is een onafhankelijke technisch advies nodig over de juiste lezing van dat specifieke technisch voorschrift dat een duidelijk en algemeen verbod bevat op bouten in de voegen, ook in de onderdelen ervan. De geluidsdempende plaat met sinusvorm maakt een onderdeel uit van de voeg die de verzoekende partijen voorstellen en beantwoordt aldus niet aan het bestek.

De vraag of aan het kwestieuze bestekvoorschrift slechts een type voeg beantwoordt waarbij de verbindingen of onderdelen worden gelast en slechts één type aan die voorwaarden voldoet, namelijk de voeg van Maurer-XW1, die andere inschrijvers aanbieden, komt in het derde middel aan bod.

Het eerste middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. 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 best[r]eden beslissing de offerte van 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 met voorgespannen bouten 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 of de duurzaamheid van de voegverbinding. Het kan dan ook slechts om een niet-essentiële bestekseis gaan nu de verwerende partij zelf heeft bevestigd aan de hand van de technische fiche van Mauer dat bouten met gecontroleerde voerspankracht, zoals deze in de Mageba RS-LS voeg geen problemen stellen inzake breuk/duurzaamheid, onderhoud, herstel en vervanging (zie nota verwerende partij, stuk 36, p 27).

Zodat, in de mate dat de voorgestelde Mageba-voeg zelf niet met bouten in het brugdek 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 substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partijen leiden.”

In de toelichting betogen de verzoekende partijen dat de eis om geen bouten te gebruiken bij de verankering van de voeg zelf, een technisch verdedigbare eis is omwille van de impact ervan op de stabiliteit van de voeg. Naderhand heeft de verwerende partij bijkomende maatregelen tot geluidsdemping toegevoegd door de plaatsing van een sinusoïdale plaat op de voeg op te leggen. Daarbij wordt geen uitdrukkelijk verbod tot gebruik van bouten voor het vasthechten van de geluidsdempende plaats bedongen. Zelfs indien het bestek zou moeten worden gelezen dat geen bout voor de hechting van de geluidsdempende plaat mag worden gebruikt, kan dit geen essentieel voorschrift zijn voor wat voorgespannen bouten betreft. De eis kan hoogstens als essentieel worden beschouwd ten aanzien van gewone bouten. Ten onrechte laat de verwerende partij uitschijnen dat de Mageba RS-LS-voeg gewone bouten benut voor de hechting van de geluidsdempende platen op de voeg, wat niet het geval is.

De verwerende partij hecht een disproportioneel belang aan de bevestiging met bouten van geluidsdempende platen op een voeg. Zij erkent nochtans zelf dat voorgespannen bouten geen problemen stellen inzake breuk, onderhoud, herstel of vervanging. Dat het gebruik van een voorgespannen bout bij de bevestiging van de geluidsdempende platen hoogstens een relatieve onregelmatigheid met zich kan brengen, blijkt uit de wijze waarop de Vlaamse overheid in het project Lüdenschheidsingel te Leuven de Mageba-voeg wel heeft aanvaard, hoewel het bestek het gebruik van bouten – ten behoeve van de verankering van de voeg – verbood.

10. De verzoekende partijen repliceren in de memorie van wederantwoord dat een gerechtsdeskundige moet worden aangesteld, indien de Raad van State bij zijn mening blijft dat het middel technisch is. Zij benadrukken dat een aanbestedende overheid er belang bij heeft dat de mededinging zo ruim mogelijk wordt gehouden en rekening dient te houden met het belang van de eigen thesaurie door niet de duurste oplossing te kiezen, maar de laagste regelmatige oplossing die eventueel met een relatieve onregelmatigheid kan zijn behept, voor zover de gelijkheid onder de inschrijvers niet in het gedrang wordt gebracht.

Ten slotte wijzen de verzoekende partijen op de pertinentie van de referentie inzake de Lüdenscheidsingel.

11. In de laatste memorie handhaven de verzoekende partijen eveneens met betrekking tot het tweede middel hun verzoek om de aanstelling van een deskundige, “omdat de juiste technische lezing van het bestek de basis is om een juridische analyse te kunnen maken”. Een onafhankelijke technisch advies is nodig over de juiste lezing van het specifieke technisch voorschrift.

Beoordeling

12. Artikel 110, § 2, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 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, waarnaar wordt verwezen, luidt:

“[...].

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. [...]”.

13.1. De vraag of een bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat een afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg moet hebben dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto*, elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier, te worden beantwoord. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe om de technische eisen van het bestek te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. De verwerende partij licht in de memorie van antwoord toe dat “het verbod o[p] het gebruik van bouten [...] één algemeen verbod [is]; het is

een specifieke technische eis, die uitdrukking geeft aan de [...] beleidskeuze van verwerende partij”. Zij beschouwt dit verbod als “fundamenteel”.

13.2. Technische specificaties gelden in beginsel als essentiële besteksbepalingen overeenkomstig voormelde artikelen 110, § 2, en 89 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996. Uit de geciteerde besteksbepaling mag worden afgeleid dat het bestek op dwingende wijze voorschrijft dat bij de “keuze [van brugdekvoegen] tussen een reeks gekende types” een aantal randvoorwaarden gelden, dit zijn minimumnormen, waaronder het verbod tot “het gebruik van bouten”.

De verzoekende partij toont niet afdoende aan dat de afwijking van die voorwaarde – een voeg tussen brugdek en landhoofden die toch bouten bevat – die bovendien de mogelijkheid tot objectieve vergelijking van de offertes zou aantasten – de verzoekende partijen erkennen dat een voeg met gebruik van zogenaamd voorgespannen bouten voor de hechting van de sinusvormige plaat goedkoper is – niet vermocht, 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 volstaat om de offerte van de verzoekende partijen te verwerpen, op grond van het bestek waarvan echter de onrechtmatigheid in het derde middel wordt aangevoerd.

De grieven die uitgaan van een relatieve onregelmatigheid zijn bijgevolg niet dienstig.

De omstandigheid dat het Vlaamse Gewest, een andere aanbestedende overheid dan de in het geding zijnde, het vereiste “[h]et 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, [creëert] geen verplichtingen 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.

13.3. Er is geen reden voor de aanstelling van een deskundige.

14. Het middel is ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

15. 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 beslissingen gesteund zijn op de interpretatie van het bestek dat er in en op een voeg geen bouten (al dan niet voorgespannen) mogen worden aangewend, zodat dit ertoe leidt dat slechts één welbepaald product kan voldoen aan de eis van een voeg zonder bouten met sinusoidale 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, indien moet worden aangenomen dat het bestek inderdaad zo moet worden gelezen, het verboden is om een technische specificatie zo te omschrijven dat zij producten vermeldt van een bepaalde makelij, herkomst of bijzonder 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 die voorgespannen bouten in de geluidsdempende plaat verbiedt, 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 voorgespannen bout voor de hechting van een sinusoidale plaat op de voeg noodzakelijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht, dat ze daarentegen in haar nota in het kader van de tweede UDN-procedure op pagina 27, met citaat uit de technische fiche van Maurer bevestigt dat voorgespannen bouten geen problemen geven op vlak van breuk, onderhoud, herstel en vervanging en dus voldoende duurzaam zijn voor de hechting van geluidsdempende platen op een voeg,

Terwijl het verbod tot gebruik van voorgespannen bouten voor de hechting van sinusoidale geluidsdempende platen ertoe leidt dat 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 verzoekende partijen aangeboden oplossing gelijkwaardig is, conform artikel 12, § 5 AAV van het bijzonder bestek (stuk 5, p 31)

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 sinusoidale geluidsdempende plaat onwettig is en de bestreden beslissingen onwettig zijn.”

In de toelichting bij het middel betogen de verzoekende partijen dat de besteksvereisten van het bestek niet zo kunnen worden gelezen dat geen enkel voorgespannen bebout onderdeel in de gehele voegconstructie mag voorkomen. Indien echter, zoals in de bestreden beslissingen het geval is, het bestek zo moet worden gelezen dat ook voor de bevestiging van de geluidsdemping bovenop de voeg zelf geen voorgespannen bouten mogen worden benut, kan dit enkel tot de conclusie leiden dat het bestek op maat van één welbepaald product van één welbepaald merk is geschreven: de Maurer XW1-voeg die exclusief door de nv Emotec in België wordt verdeeld.

Volgens artikel 85 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is 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.

Indien de interpretatie zou moeten worden gevolgd dat het bestek vereist dat geen enkel aspect van de voegconstructie van een voorgespannen bout mag zijn voorzien, dan leidt deze interpretatie ertoe dat de technische specificaties voor de uitzettingsvoeg nagenoeg tekstueel overeenstemmen met de technische specificaties van de Maurer XW1-voeg. Er wordt aangestuurd op een product dat door een intellectueel recht is beschermd en door een alleenvertegenwoordiger in België aan de man wordt gebracht. Het is meer in het bijzonder de combinatie van het verbod om ook maar één (voorgespannen) bout te gebruiken voor de bevestiging van de geluidsdempende plaat en van de vereiste sinusoidale vorm van de dempingsplaat die ertoe leidt dat op het ogenblik van aanbesteding en zelfs tot op heden slechts één fabricaat aan deze vereisten kan voldoen: de gelaste geluidsdemping bovenop de Maurer-voeg. Deze technische en verkoopsmatige feitelijkheid wordt uitdrukkelijk schriftelijk bevestigd door de leidend ambtenaar van de certificatie-instantie van het Waalse Gewest. Het is aan de verwerende partij om te bewijzen dat met de lezing die zij in de bestreden beslissingen aan de besteksbepalingen geeft, meerdere types van voegen kunnen worden aangewend. Ondanks de bezorgdheid die de verzoekende partijen hieromtrent reeds hebben geuit tijdens de fase van het onderzoek van de offertes, heeft de verwerende partij hierop niet gereageerd en hieromtrent geen nadere informatie verschaft.

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 lezing van de technische specificaties onontbeerlijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht. De bout die nodig is voor de bevestiging van de geluidsdempende plaat heeft geen enkele impact op de stabiliteit van de voeg zelf. De bout voor de bevestiging van de geluidsdempende plaat heeft evenmin een impact op het geluidsdempend effect. Daarenboven heeft de verwerende partij in haar nota in de schorsingsprocedure zelf bevestigd dat voorgespannen bouten geen probleem stellen op het vlak van breuk, onderhoud, herstel of vervanging. Het bestek staat ook niet welke bijzondere doelstelling zou rechtvaardigen dat geen gelijkwaardig product zou kunnen worden ingediend en aanvaard. De verwerende partij kan dit ook niet staven aan de hand van enig intern voorbereidend document, noch ter voorbereiding van het bestek zelf, noch

ter rechtvaardiging van de doorgevoerde wijziging van het besteksvereiste bij wijzigingsbericht van 10 juli 2013. Er blijkt niet waarom plots de voeg sinusoidaal van vorm moet zijn.

De bepalingen die van toepassing zijn op technische specificaties, vereisen nergens dat zou moeten worden aangetoond dat men niet in de mogelijkheid was om bij de ene leverancier van het gepatenteerde product aan te kopen. Centraal staat het feit dat de mededinging op ongeoorloofde wijze wordt beperkt doordat slechts één welbepaald product van één welbepaalde leverancier kan worden aangeboden en dat het niet mogelijk is om een diversiteit aan technische oplossingen aan te bieden. Emotec is leverancier en exclusief verdeler van Maurer-voegen, en staat niet alleen in voor de levering van de producten maar ook voor de gedeeltelijke, en indien gewenst, volledige plaatsing ervan. Het mogelijke onderaannemerschap is geen hinder voor het louter bestellen van producten. Reeds in het verleden heeft Emotec voor de verzoekende partijen in onderaannemerschap gewerkt.

Artikel 83bis, §§ 4 en 5, van het voormelde 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 aantoonst 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 uitzettingsvoeg, had de verwerende partij “of gelijkwaardig” moeten toevoegen.

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

(1) het referentiedossier overheidsopdracht voor de renovatie van het viaduct Lüdenscheidsingel te Leuven, bestek met nummer 1M3D8F/12/03, waarin gelijkwaardige voorschriften zijn opgenomen (“Het gebruik van bouten in de voeg is niet toegestaan, evenmin voor de eventuele verankering van de geluidsreducerende

elementen op de voegprofielen”), en waarvoor de verzoekende partijen hebben ingeschreven met dezelfde voeg die voor de in het geding zijnde opdracht is voorgesteld,

(2) de goedkeuring en certificatie van de Mageba RS-LS-voeg door de certificatie-instantie van het Waalse Gewest,

(3) de bevestiging van Mageba zelf dat de bout in de geluidsdempende plaat geen onderdeel uitmaakt van de verankering van de uitzettingsvoeg, en

(4) het gegeven dat de Mageba-voeg in meerdere landen is gecertificeerd (bijvoorbeeld België, Duitsland, Oostenrijk) en kan worden beschouwd als een standaardproduct dat zijn kwaliteit heeft bewezen in een groot aantal van referentieprojecten.

Het staat met andere woorden vast dat de voeg waarmee de verzoekende partijen hebben ingeschreven, voldoet 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. Bovendien is de aanbestedende overheid ertoe gehouden om – wanneer een gelijkwaardig product wordt aangeboden – gelijkwaardigheid in overweging te nemen en te onderzoeken. Zeker nu het bestek zelf uitdrukkelijk STS 100.2 van toepassing heeft verklaard. Wanneer de aanbestedende overheid van oordeel is dat er geen gelijkwaardigheid is, moet het ook op gemotiveerde wijze het ontbreken van de gelijkwaardigheid staven en schriftelijk meedelen aan de inschrijver.

Uit de voormelde bepalingen van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 kan niet worden afgeleid dat de gelijkwaardigheid verplicht en enkel en alleen in de offerte moet worden verwoord. Te dezen betrof de opdracht een aanbesteding en de verzoekende partijen hebben de gelijkwaardigheid aangetoond in het kader van het prijsonderzoek. Ook dit maakt deel uit van de bieding en de gelijkwaardigheid is uitvoerig gestaafd aan de hand van een technisch dossier van de fabrikant. In die zin was de aanbestedende overheid verplicht om de aangetoonde gelijkwaardigheid te onderzoeken en op gemotiveerde wijze te beoordelen.

De verzoekende partijen zijn van oordeel dat het verbod van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet alleen de inschrijver die een offerte indient, beschermt, maar zich ook richt tot alle producenten van producten die in het kader van de kwestieuze overheidsopdracht moeten worden geleverd. Het is duidelijk dat de producenten van voegen met geluidsdempende platen met voorgespannen bouten worden uitgeschakeld, alsook elke aannemer die met een voeg met geluidsdempende platen met voorgespannen bouten wenst te werken.

De verzoekende partijen verzoeken ten slotte dat de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zouden worden gesteld:

“1) Schendt 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, waarmee artikel 23, 8 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in het Belgisch recht werd omgezet, de artikelen 34 t.e.m. 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in de interpretatie dat de inschrijver, om zich op een schending van artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te kunnen beroepen, eerst moet aantonen dat hij niet heeft nagelaten in te schrijven met het gevraagde product, dan wel dat hij hiermee niet kon inschrijven of daartoe niet bij machte was, om zo het bewijs te leveren dat hij door de gegeven technische specificatie wordt uitgeschakeld, dan wel dat andere inschrijvers erdoor worden bevoordeeld?

2) Schenden de artikelen 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, waarmee artikel 23 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in het Belgisch recht werd omgezet, de artikelen 34 t.e.m. 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, in de interpretatie dat, op straffe van onontvankelijkheid van de vordering wegens een gebrek aan het vereiste belang, de inschrijver reeds in zijn offerte de gelijkwaardigheid van het door hem aangeboden product dient aan te tonen en hem aldus elke mogelijkheid wordt onzegd om in het verdere verloop van het gunningsproces, weze het via een prijsverantwoording of een andere toelichting bij een vraag van het bestuur, de gelijkwaardigheid van de eigen technische oplossing met alle mogelijke middelen aan te tonen?”

16. De verwerende partij verwijst in de eerste plaats naar de arresten 226.604 en 228.099 waarin de vergelijkbare kritiek van de verzoekende partijen niet ernstig werd beoordeeld.

Voorts wijst zij erop dat er een algemeen verbod op het gebruik van al dan niet voorgespannen bouten zowel wat de voegen zelf als de geluidsdempende platen betreft, in het bestek is opgenomen omdat “men bij brugvoegen die elementen bevatten die met bouten zijn bevestigd op lange termijn met meerdere problemen geconfronteerd wordt”, namelijk loskomende bouten en binnensijpelen van water via de bouten. Zij wijst hier naar een roestproblematiek bij het Meiser-viaduct. De verzoekende partijen tonen niet aan dat de verwerende partij een onredelijke kwaliteitseis in haar bestek heeft opgenomen.

Ook wijst zij erop dat zij enkel het gebruik van bouten verbodt wat een andere casus is dan als aanbestedende overheid kiezen voor een bepaald type, product of specificatie. Er geldt dan ook geen specifieke motiveringsplicht ten aanzien van de bestekseis.

De verwerende partij betwist voorts dat het bestek op maat van de Maurer XW1-voeg zou zijn geschreven. “Het gegeven dat er in de praktijk kennelijk maar één product blijkt te bestaan om te voldoen aan het bestek, is enkel een onbedoeld gevolg van de rechtsgeldig vooropgestelde bestekseisen.” “[H]et kan niet aan verwerende partij verweten worden dat er in de praktijk op heden slechts één product blijkt te bestaan dat aan alle eisen voldoet.” “In welbepaalde gevallen – zoals *in casu* – zal het onvermijdelijk zijn dat er slechts één geschikt product blijkt te bestaan, maar dit mag niet bij voorbaat verboden geacht worden.” De verwerende partij benadrukt dat nergens in haar bestek een type, merk, product, herkomst of dergelijke *nominatim* wordt vermeld.

Overigens, zo stelt de verwerende partij, is er hier geen sprake van een inperking van de mededinging. “In het voorliggende geval kan [zo merkt de verwerende partij op] evenwel niet ernstig worden beargumenteerd dat de mededinging negatief zou worden beïnvloed, inzonderheid dat slechts één onderneming aanspraak zou kunnen maken op toewijzing van de opdracht. Weliswaar blijkt er slechts één product geschikt om te voldoen aan de (rechtsgeldig) door

verwerende partij vooropgestelde bestekseisen, maar de toegang tot dit product wordt niet aan welbepaalde marktactoren ontzegd. Hoewel voor de Belgische markt de firma Emotec de exclusieve licentiehouder is, hanteert zij kennelijk geen exclusiviteiten inzake het aanbieden van het product aan geïnteresseerde afnemers. Met andere woorden, elke voor onderhavige opdracht geïnteresseerde inschrijver, was in de mogelijkheid om het product via Emotec – die dan zou optreden als onderaannemer – af te nemen en zodoende aan verwerende partij aan te bieden.” Te dezen bieden andere inschrijvers de Maurer XW1-voeg aan. “[Z]elfs indien de aanbestedende overheid het gebruik van een bepaald product zou opleggen, sluit men hiermee geen ondernemingen uit indien éénieder vrij is om dat product aan te leveren.”

De verwerende partij benadrukt voorts dat de verzoekende partijen “in het kader van de eerste vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en tijdens de gehele procedure niet hebben opgeworpen dat het hen onmogelijk zou zijn geweest om het product Maurer XW1 van Emotec af te nemen, net zoals bijna alle andere inschrijvers doen”. Zij stelt dat de verzoekende partijen niet aantonen dat zij wel degelijk een offerte hebben gevraagd aan Emotec voor de Maurer-voeg. “Overigens kan [aldus de verwerende partij] sowieso niet aan verwerende partij verweten worden dat een derde partij slechts aan bepaalde inschrijvers een prijsvoorstel bezorgt.” Derhalve zijn de door de verzoekende partijen ingeroepen Europese regels niet geschonden; het basisprincipe van de eerlijke mededinging werd ten volle gerespecteerd; er werden geen inschrijvers bevoordeeld of benadeeld.

De door de verzoekende partijen beweerde gelijkwaardigheid heeft geen relevantie. De door de verzoekende partijen geëiste toevoeging “of gelijkwaardig” was te dezen niet noodzakelijk of opportuun. Het voormelde artikel 85 vereist dit enkel in geval er in het bestek een aanduiding is van merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie, of een verwijzing naar producten van een bepaald fabricaat of van een bepaalde herkomst of speciale technieken; dit is hier niet het geval. Overigens heeft de verwerende partij in haar bestek gewerkt met voldoende nauwkeurige specificaties die verstaanbaar zijn voor alle betrokkenen zodat er geen noodzaak was om de toevoeging “of gelijkwaardig” op te nemen. Ook, zo stelt de verwerende partij,

valt niet in te zien hoe de verzoekende partijen zich hadden kunnen beroepen op gelijkwaardigheid nu zij een product aanboden met bouten en het bestek boutloos vereist. In de mate dat de verzoekende partijen zich beroepen op artikel 83*bis*, §§ 4 en 5, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat een verbod stipuleert tot het weren van offertes die gelijkwaardig zijn, merkt de verwerende partij op dat de verzoekende partijen die gelijkwaardigheid niet in hun offerte zelf hebben aangetoond wat dit artikel wel vereist. Ten slotte betwist de verwerende partij dat het door de verzoekende partijen aangeboden product inhoudelijk gelijkwaardig is aan het in het bestek vereiste.

Wat de prejudiciële vragen betreft meent de verwerende partij dat ze niet moeten worden voorgelegd. In de eerste plaats merkt zij op dat het geschonden geachte artikel 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) niet nader wordt toegelicht zodat het onduidelijk is hoe de voormelde artikelen 83*bis* en 85 deze verdragsbepaling schenden. Voorts zijn die artikelen de omzetting van artikel 23 van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’; hieruit volgt dat de verzoekende partijen in wezen een toetsing van de richtlijnbevestigingen aan het Verdrag vragen wat niet evident is en “bovendien impliceert het totaal gebrek aan duiding door verzoeker dat ook niet wordt toegelicht hoe deze onwaarschijnlijke schending mogelijk zou zijn”. Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in toepassing van artikel 267 VWEU in principe niet bevoegd is om nationale normen te toetsen aan Unie-regels hetgeen de verzoekende partijen hier wel voorstellen te doen. Overigens, zo vervolgt de verwerende partij, zijn de beide vragen niet relevant voor de oplossing van het geschil; wat de eerste vraag betreft meent de verwerende partij dat de verzoekende partijen niet aantonen dat zij effectief niet in staat waren een besteksconforme offerte in te dienen; wat de tweede vraag betreft wijst de verwerende partij erop dat het vereiste om in de offerte zelf het bewijs te leveren van gelijkwaardigheid vervat zit in de richtlijnbevestiging, artikel 23.4 en 23.5, zodat er geen sprake is van een interpretatie zoals de verzoekende partijen in hun vraag beweren.

17. De verzoekende partijen betogen in hun memorie van wederantwoord in de eerste plaats dat de verwerende partij opmerkt dat zij meerdere problemen heeft met beboute voegen doch geen concrete gegevens aanbrengt behalve het Meiser-viaduct dat zij bijbrengt met één foto; voorts stelt zij dat wanneer de certificeringsdiensten van de technische studiediensten van het Waalse en het Vlaamse Gewest de voorgespannen bouten ter bevestiging van de geluidswerende plaat op een uitzettingsvoeg als duurzaam beschouwen, de verwerende partij dit – zonder enige wetenschappelijke onderbouwing of studie – niet kan afwijzen op grond van een technische fiche. Er dient ook, zo vervolgen de verzoekende partijen, te worden opgemerkt dat de kwaliteit van een voeg wordt uitgedrukt via verwijzing naar een norm in typebestekken, in goedkeuringsleidraden of naar ervaring. Te dezen heeft de verwerende partij niet naar dergelijke norm, typebestek of goedkeuringsleidraad verwezen. Zij beperkt zich tot een eenzijdige foutieve lezing van haar besteksbepalingen inzake de hechtingsmethode van geluidsdempende platen.

De verzoekende partijen begrijpen ook niet in hoeverre zij nog meer duiding dienen te geven over de geformuleerde prejudiciële vragen. Er kan geen twijfel bestaan over de reden waarom de artikelen 34 tot 36 VWEU door de verzoekende partijen worden geschonden geacht. “Voor zoveel als nodig” herformuleren zij de prejudiciële vragen als volgt:

“1) Vereist het begrip dat ‘bepaalde ondernemingen of producten worden beoordeeld of geëlimineerd’ ex artikel 23, 8 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (en, in de omzetting van deze bepaling in het Belgisch recht door artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het begrip dat ‘bepaalde ondernemingen worden beoordeeld of uitgeschakeld’), dat de inschrijver eerst moet aantonen dat hij niet heeft nagelaten in te schrijven met het gevraagde product, dan wel dat hij hiermee niet kon inschrijven of daartoe niet bij machte was, om zo het bewijs te leveren dat hij door een gegeven technische specificatie wordt uitgeschakeld, dan wel dat andere inschrijvers erdoor worden beoordeeld?

Zo ja, is artikel 23, 8 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in strijd met de artikelen 34 t.e.m. 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie?

2) Vereist het begrip ‘in zijn inschrijving’ ex artikel 23 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (en, in de omzetting van deze bepaling in het Belgisch recht door artikel 83bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het begrip ‘in zijn offerte’) dat, op straffe van onontvankelijkheid van de vordering wegens een gebrek aan het vereiste belang, de inschrijver reeds in zijn offerte de gelijkwaardigheid van het door hem aangeboden product dient aan te tonen en hem aldus elke mogelijkheid wordt ontzegd om in het verdere verloop van het gunningsproces, weze het via een prijsverantwoording of een andere toelichting bij een vraag van het bestuur, de gelijkwaardigheid van de eigen technische oplossing met alle mogelijke middelen aan te tonen?

Zo ja, is artikel 23 van de richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten in strijd met de artikelen 34 t.e.m. 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie?”

18. In hun laatste memorie benadrukken de verzoekende partijen dat omwille van het feit dat er op de markt maar één product bestaat met sinusoidale geluidsdempende plaat zonder bouthechting, het verbod om de geluidsdempende plaat met bouten met gecontroleerde voorspankracht op de voeg te bevestigen, een “maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking” inhoudt in de zin van artikel 34 VWEU ten aanzien van alle voegen met sinusoidale geluidsdemping. Het determinerende onderscheidende element om de relevante groep producten te bepalen, is het vereiste van geluidsdemping via een sinusoidale plaat, wat een plaat is met een specifieke vorm, nu geluidsdemping ook op andere manieren kan tot stand worden gebracht – bijvoorbeeld via een kamvormige geluidsdempende plaat of een rechte voeg met recht aansluitend wegdek.

Voorts blijven zij er bij dat de door hen voorgestelde prejudiciële vragen wel degelijk relevant zijn en van die aard dat ze de uitkomst van het geschil kunnen beïnvloeden. Zij handhaven dan ook hun verzoek om die vragen te stellen. De uitleg volgens dewelke de inschrijver moet aantonen dat hij niet kon inschrijven of niet bij machte was in te schrijven met het gevraagde product, om zo het bewijs te leveren dat hij door een gegeven technische specificatie werd uitgeschakeld, dan wel dat andere inschrijvers erdoor worden

beoordeeld, werd door de Raad van State in het schorsingsarrest nr. 228.099 van 22 juli 2014 in onderhavig dossier als een essentieel beoordelingselement aangehaald. Hetzelfde geldt voor de uitleg volgens dewelke de inschrijver reeds in zijn offerte de gelijkwaardigheid van het door hem aangeboden product dient aan te tonen en hem de mogelijkheid wordt ontzegd dit in het verdere verloop van het gunningsproces aan te tonen.

Het antwoord op de vraag naar de correcte interpretatie van het begrip “bepaalde ondernemingen of producten worden beoordeeld of geëlimineerd”, respectievelijk het begrip “in zijn inschrijving” in artikel 23 van de voormelde richtlijn 2004/18/EG – dat door de artikelen 83*bis* en 85 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 in het Belgisch recht zijn omgezet – is met andere woorden essentieel voor de uitkomst van onderhavig geschil.

Los van de prejudiciële vraag betreffende de uitleg van artikel 23 van de richtlijn 2004/18/EG, rijst voor de verzoekende partijen de vraag of voormeld artikel 23, volgens de aangegeven interpretatie, niet in strijd is met de artikelen 34 tot 36 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Hier gaat het om een vraag naar de geldigheid van een rechtshandeling van de Europese Unie. Het antwoord op deze vraag is evenzeer essentieel voor de uitkomst van onderhavig geschil, nu een positief antwoord een strijdigheid met het Europees recht zou opleveren waardoor de interpretatie niet langer kan worden aangehouden. Indien zou blijken dat de interpretatie die door het bestuur aan de artikelen 83*bis* en artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1995 is gegeven in strijd is met het Europees recht, dient deze interpretatie met andere woorden te wijken voor een gemeenschapsrechtconforme toepassing en interpretatie van de artikelen.

In ondergeschikte orde, wensen de verzoekende partijen erop te wijzen dat het vereiste dat een beslissing “noodzakelijk” wordt geacht voor het “wijzen van een vonnis” – artikel 267, 2e lid, VWEU – door het Hof van Justitie van de Europese Unie zeer ruim moet worden geïnterpreteerd en ook vragen kan bevatten die slechts indirect betrekking hebben op het hoofdgeding.

19. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat er geen reden is om het standpunt uit de eerdere arresten af te vallen; voorts merkt zij opnieuw op dat artikel 34 VWEU niet is geschonden. De verwerende partij weerspreekt ook de relevantie van de prejudiciële vragen.

Beoordeling

20. Het ingeroepen artikel 85 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, zoals van toepassing ten tijde van de bestreden beslissingen, luidt:

“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.”

21. De verwerende partij stelt dat zij in het bestek onder post 122 “levering en plaatsing van sinusoidale uitzettingsvoegen” een voeg vraagt die volledig boutloos is en een sinusoidale vorm heeft. Zij erkent dat de enige dergelijke voeg op de markt op dat ogenblik de gepatenteerde voeg type Maurer XW1 was.

In die omstandigheden bevindt de verwerende partij zich in het geval bedoeld in het voormelde artikel 85, namelijk dat zij in wezen een voeg van een bepaald merk en een bepaald type vraagt.

Artikel 85 bevat volgende uitzondering op het verbod om te verwijzen naar merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of produktie, namelijk dat dergelijke vermeldingen toelaatbaar zijn wanneer zij “onontbeerlijk zijn ten opzichte van het voorwerp van de opdracht” of “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”.

Bovendien geldt het verbod slechts in de mate dat een verwijzing bepaalde producten of ondernemingen begunstigt of uitschakelt. De aanbestedende overheid dient dan wel absolute zekerheid te hebben over het feit dat er geen alternatieve producten of procedés bestaan.

De verwerende partij beroept zich hier in haar verweer op de uitzonderingsgrond dat de technische specificaties onontbeerlijk zijn voor het voorwerp van de opdracht.

Er moet worden opgemerkt dat de verwerende partij in haar bestek geen gewag maakt van enige reden waarom de keuze van de voeg Maurer XW1 of de technische specificaties die slechts tot dit product kunnen leiden, onontbeerlijk zijn in de zin van het hiervoor aangehaalde artikel 85. Pas in de procedure vóór de Raad gaat de verwerende partij zulks verduidelijken. Dergelijke bijzondere verantwoording voor de aldus vereiste kenmerken is *a posteriori* en dienvolgens niet meer nuttig aan te voeren.

In de mate dat de verwerende partij betoogt dat de verzoekende partijen niet benadeeld zijn omdat zij niet aantonen dat zij niet konden inschrijven met de in wezen gevraagde Maurer-voeg, moet worden opgemerkt dat het op zich volstaat dat bepaalde ondernemingen worden begunstigd om van een schending van artikel 85 te kunnen spreken; met verwijzing naar de beschikking van het Europees Hof van de Europese Unie, zaak C-59/00 van 3 december 2001, Bent Moustén Vestergaard tegen Spøttrup Boligselskab is niet vereist aan te tonen dat de inschrijver bewijst dat hijzelf niet kon inschrijven met het gevraagde product. Het leidt geen twijfel dat de verwijzing, weze impliciet doch zeker, in het bestek naar de gepatenteerde Maurer XW1-voeg de producenten en de verdelers van die voeg begunstigt. Bovendien hebben de verzoekende partijen voldoende belang bij de problematiek aangebracht in het middel zelf omdat hun offerte precies op basis van dit bepaald product dat zij niet aanbieden, wordt geweerd.

22. De schending van het aangehaalde artikel 85 door het bestek is aangetoond. In die mate is het middel gegrond.

De draagwijdte van het gegrond bevonden middel laat niet toe te besluiten tot de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partijen. De draagwijdte ervan laat wel toe te besluiten tot de nietigverklaring van de beslissing de offerte van de verzoekende partijen onregelmatig te verklaren in de mate dat die beslissing steunt vindt in een onwettige besteksbeplating.

X. Rechtsplegingsvergoeding

23.1. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van “individueel begroot” op 700 euro, zowel voor de vordering tot schorsing als voor het annulatieberoep.

23.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

23.3. Wat de procedure inzake de vordering tot schorsing betreft dient te worden opgemerkt dat de kosten verbonden aan deze procedure definitief

begroot zijn in het arrest 228.099. Wat er het annulatieberoep betreft is grond om met toepassing van voormelde bepalingen te dezen het door de verzoekende partijen gevorderde basisbedrag van 700 euro per verzoekende partij toe te kennen, nu zij door de inwilliging van het beroep tot nietigverklaring als de in het gelijk gestelde partij dienen te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van ongekende datum waarbij het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de opdracht ‘Volledige renovatie van het brugdek van viaduct 33 en brug 30 gelegen op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijke Gewest’ – bijzonder bestek BMB/DGE-DBO/2011.0259 gunt aan de thv Nutons-Wanty en de offerte van de verzoekende partijen wordt verworpen wegens onregelmatigheid.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1.400 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 december 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest