

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.437 van 17 november 2016
in de zaak A. 220.544/XII-8254**

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

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV EMOTEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 21 oktober 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing van 3 oktober 2016 van [...] het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaams

- Gewest [...] om de offerte van Renotec NV voor de overheidsopdracht voor ‘E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg’ (bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/14) te weren wegens onregelmatigheid;
- de beslissing van 3 oktober 2016 van [...] het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaams Gewest [...] om de overheidsopdracht voor ‘E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg’ (bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/14) te gunnen aan Emotec NV;
 - de impliciete beslissing van 3 oktober 2016 van [...] het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaams Gewest [...] om de overheidsopdracht voor ‘E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg’ (bijzonder bestek nr. 1M3D8H/16/14) niet aan Renotec NV te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 november 2016 heeft de nv Emotec gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 10 november 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rita Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Frederick Ongena, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch 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. Het Agentschap Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken met als voorwerp “E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg”. De gunningswijze is de open aanbesteding.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 23 mei 2016 en op 14 juni 2016.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bestek nr. 1M3D8H/16/14.

In het bestek is het doel van de aanneming omschreven als volgt:

“Renovatie van 1 bestaande meervoudige brugvoeg type D240 in het Complex E17/E40 te Zwijnaarde.

Vervangen van de tussenprofielen + noodzakelijke laswerken en anti-corrosiebeschermingen.

Vernieuwen van glijsteunen, glijveren, regelveren, inox oplegplaten.

De klauwverankering in het brugdek blijven behouden.”

Het gaat hier dus om een zogenaamd *box-in-box*-procédé.

De werken worden in het bestek als volgt omschreven:

“De aanneming omvat hoofdzakelijk:

- Het lokaal verwijderen van de verharding.
- Het verwijderen van de oude voegprofielen en aanhorigheden.
- Het vernieuwen van de brugdekvoegen. Leveren en plaatsen van de nieuwe waterdichte brugvoeg type 240 incl. glijsteunen, glijveren, regelveren, inox oplegplaten en middenprofielen.
- Het beschermen van de staalconstructie.
- Het opvullen van de openingen met epoxymortel.
- Het leveren en plaatsen van de nodige werfsignalisatie en tijdelijke veiligheidsstootbanden als scheiding tussen werkzone en doorgaand verkeer richting Antwerpen op Ringvaartbrug volgens post nr. 13 (t.b.v. afscherming werkzone).
- Het onderhoud van de werken gedurende de waarborgperiode.”

Het standaardbestek 260 (hierna: SB260) voor kunstwerken en waterbouw, versie 1.0, wordt op de aanneming van toepassing verklaard.

Het technische gedeelte van het bestek bepaalt onder “B Bijgevoegde artikels” onder meer het volgende:

“1 Renovatie brugvoeg

1. Afbreken van de bestaande voeg

Door langdurige en zware belasting is de brugdekvoeg aan de overgang tussen het Slingerviaduct-Oost en het viaduct over de Ringvaart ernstig beschadigd.

Deze opdracht heeft tot doel de bestaande voeg te renoveren. De bestaande voegverankering in het brugdek blijft behouden teneinde de termijn van de werken in te korten.

(inbetonneren van de voeg is hier niet van toepassing)

De bestaande uitzettingsvoegen worden over de volledige breedte van het viaduct uitgebroken.

De plannen van de brug en de huidige uitzettingsvoegen zijn ter inzage bij het opdrachtgevend bestuur, enkel na afspraak.

De tussenprofielen, dwarsbalken, voegbanden en glijders worden weggenomen en vervangen door nieuwe tussenprofielen, dwarsbalken en glijders.

2. Nieuwe voeg

2.1. Algemeenheden

De nieuwe voeg moet voldoen aan de eisen van het SB 260 – 31.1

Waterdichte brugdekvoegen type klauwprofiel met voegband:

- een dilatatiecapaciteit hebben van 3 x 80 mm
- de conservering op de brugdekvoegen uit staal is begrepen in de desbetreffende post van SB 260-33-1

2.2. Materialen van de brugdekvoegen

Ongelegeerd constructiestaal

De voorschriften van het SB260 zijn van toepassing.

Bouten

Het gebruik van bouten in de voeg is niet toegestaan.

Verankeringsconus (enkel bij gebruik van voorgespannen bouten)

Het gebruik van voorgespannen bouten in de voeg is niet toegestaan.

Rubber

De rubber voor de voegband(en), de slab(ben), de glijveren, de glijopleggingen en de stuurveren, voldoet aan de voorschriften van de dienstorder LIN 2000/24 van 10 oktober 2000 over rubber.

De nieuwe meervoudige brugvoeg moet in de bestaande verankering geplaatst worden. Dit betekent dat de nieuwe voeg exact hetzelfde lengteprofiel moet hebben dan de bestaande voeg.

Tevens moeten de nieuwe dwarsbalken passen in de bestaande kasten dewelke behouden blijven.

De corrosiebescherming zal uitgevoerd worden volgens de voorschriften [van] het SB 260. [...].”

Post 5 van de meetstaat betreft het “Leveren en plaatsen van een nieuwe waterdichte brugdekvoeg type 240 m.i.v. alle ondersteuning, laswerk, dwarsbalken, oplegblokken, voegrubbers en alle bijhorende werken volgens de voorschriften van SB260. Per meter voeg”.

3.4. Op 24 mei 2016, 13 juni 2016, 14 juni 2016 en 23 juni 2016 wisselen de verzoekende partij en de verwerende partij e-mailberichten uit. Hierna wordt de mail van 23 juni 2016 weergegeven, waarin de berichten van de vorige data zijn opgenomen, de berichten van de verzoekende partij niet in het vet, deze van de verwerende partij wel:

“Zoals telefonisch besproken, zou u ons ASAP een scan van de bestaande plannen van de brugvoeg willen ter beschikking stellen (bij voorkeur in PDF-formaat). U mag mijn email gebruiken om deze te laten verzenden.

Het plaatsingsplan van de bestaande voeg werd u overgemaakt. AWW heeft buiten de schetsen in het bestek geen verdere detailplannen van de betreffende voeg.

In de veronderstelling dat Maurer ook niet over eventueel ontbrekende gegevens beschikt, is het correct te veronderstellen dat eventueel kosten voor destructief onderzoek ter plaatse, betaald worden in de post 15?

Destructief onderzoek is niet toegelaten. Niet-destructief onderzoek (bv met endoscoop) kan op eigen initiatief georganiseerd worden. Hiervoor zal wel een aanvraag signalisatievergunning en toelating van de aanbestedende overheid noodzakelijk zijn. Dit gebeurt uiteraard op eigen kosten.

De opmeting van de lengte van de voeg :

Gelieve ons de voorwaarden te melden welke wij dienen in acht te nemen om de lengte van de bestaande voeg op te meten (signalisatie, werktijden, alle eventuele andere essentiële informatie die noodzakelijk is)

Behoudens tegenbericht van uw zijde, veronderstellen wij dat de opmeting van de lengte van de voeg, een last van de aanneming vormt en niet verrekend wordt in post 15.

Of wij dienen niet ter plaatse de lengte op te meten en mogen vertrekken van de afmetingen van het door u ter beschikking gestelde plan.

Het opmeten van de voeg is een aannemingslast. De nodige voorwaarden staan vermeld in het bestek onder art. 7 Technische Specificaties en normen.

Is het correct te veronderstellen dat de bestaande boxen dienen gebruikt te worden voor de plaatsing van de nieuwe voeg en dus geen specifieke stabiliteitsstudie hieromtrent noodzakelijk is.

Dit is correct.

De op pagina 38 afgebeelde voeg heeft no[r]maliter [e]en dilatatie van 320mm. Moeten wij dus veronderstellen dat de nieuwe voeg aangepast is aan een nieuwe berekende beweging? Zo ja, zou u ons de bewegingsanalyse van de voeg ter beschikking willen stellen, zeker indien er rekening dient gehouden te worden met bewegingen en rotaties in andere assen.

De nieuwe voeg is aangepast aan de huidige toestand van de brug, waar de verkortingen door kruip en voorspanning reeds bijna volledig zijn opgetreden. Er is geen specifieke bewegingsanalyse van de voeg beschikbaar, dit wordt bekeken op het moment dat de voeg wordt uitgevoerd. De opdrachtdocumenten stellen geen specifieke eisen naar zijdelingse uitzettingscapaciteiten, inschrijvers dienen hier dus geen rekening mee te houden.

Uw antwoord is contradictorisch aan het door u ter beschikking gestelde plan en de meetstaat post 5. Het plan geeft aan dat het gaat om een Maurer D240 en niet om een D320. Bovendien kan een grotere voeg nooit in een kleinere geplaatst worden.

Mogen wij misschien voorstellen, samen ter plaatse, mits gebruik van aangepaste beschermmiddelen, de toestand te onderzoeken, eventueel de toepassing van een verplicht plaatsbezoek voor alle kandidaat inschrijvers?

De huidige voeg is een D240 en wordt vervangen door een voeg D240 conform het bestek. In principe kan een kleinere voeg geplaatst worden maar dit is lastig wegens het behoud van de bestaande verankeringsmassieven, daarom is besloten om de voeg D240 te behouden. De huidige D240 voeg is van een ouder type met 4 x 60mm dilatatie (mogelijks hierdoor verwarring met D320). De nieuwe voeg zal eerder een type 3 x 80mm zijn, maar weerom D240.

Plaatsbezoek is steeds mogelijk, wel ter eigen laste.

Mogen wij u erop wijzen dat het niet toelaten van bouten (al dan niet voorgespannen) in voorkomend geval een discriminatie betekent in concurrentie.

Verwijzend naar de uitspraak voor de Raad van State, die tot nietigverklaring van een gunning geleid heeft omwille van schending artikel 34 van het EU-Verdrag, artikel 83 bis §§ 2, 3, 4 en 5 en van 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, zoals geïnterpreteerd door de Omzendbrief dd. 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.

Naar onze mening kan het niet zijn dat enkel een voeg van het merk Maurer in voorkomend geval als enigste door u kan weerhouden worden.

Wij verzoeken om een rechtzetting hieromtrent.

Om de termijn van de werken in te korten in kader van minder hinder werd ervoor gekozen door de aanbestedende overheid om de bestaande voegverankering in het brugdek te behouden. Dit vermijdt de termijn voor het inbetonneren van de voeg.

Het gaat bij onze opmerking over het sturingssysteem in de voeg. Zoals u zelf aangaf zijn in de bestaande voeg de lasnaden gescheurd van het sturingssysteem.

Het sturingssysteem met gelaste verbindingen is een patent van Maurer, met bouten een van Mageba.

Boutverbindingen hebben a priori, zie ook normering, een grotere weerstand tegen vermoeidheid en zijn niet in strijd met het TB260, hst 32.31. Wij verzoeken u daarom nogmaals om rechtzetting van het artikel in het lastenboek, zodat, minimaal, de inschrijver de keuze heeft.

Boutverbindingen zijn inderdaad niet in strijd met SB260. Het bijzonder bestek laat echter het gebruik van bouten niet toe. Dit heeft voorrang op het SB260.

Het is voor ons nog niet zeker of het falen van de voeg te wijten is aan scheuren van het sturingssysteem. De voeg lijkt gebroken te zijn ter hoogte van de koppeling tussen de verschillende fasen (uitvoering eind 1969). Het blijft steeds een lokaal probleem dat niet terugkeert in de andere voegen van hetzelfde type.

Om de werken met minimale hinder uit te voeren blijven wij de voorkeur geven om de bestaande voeg zonder bouten te vervangen door een voegtype zonder bouten. Een rechtzetting van onze opdracht is voor ons niet nodig.

Wij hebben geen kennis van patenten van producenten op gelaste verbindingen, bij ons weten zijn er verschillende producenten met brugvoegen met een sturingssysteem met gelaste verbindingen.

Wat betreft de vragen van uw leverancier:

‘Box in box’ solution -I already see many critical details. Might be possible to solve this, but I doubt that a box-in-box solution is an adequate solution. So my first statement.

Deze overweging is bij het opstellen van het bijzonder bestek ook aan bod gekomen.

Here some key elements and questions:

1. Sections drawings are required.

Zoals reeds aangegeven heeft AWW buiten de schetsen in het bestek geen verdere detailplannen van de betreffende voeg. In verband met de voorwaarden voor het gebruik van de plannen, schetsen, documenten en voorwerpen van de opdracht geldt bovendien dat de aanduidingen op de tekeningen betreffende de bestaande toestand slechts bij wijze van inlichtingen gegeven worden.

2. joint size

Zie supra, D240.

3. structural analysis per code required?

ETAG 032 is weldegelijk van toepassing.

4. skew movement

Een box in box solution is inderdaad minder geschikt voor de zijdelingse beweging op te nemen. De zijdelingse beweging is niet gekend.

Dient de nieuwe voeg eveneens een watergreppel te hebben? Zo ja, zal dit leiden tot bijkomende problemen.

De nieuwe voeg dient een watergreppel te hebben.

5. This old joint has already 4 seals and I assume the new min. as well.

Zie supra. De nieuwe voeg is 3 x 80mm.

6. walkway area - It will be required to apply at least a small walkway joint beam here instead of the required.

De inschrijver is gehouden de nieuwe meervoudige brugvoeg in de bestaande verankering te plaatsen. Dit betekent dat de nieuwe voeg exact hetzelfde lengteprofiel moet hebben dan de bestaande voeg en de nieuwe dwarsbalken moeten passen in de bestaande kasten dewelke behouden blijven. Een aangepast profiel ter plaatse van het dienstdad is toegestaan indien dit nodig is.”

De verzoekende partij reageert ten slotte met een e-mailbericht van 23 juni 2016 als volgt:

“Volgend een link waarin je vanaf +/- minuut 1.14 de problemen van lassen kan zien (<https://www.youtube.com/watch?v=GWf6FJZie1s>). Over de effectieve oorzaak van de schade van de bestaande voeg, kunnen wij ons niet uitspreken.

Kan u ons aub verduidelijken waarom u de overtuiging hebt, dat bouten in het stuursysteem van de voeg voor bijkomende hinder zouden kunnen zorgen tijdens de uitvoering der werken? Dit is ons helemaal niet bekend, ook niet in de vakliteratuur die wij hebben.

Zoals eerder vermeld wordt er wel degelijk een lasverbinding gemaakt met de verankerde randprofielen in het beton.

Indien u, buiten Maurer, nog een andere leverancier kent, die voldoet aan de besteksvoorwaarden, incl. ETAG032, zouden wij het ten zeerste appreciëren indien u ons deze zou kunnen noemen.

In voorkomend geval willen wij onmiddellijk met deze contact opnemen.

Mogen wij echter onze twijfel uiten, indien deze zou bestaan, de toepassingen van een ‘box in box’ systeem op zijn referentielijst zou staan.”

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 29 juni 2016. Er worden drie offertes ingediend, namelijk door de bvba Norré-Behaegel, de nv Emotec en de nv Renotec.

3.6. Op 31 augustus 2016 wordt het gunningsverslag opgesteld.

De bvba Norré-Behaegel wordt niet geselecteerd.

De offerte van de verzoekende partij wordt niet regelmatig bevonden met de volgende motivering:

“De inschrijver heeft conform art. 81 KB Plaatsing een technische fiche van de te gebruiken materialen en de plaatsingswijze van de brugvoeg ingediend. Uit deze technische fiche blijkt echter dat bij de aangeboden Tensa Modular Type LR brugvoeg de lamellen van de voeg met bouten worden bevestigd op de steunprofielen. Dit is niet toegelaten volgens de technische bepalingen van het bestek (II. Technisch gedeelte – B. Bijgevoegde Artikels – 1. Renovatie Brugvoeg – 2.2 Materialen van de brugdekvoegen) waar het gebruik van bouten in de voeg niet toegestaan wordt. Gezien de offerte afwijkt van de essentiële bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende o.a. de technische specificaties (art. 95, lid 3 KB Plaatsing) is deze materieel onregelmatig en derhalve nietig.”

Er wordt voorgesteld de werken toe te wijzen aan de nv Emotec.

3.7. Op 3 oktober 2016 gunt de verwerende partij de opdracht aan de nv Emotec. Het gunningsverslag maakt integraal deel uit van de beslissing.

IV. Tussenkost

4. De nv Emotec blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er aldus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Haar verzoek tot tussenkost wordt ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verwerende en de tussenkomende partij betwisten de ontvankelijkheid van de vordering in zoverre deze gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

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

VI. Schorsingsvoorwaarden

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

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van het derde middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 34 tot 36 van het Verdrag ‘betreffende de Europese Unie’, de artikelen 28 tot 30 van het Verdrag ‘betreffende de werking van de Europese Unie’, 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’, artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 8 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’, zoals geïnterpreteerd door de omzendbrief van 23 juni 2004 ‘Overheidsopdrachten - Verbod om in de bepalingen van een opdracht technische specificaties op te nemen die het gewone verloop van de mededinging beperken of uitsluiten’, het beginsel van de eerlijke mededinging, “[h]et zorgvuldigheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de bestreden beslissingen gesteund zijn op de interpretatie van het bestek dat er in de gehele voegconstructie geen enkele bout mag worden aangewend, zodat dit ertoe leidt dat slechts één welbepaald product kan voldoen aan de eis van een voeg zonder bouten en alle andere producenten en alle andere inschrijvers die niet met deze voeg inschrijven uitgesloten worden 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[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 die bouten in de gehele voegconstructie verbiedt, noodzakelijk is ten opzichte van het voorwerp van de opdracht, dit is zelfs niet toegelicht naar aanleiding van een uitdrukkelijke vraag van Renotec aan de aanbestedende dienst;

Terwijl het verbod tot gebruik van bouten in de gehele voegconstructie ertoe leidt dat verwerende partij een ongeoorloofde maatregel van gelijke werking heeft ingevoerd,
Zodat de hierboven aangehaalde bepalingen zijn geschonden en het bestuur niet zorgvuldig met respect voor redelijkheids-, zuinigheids- en motiveringsplicht heeft gehandeld, zodat de bestreden besteksbepalingsinzake het verbod op gebruik van bouten onwettig is en de bestreden beslissingen onwettig zijn.”

In de toelichting bij het middel stelt de verzoekende partij dat indien het bestek zo moet worden gelezen dat voor de bevestiging van het sturingssysteem op de steunbalken geen bouten mogen worden gebruikt, dit er enkel toe kan leiden dat het bestek op maat van één welbepaald product van één welbepaald merk is geschreven namelijk de aanwezige Maurer-voeg type D240, die exclusief door de nv Emotec in België wordt verdeeld. De nv Emotec is trouwens de enige andere geselecteerde inschrijver.

Uit het geheel van de in de aanhef van het middel ingeroepen bepalingen vloeit volgens de verzoekende partij het algemeen principieel verbod voort om in een bestek specificaties op te nemen die zo nauwkeurig zijn opgesteld dat ze een product of een bepaalde onderneming bevoordelen. Dit verbod heeft tot doel elk monopolie te verhinderen en zo veel mogelijk ruimte te laten voor mededinging bij overheidsopdrachten.

Er wordt hier echter aangestuurd op een product dat door een aanvraag tot toekenning van een intellectueel recht is beschermd en door een alleenvertegenwoordiger in België aan de man wordt gebracht. Deze interpretatie leidt er volgens de verzoekende partij toe dat op het ogenblik van de aanbesteding slechts één fabricaat aan deze vereisten kan voldoen namelijk de Maurer-voeg met lamellen die aan het sturingssysteem zijn gelast. Ondanks de bezorgdheid die de verzoekende partij hieromtrent voorafgaand aan de indiening van haar offerte in diverse e-mailberichten heeft geuit, heeft de verwerende partij hierop niet gereageerd en hieromtrent geen nadere informatie verschaft.

Er moet volgens de verzoekende partij niet worden aangetoond dat zij *de facto* niet kon inschrijven met de voeg die in het bestek wordt opgelegd.

Het volstaat aan te tonen dat bepaalde ondernemingen door de specifieke technische specificatie worden bevoordeeld of uitgeschakeld. Zij verwijst hierbij naar het arrest van de Raad, nr. 233.162 van 8 december 2015.

Voorts, zo stelt de verzoekende partij, blijkt uit geen enkel element van het bestek dat het absolute verbod op enig gebruik van een bout in de voegconstructie gerechtvaardigd is door het voorwerp van de opdracht. De bestekseis is verder ook niet vergezeld van de woorden “of gelijkwaardig”.

Ook wijst de verzoekende partij erop dat het door haar aangeboden type zeker voldoet aan de besteksbepalingen, of minstens gelijkwaardig is. Door hier anders over te oordelen maakt de verwerende partij zich schuldig aan het toesnijden van het bestek op één bepaalde leverancier. De aanbestedende overheid heeft nagelaten om onderzoek te voeren en om op gemotiveerde wijze uit te leggen waarom er geen gelijkwaardigheid is.

Ten slotte merkt de verzoekende partij op dat er sprake is van een handelsbelemmerend effect op het vrij verkeer van goederen wanneer het voor bepaalde ondernemingen veel moeilijker of zelfs onmogelijk is om te voldoen aan de besteksvereisten.

8. De verwerende partij merkt op de eerste plaats op dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij door de litigieuze besteksbepaling niet kon deelnemen aan de gunning. Voorts wijst zij erop dat het een opdracht onder de Europese drempel betreft en de verzoekende partij niet aantoont dat de opdracht een grensoverschrijdend belang vertoont, zodat het ingeroepen Europees recht geen toepassing vindt.

Ook betwist de verwerende partij dat er slechts één welbepaald product voldoet aan het besteksvereiste inzake het verbod van bouten in de voeg. Er zijn volgens haar meerdere voegen op de markt aanwezig die voldoen aan die eis. Aldus is het volgens haar dan ook duidelijk dat het bestek niet op maat van een producent of van een product is geschreven. De verzoekende partij toont ook volgens de verwerende partij niet aan dat er geen ander type voeg op de markt zou zijn die wel voldoet aan de eisen. De verwerende partij moest dan ook geen

‡BHLQLDAAI-BCHCAJV‡

verantwoording geven omtrent de bestekseis. Overigens, zo stelt zij, heeft zij meermaals met e-mailberichten de verzoekende partij duidelijk gemaakt waarom zij koos voor het verbod en heeft zij goede redenen om dit verbod op te leggen.

Dat de door de verzoekende partij voorgestelde Mageba-voeg door bepaalde overheden wordt aanvaard, doet volgens de verwerende partij niets af aan haar bevoegdheid om de bestekseis van het verbod op te leggen.

Ten slotte wijst de verwerende partij erop dat er hier geen verboden maatregel van gelijke werking is aangezien het bestek niet toegeschreven is op één procedé of product.

9. De tussenkomende partij merkt op de eerste plaats op dat het middel niet ontvankelijk is wat de schending van het EU-recht betreft omdat de ingeroepen richtlijn 2004/18/EG is ingetrokken en omdat de opdracht de Europese drempelwaarde niet overschrijdt.

Voorts meent de tussenkomende partij dat het bestek geen onwettige bepaling bevat die de mededinging zou beperken. Hierbij betoogt zij dat de kwestieuze besteksbeeping “technisch redelijk” is omdat een brug “te allen tijde een maximale stabiliteit moet kunnen garanderen” wat door het gebruik van bouten ernstig in gevaar komt.

Beoordeling

10.1. In de huidige stand van het geding neemt de Raad de assumptie aan dat het besteksvereiste inzake de boutloze voeg zo moet worden begrepen dat er geen enkele bout in de voeg is toegelaten.

10.2. Artikel 8 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 luidt:

“§1. De technische specificaties bieden de inschrijvers gelijke toegang en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging worden gecreëerd.

§ 2. In de technische specificaties mag geen melding worden gemaakt van een bepaald fabrikaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze, noch mogen deze een verwijzing bevatten naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd.

Deze vermelding of verwijzing is bij wijze van uitzondering alleen toegestaan:

1° 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 door toepassing van artikel 7, §§ 2 en 3. Deze vermelding of verwijzing moet vergezeld gaan van de woorden ‘of gelijkwaardig’, of

2° indien dit door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd.”

Dit artikel lijkt geschonden om de volgende redenen.

10.3. Op de eerste plaats lijkt de verzoekende partij belang te hebben bij het middel dat de schending aanvoert van artikel 8 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 waarvan de partijen niet de toepasselijkheid betwisten. In de mate dat de verwerende partij immers betoogt dat de verzoekende partij niet is benadeeld omdat zij niet aantoonde dat zij niet kon deelnemen aan de opdracht op een besteksconforme wijze, moet worden opgemerkt dat het op zich op het eerste gezicht volstaat dat bepaalde ondernemingen worden begunstigd om van een schending van artikel 8 te kunnen spreken en de offerte van de verzoekende partij werd geweerd wegens strijdigheid ervan met de kwestieuze technische voorschriften.

10.4. Voorts lijkt de verwerende partij met de besteksvoorschriften in wezen een voeg van een bepaald merk en type te vragen, namelijk een Maurervoeg type D240, voeg die exclusief door de nv Emotec in België wordt verdeeld zoals trouwens expliciet blijkt uit het SB260 dat door het bijzonder bestek van toepassing is verklaard; dit standaardbestek bevat een punt 31.4 met betrekking tot het “renoveren van brugdekvoegen van het type Maurer” waarbij uitdrukkelijk wordt verwezen naar de nv Emotec als de exclusieve vertegenwoordiger van Maurer Söhne en waarbij de werken, voorwerp van de thans voorliggende opdracht, op het eerste gezicht worden vermeld als begrepen onder “renoveren van brugdekvoegen van het type Maurer”.

Weliswaar brengt de verwerende partij technische fiches bij van voegen van twee andere producenten, uit de USA, die boutloos zouden zijn, doch hierbij toont de verwerende partij, ook niet ter terechtzitting, aan dat ze inderdaad boutloos zijn en dus besteksconform, reeds aanwezig zijn op de Europese markt of beantwoorden aan de eisen van de European Technical Approval Guideline 032 (ETAG 032) waarvan de verwerende partij in haar voormelde e-mailberichten opmerkte dat ze van toepassing zijn.

In die omstandigheden aanvaardt de Raad het uitgangspunt van de verzoekende partij dat de verwerende partij hier in wezen aanstuurt op één bepaald specifiek product, namelijk de Maurer-voeg type D240.

10.5. De verwerende partij zet weliswaar uiteen waarom de technische specificaties te dezen gerechtvaardigd zouden zijn.

Artikel 8 van het voormelde koninklijk besluit van 15 juli 2011 voorziet in een uitzondering op het erin opgenomen verbod wanneer dit is gerechtvaardigd door het voorwerp van de opdracht zelf zodat dit verbod niet absoluut is.

De verwerende partij lijkt echter in haar bestek noch in een voorbereidend document gewag te maken van enige reden waarom de technische specificaties gerechtvaardigd zouden zijn in de zin van dit artikel 8. Pas in de procedure vóór de Raad gaat de verwerende partij zulks verduidelijken. Dergelijke bijzondere verantwoording voor de gevraagde kenmerken *a posteriori* lijkt thans niet meer nuttig te kunnen worden bijgebracht.

Overigens zijn aan de bestekseis ook niet de woorden “of gelijkwaardig” toegevoegd.

10.6. Het middel is in de aangegeven mate ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en van de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv Emotec, maar niet de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende

‡BHLQLDAAI-BCHCAJV‡

partij. De draagwijdte van het middel, in de mate dat het ernstig is bevonden, brengt immers niet de verplichting voor de aanbestedende overheid met zich mee om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Emotec tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 3 oktober 2016 van het Agentschap Wegen en Verkeer, afdeling Wegen en Verkeer Oost-Vlaanderen, van het Vlaamse Gewest waarbij in het kader van de overheidsopdracht ‘E17 (complex Zwijnaarde) – Renovatie brugvoeg’ bestek nr. 1M3D8H/16/14 de offerte van de nv Renotec onregelmatig wordt verklaard en de opdracht wordt gegund aan de nv Emotec.

3. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 17 november 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

wnd. voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra