

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 237.692 van 16 maart 2017
in de zaak A. 221.467/XII-8312**

In zake: de NV BROUWERIJEN ALKEN-MAES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Charlotte De Wolf

tegen:

de GEMEENTE KASTERLEE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Dorien Geeroms
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Cogels Osylei 61
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 14 februari 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 23 januari 2017 houdende:

Beslist:

Artikel 1 - Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 18 januari 2017, opgesteld door de Technische dienst.

Art. 2 - Het verslag van nazicht van de offertes in bijlage maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Art. 3 - De opdracht ‘Leveren van dranken voor gemeentelijke gebouwen 2017-2020’ wordt gegund aan de economisch meest voordelige regelmatige (rekening houdend met de gunningscriteria) bieder, zijnde Mertens Gebr. Biercentrale bvba, Toemaathoek 36 te 2400 Mol, tegen de [...] eenheidsprijzen opgenomen in de offerte van 22/11/2016.

De [...] bestreden beslissing d.d. 23 januari 2017 omvat bijgevolg :

‡BGDROEEFG-BCIIEHV‡

- (i) de beslissing om de offerte van [de nv Brouwerijen Alken-Maes] substantieel onregelmatig te verklaren; en
- (ii) de beslissing om aansluitend de opdracht, zoals hierna gedefinieerd, aan [de bvba Mertens Gebr. Biercentrale] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 maart 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die *loco* advocaten Carlos De Wolf en Charlotte De Wolf verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dorien Geeroms, die eveneens *loco* advocaat Dirk Van Heuven, verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Kasterlee schrijft een overheidsopdracht uit voor het leveren van dranken voor gemeentelijke gebouwen van 2017 tot 2020.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 oktober 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 14 oktober 2016.

Als gunningswijze wordt gekozen voor een open offerteaanvraag.

3.3. De gunningscriteria worden in het bestek omschreven als volgt:

“-1: Ristorno: 50 punten
[...]
-2: Prijs: 30 punten
[...]
-3: Dienstverlening: 20 punten
[...].”

Als bijlage B bij het bestek is de volgende inventaris gevoegd:

“Bijlage B: Tabel gunningscriteria prijs
‘Leveren van dranken voor gemeentelijke gebouwen
Ter indicatie opgave van het verbruik in 2015 (zonder ontmoetingscentrum Kasterlee): De opsommingen, aantallen en omschrijvingen worden enkel indicatief en bij wijze van inlichting verstrekt. De gemeente behoudt zich het recht voor om van de gegeven inlichtingen af te wijken naargelang de noodwendigheden. In geval van afwijking kan er ge[e]n aanspraak gemaakt worden op schadevergoeding.”

Nr	beschrijving	type	hoev.	ehp. in cijfers	Totaal
BIEREN					
1	Vat Jupiler – 30 l	VH	28		
2	Vat Jupiler – 50 l	VH	72		
3	Jupiler 24x25cl	VH	327		
4	Vat Stella – 30 l	VH	16		
5	Vat Stella – 50 l	VH	100		
6	Stella 24x25cl	VH	115		
7	Palm 24x25cl	VH	65		
8	Hoegaarden 24x25cl	VH	82		
9	Duvel 24x33cl	VH	233		
10	Leffe blond 24x33cl	VH	107		
11	Leffe donker 24x33cl	VH	118		
12	Lindemans kriel 24x25cl	VH	129		
13	Westmalle dubbel 24x33cl	VH	33		
14	Westmalle tripel 24x33cl	VH	26		
				TOTAAL 1	
WATERS , LIMONADES EN VRUCHTENSAPPEN					
15	Vruchtensap (sinaas) fair traide 6x1l	VH	50		
16	Water plat – chaudfontaine 12x1l	VH	386		
17	Water bruis – chaudfontaine 12x1l	VH	392		
18	Water plat – chaudfontaine 24x25cl	VH	37		
19	Water bruis – chaudfontaine 24x25cl	VH	74		
20	Fanta orange – 6x1l	VH	117		
21	Fanta orange – 24x20cl	VH	49		
22	Coca cola – 6x1l	VH	161		
23	Coca cola – 24x20cl	VH	119		
24	Coca cola light – 6x1l	VH	104		
25	Coca cola light – 24x20cl	VH	10		
26	Coca cola zero – 6x1l	VH	27		
27	Ice tea – 24x25cl	VH	268		
28	Schweppes Tonic – 24x25cl	VH	114		
29	Gini – 24x25cl	VH	45		
				TOTAAL 2	
ANDERE PRODUCTEN					
30	Inza – halfvolle melk – 12x1l	VH	106		
31	Inza – halvolle melk – 20x50cl	VH	11		
32	Chips – lays zout – doos	VH	7		
33	Chips – lays paprika – doos	VH	7		
				TOTAAL 3	
				TOTAAL 1+2+3 (excl BTW)	
				BTW	
				TOTAAL incl BTW	

3.4. Zes inschrijvers dienen een offerte in: de nv Brouwerij Roman, de bvba Hoefnagels, de bvba Drankenhandel Daems, Dierckx Drinks, de nv Brouwerijen Alken-Maes en de bvba Mertens Gebr. Biercentrale.

3.5. De nv Brouwerijen Alken-Maes, de verzoekende partij, merkt in haar offerte onder meer op, hetgeen ook in de nota wordt weergegeven:

“Voor de levering aan u zullen wij dan ook samenwerken met biercentrale Gebroeders Mertens , die de leveringen zal doen in onze opdracht, aan de prijzen in de meetstaat, dewelke wij samen hebben opgemaakt. Wij verzekeren u dat Gebroeders Mertens u een onberispelijke service zal garanderen. Zo kunnen zij bijvoorbeeld voor uitzonderlijke leveringen quasi 7 dagen op 7, 24 uur per dag bijleveren.

Voor een aantal referenties in uw inventaris hebben wij onze eigen, gelijkwaardige, merken opgenomen, voor de door u gevraagde merken (grotendeels merken van onze concurrenten). Alken-Maes geeft hierop een extra korting aan Gebroeders Mertens, die hij integraal heeft doorgerekend in de verkoopprijzen van de Alken-Maes-bieren.

Wij rekenen erop dat u, rekening houdend met de wet op de plaatsing van overheidsopdrachten (die verbiedt dat door technische specificaties of vermeldingen van merken bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd), onze inschrijving met onze merken op een gelijke manier beoordeelt dan de inschrijving van de andere kandidaten.

Gebroeders Mertens kan u een veel ruimer gamma leveren, waarvan u een deel terugvindt in het fragment van hun tarieflijst in bijlage. U geniet van kortingen van 10% tot 30%, op alle producten die Gebroeders Mertens in kader van deze opdracht leveren. Op alle bieren & dranken van Alken-Maes, geniet ook de afnemer van de dranken, bovenop de korting aan u, van interessante prijzen, door middel van de korting die Mertens hiervoor van Alken-Maes krijgt.”

Voorts vult zij de inventaris gevoegd bij haar offerte in hetgeen zij in haar inleidend verzoekschrift als volgt weergeeft:

Nr	beschrijving	type	hoev.	ehp. in cijfers	Totaal
BIEREN					
1	Vat Maes pils 30 liter	VH	28	€ 60,00	€ 1.680,00
2	Vat Maes pils 50 liter	VH	72	€ 80,00	€ 5.760,00
3	Bak Maes 24x25cl	VH	327	€ 9,00	€ 2.943,00
4	Vat Cristal 30 liter	VH	16	€ 60,00	€ 960,00
5	Vat Cristal 50 liter	VH	100	€ 80,00	€ 8.000,00
6	Bak Cristal 24 x 25 cl	VH	115	€ 9,00	€ 1.035,00
7	Palm 24x25cl	VH	65	€ 15,23	€ 989,95
8	Brugs witbier 24 x 25 cl	VH	82	€ 13,00	€ 1.066,00
9	Duvel 24x33cl	VH	233	€ 27,00	€ 6.291,00
10	Grimbergen blond 24 x 33 cl	VH	107	€ 21,00	€ 2.247,00
11	Grimbergen donker 24 x 33 cl	VH	118	€ 21,00	€ 2.478,00
12	Mort Subite krielc Lambic24 x 25 cl	VH	129	€ 20,00	€ 2.580,00
13	Westmalle dubbel24x33cl	VH	33	€ 24,50	€ 808,50
14	Westmalle tripel 24x33cl	VH	26	€ 28,00	€ 728,00
				TOTAAL 1	€ 37.566,45
WATERS , LIMONADES EN VRUCHTENSAPPEN					
15	oxfam fruitsap 6 x 1 liter in bak	VH	50	€ 14,00	€ 700,00
16	Water plat – chaudfontaine 12x1l	VH	386	€ 8,01	€ 3.091,86
17	Water bruis – chaudfontaine 12x1l	VH	392	€ 8,01	€ 3.139,92
18	Water plat – chaudfontaine 24x25cl	VH	37	€ 9,05	€ 334,85
19	Water bruis – chaudfontaine 24x25cl	VH	74	€ 9,05	€ 669,70
20	Fanta orange – 6x1l	VH	117	€ 8,50	€ 994,50
21	Fanta orange – 24x20cl	VH	49	€ 11,98	€ 587,02
22	Coca cola – 6x1l	VH	161	€ 12,00	€ 1.932,00
23	Coca cola – 24x20cl	VH	119	€ 11,89	€ 1.414,91
24	Coca cola light – 6x1l	VH	104	€ 12,00	€ 1.248,00
25	Coca cola light – 24x20cl	VH	10	€ 11,89	€ 118,90
26	Coca cola zero – 6x1l	VH	27	€ 12,00	€ 324,00
27	Ice tea – 24x25cl	VH	268	€ 14,41	€ 3.861,88
28	Schweppes Tonic – 24x25cl	VH	114	€ 17,82	€ 2.031,48
29	Gini – 24x25cl	VH	45	€ 17,82	€ 801,90
				TOTAAL 2	€ 21.250,92
ANDERE PRODUCTEN					
30	Inza – halfvolle melk – 12x1l	VH	106	€ 13,48	€ 1.428,88
31	Inza – halvolle melk – 20x50cl	VH	11	€ 13,58	€ 149,38
32	Chips – lays'zout – doos	VH	7	€ 8,54	€ 59,78
33	Chips – lays paprika – doos	VH	7	€ 8,54	€ 59,78
				TOTAAL 3	€ 1.697,82
				TOTAAL 1+2+ 3 (excl BTW)	€ 60.515,19
				BTW	€ 9.265,88
				TOTAAL incl BTW	€ 69.781,07

3.6. In het verslag van nazicht van 18 januari 2017 worden alle inschrijvers geselecteerd en worden alle offertes formeel regelmatig bevonden.

In het kader van het materieel nazicht van de offertes wordt zowel bij de offerte van de nv Brouwerij Roman als bij die van de nv Brouwerijen Alken-Maes echter het volgende opgemerkt: “Niet OK: Inventaris werd aangepast, kan de gevraagde bieren niet leveren.”

Vervolgens worden de offertes van die inschrijvers onregelmatig bevonden op grond van de motivering: “Technisch niet in orde. Inventaris werd aangepast, kan de gevraagde bieren niet leveren”.

De offertes van de overige vier inschrijvers worden getoetst aan de gunningscriteria. Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de bvba Mertens Gebr. Biercentrale, die volgens het gunningsverslag de economisch meest voordelige regelmatige offerte heeft ingediend.

3.7. Op 23 januari 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kasterlee om het verslag van nazicht goed te keuren en om de opdracht overeenkomstig dit verslag te gunnen aan de bvba Mertens Gebr. Biercentrale.

Met een aangetekend schrijven van 30 januari 2017 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte onregelmatig werd verklaard. Op haar verzoek wordt haar nadien ook nog een kopie bezorgd van de integrale gunningsbeslissing, evenals van het gunningsverslag.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. De verwerende partij werpt in haar nota op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering omdat zij een onontvankelijke offerte heeft ingediend.

Daarbij verwijst zij niet naar het motief op grond waarvan de offerte van de verzoekende partij onregelmatig werd verklaard in de bestreden beslissing, doch voert zij drie nieuwe redenen aan waarom de offerte van de verzoekende partij “substantieel onregelmatig” zou zijn.

Zij werpt aldus op dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig zou zijn ondertekend. Zij betoogt daartoe dat de werkelijke inschrijver niet de verzoekende partij is, maar wél haar “onderaannemer”, namelijk de bvba Gebroeders Mertens Biercentrale, die zij een “zéér vreemde rol” toedicht bij de inschrijving op de opdracht. Voorts bevat volgens de verwerende partij de

‡BGDROEEFG-BCIEHV‡

offerte geen verbintenis van actieve inzet van de “onderaannemer” en ten slotte is de offerte van de verzoekende partij dubbel en zelfs drievoudig ingediend.

Beoordeling

5. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die de rechtsmacht of, zoals de voorliggende exceptie, de ontvankelijkheid betreffen. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State dergelijke excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

Vastgesteld dient te worden dat de verwerende partij zich in haar exceptie beroept op drie substantiële onregelmatigheden waarmee de offerte van de verzoekende partij zou zijn behept, doch die geenszins door haar blijken te zijn vastgesteld in de bestreden gunningsbeslissing, noch in het verslag van nazicht.

Een verwerende partij mag zich in beginsel echter niet voor het eerst in de procedure voor de Raad van State op de onregelmatigheid van de offerte van een verzoekende partij beroepen als deze onregelmatigheid niet in de bestreden beslissing werd opgemerkt, des te meer omdat zulks te dezen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid gebeurt. Het lijkt bovendien niet aan de Raad van State toe te komen de gegrondheid van deze exceptie na te gaan nu zulks te dezen een diepgaand onderzoek lijkt te noodzaken, vergelijkbaar met het regelmatigheidsonderzoek, te voeren door een aanbestedende overheid.

In die omstandigheden wordt de exceptie niet aanvaard bij gebrek aan hoge graad van ernst.

V. 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.

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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. In een enig middel voert de verzoekende partij onder meer de schending aan van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni

2006), van artikel 8, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en van de beginselen van behoorlijk bestuur, “m.n. het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat verwerende partij, zoals blijkt uit de bestreden beslissing, de offerte van verzoekende partij als substantieel onregelmatig heeft verworpen op grond van het motief dat verzoekende partij de inventaris, opgenomen als bijlage B van het bestek, heeft gewijzigd en de gevraagde bieren niet kan leveren;

terwijl, overeenkomstig artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006 juncto artikel 18.1 van richtlijn 2014/24/EU, aanbestedende overheden leveranciers op een gelijke en niet-discriminerende wijze moeten behandelen;

terwijl artikel 8, §§ 1 en 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 juncto artikel 42, lid 1 tot 4 van richtlijn [2014]/24/EU vereisen dat technische specificaties in de opdrachtdocumenten aan inschrijvers een gelijke toegang moeten waarborgen en geen ongerechtvaardigde belemmeringen voor de mededinging mogen creëren; m.n. mag in de technische specificaties geen verwijzing worden gemaakt naar een bepaald merk waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld en andere worden geëlimineerd;

terwijl een dergelijke verwijzing naar een merk enkel bij wijze van uitzondering is toegestaan wanneer (i) deze verwijzing vergezeld gaat van de woorden ‘of gelijkwaardig’ en (ii) door het voorwerp van de opdracht is gerechtvaardigd;

terwijl verzoekende partij in haar offerte de producten (m.n. dranken) heeft opgenomen die wat betreft de kenmerken en karakteristieken overeenstemmen met de in bijlage B van het bestek opgenomen omschrijving, met behoud van de in de inventaris opgenomen vermoedelijke hoeveelheden (‘VH’);

terwijl verwerende partij het begrip ‘dranken’, zoals opgenomen in bijlage B van het bestek, in de bestreden beslissing kwalificeert als ‘biermerken’, m.n. merken die door één welbepaalde brouwerij, m.n. de brouwerij Inbev, worden geproduceerd en alsdan deze onderneming, en bij uitbereiding belanghebbende partij, bevoordeelt en de andere ondernemingen of brouwerijen, waaronder verzoekende partij, elimineert;

zodat de bestreden beslissing artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 juncto artikel 18.1 van richtlijn 2014/14/EU, alsmede artikel 8, §§ 1 en 2 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 juncto artikel 42, lid 1 tot 4, van richtlijn 2014/24/EU schendt;

zodat de bestreden beslissing bovendien de beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, schendt, nu bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld en andere

worden gediscrimineerd, zonder dat hiervoor een deugdelijke en draagkrachtige motivering voorligt of, gegeven de kennelijke gelijkwaardigheid van de aangeboden ‘dranken’ of ‘bieren’, een deugdelijke feitengaring door verwerende partij werd verricht, waarbij de karakteristieken en kenmerken van de door de inschrijvers aangeboden ‘dranken’ of ‘bieren’ werden vergeleken om, rekening houdend met alle relevante elementen, met kennis van zaken een gemotiveerde beslissing te nemen;
zodat het eerste en enige door verzoekende partij aangevoerde middel ernstig is en de uitvoering van de bestreden beslissing dient te worden geschorst.”

De verzoekende partij licht toe dat zij de bestreden gunningsbeslissing in rechte en in feite betwist in de mate dat daarin wordt vastgesteld dat zij de inventaris, opgenomen als bijlage B van het bestek, heeft gewijzigd en de gevraagde “bieren” of “dranken” niet kan leveren.

In zoverre de verwerende partij onder “bieren” aldus “biermerken” begrijpt, schendt de bestreden gunningsbeslissing artikel 8, §§1 en 2, van het koninklijk besluit Plaatsing. Immers indien als technische specificatie door de verwerende partij een bepaald (bier)merk wordt gevraagd, wordt één bepaalde onderneming bevoordeeld (*in casu* de brouwerijgroep Inbev) en andere ondernemingen worden geëlimineerd (*in casu* onder andere de verzoekende partij). Minstens schendt de bestreden gunningsbeslissing volgens de verzoekende partij de voormelde wettelijke bepalingen in de mate dat geen rechtvaardiging in het bestek is opgenomen voor de verwijzing naar een welbepaald biermerk en bovendien de vermelding “of gelijkwaardig” in het bestek niet is opgenomen.

8. De repliek van de verwerende partij op dit middel in haar nota is beperkt tot hetgeen volgt:

“Verwerende partij heeft opgave gevraagd van de dranken die thans het meest worden gevraagd door de gebruikers, met dien verstande dat de aanbidding van een (uitgebreider) drankenaanbod bij het derde criterium ook wordt mee gewogen bij de beoordeling van de offertes. Door de opgave van een basisassortiment – zeker niet enkel Inbevproducten – werd een objectieve prijsvergelijking voor het eerste gunningscriterium mogelijk.
Het enige middel is, in zoverre ontvankelijk, ten zeerste quod non, ongegrond.”

Beoordeling

9. Overeenkomstig het geschonden geachte artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 dienen de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners op gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze te behandelen.

Artikel 41 van de wet van 15 juni 2006 bepaalt:

“De aanbestedende overheid neemt de technische specificaties op in de opdrachtdocumenten.

De Koning bepaalt de andere modaliteiten die betrekking hebben op het voorschrijven van de technische specificaties, de normen en de technische erkenningen. Dit voorschrijven gebeurt :

1° hetzij door verwijzing naar technische specificaties;

2° hetzij in termen van prestatie-eisen of functionele eisen;

3° hetzij in termen van prestatie-eisen of functionele eisen als bedoeld in 2°, waarbij onder vermoeden van overeenstemming met deze prestatie-eisen of functionele eisen wordt verwezen naar de in 1° bedoelde specificaties;

4° hetzij door verwijzing naar de in 1° bedoelde specificaties voor bepaalde kenmerken en naar de in 2° bedoelde prestatie-eisen en functionele eisen voor andere kenmerken.”

Voorts bepaalt het geschonden geachte artikel 8 van het koninklijk besluit Plaatsing:

“§ 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.”

10. Het op de opdracht toepasselijk bestek bevat in deel III “Technische bepalingen” geen nadere omschrijving van de kenmerken van de te leveren dranken, behoudens wat het vruchtensap betreft, dat eerlijk geproduceerd (“fair trade”) dient te zijn.

Bijlage B “Tabel gunningscriteria prijs” bij het bestek bevat wel een inventaris waarin onder meer verschillende soorten bier, telkens met merknaam, worden vermeld.

11. De verzoekende partij merkt in haar offerte onder meer het volgende op, hetgeen ook in de nota is weergegeven:

“Voor een aantal referenties in uw inventaris hebben wij onze eigen, gelijkwaardige, merken opgenomen, voor de door u gevraagde merken (grotendeels merken van onze concurrenten). Alken-Maes geeft hierop een extra korting aan Gebroeders Mertens, die hij integraal heeft doorgerekend in de verkoopprijzen van de Alken-Maes-bieren.

Wij rekenen erop dat u, rekening houdend met de wet op de plaatsing van overheidsopdrachten (die verbiedt dat door technische specificaties of vermeldingen van merken bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd), onze inschrijving met onze merken op een gelijke manier beoordeelt dan de inschrijving van de andere kandidaten.”

12. In het verslag van nazicht, waar de bestreden gunningsbeslissing naar verwijst, wordt de offerte van de verzoekende partij vervolgens substantieel onregelmatig bevonden op grond van de motivering “Technisch niet in orde. Inventaris werd aangepast, kan de gevraagde bieren niet leveren”.

13. Door te oordelen dat de verzoekende partij “de gevraagde bieren niet [kan] leveren”, lijkt de verwerende partij aldus de bij het bestek gevoegde inventaris te interpreteren in de zin dat hierin tevens de vereiste kenmerken van de te leveren producten worden omschreven, en dus technische specificaties worden vermeld in de zin van de hiervoor aangehaalde artikelen 41 van de wet van 15 juni 2006 en 8 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Op het eerste gezicht dient echter te worden vastgesteld dat in de inventaris telkens verwezen wordt naar bieren van een welbepaald merk, hetgeen overeenkomstig het voormelde artikel 8 in beginsel verboden is.

Voorts lijkt de verwerende partij zich niet op één van de in het voormelde artikel 8, § 2, vermelde uitzonderingen op het verbod om te verwijzen naar merken, octrooien of types, of een bepaalde oorsprong of productie te beroepen. Zo laat zij na uiteen te zetten waarom merkenvermelding door het voorwerp van de opdracht zou zijn gerechtvaardigd noch dat het niet mogelijk zou zijn 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 van het koninklijk besluit Plaatsing. Overigens ontbreekt, wat deze laatste mogelijke uitzonderingsgrond betreft, in het bestek in elk geval de vermelding van de woorden “of gelijkwaardig”.

De verwerende partij blijkt dan ook de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te hebben verklaard zonder de gelijkwaardigheid van de door haar aangeboden bieren, waarop de verzoekende partij zich in haar offerte heeft beroepen, te hebben beoordeeld.

14. De interpretatie die de verwerende partij aldus gegeven heeft aan de besteksbepalingen lijkt voorts tot gevolg te hebben dat bepaalde producten of ondernemingen worden bevoordeeld. Zoals blijkt uit de tekst van het voormelde artikel 8, § 2, van het koninklijk besluit Plaatsing, volstaat het dat bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld om van een schending van artikel 8 te kunnen spreken en hoeft de verzoekende partij als dusdanig niet aan te tonen dat zij door de vermelding van de merknamen van deelname aan de opdracht werd uitgesloten. *In casu* lijkt het overigens geen twijfel dat de producenten en verdelers van de in de inventaris met merknaam vermelde bieren, door de vermelding ervan, worden bevoordeeld. Bovendien werd de offerte van de verzoekende partij dan ook nog geweerd juist wegens strijdigheid ervan met de door de verwerende partij “gevraagde bieren”.

15. Het argument van de verwerende partij in de nota dat zij in de inventaris bij het bestek slechts opgave heeft gedaan van de dranken die thans het

‡BGDROEEFG-BCIIEHV‡

meest worden gevraagd door de gebruikers, lijkt aan de voorgaande vaststellingen geen afbreuk te kunnen doen. Weliswaar was in het bestek vermeld dat de inventaris wat de omschrijvingen betreft “enkel indicatief” was, maar dit argument wordt tegengesproken door de uitdrukkelijke vaststelling in het verslag van nazicht dat de “gevraagde” bieren niet konden worden geleverd. Aldus werden de omschrijvingen niet indicatief, maar dwingend gehanteerd.

16. Dat het gevraagde basisassortiment niet enkel “Inbevproducten” bevat, doet daaraan evenmin afbreuk. Zoals hiervoor reeds werd opgemerkt, volstaat het dat bepaalde ondernemingen zoals te dezen Inbev worden begunstigd om van een schending van het voornoemde artikel 8 te kunnen spreken.

17. Door het bestek in de bestreden beslissingen aldus te interpreteren en de offerte van de verzoekende partij op de voormelde gronden zonder meer substantieel onregelmatig te verklaren, lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht dan ook te hebben gehandeld in strijd met de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

Het enig middel is ernstig.

VII. Kosten

18. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de gemeente Kasterlee van 23 januari 2017 waarbij de opdracht “leveren van dranken voor gemeentelijke gebouwen 2017-2020” wordt gegund aan de bvba Mertens Gebr. Biercentrale, na onregelmatigverklaring van de offerte van de nv Brouwerijen Alken-Maes.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 maart 2017,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest