

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.932 van 21 november 2017

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
Terhulpseseenweg 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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 5 december 2016, strekt tot de
nietigverklaring 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. Bij arrest nr. 236.437 van 17 november 2016 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing en de beslissing tot onregelmatigverklaring, en verwerpt de vordering voor het overige.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 oktober 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sophie Bleux, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Jurgen Vervaecke, 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 van 23 mei 2016 en 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 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 postnr. 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, hieronder weergegeven, de berichten van de verwerende partij in het vetjes:

“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 ander 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 [van] 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 zuinigheids-

beginsel, 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 [het] 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 dienstpad 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 we 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 overweging:

“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. Ontvankelijkheid van het beroep

4.1.1. De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre dit gericht is tegen de impliciete beslissing om de opdracht niet aan de verzoekende partij te gunnen.

De verwerende partij werpt op dat “[i]n huidige zaak [...] bij een nietigverklaring Uw Raad in de eerste plaats een wettigheidskritiek [zou] gegrond kunnen verklaren ten aanzien van het onregelmatig verklaren van de offerte van verzoekende partij. In dat geval zal verwerende partij, als aanbestedende overheid, opnieuw een uitspraak moeten doen over de regelmatigheid van deze offerte. Uit de elementen van deze zaak blijkt echter niet dat op dit ogenblik met 100% zeker-

heid kan gezegd worden dat verwerende partij de offerte van verzoekende partij zal moeten regelmatig verklaren. In elk geval toont verzoekende partij dit niet aan”.

4.1.2. In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat wanneer zoals te dezen vaststaat dat de opdrachtgever effectief tot contractsluiting wou overgaan, onomstotelijk vaststaat dat in een open aanbesteding – wanneer haar grieven gegrond worden bevonden – haar offerte de laagste regelmatige is en zij dus de enige inschrijver is aan wie de opdracht kan/moet worden gegund.

Beoordeling

4.2. De vernietiging van de impliciete weigering om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen en waarbij komt vast te staan dat de verwerende partij geen andere keuze heeft dan de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen, hangt samen met de beoordeling van de grond van de zaak.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006), het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt:

“Doordat de bestreden beslissingen de offerte van verzoekende partij onregelmatig verklaren omwille van het feit dat bij de aangeboden meervoudige brugvoeg de lamellen van de voeg met bouten op de steunprofielen (dwarsbalk met sturingssysteem) zijn bevestigd en dit strijdig zou zijn met het verbod op het gebruik van bouten in de voeg.

Terwijl het verbod op gebruik van bouten in de voeg enkel technisch zinvol kan zijn wanneer de bouten een voeg-verankerende functie hebben omdat enkel krachten die op voegverankerende bouten worden overgezet de stabiliteit van de voeg in het gedrang kunnen brengen waarbij de voeg loskomt uit het beton van het wegdek; dat uit de correcte lezing van de technische voorschriften van het bestek inzake de renovatie van de brugvoeg dus blijkt dat het verbod op het gebruik van bouten beperkt is tot het verbod op gebruik van bouten ter verankering van de voeg; Terwijl de bouten waarmee lamellen van de voeg op de bewegende delen van het sturingssysteem van de voeg geen voeg-verankerende functie hebben en dus de stabiliteit van de voeg niet in het gedrang kunnen brengen; Zodat de redenen om de offerte van verzoekende partij als onregelmatig te verklaren, materieel niet draagkrachtig zijn.”

In de toelichting bij het middel merkt de verzoekende partij op dat het verbod op gebruik van bouten in de voeg technisch gezien enkel zinvol kan zijn wanneer de bouten een voegverankerende functie hebben omdat enkel krachten die op voegverankerende bouten worden overgezet, de stabiliteit van de voeg in het gedrang kunnen brengen. Een correcte lezing van de technische voorschriften van het bestek inzake de renovatie van de brugvoeg laat dus toe dat bouten zonder voegverankerende functie worden gebruikt.

In de mate dat de verwerende partij heeft bedoeld dat de door de verzoekende partij aangeboden voeg met bouten wordt verankerd, is deze opmerking manifest foutief. Bij de door de verzoekende partij voorgestelde methode is immers van verankering geen sprake.

Door de offerte van de verzoekende partij te weren omwille van het gebruik van bouten, los van de verankering van de voeg, breidt de aanbestedende overheid het verbod tot het gebruik van bouten in de voeg – voor de verankering ervan – uit tot een verbod van het gebruik van bouten in alle onderdelen van de voeg. Aldus creëert de verwerende partij, voor het eerst in de bestreden beslissingen, een nieuw besteksvereiste, namelijk het verbod om bouten te gebruiken in alle onderdelen van de voeg, waaronder de bevestiging van de lamellen op het sturingssysteem op de steunbalken. Het sturingssysteem is nochtans op zich geen voeg, maar een supplementair stuk dat bovenop de

steunbalken wordt geplaatst en dat enkel een functie heeft in het kader van de gecontroleerde uitzetting tussen de verschillende lamellen.

5.2. In de memorie van wederantwoord vraagt de verzoekende partij om de aanstelling van een deskundige met de volgende opdracht:

“- te onderzoeken welke een zinvolle technische interpretatie van het bestek is inzake de te plaatsen uitzettingsvoegen met een box-in-box methode, inzonderheid wat betreft :

- het gebruik van bouten in de voeg,
- de wijze van verankering van het sturingssysteem aan de dwarskast,
- het type voeg dat beoogd werd,
- het gebruik van bouten (al dan niet met gecontroleerde voorspankracht) ter bevestiging van de lamellen aan de bewegende delen van het sturingssysteem,
- toe te lichten wat het verschil is tussen het gebruik van (gewone) bouten in de voeg ter verankering van een voeg en het gebruik van bouten - al dan niet met gecontroleerde voorspankracht - ter bevestiging van lamellen op het sturingssysteem,
- te bepalen welke aspecten van de besteksvoorschriften inzake het gebruik van uitzettingsvoegen en het voorkomen van gewone bouten dan wel bouten met gecontroleerde voorspankracht, essentiële of niet-essentiële besteksbepalingen zijn,
- te bepalen of de krachten van het wegverkeer, via de boutbevestiging van de lamellen op het sturingssysteem, een impact hebben op de stabiliteit van de voeg,
- te antwoorden op alle nuttige vragen van partijen.”

Beoordeling

6. In de gunningsbeslissing wordt nopens de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij verwezen naar het technische gedeelte van het bestek, “B. Bijgevoegde artikels”, zoals hiervoor geciteerd sub 3.3 en in het bijzonder naar het verbod op “[h]et gebruik van bouten in de voeg”.

De verzoekende partij betwist hier dat de door haar aangeboden voeg met bouten wordt verankerd. In het licht van het voorwerp van de opdracht waarbij de bestaande voegverankering blijft behouden, blijkt evenwel niet dat de verwerende partij aldus heeft geoordeeld.

Uit het bestek volgt voorts dat slechts een type voeg 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 partij dat het voorschrift inzake het verbod op het gebruik van bouten in de voeg, niet ter zake doet voor wat betreft de bevestiging van de lamellen op het sturingssysteem op de steunbalken, kan niet worden bijgevalen. Het sturingssysteem is geen supplementair stuk maar een wezenlijk onderdeel van de voeg.

Aangezien het aangeboden type voeg voor de bevestiging van de lamellen aan de bewegende delen van het sturingssysteem bouten gebruikt, wat de verzoekende partij niet ontkent, beantwoordt deze voeg bijgevolg niet aan het voormelde artikel van het bestek.

Te dezen gaat het om een problematiek van interpretatie van een besteksbepaling die in het licht van het voorwerp van de opdracht mag worden beoordeeld zonder dat de gerezen technische stabiliteitskwesaties eerst definitief zouden moeten worden beslecht. Er moet dan ook geen deskundige worden aangesteld.

Het middel is niet gegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 24 van de wet van 15 juni 2006, van artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het zuinigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt:

“Doordat de bestreden beslissingen de offerte van verzoekende partij materieel onregelmatig verklaren omwille van het gebruik van bouten bij de bevestiging van de lamellen van de voeg op de steunprofielen;
Terwijl, indien moet worden aangenomen dat het bestek zo moet worden gelezen dat er geen enkel bebout onderdeel in de gehele voegconstructie mag voorkomen, dan nog moet worden vastgesteld dat een afwijking van het bestek hoogstens een relatieve onregelmatigheid met zich meebrengt;
Terwijl er geen reden is om de bestekseis inzake het verbod op bebouting (los van de verankering van de voeg) als een essentiële bestekseis te beschouwen; het kan dan ook slechts om een niet-essentiële bestekseis [...] gaan;
Zodat, in de mate dat de voorgestelde Mageba-voeg zelf niet met bouten in het brugdek wordt verankerd en er enkel bouten worden gebruikt bij de bevestiging van de lamellen op het sturingssysteem van de steunbalken, er afdoende bewijs is geleverd dat die bevestigingswijze geen risico [...] voor de stabiliteit van de voeg met zich meebrengt,
Zodat deze afwijking dan ook in redelijkheid niet tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van verzoekende partij kan leiden.”

De verzoekende partij zet nader uiteen 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. Het gebruik van bouten bij de bevestiging van het sturingssysteem heeft echter geen impact op de stabiliteit van de voeg. Zelfs indien het bestek zo zou moeten worden gelezen dat er bij de hechting van het sturingssysteem ook geen bouten mogen worden gebruikt, kan dit niet als een essentieel voorschrift worden aanzien. Dergelijke eis kan hoogstens als essentieel worden beschouwd ten aanzien van het gebruik van bouten bij de verankering van de voeg. De eis om in de gehele voegconstructie geen bouten te gebruiken, dient te worden aanzien als een kennelijk overdreven eis. De aanbestedende overheid kan voor een bepaalde opdracht immers geen strengere technische voorwaarden opleggen dan degene die in redelijkheid kunnen worden gerechtvaardigd. De zeer stringente interpretatie van het bestek door de verwerende partij leidt er *de facto* toe dat de mededinging nodeloos wordt beperkt.

Dat de betrokken besteksbepaling niet essentieel is, blijkt volgens de verzoekende partij ook uit het feit dat de afwijking ervan de goede uitvoering van de opdracht geenszins in gevaar brengt. De verwerende partij doet ten onrechte uitschijnen dat de Mageba-voeg en de Maurer-voeg twee totaal verschillende producten zijn die niet kunnen worden vergeleken. Het gaat om

dezelfde, minstens gelijkwaardige producten, doch van een ander merk. Het prijsverschil tussen de twee offertes vloeit *in globo*, zo vervolgt de verzoekende partij, voort uit het geheel van de aangeboden prestaties. Het is niet zo dat de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in gevaar wordt gebracht door het feit dat de ene inschrijver een gelast sturingssysteem aanbiedt, en de andere een bebout. De verzoekende partij merkt dienaangaande nog op dat in de bestreden gunningsbeslissing geen enkele melding wordt gemaakt van het feit dat de door de verzoekende partij begane onregelmatigheid de objectieve vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang zou brengen.

Het miskende voorschrift tast het voorwerp van de opdracht op geen enkele manier aan zodat er geen sprake kan zijn van een inbreuk op een “essentiële besteksbepalings”. Het gegeven dat een brugdekvoeg over een bebout en geen gelast sturingssysteem beschikt, heeft geen enkele impact op de stabiliteit van de voeg.

De verzoekende partij vervolgt dat de betrokken bestekseis niet als essentieel is bestempeld, noch op straffe van nietigheid is voorgeschreven, hetgeen het aangevoerde niet-essentiële karakter bevestigt.

De verzoekende partij voegt hieraan toe dat de handelwijze van de verwerende partij leidt tot een absurd kostprijsverhogend effect nu de renovatie van de brugvoeg met gelijkwaardig materiaal meer dan 30.000 euro duurder wordt. Tegenover deze kostprijs staat geen enkele technische meerwaarde en geen enkele meerwaarde naar stabiliteit van de voeg.

De verzoekende partij besluit dat de absolute nietigheid van haar offerte omwille van het gebruik van bouten bij de bevestiging van de lamellen op het sturingssysteem niet in redelijke verhouding staat tot de ten laste gelegde onregelmatigheid.

7.2. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat nergens in het bestek, de opdrachtdocumenten of de memorie van antwoord wordt uitgelegd waarom het om technische redenen in redelijkheid te verantwoorden is dat er geen bout mag worden gebruikt voor de hechting van een

lamel aan het sturingssysteem. De beweringen van de verwerende partij in de memorie van antwoord dat de krachten die het wegverkeer op de voeg zetten hoe dan ook via de bouten die worden gebruikt voor de fixatie van de lamellen, een impact hebben op de stabiliteit van de voeg, staan haaks op de vaststellingen van de Nederlandse overheidsdienst Rijkswaterstaat en zijn loze beweringen.

Voor het overige verwijst de verzoekende partij in essentie naar haar verzoekschrift en haar vraag, geformuleerd in de memorie van wederantwoord onder het eerste middel, om een deskundige aan te stellen.

Beoordeling

8. 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.

Technische specificaties gelden in beginsel als essentiële besteksbepalingen. Uit de toepasselijke besteksbepaling mag worden afgeleid dat het bestek op dwingende wijze voorschrijft dat het gebruik van bouten in de voeg niet is toegelaten.

De verzoekende partij toont hier niet afdoende aan – ook niet om een deskundige hiervoor aan te stellen – dat de verwerende partij de afwijking van die voorwaarde in het licht van artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing niet als een substantiële onregelmatigheid mocht aanmerken. Zulks volstaat op zich om de offerte van de verzoekende partij te verwerpen, op grond van het bestek waarvan de onrechtmatigheid in het volgende middel wordt aangevoerd.

Het middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

9. De verzoekende partij voert de schending aan van de artikelen 34 tot en met 36 van het Verdrag ‘betreffende de Europese Unie’ (hierna: VEU), de artikelen 28 tot en met 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, artikel 8 van het koninklijk besluit Plaatsing, 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 betoogt:

“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 besteksbevestiging inzake 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.

De verzoekende partij meent dat zij niet moet aantonen 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 bewuste technische specificatie worden bevoordeeld of uitgeschakeld.

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 bevat ook niet de woorden “of gelijkwaardig”.

Ook wijst de verzoekende partij erop dat het door haar aangeboden type zeker voldoet aan de besteksbepalingen, of er minstens aan 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 een 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.

10. De verwerende partij merkt op de eerste plaats op dat de verzoekende partij niet aantoonst 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 aantoonst 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 volgens de verwerende partij ook niet aan dat er geen andere type voeg op de markt zou zijn die wel voldoet aan de eisen. De verwerende partij moest dan ook geen 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.

11. In de memorie van wederantwoord wordt het standpunt van de verwerende partij dat de verzoekende partij geen belang zou hebben bij dit middel, betwist. Met verwijzing naar rechtspraak van het Hof van Justitie acht zij het grensoverschrijdend aspect en het bestaan van intracommunautaire handel te dezen bewezen.

Zij herhaalt voorts dat de verwerende partij geen bewijs levert dat er meerdere voegen op de markt beschikbaar zijn die voldoen aan de technische bestekseisen en dat zijzelf niet verplicht is om een negatief bewijs te leveren.

12. In haar laatste memorie spitst de verwerende partij zich toe op de ontvankelijkheid van het middel in reactie op het standpunt in het auditoraatsverslag waarin wordt betoogd dat, “wat betreft het belang van verzoekende partij, [...] het volstaat dat de verzoekende partij aantoont dat bepaalde ondernemingen werden begunstigd om toepassing te kunnen maken van artikel 8 van het KB Plaatsing” en dat er niet moet “worden aangetoond dat de verzoekende partij niet kon deelnemen aan de opdracht”.

De verwerende partij stelt dat de kwestieuze besteksbepaling inzake het bebout zijn, de verzoekende partij geen nadeel toebrengt.

In de mate dat in het auditoraatsverslag het auditoraat zich lijkt te beroepen “op de rechtspraak terug te vinden in het arrest Bent Moustén Vestergaard” van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 3 december 2001, zaak C-59/00 merkt de verwerende partij nog het volgende op.

Deze rechtspraak geldt enkel voor zaken van een grensoverschrijdend belang wat het auditoraat hier niet aanvaardt, wat ertoe had moeten leiden aan te nemen dat op de voorliggende problematiek het EU-recht, de Europese beginselen van vrij verkeer inbegrepen, niet van toepassing is.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat deze rechtspraak van het voormelde Hof niet het belang van een partij betreft maar het belang van de Europese Unie zelf; het Hof onderzocht of een besteksbepaling al dan niet in strijd was met de artikelen 6 en 30 VEU.

Ten slotte herhaalt de verwerende partij dat de verzoekende partij door de litigieuze besteksbepaling niet verhinderd is om in te schrijven met een voeg die beantwoordt aan de omschrijving in het bestek. Voorts wijst zij erop dat “de gekozen inschrijver en verzoekende partij evenveel kans hadden om de opdracht uit te voeren, wanneer men ervan uitgaat dat de door het bestek voorgeschreven voeg vrij verkrijgbaar is voor iedere aannemer actief in die sector”. Nergens toont de verzoekende partij aan dat het haar niet mogelijk was om een besteksconforme offerte in te dienen.

13. De verzoekende partij merkt in haar laatste memorie op: “Het feit geweerd te worden omwille van een strijdigheid met een onwettig technisch voorschrift houdt op zich een belemmering [in] in hoofde van de geweerde inschrijver, waardoor zijn belang bij een middel gesteund op een onrechtmatige belemmering en op een onwettig technisch voorschrift vaststaat”. “Er kan niet vereist worden dat een verzoekende partij een negatief bewijs levert. Evenmin houdt verwerende partij rekening met de concrete situatie in de sector van de brugvoegen. Renotec is exclusief verdeler van de Mageba-voeg die de concurrent is van de Mauer-voeg. Het is niet denkbeeldig dat Renotec moeite heeft om een offerte te krijgen van Emotec, exclusief verdeler van Maurer-voeg in België”.

Voorts wijst zij erop dat zij wel degelijk belang heeft bij het aanvechten van de impliciete weigering om de opdracht aan haar te gunnen. Zij stelt dat zij de laagste regelmatige offerte heeft ingediend en dat de enige reden dat haar offerte onregelmatig is verklaard de aanwezigheid van de bouten in de voeg

was. Deze bestekseis schendt echter artikel 8 van het koninklijk besluit Plaatsing zodat vaststaat dat haar offerte ten onrechte is geweerd.

Beoordeling

14.1. Artikel 8 van het koninklijk besluit Plaatsing 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.”

14.2. De Raad van State neemt aan dat de verwerende partij met de besteksvorschriften – boutloze, gelaste bevestiging van de lamellen aan het sturingssysteem – in wezen een voeg van een bepaald merk en type vraagt, namelijk een Maurer-voeg 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. De werken, voorwerp van de thans voorliggende opdracht, gaan over het vervangen van een brugdekvoeg 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 niet aan dat ze inderdaad boutloos zijn en dus

besteksconform – de fiches zijn in het Engels opgesteld –, dat ze reeds aanwezig zijn op de Europese markt of dat ze beantwoorden aan de eisen van de European Technical Approval Guideline 032 (ETAG 032) waarvan de verwerende partij in haar voormelde e-mailberichten opmerkt dat ze van toepassing zijn.

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

14.3. De verwerende partij toont hier niet aan dat de voorwaarden waaronder deze vermelding of verwijzing bij wijze van uitzondering zoals bepaald in het hiervoor aangehaalde artikel 8, vervuld zijn. De verwerende partij zet weliswaar uiteen – deels met verwijzing naar haar verweer bij het tweede middel – waarom de technische specificaties te dezen gerechtvaardigd zouden zijn. Zij heeft echter daarvoor noch in haar bestek noch in een voorbereidend document enige redenen opgegeven. Pas in de procedure vóór de Raad gaat de verwerende partij zulks verduidelijken. Dergelijke bijzondere verantwoording voor de gevraagde kenmerken is *a posteriori* en dienvolgens niet meer nuttig aan te voeren. Overigens heeft de verwerende partij ook niet voorzien in de mogelijkheid voor een inschrijver om een gelijkwaardig product aan te bieden.

14.4. De verzoekende partij heeft belang bij het middel, zelfs in de mate dat dit enkel zou steunen op de schending van het betrokken artikel 8 waarvan de partijen de toepasselijkheid niet betwisten.

Uit de gegeven omstandigheden – het bestek schrijft impliciet de Maurer-voeg voor en de verwerende partij toont niet aan dat er een alternatief is; de verwerende partij toont niet aan dat zij bij de redactie van haar bestek een verantwoording, laat staan aanvaardbare verantwoording, voor deze keuze opgaf; de gekozen inschrijver is exclusief verdeler van deze voeg voor België; de verzoekende partij is verdeler van de concurrerende Mageba-voeg; de verwerende partij toont niet aan dat om het even wie de Maurer-voeg kan aanbieden – moet niet enkel worden afgeleid dat de kwestieuze besteksbepaling de gekozen inschrijver bevoordeelt maar mag ook worden aanvaard dat de verzoekende partij geen gelijke

toegang heeft gekregen tot de opdracht en minstens ernstig is belemmerd in haar mededinging.

14.5. Het middel is in de aangegeven mate gegrond – de litigieuze besteksbepaling schendt artikel 8 van het koninklijk besluit Plaatsing – en verantwoordt de nietigverklaring van de beslissing om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren en van de gunningsbeslissing. Het middel verantwoordt echter niet de nietigverklaring van de impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij; de draagwijdte van het middel, namelijk de loutere vaststelling van de onwettigheid van de kwestieuze bestekseis inzake boutloosheid, strekt immers niet zover dat het in elk geval de verplichting inhoudt voor de aanbestedende overheid om de offerte van de verzoekende partij te aanzien als de laagste regelmatige offerte en dus om de opdracht aan de verzoekende partij te gunnen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt 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.

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

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 1400 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest