

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 264.748 van 4 november 2025

in de zaak A.246.014/XIV-39.884

In zake:

de BV L.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Timmermans
kantoor houdend te 9300 Aalst
Leo de Béthunelaan 46
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partij tot tussenkomst:

de NV C.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Anton De Weerd
kantoor houdend te 1000 Brussel
Tour & Taxis, Havenlaan 86c b113
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan door
advocaat Lore Derdeyn
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Arenbergstraat 23

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 september 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing om de offerte van Verzoekende partij substantieel onregelmatig te

verklaren [en] de beslissing van 12 september 2025 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om de opdracht [Raamovereenkomst voor het huren en onderhouden van drinkwaterfonteinen] te gunnen aan [de nv C.]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking nr. 203 van 1 oktober 2025 werd, in samenspraak met het aangeduide lid van het auditoraat, de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 13 oktober 2025 heeft de nv C. gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 oktober 2025, om 11:00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jos Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Simon Verhoeven, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Anton De Weerd en Lore Derdeyn, die verschijnen voor de verzoekende partij tot tussenkomst, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens heeft op de terechtzitting van 22 oktober 2025 een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Bij tussenarrest nr. 264.722 van 31 oktober 2025 heropent de Raad van State het debat beperkt tot de ambtshalve exceptie inzake de betaling van

het rolrecht door de tot tussenkomst verzoekende partij, en worden de partijen opgeroepen te verschijnen op de zitting van maandag 3 november 2025 om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Maarten Dijkmans, die *loco* advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Anton De Weerd, die verschijnt voor de verzoekende partij tot tussenkomst, zijn gehoord.

Auditeur-generaal Luc Vermeire heeft op de terechtzitting van 3 november een met dit arrest eensluidend advies gegeven wat het het verzoek tot tussenkomst betreft.

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 stad Antwerpen, die optreedt als aankoopcentrale, schrijft een overheidsopdracht voor leveringen onder de vorm van een raamovereenkomst uit met als voorwerp ‘Raamovereenkomst voor het huren en onderhouden van drinkwaterfonteinen’.

Deze opdracht wordt geplaatst bij wijze van een openbare procedure. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. Het voorwerp van de opdracht wordt omschreven in het bestek als volgt:

“Het doel van deze opdracht is het afsluiten van een raamovereenkomst voor het huren en het onderhouden van drinkwaterfonteinen voor diverse locaties van de aanbestedende overheid. De looptijd van deze raamovereenkomst is 72 maanden. De huur is een all-in prijs die een continue werking van de drinkwaterfonteinen garandeert en waarin alles, met uitzondering van de CO2 patronen (waar relevant), inbegrepen is. Dit is onder meer, maar niet beperkt tot, de levering, installatie, onderhoud, herstellingen, wisselstukken, vervangtoestellen enz. De drinkwaterfonteinen leveren te allen tijde een waterkwaliteit die minstens voldoet aan de (huidige en toekomstige) vereisten opgelegd door de Vlaamse Milieumaatschappij voor drinkwater. [...]”

Met betrekking tot de prijsvaststelling wordt in het bestek bepaald:

“III.3. Prijsvaststelling en prijsbestanddelen prijsvaststelling

Deze opdracht betreft een opdracht tegen prijslijst.

Voor de posten 1 tot en met 18

De hoeveelheden die in de BIJLAGE 2 (‘Inventaris’) worden weergegeven, zijn gebaseerd op een inschatting van de te leveren items per jaar.

Voor de posten 19 tot en met 26

De hoeveelheden die in de BIJLAGE 2 (‘Inventaris’) worden weergegeven, zijn gebaseerd op een inschatting van de te leveren items gedurende de gehele looptijd van de raamovereenkomst. Aangezien de aanbestedende overheid enkel in zeer uitzonderlijke gevallen het toestel zal overkopen, wordt de vermoedelijke hoeveelheid op 1 stuk gezet voor elke post.

Het totaal van alle posten, gedurende de gehele looptijd van de raamovereenkomst, wordt onderaan berekend.

[...]”

Met betrekking tot de gunningscriteria wordt in het bestek bepaald:

“ III.10. Gunningscriteria

De opdracht wordt gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige en regelmatige offerte, rekening houdend met de volgende gunningscriteria:

Nr.	beschrijving gunningscriterium	gewicht
1	prijs	75
	Voor de beoordeling van dit criterium wordt de regel van drie toegepast op de totaalprijs van de producten die opgenomen zijn in de inventaris. $score = 75 \times (\frac{\text{prijs goedkoopste offerte}}{\text{prijs gescoorde offerte}})$	
2	duurzaamheid en maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO)	25
	[...]	

Totaal gewicht gunningscriteria:	100
----------------------------------	-----

In de technische bepalingen van het bestek wordt onder meer bepaald:

“ V. Technische bepalingen

[...]

V.3. Vereisten algemeen en per post (levering van toestellen en toebehoren)

De volgende vereisten zijn minimale vereisten waaraan de opdrachtnemer te allen tijde moet voldoen.

[...]

specifieke eigenschappen per drinkwaterfontein

[...]

11-18: CO2patronen

- de CO2 patronen voor de toestellen en met een volume zoals beschreven in de BIJLAGE 2 ('Inventaris');
- de volumes mogen ruim geïnterpreteerd worden in functie van het toestel waarvoor dit CO2-patroon dient (het moet er inpassen en geschikt zijn voor dat toestel; de aanbestedende overheid wenst een klein patroon en een groot patroon; afwijkingen van meer dan 100% van het door de aanbestedende overheid gevraagde volume worden als niet conform beschouwd).
- de eenheidsprijs bevat alle kosten (met inbegrip maar niet beperkt tot: waarborg, levering van gevulde en ophaling van lege patronen)”

De bijlage 2 bij het bestek waarnaar in de technische bepalingen wordt verwezen betreft de inventaris. Daarin zijn onder meer de volgende posten opgenomen:

CO2patronen	
11	CO2 patroon voor post 2 (drinkwaterfontein - tafelmodel met lekbak met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 2 kg CO2
12	CO2 patroon voor post 2 (drinkwaterfontein - tafelmodel met lekbak met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 4 kg CO2
13	CO2 patroon voor post 4 (drinkwaterfontein - staand model met afvoer met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 2 kg CO2
14	CO2 patroon voor post 4 (drinkwaterfontein - staand model met afvoer met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 4 kg CO2
15	CO2 patroon voor post 5 (drinkwaterfontein - staand model met afvoer op ca. 88 cm hoogte met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 2 kg CO2
16	CO2 patroon voor post 5 (drinkwaterfontein - staand model met afvoer op ca. 88 cm hoogte met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 4 kg CO2
17	CO2 patroon voor post 7 (losse kraan voor montage op spoelbak of aanrecht met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 2 kg

	CO2
18	CO2 patroon voor post 7 (losse kraan voor montage op spoelbak of aanrecht met voorziening voor bruisend water) - volume ongeveer 4 kg CO2

”

3.3. Zes inschrijvers dienen een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

Er wordt een gunningsverslag opgesteld.

Met betrekking tot het regelmatigheidsonderzoek van de offerte van de verzoekende partij wordt in het gunningsverslag vermeld:

“De inschrijver geeft in de inventaris eenzelfde prijs op voor de aankoop van CO2-patronen van ongeveer 4 kg (posten 12, 14, 16 en 18) als voor de aankoop van CO2-patronen van ongeveer 2 kg (posten 11, 13, 15 en 17). Aangezien het de facto onmogelijk is dat een CO2-patroon van 4 kg evenveel kost als een CO2-patroon van 2 kg, heeft de aanbestedende overheid de offerte nader onderzocht. In dat kader stelt de aanbestedende overheid op basis van het offertedocument ‘Addendum 2_CO2 patronen + veiligheidsvoorschriften’ vast dat de inschrijver op basis van een veiligheidscharter niet voornemens is om CO2-patronen van 4 kg te leveren, maar enkel CO2-patronen van 2 kg wenst te leveren. De inschrijver stelt daarmee op basis van eigen veiligheidsoverwegingen omtrent onder meer de opslag van CO2 in eenzelfde ruimte een afwijkende voorwaarde aan de uitvoering van de opdracht. De inschrijver heeft met andere woorden nagelaten een (correcte) prijs op te geven voor CO2-patronen van ongeveer 4 kg. Dit verhindert de beoordeling en vergelijking van de offerte en maakt de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren minstens onzeker. De offerte is bijgevolg substantieel onregelmatig.”

Na vergelijking van de regelmatige offertes aan de hand van de gunningscriteria wordt voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv C.

3.4. Bij beslissing van 12 september 2025 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen wordt de opdracht gegund aan de nv C. Het gunningsverslag wordt als bijlage bij het besluit gevoegd en goedgekeurd.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkost

4. Naar luid van artikel 6, § 3, van het koninklijk besluit van 19 november 2024 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding en tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, wordt de tussenkost afgewezen wanneer de verzoekende partij tot tussenkost het door haar verschuldigde recht niet betaalt binnen een termijn van tien werkdagen volgend op de ontvangst van het overschrijvingsformulier, of ten laatste bij de sluiting van de debatten wanneer deze plaatsvindt voor het verstrijken van die termijn, tenzij overmacht of een onoverkomelijke dwaling wordt bewezen.

5. De verzoekende partij tot tussenkost heeft de betrokken rekening niet gecrediteerd binnen de voormelde termijn van tien werkdagen. Met een e-mail van 1 oktober 2025 heeft de griffie aan de verzoekende partij tit tussenkost de beschikking nr. 203 tot bepaling van de procedurekalender verstuurd, daarbij melding makende van de betalingsgegevens voor de vereffening van het rolrecht. De raadsman van de verzoekende partij tot tussenkost heeft met een e-mail van 13 oktober 2025, daarin uitdrukkelijk verwijzend naar de beschikking nr. 203, een verzoekschrift tot tussenkost ingediend. Pas op 3 november 2025 is zij tot betaling overgegaan.

Ter terechtzitting preciseert de verzoekende partij tot tussenkost dat een vergissing is gebeurd. Van overmacht of onoverwinnelijke dwaling is geen sprake. Het laattijdig betalen van de rechten wordt door de verzoekende partij tot tussenkost niet genoegzaam verantwoord.

6. De vordering dient als niet verricht te worden beschouwd.

V. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

7. De verzoekende partij en de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

8. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

9. Krachtens artikel 17, §§ 1, 5 en 6, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel waarvan het onderzoek zich leent voor een versnelde behandeling of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

Vooraf

10. Artikel 2, § 1, tweede tot vierde lid, van het besluit van de regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (hierna: de algemene procedureregeling) is op grond van artikel 8, § 1, eerste lid, van het koninklijk besluit van 19 november 2024 ‘tot bepaling van de rechtspleging in kort geding en tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: het koninklijk besluit van 19 november 2024) – dat immers verwijst naar artikel 4, §1, tweede lid van dat besluit – van toepassing op een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid waarin, zoals te dezen, nog geen verzoekschrift tot nietigverklaring is ingediend.

De vordering moet bijgevolg een samenvatting van het middel bevatten als voor het middel een verdere uiteenzetting nodig is.

Luidens voornoemd artikel 2, § 1, derde lid, van de algemene procedureregeling kan de ontstentenis van de samenvatting van de grief niet leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het middel, maar luidens het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 21 juli 2023 dat deze verplichting invoerde, heeft “die ontstentenis [...] als enig mogelijk gevolg voor de verzoeker dat de draagwijdte van zijn grief niet correct samengevat en dus begrepen wordt in het verslag van de auditeur en in het arrest” (*BS* 26 juli 2023, 62630).

Te dezen bevat het verzoekschrift weliswaar een uiteenzetting van elk middel, maar geen samenvatting van de grieven in de zin van de voornoemde bepalingen, terwijl de verzoekende partij wel aan de hand van omstandige toelichtingen concreter ingaat op de argumenten die volgens haar het middel ondersteunen.

Uit wat voorafgaat volgt dat, zeker in een kortgedingprocedure ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid waarin ook het recht van verdediging van de overige partijen is beperkt, de verzoekende partij moet verdragen dat de Raad van State de grieven samenvat en begrijpt zoals hierna wordt gedaan.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

11. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van artikel 76, §§1 tot 3 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 18 april 2017), het *patere legem*-beginsel en de materiële motiveringsplicht,

“Doordat, de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig wordt aangemerkt;

Doordat, het onregelmatig verklaren van de offerte van Verzoekende Partij gesteund is op het motief dat zij heeft ‘nagelaten een (correcte) prijs op te geven voor CO2-patronen van ongeveer 4 kg’;

Terwijl, overeenkomstig de inventaris prijs dient opgegeven te worden voor CO2-patronen met enerzijds een ‘volume ongeveer 2 kg CO2’ (posten 11, 13, 15 en 17 van de inventaris) en anderzijds een ‘volume ongeveer 4 kg CO2’ (posten 12, 14, 16 en 18 van de inventaris);

Terwijl, de technische specificaties inzake de CO2-patronen, zoals opgenomen in Deel V-Technische bepalingen van het Bestek, bevestigen: ‘de volumes mogen ruim geïnterpreteerd worden’ en preciseren dienaangaande: ‘afwijkingen van meer dan 100% van het door de aanbestedende overheid gevraagde volume worden als niet conform beschouwd’;

Terwijl, afwijkingen, in meer en min, tot 100% van het vooropgestelde volume van respectievelijk 2 kg CO2 en 4 kg CO2 derhalve als toegelaten en conform te beschouwen zijn;

Terwijl, betreffende het CO2-patroon met een ‘volume ongeveer 4 kg CO2’ zodoende een patroon met een volume van 0 kg CO2 (afwijking van 100% in min) tot een volume van 8 kg CO2 (afwijking van 100% in meer) als conform aan te merken is;

Terwijl, Verzoekende Partij voor de CO2-patronen met een ‘volume ongeveer 2 kg CO2’ (posten 11, 13, 15 en 17 van de inventaris) prijs heeft opgegeven voor een CO2-patroon van exact 2 kg CO2, en voor de CO2-patronen met een ‘volume ongeveer 4 kg CO2’ (posten 12, 14, 16 en 18 van de inventaris) eveneens de prijs voor het CO2-patroon van 2 kg CO2;

Terwijl, Verzoekende Partij derhalve met haar patroon van 2 kg CO₂, op conforme en regelmatig wijze, t.t.z. in overeenstemming met de technische specificaties bepaald in het bestek, een CO₂-patroon met een ‘volume ongeveer 4 kg CO₂’ aanbood;

Terwijl, Verzoekende Partij zodoende wel degelijk ook voor de posten 20, 22, 24 en 26 van de inventaris een ‘correcte prijs’ opgaf;

Zodat, Het motief dat Verzoekende Partij heeft ‘nagelaten een (correcte) prijs op te geven voor CO₂-patronen van ongeveer 4 kg’ dan ook onjuist is en in tegenspraak met de definiëring van een CO₂-patroon met ‘volume ongeveer 4 kg CO₂’ in de technische specificaties;

Zodat, het motief dat ‘de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onzeker [is gemaakt]’ evenmin draagkrachtig is, aangezien Verzoekende Partij immers wel degelijk CO₂-patronen zal leveren die voldoen aan de definiëring van ‘ongeveer 4 kg CO₂’, zoals geformuleerd in de technische specificaties.

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt.”

Zij voert in essentie aan dat het motief in het gunningsverslag waarop de bestreden beslissing steunt, namelijk dat zij geen (correcte) prijs opgaf voor een CO₂-patroon van ongeveer 4 kg, onjuist is en in tegenspraak met de definiëring van een CO₂-patroon van ongeveer 4 kg in de technische specificaties. Zij verwijst naar de technische specificatie die met betrekking tot de CO₂-patronen bepaald dat de volumes ruim geïnterpreteerd mogen worden en dat afwijkingen van meer dan 100% van het door de aanbestedende overheid gevraagde volume als niet conform wordt beschouwd. Zij leidt daaruit af dat afwijkingen in meer en min tot 100% van het vooropgestelde volume van respectievelijk 2 kg CO₂ en 4 kg CO₂ bijgevolg als conform te beschouwen zijn.

Beoordeling

12. Het staat in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om de technische specificaties in het bestek vast te stellen en te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Evenzeer staat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van de besteksbepalingen al dan niet een minimale eis of een substantiële vereiste betreft. Wel mag de Raad van State daarbij nagaan of die vaststelling steunt op in rechte

en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of de aanbestedende overheid aan die begrippen zijn juiste draagwijdte en betekenis heeft gegeven.

13. Uit de technische bepaling V.3. ‘Vereisten algemeen en per post (levering van toestellen en toebehoren)’, ‘specifieke eigenschappen per drinkwaterfonteinwaar’, alsook uit de inventaris bij het bestek, blijkt duidelijk dat de inschrijvers voor twee verschillende volumes van CO₂-patronen een prijs moeten opgeven, namelijk voor een groot patroon met een volume van ongeveer 4 kg en voor een klein patroon met een volume van ongeveer 2 kg. In die technische bepaling wordt uitdrukkelijk aangegeven dat het “minimale vereisten waaraan de opdrachtnemer te allen tijde moet voldoen” betreft.

Om een besteksbeeping te interpreteren, dient rekening te worden gehouden met het geheel van de besteksbeelingen. Uit die betrokken technische specificatie, namelijk “afwijkingen van meer dan 100% van het door de aanbestedende overheid gevraagde volume worden als niet conform beschouwd” lijkt op het eerste gezicht niet *a contrario* te kunnen worden afgeleid, zoals de verzoekende partij doet, dat elke afwijking van 100% of minder toegelaten is en een inschrijver alsnog zou kunnen volstaan met het aanbieden van één enkel volume CO₂-patroon dat onder de beide volumevereisten zou vallen. Deze interpretatie strookt niet met de vereiste van een klein patroon en een groot patroon, noch met de context zoals die blijkt uit het bestek en de inventaris. Dat er daarentegen in ieder geval een klein CO₂-patroon met een volume van ongeveer 2 kg en een groot CO₂-patroon met een volume van ongeveer 4 kg moet worden aangeboden, lijkt eenvoudig te begrijpen gelet op het voorwerp van de opdracht, namelijk de levering, installatie en onderhoud van drinkwaterfonteinen in het kader van een raamovereenkomst waarbij deze moeten worden opgesteld op verscheidene locaties waar de verwerende partij zelf en de andere overheidsinstanties die kunnen aansluiten bij de raamovereenkomst, personeel tewerkstellen. In een dergelijke context lijkt het voldoende begrijpelijk dat er verschillende volumes worden gevraagd in functie van het aantal gebruikers en de

ruimtelijke omstandigheden waarin de drinkwaterfontein wordt opgesteld. De verwerende partij maakt in dit verband aannemelijk dat zij om redenen van duurzaamheid (beperken van afval) en (kosten)efficiëntie gevraagd heeft om twee volumes aan CO2-patronen aan te bieden.

14. De verzoekende partij betwist niet dat zij in haar offerte enkel een prijs heeft opgegeven voor de levering van kleine CO2-patronen met een volume van ongeveer 2 kg en niet voor de levering van grote patronen met een inhoud van ongeveer 4 kg. De vaststelling in het gunningsverslag dat de verzoekende partij nagelaten heeft een prijs te geven voor CO2-patronen van ongeveer 4 kg is dan ook in feite juist.

15. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten dat haar offerte substantieel onregelmatig is omdat de verzoekende partij heeft nagelaten een (correcte) prijs op te geven voor CO2-patronen van ongeveer 4 kg, zij de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 4, lid 1, artikel 5, §1 en artikel 53 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’,

“Doordat, eerste onderdeel, De Bestreden Beslissing die de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig uitsluit, omdat deze geen (prijs voor) CO2-patronen van 4 kg CO2 aanbiedt, zijn grondslag vindt in en

zodoende steunt op onwettige besteksbepalingen, inzonderheid onwettige technische specificaties;

Doordat, de verwijzing in de technische specificaties naar CO₂-patronen met bepaalde volumes (van 2 en 4 kg CO₂), als een verwijzing naar bepaalde 'types' patronen in de zin van het principieel verbod van artikel 53, § 4, lid 1, Wet Overheidsopdrachten kan aangemerkt worden;

Doordat, wat betreft de uitzondering op het principieel verbod bepaald in artikel 53, § 4, lid 2, 2° Wet Overheidsopdrachten, niet is aangetoond dat de verwijzing naar bepaalde types CO₂-patronen (met name patronen van 2 en 4 kg CO₂) gerechtvaardigd is door het voorwerp van de Opdracht;

Terwijl, het in beginsel verboden is om in de technische specificaties melding te maken van 'een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer' of van 'een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie, waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd';

Terwijl, wat in casu de CO₂-patronen betreft, deze kunnen onderscheiden worden door hun volume, waardoor een CO₂-patroon met een bepaald volume als een patroon van een bepaald type kan worden aangemerkt;

Terwijl, de uitzondering op dit verbod 'indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is', op straffe van ondermijning van de doelstelling van openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging, restrictief moet worden uitgelegd, zodat het alleen gaat om situaties waarin een vereiste over het gebruik van een product van een bepaald type, een bepaald merk of een bepaalde oorsprong of dat verkregen is op basis van een bepaald octrooi of een bepaalde werkwijze, onvermijdelijk voortvloeit uit het voorwerp van de opdracht;

Terwijl, in het licht en ten behoeve van de prestaties en functionaliteiten van de te leveren en ter beschikking te stellen drinkwaterfonteinen, ongeacht of deze al niet uitdrukkelijk zijn bepaald in de technische specificaties, het geenszins onvermijdelijk is dat de welbepaalde types CO₂-patronen, waarnaar de technische specificaties verwijzen, worden gebruikt;

Terwijl, het vereisen van/verwijzen naar bepaalde types CO₂-patronen logischerwijs ten goede komt aan de ondernemingen die deze patronen (kunnen) leveren en onvermijdelijk tot gevolg heeft dat de ondernemingen die andere types of niet beide vereiste types (kunnen) leveren, worden geëlimineerd;

Terwijl, minstens, indien de aanbestedende overheid zich op de uitzondering op het verbod 'indien dit door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd is' wil beroepen, zij moet motiveren waarom het voorwerp van de opdracht de aanwezigheid rechtvaardigt van een technische specificatie die in beginsel niet in overeenstemming is met artikel 53, § 4, lid 1 Wet Overheidsopdrachten

Terwijl, het Bestek niet aantoont, noch hieruit blijkt, waarom de levering en terbeschikkingstelling van dringwaterfonteinen het vereisen van/verwijzen naar welbepaalde types CO₂-patronen rechtvaardigt;

Doordat, tweede onderdeel, de Bestreden Beslissing die de offerte van Verzoekende Partij als substantieel onregelmatig uitsluit, omdat deze geen (prijs voor) CO₂-patronen van met name 4 kg CO₂ aanbiedt, zijn grondslag vindt in en zodoende steunt op onwettige besteksbepalingen;

Doordat, de technische specificaties, zoals geformuleerd, erop neerkomen dat Verwerende Partij – zonder meer – twee volumes CO₂-patronen wenst, waarbij het er binnen de begrenzing van 0-8 kg CO₂ in wezen niet toe doet welk concrete volume deze patronen hebben en hoe de respectieve volumes zich ten opzichte van elkaar verhouden.

Doordat, de technische specificaties inzake de CO₂-patronen zodoende in wezen niets meer doen dan aan de inschrijvers de verplichting op te leggen twee volumes CO₂-patronen aan te bieden;

Doordat, De verplichting om twee volumes CO₂-patronen te leveren, onmiskenbaar de ondernemers die twee volumes CO₂-patronen in hun aanbod hebben en kunnen leveren, bevoordeelt, en onvermijdelijk de benadeling tot gevolg heeft van de ondernemingen die geen twee volumes kunnen leveren;

Terwijl, het niet aannemelijk is dat de loutere vereiste van twee volumes CO₂-patronen enige behoefte of doelstelling van Verwerende Partij kan invullen of verwezenlijken;

Terwijl, artikel 53, § 2 Wet Overheidsopdrachten eist dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang bieden tot de plaatsingsprocedures en dat zij er niet toe mogen leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

De verzoekende partij zet in een eerste onderdeel uiteen dat de vereiste met betrekking tot de levering van een CO₂-patroon met een volume van ongeveer 2 kg en een volume van ongeveer 4 kg zich voordoet als het vereisen van een type product in de zin van artikel 53, §4 van de wet van 17 juni 2016. CO₂-patronen zijn het algemener product en de respectieve volumes zijn de verschillende types van het product 'CO₂-patroon'. Door deze vereiste worden ondernemingen die niet deze beide types CO₂-patronen kunnen aanbieden, geëlimineerd. Uit het verslag van nazicht blijkt dat twee inschrijvers op deze wijze substantieel onregelmatig werden verklaard. Zelfs indien de verwerende partij zou stellen dat het type CO₂-patroon een invloed kan hebben op de prijs en het gebruiksgemak, dan nog rechtvaardigt dit niet het elimineren van bepaalde ondernemingen door de verwijzing naar bepaalde types patronen. De mate van ingevuld zijn van deze behoefte door hetgeen de inschrijvers bieden kan immers ook beoordeeld en gequoteerd worden via de gunningscriteria op basis waarvan de prijs en het gebruiksgemak worden geëvalueerd. Bijgevolg zouden de technische

specificaties waarin wordt bepaald dat CO2-patronen met een inhoud van ongeveer 2 kg en met een inhoud van ongeveer 4 kg moeten worden geleverd in strijd zijn met artikel 53, § 4, van de wet van 17 juni 2016 en is de beslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig wordt bevonden, op grond van het motief dat geen prijs wordt gegeven voor CO2-patronen met een inhoud van ongeveer 4 kg, gesteund op een onwettige besteksbeplating. Minstens schendt het bestek het motiveringsbeginsel en het transparantiebeginsel omdat daarin niet wordt aangetoond waarom het voorwerp van de opdracht rechtvaardigt dat in de technische specificaties welbepaalde types van CO2-patronen worden gevraagd.

In het tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat uit de betrokken technische specificatie kan worden afgeleid dat afwijkingen in meer en min tot 100% van het vooropgestelde volume van respectievelijk 2 kg en 4 kg als conform zijn te beschouwen. Gelet op deze mogelijke variëteit aan CO2-patronen zou de verwerende partij niet aannemelijk maken dat het vereisen van twee volumes patronen enige behoefte of doelstelling van de verwerende partij kan verwezenlijken of invullen. De verplichting om twee volumes CO2-patronen aan te bieden belemmert volgens de verzoekende partij bijgevolg de toegang tot de opdracht voor ondernemingen die enkel één volume CO2-patronen aanbieden. Deze technische specificatie is bijgevolg in strijd met artikel 53, §2, artikel 4, eerste lid en artikel 5, §1 van de wet van 17 juni 2016.

Beoordeling

Eerste onderdeel

18. Luidens artikel 53, §4, van de wet van 17 juni 2016 mag in de technische specificaties “geen melding worden gemaakt van een bepaald fabricaat of een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer, 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”.

Met de voornoemde technische specificatie wordt het volume van de verpakking voor de levering van CO₂-patronen voor de drinkwaterfontein bepaald. Luidens die specificatie mogen de volumes “ruim geïnterpreteerd worden in functie van het toestel waarvoor dit CO₂-patroon dient”, maar wordt wel degelijk gevraagd om een klein CO₂-patroon van ongeveer 2 kg en een groot CO₂-patroon van ongeveer 4 kg te leveren. De verzoekende partij licht noch in haar offerte, noch in het verzoekschrift toe waarom een volumeverpakking van ongeveer 2 kg en ongeveer 4 kg van CO₂-patronen slechts betrekking zou hebben op een bepaald type van CO₂-patronen waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld, of andere worden uitgesloten. Zij toont evenmin aan dat CO₂-patronen van bepaalde types of makelij slechts in één formaat gemaakt zouden worden en waarom het voor haar niet mogelijk was om CO₂-patronen met twee verschillende volumes aan te bieden. Uit het feit dat zij in addendum 2 bij haar offerte met betrekking tot de veiligheidsvoorschriften van de CO₂-patronen vermeldt dat zij voor gebruik in binnenruimtes het gebruik van flessen van 2 kg prefereert, lijkt het niet aanbieden van een groot patroon op het eerste gezicht een eigen keuze te zijn geweest uit veiligheidsoverwegingen.

19. De verzoekende partij toont, gelet op wat voorafgaat, op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij artikel 53, §4 van de wet van 17 juni 2016 zou hebben geschonden, en bijgevolg evenmin dat in het bestek in dit verband een specifieke en uitdrukkelijke motivering moest worden opgenomen.

20. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

21. Luidens artikel 53, § 2, van de wet van 17 juni 2016 bieden de technische specificaties de ondernemers gelijke toegang tot de plaatsingsprocedure en mogen ze er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen.

Ook in het tweede onderdeel maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verplichting om twee verschillende volumes CO₂-patronen aan te bieden de toegang tot de opdracht voor sommige ondernemingen belemmert. Er weze herhaald dat om een besteksbepaling te interpreteren, dient rekening te worden gehouden met het geheel van de besteksbepalingen, en dat uit de betrokken technische specificatie op het eerste gezicht voldoende duidelijk blijkt dat de verwerende partij de levering wenst van kleine CO₂-patronen van ongeveer 2 kg en van grote CO₂-patronen van ongeveer 4 kg. Zoals reeds hoger aangegeven, valt op het eerste gezicht de doelstelling of behoefte aan deze kleine en grote CO₂-patronen te begrijpen binnen de context van het voorwerp van de opdracht.

22. Het tweede onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Standpunt van de partijen

23. De verzoekende partij voert in een derde middel de schending aan van artikel 81, §1 en §3, tweede lid, van de wet van 17 juni, en van “het mededingingsbeginsel dat aan de regelgeving overheidsopdrachten ten grondslag ligt”,

“Doordat, de technische specificaties inzake de CO₂-patronen de vergelijking van de offertes op basis van het gunningscriterium prijs vitiëren; Doordat, tot de totaalprijs van de producten, die door het gunningscriterium ‘prijs’ wordt gequoteerd, de CO₂-patronen behoren, die opgenomen zijn in de posten 11 tot en met 18 van de inventaris;

Doordat, in de posten 11 tot en met 18 van de inventaris voor de respectieve CO2-patronen een eenheidsprijs per stuk dient opgegeven te worden, met andere woorden een eenheidsprijs per stuk dient opgegeven te worden voor de CO2-patronen met een ‘volume ongeveer 2 kg CO2’ (posten 11, 13, 15 en 17 van de inventaris), evenals een eenheidsprijs per stuk voor de CO2-patronen met een ‘volume ongeveer 4 kg CO2’ (posten 12, 14, 16 en 18 van de inventaris);

Doordat, de technische specificaties, zoals geformuleerd, erop neerkomen dat voor de respectieve posten van de meetstaat allerhande volumes CO2-patronen kunnen aangeboden worden, zolang deze maar binnen de begrenzing van 0-4 kg CO2 (voor de posten betreffende CO2-patronen ‘volume ongeveer 2 kg CO2’) en 4-8 kg CO2 (voor de posten betreffende CO2-patronen ‘volume ongeveer 8 kg CO2’) blijven;

Doordat, de technische specificaties veroorzaken en toelaten dat, van offerte tot offerte, voor de respectieve posten inzake CO2-patronen van de inventaris, prijzen voor CO2-patronen met substantieel verschillende volumes worden opgegeven;

Doordat, de Bestreden Beslissing die de Opdracht gunt op basis van een dusdanig gevitieerd gunningscriterium, op haar beurt onwettig is;

Terwijl, vergelijkbare offertes moeten getoetst worden aan de gunningscriteria, inzonderheid het prijscriterium;

Terwijl, artikel 81, § 1 Wet Overheidsopdrachten vereist dat de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten baseert op de economisch meest voordelige offerte en artikel 81, § 3, lid 2 Wet Overheidsopdrachten vereist dat gunningscriteria een daadwerkelijke mededinging moeten waarborgen;

Terwijl, in het algemeen, het beginsel van eerlijke mededinging dat ten grondslag ligt aan de regelgeving overheidsopdrachten, vereist dat overheidsopdrachten gegund worden op grond van daadwerkelijke en eerlijke mededinging.”

Zij voert in essentie aan dat op basis van de technische specificaties van het bestek allerhande volumes van CO2-patronen kunnen worden aangeboden, gaande 0 kg tot 4 kg en van 4 kg tot 8 kg. Aangezien voor die patronen in posten 11 tot 18 een eenheidsprijs per stuk dient te worden opgegeven die meegerekend wordt in de totaalprijs van de offerte, zou de vergelijking van de offertes op basis van het gunningscriterium ‘prijs’ hierdoor worden aangetast.

24. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op. Zij stelt dat de offerte van de verzoekende partij terecht onregelmatig werd verklaard zodat zij geen belang meer heeft bij een middel dat is gericht tegen de inhoudelijke beoordeling van de offertes.

Beoordeling

25. Een inschrijver wiens offerte onregelmatig is verklaard, zoals te dezen de offerte van de verzoekende partij, heeft in beginsel geen belang om de gunning van een overheidsopdracht aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, tenzij uit de middelen blijkt dat zijn offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard of dat de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen.

Uit de beoordeling van de eerste twee middelen, waarbij deze niet ernstig werden bevonden, volgt dat de verzoekende partij niet aantoont dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht evenmin aan dat haar kritiek geformuleerd in het derde middel ertoe leidt dat de opdracht aan geen enkele inschrijver kon worden toegewezen. Zij toont immers niet aan dat de voornoemde besteksbe­paling met betrekking tot de gevraagde CO₂-patronen er *in concreto* toe heeft geleid dat de vergelijkbaarheid van de offertes van de regelmatig bevonden inschrijvers met betrekking tot het gunningscriterium ‘prijs’ in het gedrang kwam. Zij maakt in het bijzonder niet aannemelijk, en dit blijkt op het eerste gezicht ook niet uit de offertes van de andere inschrijvers, als vertrouwelijke stukken neergelegd en die de Raad van State heeft kunnen inzien, dat de andere inschrijvers deze besteksbe­paling op dezelfde wijze hebben geïnterpreteerd en in hun offertes dermate afwijkende volumes van CO₂-patronen hebben aangeboden dat de vergelijkbaarheid van de totaal­prijzen van de offertes in het gedrang kwam.

26. Het derde middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de nv C. wordt als niet verricht beschouwd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 26 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

4. Het door de verzoekende partij tot tussenkomst te laat betaalde rolrecht van 150 euro dient te worden terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op vier november tweeduizend vijftientig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Johan Pas,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Patricia De Somere