

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 238.805 van 11 juli 2017
in de zaak A. 222.506/XII-8396**

In zake: de NV UITRUSTING SCHREDER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA EANDIS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Linde Bevernaege
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV PHILIPS LIGHTING BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 juni 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de raad van bestuur van de CVBA Eandis System Operator van 7 juni 2017, waarbij wordt beslist om de overheidsopdracht voor leveringen ‘Verlichtingstoestellen voor OV’, Perceel 1: M3-4-5 – Wegen - Functionele verlichting, Perceel 2: M6 Wegen – Functionele verlichting en Perceel 3:

Fietspaden – Finse piste, te gunnen aan Phillips Lighting als economisch voordeligste regelmatige inschrijver voor het bedrag op jaarbasis van resp. € 2 215 000,00 voor Perceel 1, € 981 718,00 voor Perceel 2 en € 45 786,00 voor Perceel 3, en waarbij tevens impliciet wordt beslist om de voormelde Percelen 1, 2 en 3 niet te gunnen aan [de nv Uitrusting Schreder]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 3 juli 2017 heeft de nv Philips Lighting Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

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

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Frederik Vandendriessche en Linde Bevernaege, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Joris Wouters, die 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. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “LED verlichtingstoestellen voor openbare verlichting”.

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 november 2016 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 november 2016.

3.3. De opdracht wordt geplaatst met een open offerteaanvraag.

3.4. Op de opdracht met als projectnummer “EAN16AL014” zijn diverse opdrachtdocumenten van toepassing, onder meer en relevant voor de percelen 1 tot en met 3, die het voorwerp van huidig geschil uitmaken:

- het bijzonder administratief bestek – Aankoop leveringen EAN16AL014 LED verlichtingstoestellen voor OV (LB-220-F01)
- het algemeen administratief bestek – Aankoop leveringen (LB-211-F01)
- het technisch voorschrift TVS E-OV-008 – Verlichtingstoestellen voor openbare verlichting, aanstralingsprojecten en terreinverlichting
- het technisch voorschrift TVS E-OV-004 – Verlichtingstoestellen: Algemene principes
- Synergrid C4/11-3 – Technische specificatie 005 voor uitrustingen voor openbare verlichting – Voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED technologie.

3.5. De opdracht is opgedeeld in 9 percelen.

Enkel de percelen 1, 2 en 3 zijn het voorwerp van de huidige zaak.

3.6. Het bijzonder administratief bestek EAN16AL014 – aankoop leveringen – bepaalt met betrekking tot het “onderzoek naar regelmatigheid van de offerte” op bladzijde 7/46 het volgende:

“1.5 Onderzoek naar regelmatigheid van de offerte

1.5.1 Algemeen

De ingediende offertes worden onderzocht op hun conformiteit met alle wettelijke bepalingen, bepalingen van het lastenboek en marktbepalingen. De opdrachtgever beoordeelt op een soevereine manier of een offerte die niet conform het lastenboek is, dient verworpen te worden.

Een zeker aantal verwerpingscriteria worden hieronder vermeld, hetzij om hun belangrijkheid te accentueren, hetzij om erop te wijzen dat de betreffende onregelmatigheid door de opdrachtgever als belangrijk wordt beschouwd, zodat hij geautoriseerd is de offerte te verwerpen op basis van de vaststelling van bovengenoemde onregelmatigheid.

a. Substantiële verwerpingscriteria (indien aan één van de verwerpingscriteria is voldaan, is de offerte nietig)

[...]

- Voor percelen 1 - 2 - 3 - 4 staat het aangeboden toestel niet op de Synergrid 005 lijst.

[...]

b. Relatieve verwerpingscriteria (indien aan één van de verwerpingscriteria is voldaan, kan de offerte worden verworpen)

- De aangeboden offerte is niet conform met al de bepalingen in de lastenboeken.”

Hetzelfde bijzonder administratief bestek bepaalt onder titel “3. Technische Specificaties”, punt 3.1. “Technische Beschrijving” nog het volgende:

“Bij de indiening van de offerte voorziet de kandidaat-opdrachtnemer de opdrachtgever een volledige technische documentatie met:

- een beschrijving van de producten en hun onderdelen;
- een beschrijving van de gebruikte materialen;
- eventuele certificaten en attesten;
- informatie nodig voor het opstellen van een risicoanalyse en -evaluatie indien van toepassing;
- een tekening waarop minimaal de afmetingen staan vermeld die van belang zijn voor de toepassing.

In bijlage van de offerte bezorgt de kandidaat-opdrachtnemer aan de opdrachtgever een attest van gelijkvormigheid, waarin hij verklaart dat de aangeboden producten conform de door de opdrachtgever gekwalificeerde producten zijn.”

Het technisch voorschrift TVS E-OV-008 – Verlichtingstoestellen voor openbare verlichting, aanstralingsprojecten en terreinverlichting bepaalt voor de percelen 1 tot 3, telkens onder meer het volgende:

“ Het aangeboden familielid wordt vermeld op de lijst ‘C4/11.3-A Lijst van de goedgekeurde LED-toestellen’ uitgegeven door Synergrid.”

Het technisch voorschrift TVS E-OV-004 – ‘Verlichtingstoestellen: Algemene principes’ bepaalt onder punt “2.1. Algemene eisen” dat de vereisten van “C4/11-3 Technische specificatie 005 voor uitrustingen voor openbare verlichting – Voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED technologie” uitgegeven door Synergrid (Federatie van de Elektriciteits- en Gasbeheerders in België), een “algemene eis” is voor de verlichtingstoestellen.

Ook onder punt “2.2 Normatieve vereisten, referentiedocumenten” van hetzelfde technisch voorschrift TVS E-OV-004 wordt op verlichtingstoestellen het document “Synergrid C4/11-3 Technische specificatie 005 voor uitrustingen voor openbare verlichting – Voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED technologie” toepasselijk verklaard.

3.7. Onder meer de verzoekende partij en de nv Philips Lighting Belgium (hierna: Philips) dienen een offerte in.

Het door de verzoekende partij voor de percelen 1, 2 en 3 aangeboden LED-verlichtingstoestel staat reeds bij indiening van de offerte op de Synergrid 005-lijst. Dit is niet het geval voor het “Digistreet” verlichtingstoestel waarmee Philips inschrijft.

3.8. Op 30 januari 2017 vindt de opening van de offertes plaats.

3.9. Op 18 mei 2017 wordt de gunningsfiche opgemaakt.

De verzoekende partij en Philips worden geselecteerd.

De offertes van de verzoekende partij en van Philips worden regelmatig bevonden.

Na vergelijking van de offertes volgens de in het bestek vermelde gunningscriteria wordt voorgesteld de percelen 1 tot 3 te gunnen aan Philips. De verzoekende partij is telkens als tweede gerangschikt.

3.10. Bij beslissing van 7 juni 2017 keurt de raad van bestuur van de verwerende partij de gunningsfiche goed en het daarin vervatte voorstel.

Dit is de bestreden beslissing.

Nog op 7 juni 2017 wordt de geüpdatete Synergrid 005-lijst online geplaatst, waarop het “Digistreet” verlichtingstoestel van Philips formeel is opgenomen, na goedkeuring op 3 mei 2017.

3.11. Met een e-mailbericht van 9 juni 2017 bezorgt de verwerende partij de verzoekende partij een kopie van een op 10 juni 2017 gedateerde doch niet ondertekende aangetekende kennisgevingsbrief van gunning en niet-gunning, alsook van de gunningsfiche van 18 mei 2017 en de gunningsbeslissing op grond daarvan genomen door de raad van bestuur van de verwerende partij op 7 juni 2017.

3.12. Met een e-mailbericht van 16 juni 2017 vraagt de verzoekende partij aan de verwerende partij of alle substantiële verwerpingscriteria, zoals bijvoorbeeld ook het criterium dat voor de percelen 1 tot 4 het aangeboden toestel niet op de “Synergrid 005 lijst C4/11.3.A” staat, wel werden onderzocht, alsook welke toestellen voor de percelen 1 tot 4 werden aangeboden nu dat in de gunningsfiche niet is vermeld.

De verwerende partij antwoordt daarop dat de regelmatigheid van iedere offerte in haar geheel werd bekeken. Een feedbackmoment wordt vastgelegd op 23 juni 2017.

3.13. De ondertekende kennisgevingsbrief van 10 juni 2017 wordt op 23 juni 2017 aangetekend verzonden aan de verzoekende partij.

IV. Tussenkoms

4. De nv Philips Lighting Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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, zoals laatst gewijzigd bij de wet van 16 februari 2017.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 25 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing) en artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers als algemeen rechtsbeginsel en zoals neergelegd in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006, het *‘patere legem quam ipse fecisti’* beginsel en het vertrouwensbeginsel;

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden :

“Doordat de verwerende partij besluit tot de materiële regelmatigheid van de offerte van Philips Lighting voor de percelen 1 t.e.m. 3, dit in weerwil van het feit dat Philips Lighting voor de percelen 1 t.e.m. 3 heeft ingeschreven met een verlichtingstoestel, nl. het toestel ‘Digistreet’, dat bij het indienen van haar offerte niet was opgenomen op de ‘Synergrid lijst C4/11.3-A lijst van de goedgekeurde LED verlichtingstoestellen’ / ‘Synergrid 005 lijst’, en wat in het ‘Bijzonder administratief lastenboek Aankoop leveringen’ in het kader van het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes uitdrukkelijk als substantieel verwerpingscriterium is aangemerkt; Dat de verwerende partij de percelen 1 t.e.m. 3 vervolgens gunt aan Philips Lighting als zijnde de inschrijver met de regelmatige offerte die de economisch voordeligste is, terwijl de offerte van de verzoekende partij voor deze percelen 1 t.e.m. 3 als tweede regelmatige offerte wordt gerangschikt;

terwijl, overeenkomstig artikel 25 Overheidsopdrachtenwet 2006 de opdracht die geplaatst wordt bij wijze van open offerteaanvraag enkel kan worden gegund aan de inschrijver die de regelmatige offerte heeft

ingediend die de economisch voordeligste is rekening houdende met de gunningscriteria;

Dat overeenkomstig artikel 95 KB Plaatsing klassieke sectoren en artikel 94 KB Plaatsing speciale sectoren een offerte op materieel vlak substantieel onregelmatig is als ze afwijkt van de bepalingen van de opdrachtdocumenten betreffende met name essentiële technische specificaties, en een dergelijke substantiële onregelmatige offerte nietig is;

Dat technische specificaties in beginsel als essentieel worden aanzien en offertes met een afwijking van de technische specificaties aldus substantieel onregelmatig zijn.

Dat de verwerende partij in casu zelf in de opdrachtdocumenten heeft bepaald dat de eis, dat het aangeboden verlichtingstoestel voor de percelen 1 t.e.m. 3 op de ‘Synergrid 005 lijst’ / Syne(r)grid lijst C4/11.3-A van de goedgekeurde LED verlichtingstoestellen’ staat, een substantiële c.q. essentiële technische eis is die, indien daaraan niet is voldaan, leidt tot de substantiële onregelmatigheid en nietigheid van de offerte;

Dat in acht genomen het patere legem quam ipse fecisti beginsel de verwerende partij dan ook niet anders kan dan besluiten tot de substantiële onregelmatigheid en nietigheid van de offerte van Philips Lighting voor de percelen 1 t.e.m.3.

Dat de regelmatigheid van de offerte beoordeeld dient te worden op grond van de offertes zelf op het ogenblik van het indienen ervan, en het niet mogelijk is om een substantiële onregelmatigheid later, na de indiening en opening van de offertes, te regulariseren;

Dat het toelaten om een substantiële onregelmatigheid te regulariseren door de inschrijver de kans te geven het gebrek te herstellen na indiening en opening van de offertes op welke wijze ook, neerkomt op het toelaten van een wijziging van de offerte, wat een schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers inhoudt; Dat de verwerende partij aldus geen rekening kon houden met het feit dat het kwestieuze door Philips Lighting aangeboden verlichtingstoestel ‘Digistreet’ meer dan twee maanden na indiening en opening der offertes, te weten (pas) op 3 mei 2017, door Synergrid werd goedgekeurd want (pas) dan overeenstemde met en voldeed aan alle vereisten van de technische voorschriften en eisen (m.i.v. alle te doorlopen proeven en testen) van de ‘Synergrid C4/11-3 — Technische specificatie 005 voor uitrustingen voor openbare verlichting — voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED technologie’, en nog later (pas) werd opgenomen op de gepubliceerde ge-update Synergrid lijst d.d. 7 juni 2017, van net dezelfde datum als de datum waarop de gunningsbeslissing werd genomen;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt.”

De verzoekende partij licht toe dat oordelen zoals de verwerende partij heeft gedaan, de betrokken inschrijver heeft bevoordeeld: in tegenstelling tot alle andere inschrijvers beschikte Philips over een ruimere keuze aan toestellen die zij kon aanbieden, want zij was niet beperkt tot de toestellen die voorafgaand aan indiening van de offertes op die lijst stonden. Concreet zou zulks Philips hebben toegelaten te kiezen voor een nieuw en goedkoper toestel, dat de procedure voor conformiteitsbeoordeling nog moest doorlopen, terwijl de overige inschrijvers hun keuze beperkt zagen tot de reeds op de Synergrid 005 lijst opgenomen toestellen.

De verzoekende partij besluit dat de opdracht niet is gegund aan de inschrijver die een regelmatige offerte indiende die de economisch voordeligste is op grond van de gunningscriteria. Het middel verantwoordt volgens haar ook de schorsing van de impliciete beslissing om de percelen 1 tot 3 niet aan haar te gunnen. Zij is immers telkens als tweede gerangschikt. Indien de verwerende partij de offerte van Philips nietig bestempelt voor de percelen 1 tot 3, mag zij niet anders dan haar offerte als eerste te rangschikken.

7. De verwerende partij antwoordt dat de technische eisen voor de LED-verlichtingstoestellen voor de percelen 1 tot 3 de technische specificaties TVS en Synergrid C4/11-3 betreffen. De vereiste opname op een lijst is daarentegen geen technisch kenmerk van het betrokken toestel zelf, maar wel een handeling die door een derde (in casu Synergrid) gesteld wordt en die “enkel een methode is om bevestigd te zien dat het aangeboden toestel effectief aan de vooropgestelde technische vereisten voldoet”. De opname op de Synergrid lijst is derhalve geen technische eis of technische specificatie van de opdracht.

De verwerende partij vervolgt dat zij het technisch dossier verstrekt door Philips heeft onderzocht en vastgesteld dat de betrokken offerte effectief voldeed aan alle technische vereisten. De verzoekende partij betwist de conformiteit niet. De offerte van Philips waren louter en alleen omdat de aangeboden toestellen op het ogenblik van indiening van de offerte nog niet op de Synergrid-lijst waren opgenomen, zou strijdig zijn geweest met het doel van de

vereiste opname op de Synergrid-lijst, namelijk zich er van verzekeren dat effectief aan alle technische specificaties van het bestek is voldaan.

Het voorgaande geldt volgens de verwerende partij des te meer aangezien het bestek niet zou bepalen op welk moment aan de opname op de lijst moet zijn voldaan. Zij heeft de besteksbepaling dan ook dusdanig kunnen interpreteren dat aan die voorwaarde slechts voldaan moest zijn op het moment van de gunning. Zulks zou overigens een vaste beleidslijn van de verwerende partij betreffen, die ook in het verleden op vergelijkbare wijze is gehanteerd en gekend is bij fabrikanten van verlichtingstoestellen.

De interpretatie van de verzoekende partij, namelijk dat aan de besteksvereiste moet zijn voldaan op het ogenblik van de indiening van de offertes, zou strijdig zijn met het redelijkheidsbeginsel en met artikel 7, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing, luidens hetwelk een inschrijver met elk passend middel kan aantonen dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen van de technische specificaties. In ondergeschikte orde en indien de interpretatie van de verzoekende partij zich toch noodzaakt, vraagt de verwerende partij de Raad van State de besteksbepaling om dezelfde redenen buiten toepassing te laten op grond van artikel 159 van de Grondwet.

Ten slotte meent de verwerende partij dat de gelijkheid der inschrijvers is gerespecteerd. Haar werkwijze om de inschrijving op de 005-lijst naderhand toe te staan, is een gebruikelijke praktijk en goed gekend bij fabrikanten van verlichtingstoestellen. Daarnaast zou er geen sprake zijn van een vergelijkbare situatie tussen Philips en de andere inschrijvers, aangezien het door Philips aangeboden toestel het enige toestel is dat op het ogenblik van de indiening van de offerte nog niet op de 005-lijst was ingeschreven. Bovendien zou de verzoekende partij nalaten aan te tonen met welk “nieuwer” bestaand maar op het ogenblik van de indiening van de offerte nog niet op de 005-lijst ingeschreven toestel zij eventueel zou hebben ingeschreven voor de drie percelen. De vermeende ongelijke behandeling is niet onderbouwd en theoretisch.

8. De tussenkommende partij voert haar verweer in de lijn van hetgeen de verwerende partij doet gelden.

Zij voegt nog toe dat de technologie die aanwezig is in het door haar aangeboden toestel “Digistreet” dezelfde is als die van het toestel “Luma” dat reeds lang is opgenomen op de Synergrid-lijst en dat de kwestieuze besteksbepaling niet zozeer de afwijking van het bestek wil bestraffen als wel de afwijking van de achterliggende doelstelling ervan, te weten de technische conformiteit van het aangeboden toestel. “Mocht het door verzoekende partij aangehaalde verwerpingscriterium als een bepaling ‘op straffe van nietigheid’ worden [aangemerkt], dan leidt deze – gelet op bovenstaande achterliggende doelstelling – niet zonder meer tot het gevolg dat de offerte is aangetast door een substantiële onregelmatigheid”.

In zoverre de verzoekende partij de miskenning van de gelijkheid van inschrijvers opwerpt, doet de tussenkomen de partij nog gelden dat zij haar offerte geenszins heeft aangepast. “Het aangeboden toestel ‘Digistreet’ (met inbegrip van de technische specificaties ervan) is ongewijzigd gebleven tijdens de ganse duur van [de] gunningsprocedure”. Voorts acht de tussenkomen de partij het onjuist dat het toestel “Digistreet” veel goedkoper zou zijn.

Beoordeling

9. In het auditoraatsadvies ter terechtzitting wordt onder meer vastgesteld en geconcludeerd hetgeen volgt.

De eerste vraag die rijst is of de opname op de Synergrid-lijst al dan niet een technische specificatie uitmaakt.

De verwerende en de tussenkomen de partij menen van niet. De technische eisen voor de LED-verlichtingstoestellen voor de percelen 1 tot 3 betreffen volgens hen de technische specificaties TVS (technische lastenboeken) en Synergrid C4/11-3. De vereiste opname op een lijst zou geen (technisch) kenmerk zijn van het betrokken toestel zelf, maar wel een handeling die door een derde (*in casu* Synergrid) gesteld wordt en die enkel een methode is om bevestigd te zien dat het aangeboden toestel effectief aan de vooropgestelde technische vereisten voldoet.

Dit verweer kan op het eerste gezicht niet worden bijgevalen om de volgende redenen.

Overeenkomstig artikel 2, § 1, 12°, b), van het koninklijk besluit Plaatsing kunnen de technische specificaties bij een opdracht voor leveringen ook de conformiteitsbeoordeling en de procedures voor de conformiteitsbeoordeling betreffen.

Blijkens de specificatie Synergrid C4/11-3 is de opname op de Synergrid-lijst het sluitstuk van de procedure voor het verkrijgen van een gelijkvormigheidsattest omschreven in de Synergrid publicatie C4/8 'Verkrijgen van een gelijkvormigheidsattest of goedgekeurd forfait'. De aanvrager moet daartoe een technisch dossier indienen bij Synergrid en op het verlichtingstoestel moeten proeven en metingen worden uitgevoerd door geaccrediteerde en door Synergrid aanvaarde laboratoria. In geval de resultaten in overeenstemming zijn bevonden met de vereisten van de technische specificatie 005 zal Synergrid de lijst met goedgekeurde materialen aanpassen.

De wijze waarop het besteksvoorschrift onder punt 1.5.1. van het bijzonder administratief lastenboek is geformuleerd, lijkt op het eerste gezicht zo te moeten worden begrepen dat de aanbestedende overheid heeft gewild dat de procedure voor de conformiteitsbeoordeling haar volledig beslag heeft gekend tot en met de opname op de Synergrid-lijst. De aanbestedende overheid heeft de niet-opname van het verlichtingstoestel op de Synergrid-lijst voor de betrokken percelen immers gekwalificeerd als een substantieel verwerpingscriterium, in het bestek verwoord als "het aangeboden toestel [staat] niet op de Synergrid 005 lijst".

Een *prima facie* vergelijking tussen de door de Synergrid-publicaties C4/11-3 en C4/8 voorgeschreven procedure voor het verkrijgen van het gelijkvormigheidsattest van Synergrid en het in de nota beschreven conformiteitsonderzoek door de aanbestedende overheid naar aanleiding van de indiening van de offerte lijkt overigens veeleer te wijzen in de richting van een mogelijks te verwachten maar niettemin voorlopig resultaat van dit laatste onderzoek in afwachting van de definitieve goedkeuring door Synergrid.

De ondersteunende elementen van het door de tussenkomende partij ingediend technisch dossier lijken het voorgaande niet tegen te spreken. Het certificaat verbonden aan de toekenning van het ENEC keurmerk, moet blijkens bladzijde 47/50 van de Synergrid technische specificatie 005 immers sowieso deel uitmaken van het bij Synergrid in te dienen technisch dossier met het oog op het verkrijgen van het gelijkvormigheidsattest en betreft naar verklaringen van de verwerende partij in de nota zelf, slechts

bepaalde aspecten van de C4/11-3 of 005-eis van Synergrid. De tests door het geaccrediteerde laboratorium ‘Laborelec’ waren voorts nog lopende. Het is pas in de loop van het onderzoek van de offertes dat de “approval” door Synergrid is tussengekomen (3 mei) gevolgd door de opname op de Synergrid-lijst.

Zulks lijkt dan ook het betoog van de verwerende en van de tussenkomende partij dat hoe dan ook ten tijde van de indiening van de offertes de conformiteit met de technische 005-eisen was verzekerd en dat de latere opname op de Synergrid-lijst hiervan een loutere bevestigende handeling uitmaakt, te relativiseren.

Een volgende vraag betreft het tijdstip waarop aan het besteksvereiste van punt 1.5.1. van het bijzonder administratief bestek moet zijn voldaan.

Hiervoor is vastgesteld dat de procedures voor de conformiteitsbeoordeling wel degelijk technische specificaties kunnen betreffen. De regelmatigheid van de offerte wordt in het geval van een open offerteaanvraag in beginsel beoordeeld op grond van de offerte zelf en niet in het licht van aanvullende verklaringen.

Overigens lijken bij de stelling van de tegenpartijen, dat het betrokken bestek niet uitdrukkelijk bepaalt op welk ogenblik het verlichtingstoestel moet zijn opgenomen op de Synergrid-lijst, vragen te kunnen worden gesteld, gelet op de bepaling onder titel “3. Technische Specificaties”, punt 3.1. “Technische Beschrijving” van het bijzonder administratief lastenboek, die vermeldt dat de kandidaat-opdrachtnemer bij de indiening van de offerte in een volledige technische documentatie voorziet met “eventuele certificaten en attesten”. Minstens verklaren de verwerende en de tussenkomende partijen niet waarom deze bepaling te dezen niet ook toepasselijk zou kunnen worden geacht op de conformiteitsbeoordeling door Synergrid met de opname op de Synergrid-lijst.

Het besluit van de verwerende partij dat zij de besteksbeepaling onder punt 1.5.1 van het bijzonder administratief lastenboek dusdanig heeft mogen interpreteren dat aan die voorwaarde slechts voldaan moest zijn op het moment van de gunning lijkt dan ook niet vanzelfsprekend verenigbaar met deze vaststellingen.

De omstandigheid dat deze interpretatie nochtans een vaste beleidslijn van de verwerende partij zou betreffen, die ook in het verleden op vergelijkbare

wijze is gehanteerd en gekend zou zijn bij fabrikanten van verlichtingstoestellen, noch de omstandigheid dat geen enkele inschrijver over de interpretatie van deze bepaling een vraag heeft gesteld tijdens de vragen- en antwoordronde, lijken zulks niet te kunnen verhelpen.

Er lijken voorts geen redenen voorhanden om de interpretatie dat het aangeboden verlichtingstoestel op het moment van de indiening van de offerte de procedure van conformiteitsbeoordeling diende te hebben doorlopen, strijdig te bevinden met het redelijkheidsbeginsel of artikel 7, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing en om die redenen – zoals gevraagd door de verwerende partij – de betrokken besteksbeepaling onder punt 1.5.1 van het bijzonder administratief lastenboek met toepassing van artikel 159 van de grondwet buiten toepassing te laten.

Nog aangenomen dat een verzoek van de verwerende partij zelf om een besteksbeepaling krachtens artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing te laten, zich verdraagt met het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem qua ipse fecisti* beginsel, is met betrekking tot de aangevoerde schending van het redelijkheidsbeginsel hiervoor al gebleken dat ten tijde van indiening van de offerte de proeven door het erkend laboratorium nog niet waren afgerond en uitgemond in een proefverslag. Het uitgangspunt van de verwerende partij om de strijdigheid van deze interpretatie met het redelijkheidsbeginsel te staven, namelijk dat de offerte op het moment van indiening van de offertes “volstrekt voldoet aan de technische vereisten” was bijgevolg alsdan nog niet vaststaand. Deze vaststelling lijkt te volstaan om de ingeroepen schending van het redelijkheidsbeginsel niet aan te nemen.

Artikel 7, § 3, van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt voorts niet toepasselijk op de voorliggende situatie. Het voormelde artikel 7, § 3, lijkt betrekking te hebben op inschrijvingen die niet zouden voldoen aan technische specificaties bij verwijzing naar Europese of nationale normen, maar op andere gelijkwaardige oplossingen zijn gesteund. De voorliggende situatie betreft het op de datum van indiening van de offertes nog niet volledig doorlopen zijn van de procedure van conformiteitsbeoordeling en niet een vastgestelde strijdigheid met de “(referentie)norm”.

Het verzoek, zoals geformuleerd door de verwerende partij in de nota, kan om al deze redenen niet worden ingewilligd.

Uit al wat voorafgaat lijkt te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte

van de tussenkomen de partij ten onrechte rekening heeft gehouden met een conformiteitsbeoordeling die pas werd verkregen meer dan twee maanden na de datum voor het indienen van de offertes. Zulks lijkt immers een verboden regularisatie in te houden van een in het bestek als substantieel aangemerkte onregelmatigheid.

Overigens lijkt met de verzoekende partij te moeten worden aangenomen dat de handelwijze van de verwerende partij de gelijke behandeling van de inschrijvers in het gedrang heeft gebracht. De termijn waarover de gekozen inschrijver heeft kunnen beschikken om te voldoen aan de essentiële bestekseis van opname van het aangeboden verlichtingstoestel op de Synergrid-lijst is beduidend langer gebleken dan die waarover de overige inschrijvers op grond van de betrokken besteksbe paling meenden te kunnen beschikken. Deze vaststelling is voldoende concreet. Het is niet vereist dat de verzoekende partij daarbij nog aantoont over een toestel te beschikken dat aan de 005-technische specificatie zou voldoen, maar op het ogenblik van indiening van de offerte nog niet op de lijst stond gepubliceerd.

Het enig middel is ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing. De verzoekende partij toont evenwel onvoldoende aan dat het enig middel tot de uitzonderlijke vaststelling leidt dat de verwerende partij geen andere keuze meer heeft dan de opdracht aan haar te gunnen, zodat het enig middel niet ook de schorsing van de tenuitvoerlegging van de impliciete weigeringsbeslissing verantwoordt.

10. De Raad van State valt deze vaststellingen en conclusies bij.

VII. Besluit

11. Het middel is in de besproken mate ernstig en verantwoordt de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing, doch niet van de impliciete weigering om aan de verzoekende partij te gunnen.

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Philips Lighting Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 7 juni 2017 van de raad van bestuur van de cvba Eandis System Operator, waarbij wordt beslist inzake dossier EAN16AL014 om de overheidsopdracht voor leveringen “Verlichtingstoestellen voor Openbare Verlichting”, perceel 1, perceel 2 en perceel 3 te gunnen aan de nv Philips Lighting Belgium.

3. De vordering wordt voor het overige verworpen.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 11 juli 2017, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest