

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.678 van 26 oktober 2017
in de zaak A. 223.466/XII-8444**

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

tegen:

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

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 5 oktober 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 30 augustus 2017, waarbij wordt beslist om de offerte van de verzoekende partij voor de overheidsopdracht voor leveringen ‘Verlichtingstoestellen voor OV’ voor Perceel 1: M3-4-5 – Wegen - Functionele verlichting, voor Perceel 2: M6 Wegen – Functionele verlichting en voor Perceel 3: Fietspaden – Finse piste, substantieel onregelmatig te verklaren, waarbij tevens wordt beslist om ook alle andere 6 offertes voor de voormelde Percelen 1, 2 en 3 substantieel onregelmatig te verklaren en waarbij bijgevolg wordt beslist om de opdracht voor de Percelen 1, 2

en 3 niet te gunnen omdat er geen regelmatige offertes werden ingediend en om een nieuwe aankoopprocedure op te starten”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 oktober 2017, om 14.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Frederik Vandendriessche en Marie Van Den Langenbergh, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge 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 middels 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 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 voorliggende zaak.

3.6. Het bijzonder administratief bestek EAN16AL014 – aankoop leveringen – bepaalt met betrekking tot het “onderzoek naar regelmatigheid van de offerte” onder punt 1.5 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 verwerpscriteria 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.

Onder punt 12 "Warmtehuishouding" van hetzelfde technisch voorschrift TVS E-OV-004 staat het volgende:

"Ten einde de werking en levensduur van de led-lichtbronnen te verzekeren is het toestel ontworpen om de warmtehuishouding van het toestel te garanderen. Hierbij is het gebruik van dynamische hulpmiddelen, bijvoorbeeld ingebouwde ventilatoren, niet toegelaten.

Verder geldt dat:

[...]

[...]

$T_c = T_{c,max} - 10^{\circ}\text{C}$

Een andere 005 gekeurde (ingestelde) driver mag in het gekeurde 005 verlichtingstoestel gebruikt worden indien de oorspronkelijke gemeten waarde van T_c de waarde van de gekeurde versie 005 verlichtingstoestel niet overschrijdt."

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

Voor de drie percelen heeft de verzoekende partij zich ingeschreven met de volgende verlichtingstoestellen:

- Perceel 1: merk: Schröder, hoofdfamilie: Ampera en familieleden: Ampera Mini en Ampera Midi en 1 configuratie Ampera Maxi
- Perceel 2: merk: Schröder, hoofdfamilie: Ampera en familielid: Ampera Mini
- Perceel 3: merk: Schröder, hoofdfamilie: Ampera en familielid: Ampera Mini

Deze aangeboden verlichtingstoestellen (Ampera Mini, Midi en Maxi) stemmen – op één onderdeel na – overeen met de toestellen vermeld op de Synergrid 005 lijst (LED verlichtingstoestellen voor openbare verlichting – lijst van de goedgekeurde led verlichtingstoestellen (C4/11.3-A)).

De verzoekende partij maakt in de voorgestelde verlichtingstoestellen gebruik van een andere driver dan deze die gebruikt werden in de verlichtingstoestellen die vermeld worden in Synergrid 005 lijst. De drivers in de door Synergrid goedgekeurde verlichtingstoestellen zijn volgens de verzoekende partij de “Xitanium Prog/Prog+ LED Xtreme drivers”, terwijl in de in de offerte aangeboden verlichtingstoestellen de drivers van het type “Xitanium FULL Prog LED Xtreme drivers Xi FP” zijn, welke volgens de verzoekende partij voorkomen op de lijst C4/10-A van Synergrid “hulpapparatuur voor openbare verlichting – lijst van goedgekeurde ballasten en lijst van goedgekeurde LED-drivers”.

3.8. 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.

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

3.9. Bij verzoekschrift van 26 juni 2017 stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen het gunningsbesluit van 7 juni 2017.

In het arrest nr. 238.805 van 11 juli 2017 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing van 7 juni 2017.

Dit arrest steunt onder meer op de volgende beoordeling:

“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 besteksbepaling 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.”.

3.10. Als gevolg van het schorsingsarrest trekt de verwerende partij op 30 augustus 2017 de geschorste beslissing in wat de percelen 1, 2 en 3 betreft.

3.11. In de gunningsfiche (2017-831-N) van 22 augustus 2017 staat de volgende “[a]nalyse m.b.t. de regelmatigheid van de offertes”:

“Alle offertes werden op hun regelmatigheid onderzocht door middel van toetsing aan de voorschriften zoals opgenomen onder punt 1.5.1 van het Bijzonder Administratief Lastenboek.

[...]

De offerte van Philips Lighting is onregelmatig. Op het moment van indiening van de offerte stonden de aangeboden LED-toestellen voor percelen 1-2-3 niet op de Synergrid lijst met 005 gekeurde toestellen, en conform het arrest van de Raad van State nr. 238.805 moet die opname op de Synergrid-lijst als een technische specificatie worden beschouwd waaraan voldaan moest zijn op het ogenblik van de indiening van de

offerte. Bijgevolg beantwoordt de offerte van Philips Lighting aan het substantieel verwerpingscriterium dat in punt 1.5.1 van het Bijzonder Administratief Lastenboek staat beschreven en moet de offerte worden geweerd.

In het licht van ditzelfde arrest blijkt dat ook de offerte van Schreder Uitrusting eveneens als onregelmatig moet worden geweerd aangezien de aangeboden LED-toestellen voor percelen 1-2-3 op het moment van indiening van de offerte niet op de Synergrid lijst met 005 gekeurde toestellen voorkomt. Bijgevolg beantwoordt de offerte aan het substantieel verwerpingscriterium dat in Par. 1.5.1 van het lastenboek staat beschreven en is de offerte nietig.

[...]

6. Evaluatie van de offertes

Er kan geen enkele offerte worden weerhouden voor percelen 1 – 2 – 3. Bijgevolg wordt voorgesteld de opdracht niet te gunnen voor de percelen 1 – 2 – 3 en hiervoor een nieuwe aankoopprocedure op te starten.”

3.12. Op 30 augustus 2017 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de gunningsfiche 2017-831-N en het daarin opgenomen voorstel om de opdracht voor de percelen 1-2-3 niet te gunnen omdat er geen regelmatige offertes werden ingediend en hiervoor een nieuwe aankoopprocedure op te starten, goed te keuren.

Dit is de bestreden beslissing.

3.13 Bij aangetekende brief van 15 september 2017 wordt aan de verzoekende partij het volgende meegedeeld:

“Na onderzoek van uw offerte, stellen wij vast dat de aangeboden LED-toestellen (de welbepaalde combinatie van armatuur, LED-module & driver) voor percelen 1-2-3 op het moment van indiening van de offerte niet op de Synergrid lijst met 005 gekeurde toestellen voorkwamen. Bijgevolg beantwoordt de offerte aan het substantieel verwerpingscriterium dat in Par. 1.5.1 van het lastenboek staat beschreven.”

Bij e-mailbericht van 3 oktober 2017 wordt het bestreden besluit samen met de gunningsfiche overgemaakt aan de advocaat van de verzoekende partij.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel ook 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’ van toepassing.

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

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

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

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van

15 juni 2006), artikel 95 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011 ‘Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), artikel 4, 9° 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), de materiële motiveringsplicht en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij voor de percelen 1-2-3 als substantieel onregelmatig beschouwt, om reden dat de aangeboden LED-toestellen, i.h.b. de welbepaalde combinatie van armatuur, LED-module en driver, voor deze percelen 1-2-3 op het moment van indiening van de offerte niet op de Synergrid lijst met 005 gekeurde toestellen voorkomen, en bijgevolg deze offerte beantwoordt aan het substantieel verwerpingscriterium dat in par. 1.5.1 van het bijzonder administratief lastenboek staat beschreven; dat de verwerende partij verder beslist de opdracht voor de percelen 1-2-3 niet te gunnen en een nieuwe procedure op te starten, omdat er geen enkele regelmatige offerte voor deze 3 percelen werd ingediend, want ook alle zes andere ingediende offertes voor deze percelen 1-2-3 substantieel onregelmatig zijn;

terwijl de verwerende partij in haar technisch lastenboek TVS E-0V-004 op p. 35 zelf uitdrukkelijk heeft toegelaten dat een andere 005 gekeurde (ingestelde) driver in het gekeurde 005 verlichtingstoestel gebruikt mag worden mits voldoen aan de vereiste dat de Tc (Case Temperature of temperatuur van de behuizing) de maximale door de verwerende partij toegelaten Tc (zijnde Tc.max - 10°C) niet overschrijdt;

Dat de verwerende partij aldus zelf heeft aangegeven dat de aangeboden LED-verlichtingstoestellen precies niet in een welbepaalde combinatie van armatuur + LED-module én driver op het moment van indiening van de offerte op de Synergid lijst met 005 gekeurde toestellen moeten voorkomen, maar dat de aangeboden door Synergrid 005 gekeurde LED toestellen/aangeboden familieleden weldegelijk met een andere 005 gekeurde driver mogen worden aangeboden dan de driver in de 005 gekeurde versie van de verlichtingstoestellen;

Dat de verwerende partij in haar technisch lastenboek TVS E-0V-008 verder expliciet bevestigt dat het ‘aangeboden familielid’ moet worden vermeld op de kwestieuze 005 lijst of C4/11.3-A lijst van goedgekeurde LED toestellen van Synergrid, zonder enige verwijzing naar de driver, wat nogmaals bevestigt dat het aangeboden toestel en familielid zelf op de Synergrid 005 lijst dient te staan, ongeacht een andere aangeboden 005 gekeurde driver;

Dat de verzoekende partij aldus wel degelijk de nieuwe versie van de Philips Xitanium Driver kan aanbieden in de aangeboden 005 gekeurde verlichtingstoestellen en familieleden Ampera Mini, Ampera Midi en Ampera Maxi, nu die aangeboden nieuwe Philips driver eveneens Synergrid 005 gekeurd is en voldoet aan de vereisten inzake niet-overschrijding van de maximale door de verwerende partij toegelaten Tc (Case Temperature of temperatuur van de behuizing);

Dat in acht genomen het patere legem quam ipse fecist[i] beginsel de verwerende partij gehouden is de eigen regels, zoals vastgelegd in haar opdrachtdocumenten, na te leven, en zij aldus onwettig de offerte van de verzoekende partij voor de percelen 1-2-3 substantieel onregelmatig acht omdat de aangeboden verlichtingstoestellen/familieleden Ampera Mini, Ampera Midi en (eenmaal) Ampera maxi in combinatie met de aangeboden nieuwe Philips Xitanium driver op het moment van indiening van de offerte niet in die combinatie op de Synergrid 005 lijst staan;

Dat de verwerende partij immers zelf uitdrukkelijk als regels heeft opgelegd dat enkel de aangeboden verlichtingstoestellen, en meer bepaald de aangeboden familieleden, op de Synergrid 005 lijst moeten staan, maar er met een andere 005 gekeurde driver dan diegene in het 005 gekeurde verlichtingstoestel mag worden ingeschreven;

Dat de verwerende partij zich aldus ten onrechte steunt op een vereiste welbepaalde combinatie van armatuur, LED-module én driver om te stellen dat de door de verzoekende partij voor de percelen 1 t.e.m. 3 aangeboden LED-toestellen op het moment van indiening van de offerte niet op de Synergrid lijst met 005 gekeurde toestellen voorkomen en de offerte dus beantwoordt aan het substantieel verwerpingscriterium dat in par. 1.5.1 van het bijzonder administratief lastenboek staat beschreven;

Dat aldus ook de motivering van de beslissing tot niet gunnen en opstarten van een nieuwe procedure niet deugdelijk en draagkrachtig is aangezien daarin wordt gesteund op de onregelmatigheid van alle zeven offertes voor de percelen 1 t.e.m. 3, terwijl de offerte van de verzoekende partij niet onregelmatig is;

Dat overeenkomstig artikel 35 overheidsopdrachtenwet 2006 een aanbestedende overheid zowel mag afzien van het gunnen van de opdracht als de procedure herbeginnen, maar deze beslissing wettig gemotiveerd dient te zijn, zoals ook door artikel 4, 9° rechtsbeschermingswet 2013 voorgeschreven, en die beslissing dus moet steunen op in feite en in rechte aanvaarbare motieven die de beslissing kunnen dragen, wat dus niet het geval is;

zodat de bestreden beslissing de in het middel opgenomen wettelijke bepalingen en beginselen schendt;”

Beoordeling

6. Voor de beoordeling van het middel zijn de volgende bepalingen en beginselen van belang:

Artikel 35 van de wet van 15 juni 2006 luidt:

“Het volgen van een procedure houdt geen verplichting in tot het gunnen of het sluiten van de opdracht. De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.”

Art. 4, 9°, van de rechtsbeschermingswet luidt:

“In het kader van de plaatsing van een opdracht stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op:
[...]

9° wanneer ze afziet van het plaatsen van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe plaatsingsprocedure uit te schrijven.”

Artikel 95 van het koninklijk besluit Plaatsing luidt:

“§ 1. De aanbestedende overheid gaat de regelmatigheid na van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen. Ze onderzoekt de regelmatigheid, zowel op formeel als op materieel vlak.

§ 2. Op formeel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de vormvoorschriften van de artikelen 6, § 1, 51, § 2, 52, 54, § 2, 55, 80, 81, 82, 90 en 91 en van de opdrachtdocumenten, in de mate dat de vormvoorschriften van die artikelen of die documenten essentieel zijn.

Als een offerte daarentegen afwijkt van de overige vormvoorschriften van de in het eerste lid vermelde artikelen of van de opdrachtdocumenten, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 3. Op materieel vlak is een offerte substantieel onregelmatig als ze afwijkt van de bepalingen van dit besluit of van de opdrachtdocumenten betreffende met name de prijzen, termijnen en technische specificaties, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn, of in geval van een abnormale prijs als bedoeld in de artikelen 21 en 99.

Als een offerte daarentegen niet in overeenstemming is met de andere bepalingen van dit besluit, meer bepaald met hoofdstuk 1, afdelingen 7 tot 11, en met hoofdstuk 6, afdelingen 2 tot 4, of van de opdrachtdocumenten, of nog enig voorbehoud inhoudt of elementen bevat die niet met de werkelijkheid overeenstemmen, is ze aangetast door een niet-substantiële onregelmatigheid.

§ 4. Een substantieel onregelmatige offerte is nietig.

In geval van een niet-substantiële onregelmatigheid kan de aanbestedende overheid de offerte nietig verklaren. Als de aanbestedende overheid een offerte niet nietig verklaart, dan wordt deze offerte geacht regelmatig te zijn.”

Afwijkingen van de bepalingen inzake technische specificaties leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte, overeenkomstig artikel 95, § 3, eerste lid, van het koninklijk besluit Plaatsing, in de mate dat die bepalingen essentieel zijn.

De verwerende partij is er op grond van het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel toe gehouden om de regels die zij in haar eigen bestek heeft opgelegd te eerbiedigen. Uit dat beginsel vloeit voort dat zij bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes in elk geval gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld, ook al zijn deze niet verplichtend opgelegd door regelgeving, naast de verplichtingen die voortvloeien uit de algemene rechtsbeginselen.

7. De aanbestedende overheid lijkt met het besteksvoorschrift onder punt 1.5.1. van het bijzonder administratief lastenboek “de niet-opname van het verlichtingstoestel op de Synergrid-lijst voor de betrokken percelen [...]” te hebben gekwalificeerd als een substantieel verwerpingscriterium”, in het bestek verwoord als “het aangeboden toestel [staat] niet op de Synergrid 005 lijst”.

Uit de “technische specificatie 005 Uitrustingen voor openbare verlichting C4/11-3 voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED technologie”, blijkt onder punt “2.1. Referentielijst Synergrid C4/11.3-A” dat met een verlichtingstoestel een welbepaalde combinatie van armatuur, led-module, driver wordt bedoeld:

“Synergrid publiceert een lijst met de toesteltypes die erkend worden als zijnde conform met de voorschriften van deze technische specificatie. Deze lijst is geldig voor een welbepaalde combinatie van armatuur, led-module, driver, enz.”

Hieruit lijkt te moeten worden afgeleid dat het verlichtingstoestel op de Synergrid-lijst 005 als een geheel moet worden beschouwd. Zoals de verwerende partij terecht stelt, is een toestel het geheel van deze drie onderdelen en niet slechts één of enkele van deze onderdelen. Indien een andere combinatie van onderdelen wordt gebruikt dan deze vermeld op de lijst, lijkt er *prima facie* sprake te zijn van een verlichtingstoestel dat niet is opgenomen op de lijst en is de offerte bijgevolg substantieel onregelmatig.

8. De verzoekende partij heeft zich voor de percelen 1, 2 en 3 ingeschreven met verlichtingstoestellen die – op één onderdeel na – overeenstemmen met de verlichtingstoestellen opgenomen op de Synergrid-lijst 005. De verzoekende partij lijkt in de voorgestelde verlichtingstoestellen gebruik te maken van een andere driver dan deze die worden gebruikt in de verlichtingstoestellen vermeld op de Synergrid 005 lijst.

De drivers in de door Synergrid goedgekeurde verlichtingstoestellen zijn volgens de verzoekende partij de “Xitanium Prog/Prog+ LED Xtreme drivers”, terwijl in de in de offerte aangeboden verlichtingstoestellen de drivers van het type “Xitanium FULL Prog LED Xtreme drivers Xi FP” zijn.

9. Volgens de verzoekende partij laat het bestek echter het gebruik van een andere driver toe.

9.1. Zij verwijst hiervoor naar het technisch voorschrift TVS E-OV-008 – Verlichtingstoestellen voor openbare verlichting, aanstralingsprojecten en terreinverlichting waarin onder meer staat dat “[h]et aangeboden familielid [...] vermeld [wordt] op de lijst ‘C4/11.3-A Lijst van de goedgekeurde LED-toestellen’ uitgegeven door Synergrid.” De verzoekende partij leidt hieruit af dat eveneens een andere (005 gekeurde) driver mag worden voorgesteld.

Mede gelet op het technisch karakter van het volledige voorschrift is niet meteen duidelijk na een *prima facie* onderzoek of hiermee wordt afgeweken van het substantieel verwerps criterium vermeld onder punt 1.5.1. van het bijzonder administratief lastenboek. Een snelle toetsing eigen aan de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, lijkt het tegendeel aan te geven. Het zonet weergegeven technisch voorschrift dat vereist dat het aangeboden familielid op de 005 lijst moet staan, lijkt in te houden dat het aangeboden toestel niet een andere driver kan omvatten.

9.2. De verzoekende partij verwijst eveneens naar punt 12 “Warmtehuishouding” van het technisch voorschrift TVS E-OV-004 – “Verlichtingstoestellen: Algemene principes”:

“Ten einde de werking en levensduur van de led-lichtbronnen te verzekeren is het toestel onderworpen om de warmtehuishouding van het toestel te garanderen. Hierbij is het gebruik van dynamische hulpmiddelen, bijvoorbeeld ingebouwde ventilatoren, niet toegelaten.

Verder geldt dat:

- [...]
- [...]
- $T_c = T_{c,max} - 10^{\circ}\text{C}$

Een andere 005 gekeurde (ingestelde) driver mag in het gekeurde 005 verlichtingstoestel gebruikt indien de oorspronkelijke gemeten waarde van T_c de waarde van de gekeurde versie 005 verlichtingstoestel niet overschrijdt.”

Uit dit voorschrift blijkt dat een andere driver mag worden gebruikt, indien, zoals de verzoekende partij zelf in haar verzoekschrift uiteenzet, aan twee voorwaarden wordt voldaan: ten eerste moet het gaan om een “andere 005 gekeurde (ingestelde) driver” en ten tweede mag de “oorspronkelijke gemeten waarde van T_c ” – de behuizingstemperatuur – “de waarde van de gekeurde versie 005 verlichtingstoestel niet overschrijden”.

De vraag of de verzoekende partij met de in de offerte aangeboden driver beantwoordt aan deze twee technische voorwaarden, lijkt een technische beoordeling te vereisen, zeker wat de vervulling van de tweede voorwaarde betreft, aangezien aan de Raad van State in wezen wordt gevraagd om

de invloed van de aangeboden driver op de behuizingstemperatuur na te gaan in vergelijking met de driver die deel uitmaakt van het verlichtingstoestel op de 005 lijst.

Uit de offerte van de verzoekende partij lijkt eerst en vooral niet te kunnen worden afgeleid dat zij gebruik heeft willen maken van de voormelde afwijking waarbij een andere driver kan worden gebruikt. Bij de offerte voegt zij testrapporten van de toestellen in de constellatie zoals opgenomen in de Synergrid lijst 005, dus zonder een andere driver, wat op het eerste gezicht het beroep op de afwijkingsregeling tegenspreekt.

Daarenboven lijkt zij in haar offerte niet met de nodige documentatie aan te tonen dat zij aan de voorwaarden tot afwijking voldoet zoals bepaald onder het voormelde punt 12. Zo heeft zij niet de lijst C4/10-A van Synergrid “van goedgekeurde LED-drivers” neergelegd waaruit de aanbestedende overheid zou kunnen afleiden dat de nieuwe driver voldoet aan de eerste voorwaarde onder punt 12. Nochtans vereist titel 3.1. “Technische omschrijving” van het bijzonder administratief lastenboek dat de kandidaat-opdrachtnemer bij de indiening van de offerte aan de opdrachtgever de volledige technische documentatie meedeelt.

Het is pas op 3 oktober 2017 dat een testrapport wordt opgesteld met het nieuwe type driver. Dit is enkele dagen voor het indienen van het verzoekschrift. De verwerende partij kon hiermee geen rekening houden bij de beoordeling van de regelmatigheid van de offertes.

9.3. De verzoekende partij verwijst eveneens naar punt 9. “Led-hulptoestel (driver)” van de “Technische specificatie 005 Uitrustingen voor openbare verlichting: C4/11-3 Voorschriften voor verlichtingstoestellen uitgerust met LED Technologie”. Daarin staat dat “[e]en verlichtingstoestel [...] als conform [kan] behandeld worden indien het voorzien is van een driver op de lijst C4/10-A van hulpapparatuur erkend door Synergrid”.

Op het eerste gezicht lijkt dit voorschrift geen invloed te hebben op de wijze waarop hoe het substantieel verwerpingscriterium, zijnde de opname

van het verlichtingstoestel op de Synergrid-lijst, moet worden begrepen. Als het toestel niet op de lijst staat, lijkt de offerte als substantieel onregelmatig te moeten worden verklaard.

10. Uit het voorgaande blijkt dat de offerte van de verzoekende partij *prima facie* mocht worden geweerd.

Nu de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aantoont dat haar offerte niet onregelmatig kon worden verklaard, is niet aangetoond dat de beslissing tot niet gunnen en tot het herbeginnen van de procedure op ondeugdelijke motieven zou steunen.

Het enig middel is niet ernstig.

VI. Besluit

11. Het enig middel is niet ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

12. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, de verwerende partij de door haar gevraagde basisrechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin