RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 243.573 van 31 januari 2019
in de zaak A. 227.144/XII-8677

In zake: de BV ARS TRAFFIC & TRANSPORT TECHNOLOGY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c, 113 b
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 januari 2019, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[h]et besluit van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn (afgekort De Lijn) van 12 december 2018, waarbij [de bv ARS Traffic & Transport Technology] wordt uitgesloten en waarbij diens offerte substantieel onregelmatig wordt bevonden voor de overheidsopdracht 'Raamovereenkomst voor het leveren van reizigersinformatieborden en gerelateerde diensten' met als toepasselijk bestek PG1111-00480 en waarbij de opdracht gegund wordt aan Axentia Technologies AB".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 januari 2019, om 11.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Lore Derdeyn, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes 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 een “Raamovereenkomst voor het leveren van reizigersinformatieborden en gerelateerde diensten”. De opdracht wordt door de verwerende partij ook “IRTIS2” genoemd. Het betreft een opdracht in de speciale sector vervoer.

Er wordt initieel gekozen voor de openbare procedure als plaatsingsprocedure. Die procedure wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 september 2017 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 september 2017.

Drie inschrijvers dienen in deze initiële procedure een offerte in:

- de tv IRTIS2, bestaande uit de nv Cofely Fabricom en de nv Spie Belgium;

- de bv ARS Traffic & Transport Technology uit Nederland, de huidige verzoekende partij;
- de ab Axentia Technologies uit Zweden.

Na onderzoek van de offertes blijkt dat er geen enkele inschrijver in aanmerking komt voor gunning van de opdracht. De tv IRTIS2 wordt niet geselecteerd omdat de ingediende referenties niet voldoen aan de minimale vereisten; de offerte van Axentia wordt substantieel onregelmatig verklaard omdat deze niet geldig is ondertekend; de offerte van de verzoekende partij voldoet niet aan de technische vereisten van het bestek waardoor deze substantieel onregelmatig wordt verklaard.

Op 16 mei 2018 beslist de verwerende partij tot niet-gunning en stopzetting van de initiële plaatsingsprocedure.

3.2. De verwerende partij beslist diezelfde dag om de opdracht opnieuw te gunnen met een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging, met toepassing van artikel 124, § 1, 2°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016).

3.3. Het bestek met referentie PG1111 00480 is van toepassing op de opdracht. Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht, samengevat, als volgt:

> “Deze opdracht betreft een raamovereenkomst voor een looptijd van vier jaar betreffende de levering en installatie van reizigersinformatieborden (verder in dit bestek kortweg infoborden genoemd).
> De opdrachtnemer dient in te staan voor het leveren en plaatsen van infoborden en het bieden van de nodige operationele dienstverlening gedurende 10 jaar (inclusief de netwerkdiensten) om de realtime info aan de reizigers te tonen binnen de aangeboden doorvoertijd en binnen de aangeboden beschikbaarheid.
> Kort samengevat omvat deze opdracht:
> - het leveren van infoborden met eventueel bijhorende toebehoren (bijvoorbeeld zonnepaneel) voor het tonen aan een halte van real time doorkomsten en eventuele reizigersberichten;
> - het leveren van haltepalen;

- de installatie op de haltes;
- het leveren van de operationele dienstverlening;
- het optioneel leveren (verplichte optie) van alle onderhoudswerken op de haltes."

Het bestek bepaalt dat het IRTIS 2 project in vijf fasen zal verlopen, die samenvattend als volgt worden omschreven:

- Fase 1 - Gebruiksklaar maken van het initiële IRTIS2-systeem op testsite;

- Fase 2 - Ontwikkelen van de integratiecomponent;

- Fase 3 - Ontwikkelen, opleveren en testen van de productieversies;

- Fase 4 - Uitrol;

- Fase 5 - Eventuele verdere ontwikkelingen.

Voorts bepaalt het bestek het volgende:

"Initiële oplevering en productieversies
Als deel van het IRTIS 2 project zal de opdrachtnemer de kans krijgen om evoluties en verbeteringen aan te brengen aan de aangeboden producten. Daarom wordt er een onderscheid gemaakt tussen de initieel aangeboden producten en de productieversies.
Gezien de complexiteit als gevolg van de vereisten betreffende de autonomie in energievoorziening is het belangrijk dat de initieel aangeboden producten (infobord, systeem voor energievoorziening en centrale software) al eens samen hun diensten in hun geheel bewezen hebben en volgens de minimale vereisten van dit bestek (met uitzondering van de minimale vereisten die specifiek zijn geïdentificeerd als toegelaten voor verdere ontwikkelingen en evolutie).
Met initieel gebruik en initiële opleveringen wordt het volgende bedoeld:
• Het infobord met eventuele toebehoren dat zal gebruikt worden tijdens:
  - De gunningfase om de leesbaarheid te bepalen (zie later in dit bestek)
  - De end-to-end test tijdens de gunningfase (zie later in dit bestek)
  - De Fase 1 en de Fase 2 van het project (zie later in dit bestek)
• De centrale software die zal gebruikt worden tijdens:
  - De end-to-end test in de gunningfase
  - De Fase 1 en de Fase 2 van het project
Met productieversies wordt het volgende bedoeld:
• Het infobord met eventuele toebehoren dat zal gebruikt worden op:
  - De haltes van De Lijn
  - Op de test site van De Lijn voor het testen van de nieuwe ontwikkelingen
• De versie van de centrale software die zal gebruikt worden voor:
  - De aansturing en het beheer van het infobord en eventuele toebehoren die op de haltes van De Lijn zijn geïnstalleerd

- Het testen van de productieversie van infobord en eventuele toebehoren."

Wat de selectie betreft van de inschrijvers bepaalt het bestek onder meer het volgende:

> "De technische bekwaamheid, de beroepsbekwaamheid en de bewezen aangeboden systeem oplossing dient aangetoond te worden op basis van referenties.
> De inschrijver dient minstens 3 referenties op te geven van klanten waar de infoborden, samen met het systeem van energievoorziening, gedurende minstens 1 jaar operationeel actief zijn op datum van indienen offerte, én waarvan de aansturing en het beheer van de infoborden gebeurt door de centrale software waarvan zowel de infoborden, het systeem voor energievoorziening, als de centrale software voldoen aan de minimale vereisten van dit bestek (met uitzondering van de vereisten die specifiek zijn geïdentificeerd als toegelaten voor verdere ontwikkelingen en evolutie).
> De in te dienen referenties dienen aan te tonen dat er gezamenlijk minstens 400 infoborden operationeel zijn volgens de minimale vereisten zoals gespecificeerd in het derde deel van dit bestek (met uitzondering van de vereisten die specifiek zijn geïdentificeerd als toegelaten voor verdere ontwikkelingen en evolutie)."

Daarnaast voorziet het bestek in een toetsing van de offertes aan de hand van acht gunningscriteria. Het tweede gunningscriterium betreft de leesbaarheid van de infoborden. Er wordt voorzien in een "leesbaarheidstest".

> "Leesbaarheid
> Het doel van de leesbaarheidstest is om op verschillende tijdstippen tijdens de dag uit te maken vanuit welke locaties de informatie op het infobord nog steeds duidelijk leesbaar is. Zie ook de minimale vereisten betreffende leesbaarheid in het derde deel van dit bestek.
> De punten voor leesbaarheid zullen door een jury bepaald worden aan de hand van de leesbaarheidstest buiten de minimale zone. Een hogere leesbaarheid buiten de minimale vereisten zal resulteren in een hogere score.
> Over de leesbaarheidstest
> Deze test is verplicht. De inschrijver kan geen kosten aanrekenen aan De Lijn voor het uitvoeren van deze test.
> In de periode […] zal de inschrijver 3 dagen tijd krijgen (van maandag t.e.m. woensdag) om alles klaar te zetten voor de leesbaarheidstest volgens de vereisten in deze sectie. Het doel van de test is om de leesbaarheid van de infoborden te kunnen beoordelen en om punten voor dit criterium te

kunnen toekennen. In de overeengekomen periode krijgt de inschrijver 3 dagen tijd om een infobord aan een paal op een testlocatie te installeren. De inschrijver dient zelf voor een paal te zorgen maar dat hoeft niet noodzakelijk de definitieve paal te zijn die in fase 3 dient opgeleverd te worden. De testlocatie zal in Vlaanderen zijn en zal door De Lijn later meegedeeld worden.
De leesbaarheidstest dient te gebeuren met het infobord en de toebehoren zoals die bij het begin van fase 1 (zie verder) dient opgeleverd te worden (inclusief dezelfde software versie).
Het infobord dient op de vereiste hoogte van minimaal 2m20 geplaatst te worden tijdens de test (gerekend van onderkant bord t.o.v. het grondoppervlak).
Tijdens de dagen en uren dat de leesbaarheid zal getest worden, dient er continu tenminste 2 volgende doorkomsten getoond te worden met realtime info (mag van een fictieve halte en fictieve ritten zijn maar de ritten moeten wel realistisch zijn en met de nodige vertragingen) en dit tenminste van 5h ‘s morgens tot 1h de volgende dag.
Tijdens de leesbaarheidstest dient er op vraag van de testcoördinator een reizigersbericht (tekst door de testcoördinator te bepalen) binnen de 5 minuten op het infobord getoond te kunnen worden (manueel ter plaatse of van op afstand). De concrete testogenblikken zullen plaats vinden op vooraf gecommuniceerde ogenblikken. Er kunnen met andere woorden verschillende tests uitgevoerd worden binnen een redelijke tijdspanne van 14 dagen afhankelijk van atmosferische omstandigheden (duister, regen, zon, ..)
De inschrijver dient zelf al het mogelijke te doen om alles operationeel te krijgen zoals hierboven gespecificeerd en dient zelf voor de verbinding via het publiek draadloze netwerk te zorgen.”

Het bestek bevat de volgende minimale technische vereisten inzake leesbaarheid:

“Leesbaarheid
De informatie die op het scherm van het infobord wordt weergegeven dient volledig en goed leesbaar te zijn (rekening houdend ook met speciale karakters zoals é, à, ä, …), op elk[…] tijdstip van de dag, binnen tenminste een zone afgebakend door volgende afstanden en gezichtshoeken:
• Een verticale en longitudinale gezichtshoek die personen met een lichaamslengte tussen 120 cm en 200 cm in staat stelt om het scherm te lezen vanop 1 m tot 5 m afstand van de haltepaal.
• Een minimale horizontale gezichtshoek van ±30° ten opzichte van de verticale as van het scherm.”

Voorts bepaalt het bestek nog het volgende:

> "Elke offerte die afwijkt van de essentiële voorschriften van dit opdrachtdocument zal beschouwd worden als onregelmatig en nietig."

en,

> "Een offerte mag enkel ingediend worden als volledig aan de vereisten zoals gespecificeerd in dit bestek is voldaan. De ingediende offerte is bindend aan de vereisten van dit bestek. De vereisten gespecificeerd in dit bestek zullen dienen voor de keuring en acceptatie.
> Indien uit de ingediende offerte of tijdens de testen in de gunningfase blijkt dat niet voldaan is aan de vereisten, zal de inschrijver uitgesloten worden."

3.4. Er vindt een vragen-en-antwoordenronde (Q&A) plaats tussen de drie inschrijvers van de initiële openbare procedure en de aanbestedende overheid. De antwoorden worden door de aanbestedende overheid aan de drie inschrijvers bezorgd met de vermelding dat zij "integraal deel uitmaken van [het] bestek". Het gaat om in totaal 82 vragen en antwoorden. Voor de huidige zaak zijn de vragen 60 en 70 van belang:

> "60. Uw wens is dat de infoborden op 220 cm hoogte geplaatst gaan worden, zie 'Minimale hoogte van het infobord['], [(]bladnummer 65 van het bestek). Om aan deze wens tegemoet te komen, willen wij het formaat van onze LCD display aanpassen. Dit is een geringe aanpassing van een bestaande, bewezen techniek. De wijze van aansturing is geheel identiek aan een aantal eerdere door ons geleverde projecten. Kunt u svp bevestigen dat deze beperkte aanpassing toegestaan is om daarmee aan deze eis van het bestek te voldoen?
> [A] Het is de inschrijver toegelaten om in de offerte een infobord aan te bieden dat afwijkt van de infoborden waarvan gebruik wordt gemaakt in de opgegeven referenties in de offerte. Hierbij is het aan de inschrijver om duidelijk te omschrijven waarin het aangeboden infobord afwijkt van de infoborden gebruikt in elk van de vermelde referenties. Hiermee is het aan de inschrijver om aan te tonen dat het aangeboden infobord ten minste functioneel en technisch gelijkwaardig is aan de infoborden gebruikt in de referenties en, indien het aangeboden infobord zou worden toegepast in de configuratie van de opgegeven referentie, het geen afbreuk zou doen aan de technische bekwaamheid, de beroepsbekwaamheid en de systeemoplossing die door de referentie wordt aangetoond. Deze verduidelijking van de selectiecriteria maakt dat het de inschrijver is toegelaten om de minimumeis van 'beproefd concept' zoals vermeld op pagina 64, aan te tonen op basis van infoborden die afwijken van de infoborden gebruikt in

de opgegeven referenties of die, als onderdeel van de opdracht die uit deze offerte kan volgen, nog zijn te realiseren.
[…]
70. Is het acceptabel dat ten behoeve van de end-to-end test en de leesbaarheidstest er één infobord geleverd wordt met de mogelijkheden (functionaliteiten) en fontgrootte van het voor de uitrol te leveren display, maar met een niet-definitieve omkadering?
[A] Neen. Voor de uitvoering van de leesbaarheidstest kan slechts één infobord geleverd worden. Voor de end-to-end test is het noodzakelijk om meting te kunnen doen op één of meerdere infoborden die zowel technisch[…], hardwarematig, firmwarematig, mechanisch en functioneel voldoen aan de eisen van het bestek en waarvan de werking, de samenstelling, de technische en functionele specificatie gelijk is aan het definitief te leveren bord."

3.5. De drie inschrijvers uit de initiële gunningsprocedure worden uitgenodigd om aan deze nieuwe procedure deel te nemen en een offerte in te dienen tegen uiterlijk 22 juni 2018. Zij dienen alle drie een nieuwe offerte in.

3.6. Op 16 november 2018 wordt een gunningsverslag opgesteld.

De tv IRTIS2 wordt niet geselecteerd omdat haar referenties niet voldoen. Wat de verzoekende partij en de gekozen inschrijver betreft, wordt vastgesteld dat hun referenties geldig zijn. Zij worden bijgevolg wel geselecteerd. Blijkens het gunningsverslag werd in dit verband reeds op 18 augustus 2018 een selectiebeslissing genomen.

Vervolgens worden de twee overblijvende offertes nader onderzocht. De voornoemde leesbaarheidstest wordt uitgevoerd op de infoborden. Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt in dit verband vastgesteld dat de verzoekende partij eerst meer tijd heeft gevraagd om zich op de test voor te bereiden. Vervolgens wordt vastgesteld dat het door de verzoekende partij op de testsite geïnstalleerde infobord "merkelijk verschillend is van het infobord dat in de offerte van ARS wordt aangeboden". Er wordt als volgt geoordeeld:

"In het bestek wordt hierover aangegeven dat, enerzijds, de leesbaarheidstest dient te gebeuren met het initiële infobord dat bij de start van fase 1 dient opgeleverd te worden (zie bestek p. 24). Anderzijds, geeft het bestek aan dat het de inschrijver is toegelaten om een productieversie

van het infobord aan te bieden dat verschillend is van het initiële infobord dat wordt gebruikt voor de leesbaarheidstest, end-to-end test etc. op voorwaarde dat het initiële infobord gebruik maakt van bewezen technologie én dat de ontwikkelingen die nodig zijn om het initiële infobord om te vormen tot een productieversie van het infobord in de offerte gedetailleerd zijn beschreven (zie bestek p. 42).
[…]
Gezien de offerte van ARS geen enkele melding maakt over enige ontwikkelingen die nodig zijn om de elektronische, layout-technische en optische kenmerken van het geïnstalleerde infobord om te zetten naar een productieversie ervan, moet redelijkerwijs worden aangenomen dat het initiële infobord slechts representatief kan zijn voor de finale productieversie van het infobord indien de verschillen dermate minimaal zijn dat ze geen fundamenteel verschil zouden betekenen in de beoordeling van de leesbaarheid en de esthetiek tussen het initiële infobord en de daarop gebaseerde productieversie.
Echter, bij de eerste kennismaking met het infobord dat ARS ter beschikking stelt voor de leesbaarheidstest wordt vastgesteld dat dit infobord in belangrijke mate verschillend is van de productieversie zoals deze in de offerte wordt voorgesteld. De verschillen zijn terug te vinden op het niveau van o.a. het aantal displays, de displayformaten, de display achtergrondkleur, de functionele toewijzing van displays, de infobord-ophanging …
Het feit dat de verschillen tussen het geïnstalleerde en het aangeboden infobord zich bevinden op aspecten die de leesbaarheid beïnvloeden (zie verder ‘toelichting verschillen tussen het initieel infobord en voorgestelde productieversie van het infobord’), maakt dat de beoordeling van de leesbaarheid van het geïnstalleerde infobord niet representatief is voor de leesbaarheidservaring van het finale infobord.
Hierdoor is de jury niet in staat om de leesbaarheid van het infobord eenduidig te beoordelen en vormt dit een inbreuk op de vereiste van het bestek voor de uitvoering van een leesbaarheidstest als onderdeel van de evaluatie van de gunningscriteria.
De fundamentele verschillen in vormgeving, afmeting en methode van ophanging tussen het geïnstalleerde infobord en productieversie van het infobord maken tevens dat de evaluatie van het gunningscriterium ‘esthetiek’ (als onderdeel van de leesbaarheidstekst [sic]) door de jury niet eenduidig kan uitgevoerd worden.
Gelet op het feit dat:
- de offerte geen enkele beschrijving geeft van de ontwikkelingen die het geïnstalleerde infobord dient te ondergaan om tot de aangeboden productieversie van het infobord te komen,
- de leesbaarheidstest op het geïnstalleerde infobord niet representatief is voor de leesbaarheid van het aangeboden infobord,
- de beoordeling van de esthetiek (als onderdeel van de leesbaarheidstest) van het geïnstalleerde infobord niet representatief is voor de esthetiek van het aangeboden infobord
maakt dat de offerte van ARS substantieel onregelmatig is.

Toelichting verschillen tussen het initieel infobord en de productieversie van het aangeboden infobord:

1) grijze versus witte achtergrondkleur van de displays: de displays van het geïnstalleerde infobord hebben een grijze achtergrondkleur, de displays van het aangeboden infobord hebben een witte achtergrond kleur. Het verschil in achtergrondkleur tussen beide infoborden geeft een verschillende leesbaarheidservaring.
2) verschillende display formaten: de displays op het geïnstalleerde infobord komen voor in twee verschillende formaten, het aangeboden infobord maakt slechts gebruik van één enkel display formaat. ln de offerte wordt nergens melding gemaakt van het gebruik van displays met verschillende formaten, maar spreekt men van één type LCD. Verder geeft het bestek geen beschrijving van de ontwikkeling die nodig is om het infobord met 2 displayformaten om te zetten tot een infobord met slechts 1 displayformaat.
3) functionele opsplitsing van displays: de displays van het geïnstalleerde infobord zijn ingedeeld in functionele groepen, nl. displays voor aanduiding van het lijnnummer en de vertrektijd versus displays voor de aanduiding van de bestemmingsnaam of een reizigersbericht. Het infobord in de offerte maakt geen verwijzing naar enige vorm van functionele opsplitsing en is daardoor qua samenstelling en gebruik fundamenteel verschillend. In de offerte wordt nergens melding gemaakt van enige ontwikkeling die deze functionele opsplitsing van displays zou wegwerken.
4) verschillende achtergrondgrijswaarden : de achtergrondgrijswaarde van een display is bepalend voor het contrast met de tekst en zodoende ook een factor die de leesbaarheid beïnvloedt. Het feit dat de achtergrondgrijswaarde van de ‘40mm’ displays verschillend is van de ‘20mm’ displays maakt dat het niet eenduidig bepaald is welke achtergrondgrijswaarde er van toepassing zal zijn op de displays van de productieversie van het infobord. M.a.w. het voorkomen van verschillende achtergrondgrijswaarden op het geïnstalleerde infobord laat niet toe om een extrapolatie te maken van de te verwachte leesbaarheid van het aan te schaffen infobord.”

Vervolgens wordt er nog een “[p]ro forma evaluatie leesbaarheid van geïnstalleerd infobord” uitgevoerd die eveneens negatief is:

“Niettegenstaande de substantiële onregelmatigheid van de offerte heeft de jury, in de veronderstelling dat het geïnstalleerde infobord beschouwd zou worden als de productieversie van het infobord, zich uitgesproken over de leesbaarheid van het geïnstalleerde infobord en dit volgens de bepalingen van de leesbaarheidstest zoals in het bestek beschreven.
De evaluatie van de leesbaarheidstest van het geïnstalleerde infobord is als volgt :

1) de tekst op het geïnstalleerde infobord is niet leesbaar wanneer dit geobserveerd wordt vanop de uithoeken (5 meter @ 30 graden) van de minimale vereiste zichtbaarheidszone. De observatie werd uitgevoerd bij zonnig daglicht en een heldere hemel.
2) de afstand voor leesbaarheid valt binnen de minimale vereiste zichtbaarheidszone wanneer druppelvorming ten gevolge van regenval zich op de displays van het infobord voordoet.
3) bij observatie tijdens de avond (omstreeks 20u op 27 september 2018 - goede weersomstandigheden) is de tekst van het infobord binnen het vooropgestelde minimale zichtbaarheidszone niet leesbaar wanneer de backlight-verlichting van de infolijnen door het infobord automatisch wordt uitgeschakeld. Het uitvallen van de backlight-verlichting van één of meerdere infolijnen wordt meermaals tijdens de avondobservatie waargenomen. De uitval van de backlight duurt gemiddeld 3 minuten en treedt op wanneer doorkomstinformatie op de infolijn getoond wordt.
De observatie van de jury dat de tekst op het infobord onder gewone of bij speciale (regen) condities niet leesbaar is binnen de in het bestek bepaalde minimale vereiste zichtbaarheidszone maakt dat het geïnstalleerde infobord niet voldoet aan de minimale vereisten van het bestek en dat de offerte van ARS daardoor als substantieel onregelmatig moet worden beschouwd."

Wat de gekozen inschrijver betreft, wordt vastgesteld dat het voor de leesbaarheidstest geïnstalleerde infobord overeenstemt met het infobord dat in de offerte wordt voorgesteld en dat het bord de test doorstaat.

Gelet op de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij, wordt haar offerte niet nader onderzocht. De offerte van de gekozen inschrijver wordt wel nader onderzocht. Er wordt vastgesteld dat de offerte van de gekozen inschrijver voldoet aan alle voorwaarden en voor alle tests geslaagd is. Het gunningsverslag besluit dan ook om de opdracht te gunnen aan de ab Axentia Technologies.

3.7. Op 12 december 2018 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de ab Axentia Technologies. Dit is de bestreden beslissing.

3.8. Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 18 december 2018 geeft de verwerende partij kennis aan de verzoekende partij van de bestreden beslissing.

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 beslissing 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 de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. De verzoekende partij voert de schending aan van "[a]rtikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in speciale sectoren; [a]rtikel 4, lid 1, 8° en artikel 5, 8° Rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet; [h]et bestek PG111100480 en de patere legem-plicht; [h]et zorgvuldigheidsbeginsel".

Zij vat het middel als volgt samen:

> "Doordat de verwerende partij de offerte van AXENTIA Technologies AB regelmatig verklaart, waarbij het gunningsverslag en de gunningsbeslissing geen regelmatigheidsonderzoek bevat;
> Terwijl overeenkomstig artikel 74 van het KB Plaatsing speciale sectoren de aanbesteder dient na te gaan of de offerte regelmatig is waarbij o.a. de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, van de vereisten bedoeld in de artikelen 46, 50, 51, § 1, 52, 56, § 2, eerste lid, 61, § 2, 62, 81 en 89 van het KB Plaatsing speciale sectoren voor zover zij verplichtingen bevatten t.a.v. de inschrijver, en van de minimale eisen en de in de opdrachtdocumenten als substantieel aangemerkte vereisten als substantiële onregelmatigheden worden beschouwd en leiden tot de nietigheid van de offerte;
> Dat de aanbesteder verplicht is zorgvuldig te werk te gaan bij het onderzoek van de regelmatigheid en alle aspecten van zowel formele als materiële regelmatigheid grondig dient te onderzoeken; Dat de bestreden beslissing teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht de juridische en feitelijke overweging moet vermelden die aan de beslissing tot regelmatig verklaring ten grondslag liggen en die motivering afdoende moet zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt;
> Zodat de verwerende partij de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen miskent."

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat uit het gunningsverslag blijkt dat de verwerende partij de ingediende offertes heeft onderworpen aan een selectieonderzoek en een onderzoek aan de hand van de

gunningscriteria, maar niet dat zij de materiële en formele regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver heeft onderzocht. Evenmin blijkt of er is nagegaan of de offerte geen onregelmatigheden bevat waarvan sprake in artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017) (waaronder de correcte ondertekening van de offertes, de tijdige indiening, naleving milieurecht, sociaal recht, arbeidsrecht, ...), dan wel of de besteks-voorschriften betreffende de ondertekening van de offerte en de bij de offertes te voegen documenten al dan niet zijn nageleefd. Dit is volgens de verzoekende partij problematisch aangezien de eerdere plaatsingsprocedure werd stopgezet omdat er enkel onregelmatige offertes werden ingediend, waarbij de offerte van de gekozen inschrijver substantieel onregelmatig was net omwille van een gebrek in de ondertekening.

Beoordeling

5.2. Artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 dat de verzoekende partij inroept, betreft de regelmatigheid van de offertes en vereist in zijn eerste paragraaf, eerste lid, dat “[d]e aanbestedende entiteit [nagaat] of de offertes regelmatig zijn”.

Artikel 4, eerste lid, 8º, 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: de wet rechtsbescherming) bepaalt dat de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer zij een opdracht gunt, ongeacht de procedure.

Artikel 5, 8º, van dezelfde wet vereist dat de in artikel 4 bedoelde gemotiveerde beslissing de namen van de inschrijvers bevat van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering.

De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ verplichten de overheid ertoe in de akte de juridische en feitelijke overwegingen op te nemen die aan de beslissing ten grondslag liggen, en dit op een “afdoende” wijze. Het afdoende

karakter van de motivering betekent dat de motivering pertinent moet zijn, dit wil zeggen dat ze duidelijk met de beslissing te maken moet hebben, en dat ze draagkrachtig moet zijn, dit wil zeggen dat de aangehaalde redenen moeten volstaan om de beslissing zowel in feite als in rechte te dragen.

5.3. De verzoekende partij voert in dit middel aan dat uit de motieven zoals uitgedrukt in het gunningsverslag niet blijkt dat de regelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver werd onderzocht.

Indien uit het administratief dossier blijkt dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen, lijkt de formelemotiveringsplicht niet te vereisen dat dit regelmatigheidsonderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing. Het volstaat vanuit het oogpunt van de op de aanbestedende overheid rustende plicht om haar beslissing te omkleden met motieven, dat uit die beslissing blijkt – of minstens kan worden afgeleid – dat de regelmatigheid van de offertes werd betrokken bij het nemen van de gunningsbeslissing. Zulks lijkt te dezen het geval. Bij het administratief dossier is alleszins een stuk gevoegd dat op het eerste gezicht de stelling van de verwerende partij lijkt te ondersteunen dat de regelmatigheid van de offertes wel degelijk werd onderzocht door de aanbestedende overheid, ook al is dat onderzoek niet overgenomen in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing. Uit het gunningsverslag kan de verzoekende partij in elk geval afleiden dat niet zomaar over die fase van de plaatsingsprocedure werd heengestapt. Het gunningsverslag vermeldt immers dat de offertes voldoen aan de vereisten van het bestek en wijdt, weze het *prima facie* dan wel ten onrechte onder de hoofding selectie, aandacht aan het prijsonderzoek.

Er lijkt niet van de aanbestedende overheid te moeten worden vereist dat zij, wanneer er geen regelmatigheidsproblemen rijzen, voor elk mogelijk aspect dat aan de regelmatigheid van de offertes raakt in detail de positieve redenen te kennen geeft waarom de offerte niet onregelmatig zou moeten worden verklaard. In dit verband kan erop worden gewezen dat het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 5, 8º, van de wet rechtsbescherming, enkel vereist dat de gemotiveerde beslissing de namen van de inschrijvers bevat van wie

de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering.

Waar de verzoekende partij verwijst naar problemen met de offerte van de gekozen inschrijver inzake ondertekening in de initiële plaatsingsprocedure, blijkt niet dat deze problemen zich thans in het kader van de nieuwe plaatsingsprocedure hebben herhaald. Bovendien merkt de verwerende partij in dit verband niet ten onrechte op dat de offertes nu niet meer via e-tendering moesten worden ingediend, zodat een herhaling van het probleem met de ondertekening van het indieningsrapport niet meer aan de orde was.

Waar de verzoekende partij ten slotte nog verwijst naar het normdoel van de formelemotiveringsplicht, kan worden opgemerkt dat *prima facie* dat doel te dezen lijkt te zijn bereikt.

5.4. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.5. De verzoekende partij voert de schending aan van "[a]rtikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 van plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren; [a]rtikel 4, lid 1, 8º en artikel 5, 8° Rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 van de formele motiveringswet; [h]et bestek PG111100480; [d]e materiële motiveringsplicht, de patere legem-plicht en het evenredigheids-beginsel als beginselen van behoorlijk bestuur".

Het middel omvat twee onderdelen.

Het eerste middelonderdeel wordt als volgt uiteengezet:

> "Doordat verwerende partij de offerte van verzoekende partij substantieel onregelmatig verklaart omdat er in de offerte geen beschrijving zou zijn van de ontwikkelingen die het geïnstalleerde infobord dient te ondergaan,

de leesbaarheidstest op het geïnstalleerde infobord niet representatief zou zijn inzake leesbaarheid en de beoordeling van de esthetiek van het geïnstalleerde infobord niet representatief is;
Terwijl op grond van artikel 74, § 1, lid 3 KB Plaatsing een offerte substantieel onregelmatig is wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken;
Dat op grond van artikel 5, 8° Rechtsbeschermingswet en de artikelen 2 en 3 Formele motiveringswet de beslissing tot gunning van een overheids-opdracht de motieven moeten bevatten die duidelijk maken waarom een aanbestedende overheid een offerte substantieel onregelmatig heeft verklaard; dat in het licht van artikel 74, § 1, lid 3 KB Plaatsing de gunningsbeslissing moet duidelijk maken welk motief van deze bepaling in het concrete geval een vaststelling van substantiële onregelmatigheid rechtvaardigt;
Dat de motieven, die verwerende partij in de bestreden beslissing formaliseert om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren, geen betrekking hebben op het infobord zoals aangeboden in de offerte; dat bijgevolg voornoemde motieven niet de onregelmatigheid van de offerte vaststellen;
Dat voor zover het motief inzake de beweerde afwezigheid van ontwikkelingen die het geïnstalleerde infobord diende te ondergaan betrekking zou hebben op de regelmatigheid van de offerte, quod non, dit motief geen rekening houdt met de inhoud van de offerte van de verzoekende partij en dus niet pertinent is; dat immers verzoekende partij in haar offerte het infobord aanbiedt dat ze ook effectief zal installeren en bijgevolg ook geen ontwikkelingen meer noodzakelijk waren;
Dat de bestreden beslissing geen enkel motief bevat die duidelijk maakt dat de beweerde onregelmatigheden in de offerte van verzoekende partij een discriminerend voordeel bieden, tot concurrentievervalsing leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes verhindert, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker maakt."

Het tweede middelonderdeel wordt als volgt uiteengezet:

"Doordat de jury bij de beoordeling van de leesbaarheidstest vertrekt van het uitgangspunt dat het geïnstalleerde infobord en de productieversie van het infobord in belangrijke mate verschillend zijn, terwijl slechts sprake kon zijn van minimale verschillen;
Dat de jury vaststelt dat het tijdens de leesbaarheidstest geïnstalleerde infobord zou afwijken van de minimale vereisten inzake leesbaarheid;

Terwijl op grond van de patere legem-plicht een administratieve overheid de regels die ze voor zichzelf vastlegt ook moet naleven bij het nemen van een individuele beslissing;
Dat inzake de leesbaarheidstest het bestek als voorwaarden enkel stelt dat het bord volledig en goed leesbaar moet zijn ‘op elk tijdstip van de dag binnen tenminste een zone afgebakend door volgende afstanden en gezichtshoeken:

- Een verticale en longitudinale gezichtshoek die personen met een lichaamslengte tussen 120 cm en 200 cm in staat stelt om het scherm te lezen vanop 1 m tot 5 m afstand van de haltepaal.
- Een minimale horizontale gezichtshoek van ±30° ten opzichte van de verticale as van het scherm.’ (zie blz. 65 van het bestek);

Dat uit de stukken van het dossier blijkt dat verwerende partij heeft aanvaard dat verzoekende partij tijdens de leesbaarheidstest niet het infobord hanteerde dat uiteindelijk zou worden gebruikt bij de uitvoering van de overheidsopdracht; dat immers onder meer op bladzijde 10 van het gunningsverslag sprake is van verschillen tussen de productieversie en het geïnstalleerde infobord, die minimaal kunnen zijn;
Dat echter noch uit het bestek noch uit enige briefwisseling blijkt dat verwerende partij aan de mogelijkheid van een ander geïnstalleerd infobord bijkomende voorwaarden heeft gesteld dan degene die blijken uit het bestek met betrekking tot de leesbaarheidstest en de opgenomen minimale voorwaarden;
Dat de jury, door te eisen dat de productieversie en het geïnstalleerde infobord slechts minimaal mochten verschillen, voorwaarden toevoegt die de aanbestedende overheid zelf niet eerder had voorzien;
En terwijl volgens het bestek PG111100480 de minimale voorwaarden inzake leesbaarheid van het infobord de volgende zijn: ‘De informatie die op het scherm van het infobord wordt weergegeven dient volledig en goed leesbaar te zijn (rekening houdend ook met speciale karakters zoals é, à, ä, ...), op elke tijdstip van de dag, binnen tenminste een zone afgebakend door volgende afstanden en gezichtshoeken:

- Een verticale en longitudinale gezichtshoek die personen met een lichaamslengte tussen 120 cm en 200 cm in staat stelt om het scherm te lezen vanop 1 m tot 5 m afstand van de haltepaal.
- Een minimale horizontale gezichtshoek van ± 30º ten opzichte van de verticale as van het scherm.’

Dat op grond van de materiële motiveringsplicht een administratieve overheid haar beslissing moet steunen op de juiste feitelijke gegevens en rechtens aanvaardbare motieven;
Dat wanneer verwerende partij in het gunningsverslag stelt dat het geïnstalleerde infobord niet leesbaar is zij niet vertrekt van alle minimale vereisten opgelegd in het bestek; dat aldus ten onrechte verwerende partij zich baseert op een horizontale gezichtshoek van 30º, daar waar het bestek het heeft over een horizontale gezichtshoek van ± 30º; dat aldus verwerende partij niet de voorwaarden toepast die ze zelf heeft voorzien in het bestek; dat dit verschillend uitgangspunt evidenterwijze een invloed

heeft gehad op de evaluatie van de leesbaarheidstest, minstens kan verwerende partij die mogelijkheid niet uitsluiten;
Dat daarnaast het tweede motief waarom verwerende partij oordeelt dat het geïnstalleerde infobord inzake leesbaarheid niet voldoet aan de minimumeisen, nl. inzake de backlight verlichting, op het eerste zicht niet draagkrachtig is; dat schijnbaar slechts op één moment er sprake is van een niet-leesbaar infobord, nl. omstreeks 20 u op 27 september 2018; dat dit niet representatief is en het ook niet evenredig zou zijn om enkel op deze grondslag de hele offerte onregelmatig te verklaren of de leesbaarheidstest niet te laten gelden; dat er weliswaar sprake is van een backlight verlichting die meermaals is uitgevallen, doch er geen besluiten worden uitgetrokken inzake leesbaarheid; dat bijgevolg dit tweede motief niet kan verantwoorden waarom in het raam van de leesbaarheidstest het door verzoekende partij geïnstalleerde infobord niet zou voldoen aan de minimale eisen."

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

5.6. In een eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat er in het gunningsverslag en de gunningsbeslissing niet afdoende wordt gemotiveerd waarom haar offerte substantieel onregelmatig is in het licht van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017. Die bepaling luidt:

"Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentie-vervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken."

De verwerende partij merkt op het eerste gezicht terecht op dat de verzoekende partij daarbij het vierde lid van artikel 74, § 1, uit het oog lijkt te verliezen, dat luidt:

"De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd :
[…]

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten."

5.7. Uit het gunningsverslag (bladzijde 8-11) blijkt reeds op het eerste gezicht dat de verzoekende partij bij het uitvoeren van de leesbaarheidstest op de testsite een infobord heeft geïnstalleerd dat op diverse punten behoorlijk afwijkt van het infobord dat zij in haar offerte aan de aanbestedende overheid heeft voorgesteld.

De verwerende partij wijst er terecht op dat in de offerte van de verzoekende partij geen sprake is van een initiële versie en een productieversie van het infobord, noch worden de vereiste ontwikkelingen om een initieel infobord om te vormen naar een productiebord beschreven in de offerte. Aldus diende het bord dat de verzoekende partij op de testsite zou plaatsen in beginsel het bord te zijn zoals omschreven in de offerte, dat is in de termen van het bestek aldus de productieversie.

In het licht van die vaststellingen, die overigens in hun kern niet lijken te worden betwist door de verzoekende partij, lijkt het gunningsverslag wel degelijk afdoende de redenen uiteen te zetten waarom er wordt besloten tot de substantiële onregelmatigheid. Het op de testsite geplaatste bord blijkt immers volgens de aanbestedende overheid niet te voldoen aan de minimale eisen van het bestek. Aldus lijkt de verwerende partij niet ten onrechte tot het besluit te zijn gekomen dat de offerte van de verzoekende partij is aangetast door de onregelmatigheid bedoeld in artikel 74, § 1, vierde lid, 3º, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, en dus door een substantiële onregelmatigheid. Minstens kan er worden vastgesteld dat, door een afwijkend bord op de testsite te plaatsen, de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker is geworden, zodat de aanbestedende overheid ook op die grond tot de substantiële onregelmatigheid mocht besluiten. Ook lijkt die handelwijze *prima facie* tot gevolg te hebben dat de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij erdoor wordt verhinderd, nu er voor de test een infobord wordt aangeboden dat niet het bord is omschreven in de offerte.

Dat deze motieven geen betrekking hebben op het bord aangeboden in de offerte en dat de verzoekende partij wel degelijk het bord aangeboden in de offerte zal installeren bij de uitvoering van de opdracht, zoals de verzoekende partij nog doet gelden, is in het licht van het voorgaande reeds op het eerste gezicht irrelevant.

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

Tweede middelonderdeel

5.9. In het tweede middelonderdeel voert de verzoekende partij in de eerste plaats een kritiek op de leesbaarheidstest die werd uitgevoerd op het door haar op de testsite geïnstalleerde infobord.

Er blijkt echter op het eerste gezicht niet welk belang de verzoekende partij heeft bij die kritiek. Immers werd haar offerte als substantieel onregelmatig geweerd, gelet op het feit dat zij op de testsite een afwijkend infobord heeft geplaatst. Die vaststelling lijkt, zoals reeds opgemerkt, op zich reeds te volstaan om de substantiële onregelmatigverklaring van de offerte van de verzoekende partij afdoende te ondersteunen. De daaropvolgende pro-forma-beoordeling van het testbord van de verzoekende partij in het gunningsverslag, waaromtrent uitdrukkelijk wordt opgemerkt dat deze gebeurt “[n]iettegenstaande de substantiële onregelmatigheid van de offerte”, dient aldus op het eerste gezicht als een ten overvloede en aldus overtollig motief te worden aangemerkt.

In die mate dient het middel *prima facie* te worden verworpen als niet ontvankelijk bij gebrek aan belang.

5.10. Waar de verzoekende partij in dit middelonderdeel nog lijkt te doen gelden dat het haar wél was toegelaten om een afwijkend infobord te installeren op de testsite, dient te worden opgemerkt dat de verwerende partij in dit verband terecht doet gelden dat de verzoekende partij niet de toestemming had om een volledig ander infobord te gebruiken voor de leesbaarheidstest dan het bord aangeboden in de offerte. De verwerende partij mag worden bijgevallen waar zij in

dit verband opmerkt dat zulks het uitvoeren van de betrokken testen zinledig zou maken.

Waar de verzoekende partij deze grief steunt op haar e-mailbericht van 14 september 2018 aan de verwerende partij, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het gaat om een eenzijdig stuk, uitgaande van de verzoekende partij zelf, dat als zodanig geen toestemming kan inhouden om een afwijkend infobord te gebruiken. Bovendien wordt in dat e-mailbericht enkel gesteld dat het infobord dat de verzoekende partij op de testsite zal installeren "op enkele elementen zoals behuizing [zal] af[wijken] van de finale versie", wat *prima facie* op veeleer minieme afwijkingen lijkt te wijzen. Dat de verwerende partij dergelijke geringe afwijkingen door de vingers heeft gezien en geen uitdrukkelijk bezwaar heeft geformuleerd in antwoord op dit e-mailbericht, lijkt op zich dan ook niet in te houden dat het de verzoekende partij meteen was toegelaten om een testbord te gebruiken dat de in het gunningsverslag vastgestelde substantiële afwijkingen vertoont.

De betrokken grief is dan ook niet ernstig.

5.11. Het tweede onderdeel van het tweede middel is evenmin ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

5.12. De verzoekende partij voert de schending aan van "[h]et legaliteits- en rechtszekerheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur".

Zij vat het middel als volgt samen:

> "Doordat verwerende partij oordeelt bij besluit van 12 december 2018 dat het aangeboden infobord niet voldoet aan de minimale vereisten van de leesbaarheidstest;
> Terwijl bij besluit van 18 augustus 2018 verwerende partij geoordeeld heeft dat het aangeboden infobord wel voldoet aan de minimale vereisten in deel 3 van het bestek aangezien zij verzoekende partij selecteert;

> Dat de beslissing van 18 augustus 2018 een administratieve rechtshandeling is die rechten verleent en slechts in geval van onregelmatigheid kan worden ingetrokken binnen de termijn waarbinnen die rechtshandeling nog in aanmerking komt voor vernietiging door de Raad van State;
> Dat de termijn waarbinnen de beslissing van 18 augustus 2018 kon worden ingetrokken reeds lang verstreken was op 12 december 2018;
> Dat de beslissing waarbij geoordeeld werd dat het aangeboden infobord voldeed aan de minimale vereisten van het bestek, en dus ook deze van de leesbaarheidstest, definitief is en verwerende partij bindt".

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat op grond van het bestek een inschrijver slechts geselecteerd mocht worden indien het aangeboden infobord in de offerte voldeed aan de minimale vereisten opgenomen in het derde deel van het bestek, hetgeen door de inschrijvers diende te worden aangetoond door middel van drie referenties. Indien de inschrijver werd geselecteerd, hield dit volgens de verzoekende partij in dat het infobord, voorwerp van de referenties, voldeed aan de minimale vereisten in het derde deel van het bestek. Dat dit de lezing is die de verwerende partij gaf aan deze besteksbepaling en zodoende de betekenis van de selectie van een inschrijver, volgt volgens de verzoekende partij uit de niet-selectie van de tv IRTIS2.

Aan inschrijvers werd de mogelijkheid geboden om in te schrijven met een ander infobord, dat afwijkt van het infobord opgenomen in de referenties, op voorwaarde dat de inschrijver aantoont dat dit "andere infobord" minstens functioneel en technisch gelijkwaardig was aan het infobord in de referenties én dat het geen afbreuk deed aan de technische bekwaamheid, de beroepsbekwaamheid en de systeemoplossing, zo argumenteert de verzoekende partij. In het kader van de selectie mocht de inschrijver dus de minimumvereisten aantonen aan de hand van een "ander" infobord dan datgene uit de referentie. Hieruit volgt dat een inschrijver maar kon worden geselecteerd indien het aangeboden infobord, wanneer dit niet 100 % overeenstemde met het infobord uit de referenties, minstens functioneel en technisch gelijkwaardig was én indien de inschrijver aantoonde dat dit infobord voldeed aan de minimumeis van het "beproefd concept". Indien het aangeboden infobord zodoende niet voldeed aan het beproefd concept, mocht de inschrijver niet worden geselecteerd en werd niet aangetoond dat er voldaan was aan de minimale eisen van het derde deel van het bestek. Bij beslissing van 18 augustus 2018 werd de verzoekende partij geselec-

teerd en werd dus geoordeeld dat het infobord van de verzoekende partij voldeed. De selectiebeslissing is een administratieve rechtshandeling die rechten verleende aan de verzoekende partij aangezien deze beslissing de verzoekende partij het recht gaf om door te gaan naar de volgende fase van de procedure. Deze beslissing is bovendien definitief geworden op 18 oktober 2018 aangezien geen beroep werd aangetekend bij de Raad van State, zo doet de verzoekende partij gelden. Door bij besluit van 12 december 2018 te oordelen dat het infobord van de verzoekende partij niet voldeed aan de minimumeisen van het bestek, zijnde de leesbaarheids-eisen in deel 3 van het bestek, gaat de verwerende partij volledig in tegen de beslissing van 18 augustus 2018 en negeert zij volledig het bestaan van deze rechtsverlenende en definitieve beslissing. Door zo te handelen heeft de verwerende partij als het ware haar eerdere beslissing van 18 augustus 2018 ingetrokken en dit in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, zo besluit de verzoekende partij.

Beoordeling

5.13. In het derde middel doet de verzoekende partij in essentie gelden dat de verwerende partij in de bestreden beslissing ten onrechte terugkomt op haar eerdere selectiebeslissing door de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren. Volgens de verzoekende partij houdt de eerdere selectiebeslissing in dat haar offerte reeds regelmatig werd bevonden.

In de eerste plaats dient in dit verband te worden opgemerkt dat de beslissing om een inschrijver te selecteren principieel niet lijkt in te houden dat de aanbestedende overheid daarmee zou vooruitlopen op en afbreuk zou doen aan haar daarop nog te volgen beslissing over de regelmatigheid van de offerte. Een aanbestedende overheid die zich uitspreekt over de selectie van een inschrijver en over de geldigheid van diens referenties oordeelt daarmee in beginsel niet over de regelmatigheid van zijn offerte. Evenmin kan er worden aanvaard dat een aanbestedende overheid door een selectiebeslissing te nemen het recht zou verliezen om zich naderhand nog in negatieve zin uit te spreken over de regelmatigheid van de betrokken offerte.

Te dezen dient bovendien te worden opgemerkt, zoals de verwerende partij dat doet, dat het middel uitgaat van een verkeerde premisse. Bij het nemen van de selectiebeslissing werd immers het infobord betrokken zoals dat door de verzoekende partij werd voorgesteld in de offerte en werden de referenties die op dat type infobord betrekking hebben beoordeeld. In zoverre er in de selectiebeslissing al uitspraak zou worden gedaan over de regelmatigheid van de offerte, lijkt die beoordeling aldus enkel betrekking te hebben op het op papier in de offerte aangeboden bord en niet op het uiteindelijk op de testsite geïnstalleerde infobord.

Zoals reeds vastgesteld, steunt de substantiële onregelmatig-verklaring van de offerte van de verzoekende partij te dezen immers niet op een gebrek in het infobord dat werd aangeboden in de offerte als dusdanig. Wel steunt deze op het feit dat de verzoekende partij bij het uitvoeren van de testen plots een heel ander infobord blijkt voor te stellen aan de aanbestedende overheid. Van dit type infobord was geen sprake in de offerte en het op de testsite geïnstalleerde infobord blijkt volgens de aanbestedende overheid bovendien aanzienlijk af te wijken van de minimale eisen in het bestek. Het is op die grond dat de offerte substantieel onregelmatig werd verklaard, zoals reeds vastgesteld op het eerste gezicht niet ten onrechte.

5.14. Het derde middel is niet ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

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, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 31 januari 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Johan Bovin**