RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 254.938 van 28 oktober 2022
in de zaak A. 237.384/XII-9271

In zake: de NV SPHERE BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de OV INTRADURA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Isabelle Cooreman en Evi Degroodt
kantoor houdend te 1082 Brussel
Keizer Karellaan 586 bus 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 oktober 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[h]et besluit van Intradura van 7 september 2022 in het kader van de overheidsopdracht met als voorwerp 'Raamovereenkomst voor het leveren van restafvalzakken en biodegradeerbare gft-zakken' waarin besloten werd om de offerte van Sphere Belgium te weren als substantieel onregelmatig en de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2022.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Maxim Lecomte, die *loco* advocaat Isabelle Cooreman 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 voor leveringen uit met als voorwerp het sluiten van een 'Raamovereenkomst voor het leveren van restafvalzakken en biodegradeerbare gft-zakken'.

Er wordt gekozen voor een openbare procedure.

3.2. De opdracht bestaat uit twee percelen. De voorliggende vordering betreft enkel perceel 1, waarvan het voorwerp in het toepasselijk bestek wordt omschreven als volgt:

> "De levering van bedrukte restafvalzakken met wave-topsluiting, in zwarte kleur en in drie verschillende grootten, vervaardigd uit polyethyleen en voor minstens 80 % op basis van gerecycleerde kunststoffen waarvan minstens 50 % uit gerecycleerde postconsumer kunststoffen […]."

3.3. Onder punt 'I. Administratieve bepalingen', 'I.11 Gunnings-criteria' worden de volgende gunningscriteria opgenomen in het bestek: 'Prijs

van de levering' op 60 punten, 'Kwaliteit van de producten' op 15 punten, 'Logistiek' op 15 punten en 'Fraudebestrijding' op 10 punten.

Het gunningscriterium 'Kwaliteit van de producten' wordt omschreven als volgt:

> "Beschrijving van de wijze waarop de inschrijver de kwaliteit van de te leveren zakken en hun traceerbaarheid zal garanderen, en de eventuele communicatie hierover naar de aanbestedende overheid. De inschrijver toont dit aan via een gedocumenteerd dossier dat bestaat uit de volgende documenten:
> - Een of meerdere attesten die zijn uitgereikt door erkende en geaccrediteerde instituten of diensten voor kwaliteitscontrole, waarin wordt vastgesteld dat de voorgestelde zakken aan de Europese norm NBN-EN 13592 beantwoorden.
> - Een uitvoerige beschrijving van de interne standaard kwaliteitscontroles op de geproduceerde zakken.
> - Monsters van de voorgestelde zakken waarvan de echtheid wordt aangetoond op eerste verzoek van de aanbestedende overheid. De monsters dienen identiek te zijn aan de te leveren zakken met eventueel uitgezonderd de opdruk. Een staal van de door de inschrijver voorziene kleur moet bij de inschrijving worden toegevoegd voor de restafvalzak.
>
> […]
> Kwaliteitstesten door ingebruikname van de aangeleverde monsters."

Onder 'II. Contractuele bepalingen', 'II.7 Voorafgaandelijke keuring' van het bestek wordt voorgeschreven dat de inschrijvers monsters van de te leveren zakken aan de aanbestedende overheid dienen te bezorgen, zodat deze getest kunnen worden:

> "De leverancier bezorgt Intradura […] uiterlijk op de limietdatum 18/08/2022 om 12u00 van elk type zak waar de leverancier op wenst in te schrijven minimum 8 rollen, waarvan de echtheid wordt aangetoond op eerste verzoek van de aanbestedende overheid. Met het oog op het onderzoek van de stalen in een labo kunnen deze rollen ook vóór de indiening van de offerte bij Intradura afgeleverd worden. De monsters dienen identiek te zijn aan de te leveren zakken met eventueel uitgezonderd de opdruk. Uitzonderingen dienen schriftelijk bij de opdrachtgevende overheid aangevraagd en door deze bevestigd te worden."

Het bestek bevat onder punt ‘III. Technische bepalingen’ ook een omschrijving van de technische eigenschappen en vereisten waaraan de afvalzakken dienen te voldoen. Zo wordt onder meer het volgende vereist:

> “III.1.2 Hoedanigheid van de kunststof
> […]
> III.1.2.1 Europese norm
> De eigenschappen van alle aangeboden zakken dienen overeen te stemmen met de in dit bestek opgelegde waarden en eisen en worden getest om te voldoen aan de norm NBN EN 13592:2017. Alle testen, net als de gehanteerde tolerantie, staan uitvoerig beschreven in deze norm. De zakken dienen te voldoen aan de specifieke testen die voor het desbetreffende type van zak worden beschreven.
> III.1.2.2 Specifieke testcriteria
> De geproduceerde huisvuilzakken (beide partijen) kunnen worden getest aan de hand van onderstaande testcriteria, die gelden als richtwaarden om de kwaliteit van de zakken te bepalen:
> - Trekkracht bij breuk […]
> - Verlenging bij breuk […]
> - Scheurweerstand […]
> - Doorprikweerstand […]
> - Dart Drop test […]
>
> […]
> III.1.3 Fraudebestrijding
> […]
> III.1.4 Vorm en afmetingen van de zakken
> Alle zakken beschikken over een wave top-sluiting (‘four flaps sack’):
> - De lengte van de oren bedraagt voor het groot formaat zakken (partij 1) 18 cm;
> - voor het kleine formaat zakken (partij 2 en 3) is dit 14 cm.
>
> De zak is voorzien van een lekdichte bodemlas (sterbodem). De zakken zijn in de lengterichting naadloos (geen zijlas).
> De zakken hebben de volgende afmetingen (meting conform EN 13592:2017):[…].”

3.4. Met een e-mailbericht van 3 augustus 2022 vraagt de verzoekende partij een uitzondering aan voor de vereiste dat de monsters identiek dienen te zijn aan de te leveren zakken, wat de afmeting van de flappen van de zakken betreft, als volgt:

> “Hierbij onze aanvraag voor een uitzondering mbt jullie lastenboek met ref ID/UNIZAK/2022/KWI :
> 1)Restafvalzakken

is het uitzonderlijk mogelijk om stalen 60 L restafvalzak in te dienen met een lengte van de oren van 140 mm ?
Wij zullen tevens meerdere rollen (min. 8) stalen toevoegen waarvan de oren een lengte hebben van 180 mm, teneinde aan te tonen dat onze productielijnen deze lengte van de oren perfect kunnen fabriceren.
Alle stalen zullen gemerkt zijn met onze bedrijfsnaam, alsook de technische specificaties.
Teneinde het zo duidelijk mogelijk te maken voor jullie, zal ik tevens een overzicht 'stalen' met aantallen en technische specificaties uploaden op etendering.
De oren van de stalen van de 15 en 30 L restafvalzakken zijn 140 mm.
Belangrijk: wij zullen onze offerte in die zin opmaken met een prijs voor de 60 L restafvalzak met oren van 180 mm
Wij bevestigen hierbij alvast dat de oplevering van de zakken volledig conform het bestek zal uitgevoerd worden."

De verwerende partij keurt deze aanvraag goed met een e-mailbericht van 9 augustus 2022, als volgt:

"Overeenkomstig […] II.7 Voorafgaande keuring in het bestek met ref ID/UNIZAK/2022/KWI, staat Intradura toe uitzonderlijk stalen aan te leveren voor de 60L restafvalzakken waarvan de afmetingen van de gevraagde flappen niet overeenkomen met het bestek.
De uitzondering wordt toegestaan onder volgende voorwaarden:

- De offerte moet worden opgemaakt voor zakken conform het bestek
- In de offerte wordt duidelijk vermeld dat de prijs voor 60L restafvalzakken met flappen van 180mm is – onafhankelijk van de aangeleverde stalen.

Het aanvaarden van stalen die afwijken van de in het bestek gevraagde specificaties is in geen vorm te begrijpen als een wijziging van het bestek en de daaruit resulterende opdracht."

3.5. De offertes worden geopend op 18 augustus 2022.

Voor perceel 1 worden er twee offertes ingediend, met name door de nv Sphere Belgium, dit is de verzoekende partij, en door de nv Powerpack.

3.6. Op 7 september 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

De offerte van de verzoekende partij wordt om de volgende reden substantieel onregelmatig en nietig verklaard:

> "Uit rekenkundig nazicht bleek dat inschrijver Sphere Belgium NV (Sphere) de aangegeven prijzen voor zakken met bodemnaad met zijvouwen heeft opgegeven. Dit wordt enerzijds gestaafd door het indienen van monsters met bodemnaad met zijvouwen. Anderzijds door een offerte in te dienen voor zakken die geproduceerd worden in de fabriek in Nederland waar geen zakken met sterbodem kunnen worden geproduceerd.
> In het bestek werd onder 'III.1.4 Vorm en afmetingen van de zakken' echter duidelijk verzocht om een zak met sterbodem:
>
> 'III.1.4 Vorm en afmetingen van de zakken
> […]
> De zak is voorzien van een lekdichte bodemlas (sterbodem). De zakken zijn in de lengterichting naadloos (geen zijlas).'
>
> In 'Bijlage C: Technische gegevens van de zakken overeenkomstig het bestek' van het bestek is bovendien een vragenlijst opgenomen met vermelding van de vereiste van een sterbodem.
> Verder werd in het bestek onder 'I.2 Gunningscriteria' duidelijk vermeld:
>
> 'De monsters dienen identiek te zijn aan de te leveren zakken (…).'
>
> De opgegeven offerte schendt dan ook voormelde bepalingen van het bestek in twee punten:
>
> 1. de inschrijvingsprijs is opgegeven voor zakken zonder sterbodem;
> 2. de ingediende monsters zijn niet identiek aan de te leveren zakken.
>
> Om deze redenen kan de offerte niet rechtstreeks worden vergeleken met de andere inschrijvingen en wordt de offerte van Sphere Belgium NV als substantieel onregelmatig geweerd."

Er wordt vervolgens voorgesteld om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de enige overblijvende inschrijver, de nv Powerpack.

3.7. Op 15 september 2022 beslist de verwerende partij, verwijzend naar het gunningsverslag, om de opdracht voor perceel 1 te gunnen aan de nv Powerpack.

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt in de gunningsbeslissing nog het volgende opgemerkt:

> "Overwegende dat de offerte van de inschrijver Sphere Belgium NV substantieel onregelmatig is nu blijkt dat de opgegeven prijzen voor zakken met een bodemnaad met zijvouwen zijn. Nochtans wordt in het bestek bepaald dat monsters en prijzen dienen te worden opgegeven voor

zakken met sterbodem. De offerte, bijhorende inventaris en opgeleverde monsters schenden dan ook de bepalingen van het bestek, wat een vergelijking met de offertes van de overige inschrijvers onmogelijk maakt. Om deze redenen wordt de offerte van SPhere Belgium NV als substantieel onregelmatig geweerd."

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

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

V. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van de wet van 17 juni 2013 'betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies', moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij voert in een enig middel de schending aan van de artikelen 4, eerste lid, en 53, § 1, van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 'plaatsing overheids-

opdrachten in de klassieke sectoren' en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur waaronder het redelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel en de materiëlemotiveringsplicht.

Zij brengt het middel aan in twee onderdelen.

6.1. Het eerste onderdeel vat zij samen als volgt:

> "Doordat Intradura de offerte van Sphere Belgium heeft geweerd als substantieel onregelmatig omdat Sphere Belgium een prijs zou hebben opgegeven voor zakken zonder sterbodemlas en de door Sphere Belgium ingediende monsters niet identiek zijn aan de te leveren zakken; en doordat de offerte van Sphere Belgium volgens Intradura 'niet rechtstreeks kan worden vergeleken met de andere inschrijvingen'; En doordat Intradura in haar bestek heeft gepreciseerd dat de zakken moeten zijn voorzien van een lekdichte bodemlas (sterbodem).
> Terwijl (eerste onderdeel) er voor elke beslissing rechtens aanvaardbare motieven moeten bestaan, wat onder meer inhoudt dat die motieven steunen op werkelijke bestaande en concrete feiten die relevant zijn en met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld."

De verzoekende partij licht toe dat in de bestreden beslissing wordt vermeld dat zij een prijs heeft opgegeven voor zakken zonder sterbodem, wat niet correct is. In haar offerte, fiche 'Stalen en samenstelling zakken', heeft zij immers uitdrukkelijk verklaard dat de oplevering van de zakken wel conform het bestek uitgevoerd zal worden, en in bijlage C 'Technische gegevens van de zakken overeenkomstig het bestek' heeft zij expliciet aangegeven dat de zakken zouden beschikken over een sterbodem. Zij heeft aldus zakken aangeboden met sterbodemlas.

6.2. Het tweede onderdeel vat zij samen als volgt:

> "Doordat Intradura de offerte van Sphere Belgium heeft geweerd als substantieel onregelmatig omdat Sphere Belgium een prijs zou hebben opgegeven voor zakken zonder sterbodemlas en de door Sphere Belgium ingediende monsters niet identiek zijn aan de te leveren zakken; en doordat de offerte van Sphere Belgium volgens Intradura 'niet rechtstreeks kan worden vergeleken met de andere inschrijvingen'; En doordat Intradura in haar bestek heeft gepreciseerd dat de zakken moeten zijn voorzien van een lekdichte bodemlas (sterbodem).

> […]
> En terwijl (tweede onderdeel) een offerte slechts 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'; en terwijl een aanbestedende overheid op een proportionele wijze moet handelen, wat impliceert dat de motieven die zij in aanmerking neemt in verhouding staan tot haar beslissing; en terwijl een technische eis in verhouding moet staan tot de waarde en de doelstelling ervan."

6.2.1. De verzoekende partij licht toe, in een eerste subonderdeel, dat zij, gelet op de jaarlijkse sluiting, monsters heeft ingediend die grotendeels, maar niet volledig overeenstemden met de gevraagde zakken, maar dat zij in de offerte heeft gepreciseerd dat de zakken die zij zou leveren volledig bestekconform zullen zijn. De monsters waren op twee punten niet conform: "Vooreerst kon de eis inzake de afmetingen van de gevraagde flappen niet worden gerespecteerd; daarnaast hadden de monsters geen sterbodemlas maar een bodemnaad met zijvouw". Geen van beide afwijkingen van de monsters kan volgens haar echter worden beschouwd als een substantiële onregelmatigheid.

Vooreerst kon de eis inzake de afmetingen van de gevraagde flappen niet worden gerespecteerd, doch hiervoor heeft zij voorafgaandelijk de goedkeuring van de verwerende partij gekregen. Overigens, zo benadrukt zij, hebben de afmetingen van de gevraagde flappen geen enkele impact op de testcriteria opgenomen in punt III.1.2.2 van het bestek ter bepaling van de kwaliteit van de zakken, aangezien enkel het gebruikte materiaal en de dikte hiervoor van belang zijn. De door haar aangeboden monsters konden worden getest conform deze criteria, zelfs indien de afmetingen van de flappen niet volledig zouden overeenstemmen.

Vervolgens geldt volgens haar hetzelfde wat de sterbodemlas betreft. De monsters, zoals door haar aangeboden, konden worden getest conform de in het bestek aangekondigde testcriteria. De bodemnaad van de zakken (bodemnaad met zijvouw of sterbodemlas) zou aan deze resultaten niets veranderen, aangezien de scheurweerstand of doorprikkrachten enkel worden

bepaald door het gebruikte materiaal en niet door de bodemnaad. Bijgevolg waren de betrokken monsters, volgens de verzoekende partij, volstrekt vergelijkbaar met de zakken die door de concurrentie werden ingediend. Het is dan ook kennelijk onredelijk om haar offerte uit te sluiten als substantieel onregelmatig. Deze vaststelling geldt des te meer nu de verwerende partij de ingediende zakken ook daadwerkelijk zou hebben getest, wat bewijst dat de vergelijkbaarheid van de zakken door de afwijkende lasnaad geenszins in het gedrang kwam.

De verzoekende partij is tevens van oordeel dat de verwerende partij niet diende te twijfelen aan haar verbintenis. De verzoekende partij heeft niet alleen in haar offerte verduidelijkt dat zij zakken zou leveren met sterbodemlas – die voldoen aan de Europese norm en dus lekdicht zijn – maar ook tijdens de plaatsingsprocedure heeft zij spontaan aangetoond dat zij zakken met een sterbodemlas kan maken door op 6 september 2022 zakken met een dergelijke lasnaad aan de verwerende partij toe te sturen.

Bij de beoordeling van de onredelijke aard van de bestreden beslissing moet volgens haar ook rekening worden gehouden met de volgende twee omstandigheden. Vooreerst heeft de onregelmatigheid geen betrekking op het voorwerp van de opdracht – de zakken die in de praktijk zouden worden geleverd – maar wel op de monsters die in de offertefase moesten worden overgemaakt. Daarnaast hebben de inschrijvers slechts één maand de tijd gekregen om de zakken op maat te ontwerpen en te laten produceren. Dit was in de praktijk niet mogelijk. Dat één van de concurrenten in staat is geweest om een monster aan te leveren dat wel volledig conform is, doet daaraan geen afbreuk aangezien deze concurrent de huidige opdrachtnemer is, waardoor de gevraagde zakken reeds in productie zijn.

6.2.2. In het tweede subonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de bestekvereiste dat de inschrijvers een sterbodemlas moesten aanbieden, niet in verhouding staat tot de waarde en het doel van de technische eis.

Zij doet gelden dat zelfs indien zij zakken zou hebben aangeboden met een bodemnaad met zijvouw, dan nog haar offerte niet substantieel onregelmatig zou zijn. De zakken die zij als monster heeft ingediend, beschikken immers over een “lekdichte bodemlas” zoals gevraagd in punt III.1.4 van het bestek. Uit dit punt kan logischerwijze als belangrijkste bekommernis worden afgeleid dat de zak lekdicht is, zodat, wanneer de aangeboden zakken voldoen aan de Europese norm NBN EN 13592 (die verschillende types toelaat) het normdoel van de technische eis is bereikt. Daaruit volgt dat de eis om een sterbodemlas aan te bieden artikel 53, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 schendt. Inderdaad, zo besluit zij, een technische specificatie moet overeenkomstig dit artikel in verhouding staan tot de waarde en de doelstellingen ervan.

Beoordeling

7. De beslissing om de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig te beschouwen omdat die offerte niet rechtstreeks kan worden vergeleken met de andere inschrijvingen, steunt op twee motieven, namelijk dat in de offerte een inschrijvingsprijs wordt opgegeven voor zakken met bodemnaad met zijvouwen en dat de ingediende monsters niet identiek zijn aan de te leveren zakken.

De verzoekende partij voert in het eerste onderdeel van haar enig middel aan dat het eerste motief niet correct is, en in het tweede onderdeel, eerste subonderdeel, dat het tweede motief niet kan leiden tot de substantiële onregelmatigheid van haar offerte.

De motieven lijken op het eerste gezicht samen te hangen, zodat het passend is de voornoemde onderdelen samen te beoordelen.

Eerste onderdeel en tweede onderdeel, eerste subonderdeel

8. De verzoekende partij heeft bij haar offerte monsters ingediend voor de testfase die afwijken van de bestekvereiste, namelijk zakken met bodemnaad met zijvouwen in plaats van met een sterbodemlas, zonder hiervoor

een voorafgaande goedkeuring aan te vragen, zoals wordt vereist door punt II.7 van het bestek. Zij heeft een dergelijke goedkeuring wel aangevraagd en gekregen voor het indienen van monsters met een afwijking in de afmeting van de flappen van de 60L zakken.

De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk dat hierdoor de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij en de vergelijking met de andere offertes werden verhinderd, aangezien zij niet in de mogelijkheid was om na te gaan of de aangeboden zakken overeenkwamen met de zakken waarvoor de verzoekende partij in haar offerte certificaten had aangeleverd, en aangezien zij zakken met sterbodemlas diende te vergelijken met zakken zonder sterbodemlas.

Ingevolge deze onzekerheid omtrent het aangeboden product lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht te hebben mogen besluiten dat de beoordeling en de vergelijking van de offerte van de verzoekende partij werden verhinderd, waardoor die offerte substantieel onregelmatig was.

9. De uitdrukkelijke bevestiging van de verzoekende partij in haar offerte (in het document 'Stalen en samenstelling zakken') dat "de oplevering van de zakken volledig conform het bestek zal uitgevoerd worden", lijkt op het eerste gezicht niet van aard de voormelde onzekerheid weg te nemen. Onmiddellijk na die zin wordt immers (enkel) verwezen naar de toegestane uitzondering wat de afwijking van de afmetingen van de flappen betreft.

Ook de bevestiging in bijlage C 'Technische gegevens van de zakken overeenkomstig het bestek' dat de zakken zouden beschikken over een "sterbodem", lijkt evenmin van aard de onzekerheid die is ontstaan door het indienen van de niet-conforme monsters weg te nemen. De vaststelling blijft dat de verzoekende partij, wat de gevraagde "sterbodem" betreft, een niet-conform product als monster heeft aangeboden, zonder daarover voorafgaand een uitzondering aangevraagd te hebben en zonder in de offerte daaromtrent iets te vermelden, terwijl in het bestek uitdrukkelijk wordt bepaald dat er "identiek[e]" monsters van de te leveren producten dienen te worden voorgelegd.

Daarbij lijkt het op het eerste gezicht niet ter zake te doen of de door de verzoekende partij ingediende monsters al dan niet aan testen onderworpen konden worden door de verwerende partij, zoals de verzoekende partij betoogt. De verwerende partij heeft vastgesteld dat de monsters van de verzoekende partij zakken met een bodemnaad met zijvouwen betreffen en leidt (onder meer) hieruit af dat de verzoekende partij prijzen heeft opgegeven voor dergelijke zakken, dus zonder sterbodemlas, vaststelling die op zich lijkt te volstaan om tot de onvergelijkbaarheid van de offerte van de verzoekende partij te kunnen besluiten. Overigens lijkt het op het eerste gezicht ook niet geheel uitgesloten dat de keuze voor een sterbodemlas dan wel een bodemnaad met zijvouwen wel degelijk een invloed kan hebben op de "trekkracht bij breuk", de "verlenging bij breuk" en de "scheurweerstand", criteria waarop de monsters dienden te worden getest. Zoals de verwerende partij betoogt, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan te tonen dat het type "bodemlas en naad" totaal irrelevant zou zijn voor de testresultaten. Voor zover de verzoekende partij nog stelt dat de verwerende partij haar (eerste) monsters ook daadwerkelijk zou hebben getest terwijl zij nochtans meende dat ze niet vergelijkbaar waren, wordt dit door de verwerende partij formeel tegengesproken.

Dat de verzoekende partij op 6 september 2022 – dit is na de uiterste inschrijvingsdatum – ook enkele rollen met sterbodemlas heeft geleverd "om aan te tonen dat Sphere Belgium in staat was om zakken met sterbodemlas te maken" doet op het eerste gezicht geen afbreuk aan het voorgaande. Luidens het bestek dienden de monsters vóór de opening van de offertes bij de aanbestedende overheid te worden ingediend. Voor zover de verzoekende partij stelt dat zij onvoldoende tijd zou hebben gehad om bestekconforme monsters te produceren, rijst de vraag waarom zij dit niet eerder heeft gemeld, zoals zij wel heeft gedaan voor de afwijking inzake de afmetingen van de flappen. De communicatie van de verzoekende partij met de aanbestedende overheid over de monsters betreft enkel de afwijkende afmetingen van de flappen van de zakken. In die omstandigheden lijkt het de verwerende partij niet te kunnen worden verweten geen rekening meer te hebben gehouden met monsters die weken na de opening van de offertes nog werden ingediend.

De verwerende partij blijkt voorts de in artikel 36, § 1, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalde standaardtermijn voor het indienen van de offertes te hebben gehanteerd. Er blijkt niet dat de opdracht van een dergelijke complexe aard is dat de verwerende partij een langere termijn diende te bepalen voor het indienen van de offertes en de productie van de gevraagde monsters.

De argumentatie van de verzoekende partij inzake de afwijkende flappen ten slotte, lijkt op het eerste gezicht niet relevant, aangezien de offerte van de verzoekende partij niet op die grond substantieel onregelmatig werd verklaard. Integendeel blijkt uit het administratief dossier dat de verzoekende partij op dit punt voor de monsters een afwijking heeft gevraagd en gekregen.

10. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid, door te besluiten dat haar offerte om de voornoemde redenen niet rechtstreeks kan worden vergeleken met de andere inschrijvingen en bijgevolg substantieel onregelmatig is, de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

Evenmin lijkt een verwijzing naar het mededingingsbeginsel op het eerste gezicht afdoende om een substantieel onregelmatige offerte toch aan boord te houden.

Tweede onderdeel, tweede subonderdeel

11. De verzoekende partij betwist in dit onderdeel in essentie de rechtsgeldigheid van de bestekvereiste dat de restafvalzakken over een sterbodemlas dienen te beschikken, en beroept zich daarbij op artikel 53, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016.

12. Het komt aan de aanbestedende overheid toe om de technische specificaties in het bestek vast te stellen en deze te interpreteren. Het is immers zij die haar behoeften bepaalt. Zij beschikt in dit verband over een ruime discretionaire bevoegdheid, met dien verstande dat deze technische specificaties

verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding moeten staan met de waarde en de doelstelling ervan.

Het bestek omschrijft uitvoerig, over meerdere bladzijden, de eigenschappen en technische vereisten waaraan de restafvalzakken dienen te voldoen, waaronder een bepaald type bodemlas. De betrokken technische vereiste lijkt op het eerste gezicht duidelijk verband te houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding te staan met de doelstelling ervan, namelijk het ter beschikking stellen aan de inwoners van het werkingsgebied van de verwerende partij van betrouwbare lekdichte restafvalzakken.

Voor zover de verzoekende partij doet gelden dat een ander type bodemlas evenzeer lekdicht kan zijn, lijkt zij op het eerste gezicht niet zozeer de wettigheid van het bestek ter discussie te stellen, maar wel de opportuniteit van de keuze van de verwerende partij voor een bepaald type bodemlas, een aangelegenheid waarover de Raad van State als wettigheidsrechter zich niet uit te spreken heeft.

13. Het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

14. Het enig middel is niet 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 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Het door de verzoekende partij ten onrechte betaalde rolrecht van 222 euro dient te worden terugbetaald.

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

Patricia De Somere,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Patricia De Somere**