

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 255.430 van 4 januari 2023
in de zaak A. 237.863/XII-9293**

In zake: de BV SHIMADZU BENELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk Abbeloos
kantoor houdend te 9200 Dendermonde
Sint-Gillislaan 117
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Financiën
woonplaats kiezend bij
de Centrale Rechtskundige Dienst van de FOD Financiën
North Galaxy, Toren B, 26^{ste} verdieping
Koning Albert II-laan 33 (bus 015)
1030 Brussel

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Financiën van 22 (lees: 10) november 2022 waarbij de offerte van de bv Shimadzu Benelux voor de overheidsopdracht voor de levering van Euromerker-detectors substantieel onregelmatig wordt verklaard.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 27 december 2022.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Abbeloos en de heer Roy Reinierkens, sales manager, die verschijnen voor de verzoekende partij, en attaché Selim Dedeli, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De FOD Financiën schrijft een overheidsopdracht uit voor “de levering van Euromerker-detectors (2-dimensionele gaschromatografie met een massaspectrometer als detector (2D-GC-MS of GCxGC-MS)) met onderhoudscontract en opleiding”.

De te leveren toestellen zijn bedoeld om in minerale oliën de nieuwe Euromerker, die de chemische stof butoxybenzeen bevat, vast te stellen. Die merker wordt toegevoegd aan minerale oliën waarvoor een vrijstelling van accijnsrechten of een verlaagd accijnstarief van toepassing is. Met de hulp van het toestel kan nagegaan worden of een gemerkte olie gebruikt is voor een doel waarvoor er geen vrijstelling of verlaagd tarief is.

De technieken die bij de te leveren toestellen gehanteerd worden zijn die van de gaschromatografie (waarbij de verschillende componenten van een mengsel gescheiden worden), gekoppeld aan die van de massaspectrometrie (waarbij de componenten afzonderlijk geanalyseerd worden). Voor de massaspectrometrie wordt een massaspectrometer gebruikt. Een onderdeel daarvan is de quadrupool, een instrument bestaande uit vier parallelle staven, waardoor ionen gestuurd worden, die in functie van hun massa geselecteerd en op die manier geïdentificeerd kunnen worden.

3.2. De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.3. Het bestek met referentienummer S&L/DA/2022/004 is van toepassing.

Deel C van het bestek bevat bepalingen in verband met de ‘gunning’ van de opdracht. In punt C.3.5.1 wordt de volgende lijst van gunningscriteria gegeven:

1. De prijs inclusief btw	50/100
2. De kwaliteit van het toestel en van de software/firmware	30/100
3. De opleiding	10/100
4. Het onderhoudscontract	10/100

Bij de beschrijving van het gunningscriterium ‘De kwaliteit van het toestel en van de software/firmware (30/100)’ wordt in punt C.3.5.2 van het bestek uitgelegd dat de kwaliteit van het toestel met de bijhorende software/firmware geëvalueerd zal worden op basis van een ‘*factory acceptance test*’ uit te voeren door de inschrijver, in combinatie met de gegevens uit de technische documentatie, brochures en handleiding die bij de offerte worden gevoegd. Vervolgens wordt uiteengezet dat deze test moet worden uitgevoerd met tien injecties van een bepaalde oplossing. Er wordt ook een bepaalde methode beschreven die bij de test “als leidraad” genomen dient te worden voor de bepaling van de “instrument parameters”. Wat de parameters voor de MSD (massaselectieve detector) betreft, wordt onder meer verwezen naar een bepaalde temperatuur waarop de quadrupool gebracht moet worden: “Quad temperatuur: 200 °C”.

Deel E van het bestek bevat de ‘technische voorschriften’. In punt E.2.1 worden de volgende minimumeisen voor de Euromerker-detector bepaald:

“De euromerker-detector of de gaschromatograaf met massaselectieve detector (type single quadrupool) geschikt voor de analyse van de nieuwe euromerker in gasolie en kerosine.
Autosampler:

[...]

Injector:

[...]

Kolomoven:

[...]

Massa selectieve detector:

- single quadrupole massa spectrometer met electron impact-ionisatie,
- temperatuur quadrupool in te stellen tot minstens 200 °C,
- [...]

[...]”.

3.4. Drie ondernemingen, waaronder de nv Agilent Technologies Belgium (hierna: Agilent) en de bv Shimadzu Benelux (de verzoekende partij), dienen een offerte in.

3.5. Op 2 september 2022 keurt het hoofd van het team Overheidsopdrachten een evaluatieverslag van 23 augustus 2022 goed. Voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

Op 19 september 2022 beslist de voorzitter van het Directiecomité van de FOD Financiën om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij.

3.6. Met een e-mailbericht van 28 september 2022 merkt Agilent op dat punt E.2.1 minimumeisen vaststelt voor de Euromerkerdetector. Meer bepaald vereist het bestek dat de temperatuur van de quadrupool in te stellen is tot minstens 200 °C. Volgens haar is de offerte van de verzoekende partij onregelmatig omdat zij niet voldoet aan deze minimumeis.

Op 30 september 2022 bevraagt de verwerende partij de verzoekende partij hierover. Op 3 oktober 2022 verwijst de verzoekende partij naar hetgeen zij in dit verband in haar ‘Antwoordformulier voor de Inschrijver’ bij het onderdeel ‘Max. temp. quadrupool’ heeft geschreven: “Shimadzu hoeft zijn quadrupools niet te verwarmen om te voorkomen dat er componenten op de quadrupool blijven ‘plakken’, de quadrupool van Shimadzu is inert.” Zij voegt eraan toe dat de resultaten van de metingen aantonen dat zonder verwarmbare quadrupool een goed resultaat kan worden bereikt. Als de minimale eis is dat de

quadrupool verwarmd moet worden, dan is Agilent de enige leverancier die een dergelijke quadrupool kan aanbieden en is de bedoelde eis “automatisch een lock-out specificatie”, terwijl ze geen meerwaarde biedt.

Met een e-mailbericht van 3 oktober 2022 laat de verwerende partij aan Agilent weten dat de minimeis in verband met de opwarmbaarheid van de quadrupool is ingegeven door de zorg om te vermijden dat er componenten aan de quadrupool blijven plakken. De quadrupool moet immers “inert zijn om stabiele en reproduceerbare analyses te kunnen uitvoeren”. De eis dat de quadrupool moet kunnen opwarmen tot minstens 200 °C is in het bestek enkel opgenomen om deze inertie te verkrijgen. Terwijl Agilent deze inertie bereikt door haar quadrupool op te warmen tot 200 °C, bereiken andere leveranciers de inertie door het gebruik van andere technieken, met hetzelfde resultaat.

Met een aangetekende brief en een e-mailbericht van 5 oktober 2022 vraagt Agilent om de gunningsbeslissing in te trekken, op grond dat de gekozen inschrijver niet voldoet aan de minimeis in verband met de temperatuur van de quadrupool en haar offerte dus substantieel onregelmatig is.

Op 6 oktober 2022 beslist de voorzitter van het directiecomité om de gunningsbeslissing van 19 september 2022 in te trekken, op grond van de volgende motivering:

“Overwegende dat de evaluatie d.d. 02.09.2022 die integraal deel uitmaakt van de voormelde gemotiveerde beslissing de minimale eis dat de quadrupool moet kunnen verwarmen tot 200 graden Celsius teleologisch geïnterpreteerd heeft in die zin dat er geen componenten aan de quadrupool mogen blijven plakken omdat deze inert moet zijn om stabiele en reproduceerbare analyses te kunnen uitvoeren,
Dat de beslissing derhalve de offertes die dit effect behaalden zonder te verwarmen tot 200 °C als eveneens regelmatig heeft aangemerkt.
Dat deze interpretatie echter ingaat tegen de letterlijke tekst van het bestek.
Overwegende dat het passend is de evaluatie van de offertes aan een nieuw onderzoek te onderwerpen.”

3.7. Op 21 oktober 2022 wordt een nieuw evaluatieverslag opgesteld, dat op 4 november 2022 door het hoofd van het team Overheidsopdrachten wordt goedgekeurd. Ditmaal wordt voorgesteld om de offerte van de verzoekende partij

onregelmatig te verklaren op grond dat zij niet voldoet aan de minimale eis in verband met de temperatuur van de quadrupool. De motivering luidt:

“Overwegende dat het bestek onder punt E.2.1. ‘Minimumeisen voor de Euromerker-detector’ bepaalt: ‘Temperatuur quadrupool in te stellen tot minstens 200 °C’;

Overwegende dat de offerte van Shimadzu Benelux B.V. Belgian Branch deze minimale eis niet naleeft, zoals blijkt uit het document ‘A3 Antwoordformulier voor de Inschrijver_5’ dat bij de offerte is gevoegd. Onder het punt ‘Max. temp. quadrupool’ verklaart Shimadzu Benelux B.V. Belgian Branch: ‘Niet in te stellen/geen gemonitorde waarde. - Shimadzu hoeft zijn quadrupools niet te verwarmen om te voorkomen dat er componenten op de quadrupool blijven “plakken”, de quadrupool van Shimadzu is inert’;

Overwegende dat de niet-naleving van de minimale eisen in de opdrachtdocumenten een substantiële onregelmatigheid is overeenkomstig artikel 76, § 1, 4^{de} lid, 3^o van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren;

Bijgevolg wordt de offerte van Shimadzu Benelux B.V. Belgian Branch nietig verklaard overeenkomstig artikel 76, § 3, van het Koninklijk Besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren.”

3.8. Op 10 november 2022 beslist de voorzitter van het directiecomité om de opdracht te gunnen aan Agilent.

Dit is de bestreden beslissing.

Op 22 november 2022 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat haar offerte onregelmatig is verklaard, met opgave van de redenen.

3.9. Met een e-mailbericht van 30 november 2022 meldt de verzoekende partij aan de verwerende partij dat zij het niet eens is met de genomen beslissing. Zij herhaalt wat zij in haar e-mail van 3 oktober 2022 heeft gesteld.

Met een e-mailbericht van 5 december 2022 antwoordt de verwerende partij het standpunt van de verzoekende partij niet te volgen.

IV. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

4. 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.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

5. De verzoekende partij voert een enig middel aan, bestaande uit drie onderdelen. Het middel is gericht tegen de beslissing waarbij haar offerte substantieel onregelmatig wordt verklaard op grond dat deze niet voldoet aan de minimale eis in verband met de instelbare temperatuur van de quadrupool.

5.1. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016) en van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’.

Zij licht toe dat zij een toestel aanbiedt waarbij de quadrupool niet verwarmd hoeft te worden. Het evaluatierapport van 23 augustus 2022 beoordeelde haar toestel als een zeer degelijk kwalitatief toestel. Uit de initiële gunningsbeslissing van 22 september 2022 blijkt bovendien dat de aanbestedende overheid deze minimeis oorspronkelijk niet als substantieel beschouwde. De substantiële onregelmatigheid wordt slechts voor het eerst opgeworpen in de motivering voor de intrekingsbeslissing van 6 oktober 2022. Daarin wordt gesteld dat het voornoemde evaluatierapport uitgegaan zou zijn van een teleologische interpretatie van het bestek, rekening houdend met het feit dat de quadrupool inert

moet zijn. Die interpretatie zou echter, volgens de intrekkingbeslissing, ingaan tegen de letterlijke tekst ervan.

De thans bestreden beslissing legt de achterliggende reden van deze minimale eis volledig ter zijde. Aldus wordt deze minimale eis automatisch een lock-outspecificatie ten voordele van één indiener, ondanks het feit dat die eis geen meerwaarde biedt voor de Euromerkerapplicatie.

Volgens de verzoekende partij leidt een letterlijke lezing van het bestek hoe dan ook tot een contradictie door, enerzijds, te stellen dat de gebruikte methode, met een temperatuur van de quadropool van 200 °C, slechts een leidraad vormt voor de instrumentparameters bij het uitvoeren van de *factory acceptance test* en, anderzijds, verder in het bestek te stellen dat de eis in verband met de temperatuur van de quadropool als substantieel moeten worden beschouwd. Minstens is de verzoekende partij daardoor in verwarring gebracht.

5.2. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de materiële motiveringsplicht en de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Zij betoogt dat gedurende de procedure, tot aan de eerste gunningsbeslissing, geen enkele opmerking werd gemaakt tegen een technische variatie waarbij een opwarming van het toestel, ten einde te voorkomen dat daarop resten blijven kleven, niet noodzakelijk was. Deze technische variatie zorgt voor een kwaliteitstoename van het toestel en maakt de minimale eis van verwarming van de quadropool tot minimaal 200 °C overbodig.

Had de verzoekende partij geweten dat deze minimale eis zo substantieel was voor de aanbestedende overheid, dan had zij hiermee rekening kunnen houden. Er werd echter nooit gewag gemaakt van enig bezwaar tegen de door haar voorgestelde technische variatie. Nadien terugkomen op een eerder genomen gunstige beslissing louter op grond van deze technische eis, terwijl met

het voorgestelde toestel het achterliggend doel bereikt wordt, zij het met een andere methode, getuigt van een onredelijke overheidsbeslissing.

De verzoekende partij vervolgt dat de bestreden beslissing zeer summier is gemotiveerd. Er wordt niet gemotiveerd waarom zij thans uitgesloten wordt van de gunningsprocedure. Na de testen werd zij eerst als de meest geschikte aanbieder geselecteerd. Hieruit blijkt duidelijk dat het verwarmen van de quadrupool tot 200 °C een niet-substantieel onderdeel uitmaakt van het procédé. De verzoekende partij kan uit de motivering niet afleiden waarom dit vereiste deze keer wel substantieel zou zijn.

5.3. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 53, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Zij voert aan dat het bestek een aantal minimumeisen formuleert die gekoppeld zijn aan één bepaald procédé. Dat procédé verwijst duidelijk naar een bijzondere werkwijze die kenmerkend is voor producten of diensten waardoor bepaalde ondernemingen of bepaalde producten worden bevoordeeld of geëlimineerd. Een zodanige vermelding is volgens artikel 53, § 4, van de wet overheidsopdrachten 2016 slechts geldig als deze vergezeld gaat van de woorden “of gelijkwaardig”. Die woorden komen echter niet voor in het bestek.

De verzoekende partij voert voorts aan dat uit de tests is gebleken dat het procédé dat zij handhaaft een goed resultaat oplevert. Zij hanteert dus een procédé dat gelijkwaardig is aan het procédé dat in het bestek vooropgesteld wordt. Dat blijkt ook uit de gunningsbeslissing van 22 september 2022, waarbij uitdrukkelijk gesteld werd dat haar offerte regelmatig was en beschouwd werd als de economisch meest voordelige.

6.1. De verwerende partij antwoordt in haar nota, met betrekking tot het eerste onderdeel, dat de verzoekende partij de minimumeis dat “de temperatuur van de quadrupool in te stellen is tot minstens 200 °C”, ten onrechte voorstelt als een “leidraad”. Het feit dat er in het bestek een afzonderlijk onderdeel is opgenomen waarin de minimumeisen worden opgesomd, toont op zich het essentieel karakter aan van de opgelegde minimumeisen. In de gegeven

omstandigheden heeft de verwerende partij dan ook terecht besloten om de offerte van de verzoekende partij, die niet voldoet aan de minimumeisen, onregelmatig te verklaren door zich te baseren op de letterlijke tekst van het bestek. Volledigheidshalve merkt de verwerende partij op dat de offerte van de derde inschrijver voldoet aan de minimumeisen.

6.2. Met betrekking tot het tweede onderdeel merkt de verwerende partij op dat het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* de overheid verplicht om de bepalingen van het bestek na te leven. Indien het bestek minimumeisen vastlegt met betrekking tot de te leveren toestellen en een offerte niet voldoet aan deze vereisten, handelt de overheid niet kennelijk onredelijk of onzorgvuldig door deze offerte onregelmatig te verklaren wegens de niet-naleving van de minimumeisen. In het bestek wordt bovendien duidelijk aangegeven aan welke minimumeisen de te leveren toestellen dienen te voldoen zodat er geen sprake is van rechtmatige verwachtingen die zouden zijn gewekt door het bestuur.

De motiveringsplicht is volgens de verwerende partij gerespecteerd. Uit het verzoekschrift en de diverse middelen die de verzoekende partij ontwikkelt, blijkt dat zij de motieven van de bestreden beslissing juist heeft begrepen. Die motieven zijn terug te vinden in het evaluatieverslag van 21 oktober 2022, waarnaar verwezen wordt in de kennisgeving van 22 november 2022. De verzoekende partij betwist niet dat zij niet voldoet aan het vereiste in verband met de temperatuur van de quadropool, maar stelt enkel dat zij de doelstelling die dit minimumvereiste beoogt, behaalt op een andere manier.

6.3. Met betrekking tot het derde onderdeel antwoordt de verwerende partij dat de stelling van de verzoekende partij berust op een verkeerde lezing van de besteksbepalingen. Nergens in het bestek wordt melding gemaakt van een bepaald fabricaat, van een bepaalde herkomst of van een bijzondere werkwijze die kenmerkend zou zijn voor de producten of diensten van een bepaalde ondernemer. Evenmin wordt er verwezen naar een merk, een octrooi of een type, een bepaalde oorsprong of een bepaalde productie. Een vermelding “of gelijkwaardig” met toepassing van artikel 53, § 4, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, was dan ook niet noodzakelijk.

De verwerende partij merkt voorts op dat door de inschrijvers geen vragen zijn gesteld of opmerkingen zijn geformuleerd die erop wijzen dat de specificaties van een welbepaald merk zouden zijn overgenomen.

Ten slotte merkt de verwerende partij op dat het bestek een voorbeslissing is, als startpunt van de complexe administratieve rechtshandeling die aanleiding gegeven heeft tot het onregelmatig bevinden van de offerte van de verzoekende partij. Niets stond de verzoekende partij in de weg om het bestek tijdig aan te vechten. Door na te laten om deze beslissing tijdig aan te vechten, heeft de verzoekende partij de op haar rustende zorgvuldigheids- en diligentieplicht geschonden. Dit ondergraaft de ernst van de door haar aangevoerde wettigheidskritiek.

Beoordeling

Eerste en tweede onderdeel

7. Het bestek neemt onder punt E.2.1, ‘Minimumeisen voor de Euromerker-detector’, onder meer het volgende vereiste op: “temperatuur quadrupool in te stellen tot minstens 200 °C”. De bestreden beslissing verklaart de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig op grond dat de bedoelde eis, die beschouwd wordt als een minimale eis, niet is nageleefd.

In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij in wezen aan dat de bedoelde eis geen minimumeis kan zijn, gelet op het feit dat het resultaat dat ermee beoogd wordt, namelijk de inertie van de quadrupool (dit wil zeggen: de weerstand ervan tegen externe chemische invloeden), ook op andere manieren bereikt kan worden. In het tweede onderdeel voert zij onder meer aan dat de verwerende partij die opvatting ook deelde tot aan de intrekking van de eerste gunningsbeslissing, en dat de bestreden beslissing niet voldoende duidelijk maakt waarom zij op dat aanvankelijke oordeel is teruggekomen.

Beide onderdelen worden hierna samen onderzocht.

8. Zoals de verwerende partij zelf aangeeft in haar intrekkingsbeslissing van 6 oktober 2022, kan de eis dat de quadrupool verwarmd moet kunnen worden tot 200 °C zowel ‘letterlijk’ als ‘teleologisch’ geïnterpreteerd worden.

In de bestreden gunningsbeslissing van 10 november 2022 steunt de verwerende partij op een letterlijke interpretatie van die eis. Blijkens het evaluatierapport van 21 oktober 2022 is die interpretatie met name ingegeven door het feit dat de bedoelde eis voorkomt onder punt E.2.1 van het bestek, dat als opschrift heeft: ‘Minimumeisen voor de Euromerker-detector’.

De verzoekende partij daarentegen gaat uit van een teleologische interpretatie van de eis. In het door haar ingevulde ‘Antwoordformulier voor de Inschrijver’, dat bij haar offerte is gevoegd, verklaart zij dat haar quadrupool niet verwarmd moet worden. Ook zonder verwarming blijven er geen componenten op haar quadrupool “plakken”. Zij voert aldus aan dat haar toestel volledig beantwoordt aan het resultaat dat met de bedoelde eis wordt nagestreefd, met name de inertie van de quadrupool.

Uit het antwoord van de verwerende partij van 3 oktober 2022 op het bezwaar van de gekozen inschrijver van 28 september 2022 en uit de intrekkingsbeslissing van 6 oktober 2022 blijkt dat ook de verwerende partij de mening is toegedaan dat de verzoekende partij de inertie van de quadrupool bereikt, zij het door een andere techniek te gebruiken.

9. Het eerste en het tweede onderdeel doen aldus de vraag rijzen of de aanbestedende overheid de offerte van de verzoekende partij, waarvan niet wordt betwist dat die haar behoeften invult, substantieel onregelmatig mocht bevinden louter en alleen omdat de offerte een toestel aanbiedt dat niet beantwoordt aan de letter van het bestek, meer bepaald omdat ze niet voorziet in een bepaald procedé voor het hanteren van de quadrupool.

Het komt de Raad van State voor dat het weren van een offerte op grond dat niet is voldaan aan een minimumeis die voorziet in een welbepaald technisch procedé, verantwoord is indien de overheid van oordeel is dat enkel

laatstbedoeld procedé kan garanderen dat de achterliggende doelstelling ervan wordt bereikt. Hiermee wordt bedoeld dat de betrokken technische specificatie essentieel lijkt te moeten zijn opdat een toestel aangeboden zou worden dat volledig beantwoordt aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Precies dat essentieel karakter lijkt het aanmerken van het betrokken technisch vereiste als minimumeis te verantwoorden.

Indien de verwerende partij te dezen al van mening zou zijn geweest naar aanleiding van de opmaak van haar bestek dat enkel het procedé van opwarmen het mogelijk maakt om de nodige inertie te bereiken, welke vereist is om stabiele en reproduceerbare analyses te kunnen uitvoeren, is zij daarvan alleszins niet langer overtuigd gebleken na ontvangst van de offerte van de verzoekende partij. Zoals hiervoor is opgemerkt, erkent de verwerende partij in haar antwoord van 3 oktober 2022 op het bezwaar van de gekozen inschrijver en in de intrekkingbeslissing van 6 oktober 2022 dat andere technieken hetzelfde resultaat kunnen bereiken. Impliciet was zij dezelfde mening ook toegedaan in de eerste gunningsbeslissing, van 19 september 2022, waarbij de offerte van de verzoekende partij regelmatig werd verklaard en de opdracht zelfs aan haar werd gegund.

Voorshands lijkt het dan ook moeilijk om aan te nemen dat de eis in verband met de opwarmbaarheid van de quadropool tot minimum 200 °C een minimumeis is, waaraan een inschrijver zich in elk geval moet houden.

10. In de gegeven omstandigheden beschikte de verwerende partij over een aantal mogelijkheden om te reageren op het feit dat een toestel werd aangeboden dat weliswaar niet beantwoordde aan de letter van het bestek, maar dat niettemin het met het bestek beoogde resultaat bereikte. Zo kon zij onderzoeken of het mogelijk was, mits een gepaste motivering en met respect voor de gelijkheid onder de inschrijvers, over de betrokken eis heen te stappen. In elk geval en indien de verwerende partij na dit onderzoek van oordeel zou zijn geweest dat zulks niet mogelijk was, had zij een nieuwe plaatsingsprocedure kunnen lanceren zonder in het bestek de kwestieuze eis nog op te nemen. De verwerende partij heeft geen van deze mogelijkheden benut. Zij heeft op het eerste gezicht zonder meer ervoor geopteerd om de offerte van de verzoekende partij af te wijzen als substantieel

onregelmatig. In de nota verklaart de verwerende partij dat zij zich daarbij heeft gesteund op een letterlijke lezing van het bestek.

Deze handelwijze lijkt op gespannen voet te staan met het motiveringsbeginsel en met het redelijkheidsbeginsel, dat zijn neerslag vindt in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016. Immers, een inschrijver die in zijn offerte uiteenzet waarom het toestel dat hij aanbiedt technisch conform is zonder dat opwarming nodig is, mag zich minstens eraan verwachten dat de overheid zulks onderzoekt vooraleer zij zich uitspreekt over de besteksconformiteit. Uit het antwoord van de verwerende partij van 3 oktober 2022 op het bezwaar van de gekozen inschrijver lijkt overigens te mogen worden afgeleid dat een dergelijk onderzoek op dat ogenblik is gevoerd, met een positief gevolg voor de offerte van de verzoekende partij. Met de intrekkingbeslissing van 6 oktober 2022 is evenwel een andere richting ingeslagen, welke verder gevolgd blijkt te zijn in de bestreden gunningsbeslissing van 10 november 2022.

In het licht van de mogelijkheden waarover de verwerende partij beschikte, volgt uit dit alles op het eerste gezicht dat de enkele niet-naleving in de offerte van de verzoekende partij van de eis dat de temperatuur van de quadropool in te stellen is tot minstens 200 °C, de beslissing om haar offerte substantieel onregelmatig te verklaren niet wettig kan verantwoorden.

11. Deze vaststelling volstaat om het eerste en het tweede onderdeel in de aangegeven mate ernstig te bevinden.

Derde onderdeel

12. Gelet op de conclusie in verband met het eerste en het tweede onderdeel, is het niet nodig om in te gaan op het derde onderdeel.

VI. Besluit

13. Het eerste en het tweede onderdeel van het enig middel zijn ernstig gebleken. De schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook bevolen.

VII. Kosten

14. Het is passend, gelet op de schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Federale Overheidsdienst Financiën van 10 november 2022 waarbij de offerte van de bv Shimadzu Benelux voor de overheidsopdracht voor levering van Euromerker-detectors (2-dimensionele gaschromatografie met een massaspectrometer als detector (2D-GC-MS of GCxGC-MS)), met onderhoudscontract en opleiding, substantieel onregelmatig wordt verklaard en de opdracht gegund wordt aan de nv Agilent Technologies Belgium.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens