

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.527 van 19 januari 2021
in de zaak A. 232.516/XII-9007**

In zake: de BV TECHNISCH HANDELS- EN
ADVIESBUREAU VANDENTEMPEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sanne Stockbroeckx
kantoor houdend te 3680 Maaseik
Venlosesteenweg 56
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA FLUVIUS SYSTEM OPERATOR
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ann-Sofie Custers en Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV SEBA SERVICE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Luc Van Caneghem
kantoor houdend te 1080 Brussel
Jubelfeestlaan 96

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 december 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van Fluvius System Operator cvba dd. 02.12.2020 houdende het gunnen van de aankoop in kader van de wetgeving Overheidsopdrachten betreffende dossier FLU18AL016 voor de levering en het onderhoud van 4 kabelmeetwagens voor het opsporen van kabelfouten, kabeltracering en kabelbeproeving aan Seba Service nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 31 december 2020 heeft de nv Seba Service gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2021, om 13.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sanne Stockbroeckx, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Ann-Sofie Custers en Charlotte Persoons, *loco* advocaat Gitte Laenen, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Luc Van Caneghem, die verschijnt voor de tussenkomende 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 het leveren van vier kabelmeetwagens. Het betreft een opdracht in de speciale sectoren. De plaatsingswijze is de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De opdracht wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 6 juni 2019 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 7 juni 2019.

3.2. Het bestek bepaalt dat de offertes zullen worden getoetst aan de hand van twee gunningscriteria, namelijk de “Life Cycle Cost” (in essentie een prijs criterium op 60 punten) en een technisch criterium (op 40 punten). Dit laatste criterium bevat vier subcriteria.

3.3. Twee kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, namelijk de verzoekende partij en de nv Seba Service. Zij worden geselecteerd en dienen een offerte in. Er wordt met beide inschrijvers onderhandeld. Er wordt door beiden een verbeterde offerte ingediend en vervolgens een BAFO.

3.4. Op 22 januari 2020 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan de nv Seba Service.

De verzoekende partij stelt een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in tegen de tenuitvoerlegging van deze gunningsbeslissing (zaak gekend onder het rolnummer A. 230.251/XII-8869).

Op 20 februari 2020 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing van 22 januari 2020 in te trekken. Bij arrest nr. 247.262 van 10 maart 2020 wordt de vordering van de verzoekende partij verworpen.

3.5. De offertes worden opnieuw onderzocht door de verwerende partij.

Wat de regelmatigheid van de offertes betreft, worden er twee niet-substantiële onregelmatigheden vastgesteld in de offerte van de nv Seba Service, namelijk met betrekking tot de VLF 0.1Hz-testapparatuur en tot het mantelfoutopspoor toestel. Er wordt besloten dat deze niet-substantiële onregelmatigheden, noch op zichzelf, noch gecombineerd, de nietigheid van de offerte van deze inschrijver tot gevolg hebben. De offerte wordt regelmatig verklaard.

Vervolgens worden de offertes getoetst aan de hand van de gunningscriteria.

De offerte van de verzoekende partij krijgt 52,93/60 voor Life Cycle Cost en 29/40 voor het technisch criterium. De offerte van de nv Seba Service krijgt 60/60 voor Life Cycle Cost en 26/40 voor het technisch criterium.

De offerte van de nv Seba Service wordt als eerste gerangschikt met 86 punten, de offerte van de verzoekende partij als tweede met 81,93/100.

3.6. Op 2 december 2020 neemt de verwerende partij een nieuwe gunningsbeslissing, waarin zij de opdracht opnieuw aan de nv Seba Service gunt voor een totaalbedrag van 1.380.922 euro. Dat is de bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv Seba Service blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Regelmatigheid van de rechtspleging

5. Met een e-mailbericht van 7 januari 2021 heeft de verzoekende partij een “memorie van wederantwoord” ingediend. De tussenkomsde partij dient op 11 januari 2021 nog een “antwoordmemorie” in.

In dergelijke stukken is niet voorzien bij een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Er werd evenmin door de Raad van State of het auditoraat om verzocht. De betrokken stukken mogen aldus hoogstens als inlichting in aanmerking worden genomen in zoverre ze de neerslag vormen van de uiteenzetting van de partijen ter terechtzitting.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 4 en artikel 81 *juncto* artikel 153 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, van artikel 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren). Hiernaast voert zij ook de schending aan van “het gelijkheids-, niet-discriminatie, transparantie- en proportionaliteitsbeginsel”.

Het middel bevat twee middelonderdelen.

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de offerte van de nv Seba Service diende te worden nietig verklaard omdat ze substantieel onregelmatig is op het vlak van de VLF-generator en het mantelfoutopspoorstoestel.

Wat de VLF-generator betreft, wijst de verzoekende partij erop dat de nv Seba Service in haar offerte twee types VLF-generatoren van het merk Megger heeft voorgesteld waarbij het ene toestel niet voldoet aan de besteksvereiste inzake capaciteit (slechts een capacitieve belasting van 1,2 microfarad waar het bestek minstens 3 microfarad eist) en het andere niet voldoet aan de besteksvereiste inzake signaalgolf (het aangeboden toestel werkt met een cosinus-rectanglegolf terwijl het bestek een sinusgolf voorschrijft). Volgens de verzoekende partij mag de verwerende partij dit niet als een niet-substantiële onregelmatigheid beschouwen doch is het een substantiële onregelmatigheid.

Wat het mantelfoutopspoorstoestel betreft, voldoet het door de nv Seba Service in haar offerte aangeboden toestel volgens de verzoekende partij niet aan de vereiste dat het moet werken volgens het principe van een meetbrug. Het toestel werkt daarentegen volgens het meetprincipe van de spanningsafvalmethode die minder nauwkeurig is. Daarnaast werkt dit toestel met een 3-draadmeettechniek waar in het bestek een 4-draadmeettechniek wordt geëist en kan met dit toestel geen gebruik worden gemaakt van de Murray-methode, zoals door het bestek vereist. Volgens de verzoekende partij kan ook deze afwijking door de verwerende partij niet als een niet-substantiële onregelmatigheid worden beschouwd.

Minstens hadden, zo gaat de verzoekende partij verder, de beide onregelmatigheden in combinatie tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte van de nv Seba Service moeten leiden.

In een tweede onderdeel komt de verzoekende partij terug op de problematiek van de VLF-generator en betoogt:

“Indien verwerende partij verzoekende partij had geïnformeerd dat ook VLF generators die niet voldoen aan de Technische Voorschriften zoals zij blijken uit de opdrachtdocumenten zouden worden toegelaten, had verzoekende partij een kleinere VLF generator kunnen aanbieden. [...] Het aanbieden van een kleinere VLF generator – met zeer vergelijkbare specificaties als de door Seba Service N.V. aangeboden VLF generator – zou een prijsverlaging van ca. € 20.000,00 per kabelmeetwagen met zich hebben meegebracht. Verzoekende partij zou vervolgens in de LifeCycle Cost ca. € 80.000,00 lager zijn uitgekomen, hetgeen ertoe zou hebben geleid dat de opdracht zou worden toegekend aan verzoekende partij.”

8. De verwerende partij merkt op dat zij bij het regelmatigheidsonderzoek van de offertes zoals vermeld in het gunningsverslag diligent en nauwkeurig is tewerk gegaan. Zij wijst erop dat de plaatsingsprocedure de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging is en dat in de speciale sectoren er geen beperkingen gelden inzake de te onderhandelen materie; er mag dus worden onderhandeld over de minimumeisen en de gunningscriteria. De verwerende partij beschikt hierbij aldus over een ruime beoordelingsvrijheid. Voorts mag in die speciale sectoren een eventuele onregelmatigheid worden geregulariseerd. Ook benadrukt zij dat het in de eerste plaats toekomt aan de aanbestedende overheid om de technische specificaties in de opdrachtdocumenten vast te stellen en te interpreteren.

Wat het eerste middelonderdeel betreft, merkt de verwerende partij concreet op dat zij in haar bestek een duidelijk onderscheid heeft gemaakt tussen minimale vereisten en andere voorwaarden en dat de vereisten die in het bestek zijn gesteld aangaande de VLF-apparatuur en het mantelfoutopspoorstelsel, geen minimale vereisten zijn. Een afwijking van die vereisten leidt dan ook hoogstens tot een niet-substantiële onregelmatigheid.

Uit het regelmatigheidsonderzoek mag volgens de verwerende partij worden afgeleid dat de door de tussenkomende partij voorgestelde VLF-apparatuur minstens gelijkwaardig en op sommige vlakken zelfs beter is dan die van de verzoekende partij. De tussenkomende partij heeft immers een combinatie van twee toestellen voorgesteld wat leidt tot een capacitieve belasting van 5 microfarad in plaats van de gevraagde minimale 3 microfarad. De verwerende partij heeft hierover uitvoerig gemotiveerd in het gunningsverslag

waarbij zij stelt, enerzijds, dat de cosinus-rectanglegolf beter, minstens evenwaardig is aan de sinusgolf en anderzijds, dat de aangeboden combinatie de capacitieve belasting van minimaal 3 microfarad garandeert. Zij benadrukt in het verslag dat de geboden oplossing niet leidt tot een discriminerend voordeel voor de tussenkomen partij “gezien de oplossing voldoet aan de vereisten van de aanbesteder” en dat ze “geen vervalsing van de concurrentie tot gevolg [heeft]”. In het verslag concludeert de verwerende partij dat het om een niet-substantiële onregelmatigheid gaat, die op zich niet dient te leiden tot de nietigheid van de offerte.

Wat het mantelfoutopspoorstoel betreft, wijst de verwerende partij erop dat zij een derde-expert heeft geraadpleegd om de problematiek van de afwijking van het bestek, namelijk het aanbieden van een stoel gebaseerd op de spanningsafvalmethode terwijl het bestek de meetbrugmethode voorschrijft, te onderzoeken. Hierbij is vastgesteld dat het door de tussenkomen partij aangeboden stoel minstens gelijkwaardig is aan wat het bestek bepaalt, dat de geboden oplossing niet tot een discriminerend voordeel voor de tussenkomen partij leidt “gezien een stoel wordt aangeboden dat voldoet aan de technische vereisten, zij het via een alternatieve meetmethode” en dat de “afwijking [...] geen vervalsing van de concurrentie tot gevolg [heeft]”. De verwerende partij concludeert hierbij dat het om een niet-substantiële onregelmatigheid gaat, die op zich niet dient te leiden tot de nietigheid van de offerte.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, wijst de verwerende partij er in de eerste plaats op dat het speculatief is; het is volgens haar immers gesteund op de hypothese dat de verzoekende partij een andere offerte zou hebben ingediend. Ondergeschikt wijst zij erop dat de verzoekende partij haar op geen enkel moment vragen heeft gesteld over de interpretatie van de vereisten in de technische voorschriften. Zij benadrukt dat de verzoekende partij op geen enkel ogenblik melding heeft gemaakt van het door haar in de huidige procedure voorgestelde Bauer Violasysteem, als VHF-generator, dat in totaliteit 80.000 euro goedkoper zou zijn en waarvan zij in haar middelonderdeel stelt dat zij het zou hebben aangeboden indien zij had geweten dat zij de technische voorschriften niet hoefde te respecteren. Aangezien de verzoekende partij dit stoel niet had aangeboden, kon de verwerende partij het dan ook niet bij haar beoordeling

betrekken; in elk geval lijkt het niet de gevraagde capacitieve belasting van 3 microfarad te kunnen bieden wat de tussenkomende partij wel heeft gedaan met haar combinatie.

9. De tussenkomende partij beklemtoont, wat de VLF-generator betreft, dat zij een combinatie van twee toestellen (VLF CR-54 met een rechthoekige golfvorm en TDM-62 met een sinusvormige golfvorm) heeft voorgesteld die samen voldoen aan de in het bestek vereiste capacitieve belasting.

Wat het mantelfoutopspoorstelsel betreft, merkt de tussenkomende partij op dat de wijze van aansluiting van het door haar aangeboden toestel “equivalent [is] aan de Glaser Brug opstelling”.

Beoordeling

10.1. In het eerste middelonderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat twee onregelmatigheden in de offerte van de nv Seba Service ten onrechte als niet-substantieel werden aangemerkt door de verwerende partij.

10.2. Luidens artikel 74, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren wordt een offerte als substantieel onregelmatig beschouwd 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; de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten, is een substantiële onregelmatigheid. Indien er sprake is van een dergelijke substantieel onregelmatige offerte lijken de derde en de vierde paragraaf van hetzelfde artikel bij een finale offerte – wat hier het geval is – geen enkele beoordelingsvrijheid aan de aanbestedende overheid te laten, die de nietigheid van de offerte moet vaststellen.

Overeenkomstig artikel 74, § 2, van hetzelfde koninklijk besluit wordt een offerte die slechts een of meer niet-substantiële onregelmatigheden

bevat die, zelfs gecumuleerd of gecombineerd, niet de voornoemde gevolgen teweeg brengen, niet nietig verklaard.

Het is in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om te beslissen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die als substantieel moeten worden aangemerkt. De Raad van State mag nagaan of de beoordeling door de aanbestedende overheid steunt op in rechte en in feite aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de grenzen van een redelijke beoordeling niet zijn overschreden.

10.3. Wat de onregelmatigheid inzake de VLF-generator betreft, wordt in de bestreden beslissing als volgt overwogen:

“9.3.1 Bestek – vereiste 5.7 VLF 0.1Hz-testapparatuur

Dit toestel heeft als doel de kwaliteit van de aangelegde MS-kunststofkabels (XLPE) en bijhorende accessoires te kunnen beproeven. De meetwagen moet voorzien zijn van een testapparaat met HS en met een lage frequentie van 0,1 Hz.

De VLF moet aan de volgende eisen voldoen:

- De VLF moet vast ingebouwd zijn;
- De maximale uitgangsspanning van de VLF moet minstens 36,8kV (RMS) en 52kV (PEAK = 2,5 keer U_0 volgens NBN620) kunnen zijn bij een frequentie van 0.1Hz (sinusvormig);
- De capacitieve belasting van de VLF moet minimaal 3 μ F zijn;
- De VLF-testspanning moet gedurende 1 uur aangelegd kunnen worden;
- Het toestel moet voorzien zijn van een Voltmeter en een Ampèremeter en een tijdsaanduiding die de tijd van de meting aangeeft.

Aangeboden oplossing Seba Service

Seba Service biedt een VLF Sinus 62 kV (TDM 62-TD) aan, aangevuld met een tweede testeenheid VLF CR (Cosinus Rectangle) 54 kV/5 μ F die bij de gevraagde spanning kan gaan tot een capacitieve belasting van 5 μ F, wat ruim voldoet aan de gevraagde 3 μ F. Om de vereiste capaciteit te halen wordt een toestel aangeboden dat niet met de sinusvorm werkt, maar wel met een Cosinus Rectangle.

Onderzoek en evaluatie van onregelmatigheid:

De bestekbepaling waarvan wordt afgeweken, betreft geen minimale eis.

Het kan wetenschappelijk onderbouwd worden dat de Cosinus Rectangle-golf beter is dan (of minstens evenwaardig is aan) de sinusgolf voor wat VLF betreft. Deze vaststelling werd gedaan op basis van lezing van wetenschappelijk onderbouwde studies zoals IEEE400.2-2004 (document toegevoegd aan dit gunningsverslag).

In NBN620 wordt niet specifiek aangegeven dat een sinus vereist is bij het uitvoeren van VLF-testen. De VLF Cosinus Rectangle-testeenheid kan de

gevraagde capacitieve belasting van min $3\mu\text{F}$ garanderen. De gevraagde uitgangsspanning kan met de aangeboden toestellen geleverd worden.

De door Seba Service aangeboden oplossing wat betreft de aangeboden VLF apparatuur is m.a.w. (minstens) gelijkwaardig aan hetgeen in het bestek wordt vooropgesteld.

De geboden oplossing leidt niet tot een discriminerend voordeel voor Seba Service (gezien de oplossing voldoet aan de vereisten van de aanbesteder). Zij heeft geen vervalsing van de concurrentie tot gevolg. De aanbesteder is bovendien in de mogelijkheid om de geboden oplossing te beoordelen en te vergelijken met de andere oplossing op basis van de gekozen gunningscriteria.

Gezien het detail van de offerte en de meegeleverde technische documentatie bestaat er bij de aanbesteder geen twijfel over de verbintenis die Seba Service aangaat om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren.

Conclusie betreffende de VLF 0.1Hz-testapparatuur: Deze niet-substantiële onregelmatigheid dient op zich niet te leiden tot de nietigheid van de geboden offerte.”

10.4. De kernvraag lijkt of de verwerende partij de besteksvereiste inzake de golfvorm van de elektrische spanning bij de VLF-generator, namelijk sinusvorm, als niet-essentieel mocht aanmerken en een VLF-generator met een rechthoekige (“Cosinus Rectangle”) spanning mocht aanvaarden en kwalificeren als een niet-substantiële onregelmatigheid.

Het antwoord is op het eerste gezicht negatief en dit om volgende redenen.

De vereiste inzake de golfvorm is in het bestek als volgt vermeld:

“De VLF moet aan de volgende eisen voldoen:

- [...]

- De maximale uitgangsspanning van de VLF moet minstens 36,8kV (RMS) en 52kV (PEAK = 2,5 keer U_0 volgens NBN620) kunnen zijn bij een frequentie van 0.1Hz (sinusvormig).

[...].”

Het gebruik van het werkwoord “moeten” mag hier worden geacht in beginsel een dwingende verplichting op te leggen aan de inschrijvers. Het lijkt niet om een louter indicatieve opsomming te gaan. Het verweer van de

verwerende partij dat er in het bestek een duidelijk onderscheid is opgenomen tussen minimale vereisten en andere voorwaarden, lijkt onjuist; dergelijk onderscheid lijkt op het eerste gezicht niet uit de relevante besteksbepalingen af te leiden.

Voorts mag worden opgemerkt dat het motief in de bestreden beslissing – en benadrukt in de nota – dat “[h]et [...] wetenschappelijk onderbouwd [kan] worden dat de Cosinus Rectangle-golf beter is dan (of minstens evenwaardig is aan) de sinusgolf voor wat VLF betreft”, voor de verwerende partij determinerend leek om te besluiten tot het niet-substantiële karakter van de onregelmatigheid.

Er wordt hiertoe echter in de bestreden beslissing verwezen naar een memorandum opgesteld door de externe deskundige Laborelec inzake het verschil tussen rechthoekige spanning en sinusvormige spanning. Dit memorandum is uitsluitend in het Engels opgesteld zodat het in beginsel door de Raad en de partijen niet in de procedure mag worden betrokken. Bovendien stelt de Raad, die weliswaar niet over de technische kennis van een deskundige beschikt, op het eerste gezicht vast dat de stelling van de verwerende partij er niet rechtstreeks kan worden uit afgeleid – de verwerende partij laat in elk geval na dit aan te tonen – maar dat, zo lijkt, eerder het tegenovergestelde van wat de verwerende partij dit memorandum wil laten zeggen, wordt aangegeven.

Op het eerste gezicht lijkt dan ook te mogen worden geconcludeerd dat de betrokken technische vereiste inzake spanningsvorm wel degelijk door de inschrijvers en de verwerende partij als een minimumeis diende te worden opgevat. Minstens moet worden vastgesteld dat een determinerend motief om de afwijking niet substantieel te achten, materiële draagkracht lijkt te ontberen. Bijgevolg lijkt het besluit in de bestreden beslissing, dat de betrokken onregelmatigheid hoogstens niet-substantieel is, *prima facie* grond te missen. Het staat dan ook niet langer vast dat de opdracht werd gegund aan een inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend.

Een beoordeling van de kritiek van de verzoekende partij inzake de onregelmatigheid van het door de tussenkomende partij aangeboden mantelfoutopspoorstoestel lijkt in de huidige stand van het geding niet vereist.

Het eerste middelonderdeel is ernstig.

11.1. Wat het tweede middelonderdeel betreft, voert de verzoekende partij in essentie aan dat de gelijke behandeling van de inschrijvers werd geschonden doordat zij niet de kans heeft gekregen om ook een VLF-generator aan te bieden die met rechthoekige spanningsvorm werkt. Het zou volgens haar een belangrijk voordeel in haar prijszetting hebben gegeven.

11.2. In de veronderstelling dat het zou toegelaten zijn om ook te onderhandelen over een afwijking op bepaalde technische vereisten, dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij dit blijkbaar wel heeft gedaan ten aanzien van de tussenkomende partij, maar, zo lijkt, niet die kans heeft geboden aan de verzoekende partij, wat een schending lijkt van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel.

Hierbij mag nog worden betrokken dat de verwerende partij bij deze problematiek in de bestreden beslissing opmerkt dat “[d]e door Seba Service aangeboden oplossing wat betreft de aangeboden VLF apparatuur [...] m.a.w. (minstens) gelijkwaardig [is] aan hetgeen in het bestek wordt vooropgesteld” en dat “[d]e geboden oplossing [niet] leidt [...] tot een discriminerend voordeel voor Seba Service (gezien de oplossing voldoet aan de vereisten van de aanbesteder)”. De verwerende partij lijkt hier haar uitdrukkelijke besteksvereisten aan de kant te schuiven in functie van, misschien vastgesteld na voortschrijdend inzicht, wat zij werkelijk beoogt met de opdracht.

Het tweede middelonderdeel is ernstig.

12. Het middel is ernstig.

VIII. Besluit

13. Het eerste middel is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden toegewezen.

IX. Kosten

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

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Seba Service tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de cvba Fluvius System Operator van 2 december 2020 waarbij de opdracht voor de levering en het onderhoud van vier kabelmeetwagens voor het opsporen van kabelfouten, kabeltracering en kabelbeproeving wordt gegund aan de nv Seba Service.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Greta Scheveneels

Pierre Barra