

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 248.979 van 19 november 2020
in de zaak A. 232.067/XII-8977**

In zake: de NV KRINKELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE HERENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Zoersel
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 oktober 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing d.d. 05/10/2020 van het college van burgemeester van de gemeente Herent waarbij goedkeuring wordt gegeven aan het verslag van nazicht d.d. 09/09/2020 en het daarin geformuleerde voorstel om de opdracht te gunnen aan V&V Infra bvba voor een bedrag van 516.369,13 EUR excl. BTW of 624.806,65 EUR incl. BTW, en de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan Krinkels te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 november 2020, om 11.15 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anne-Sofie Custers, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk De Keuster, 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor werken met als voorwerp “omgevingsaanleg Sportcomplex Herent – Zone 2”.

De opdracht behelst vooral:

- “ - Voorbereidende werken (rooien van struiken, vellen van bomen).
- Grondwerken (afgraving, uitgraving)
- Funderingswerken.
- Aanleg nieuwe rijbaan in betonverharding/betonstraatstenen en kantopsluiting.
- Aanleg van beplantingen
- Opmaak van een as-built dossier.
- Ontwerp en aanleg van een pumptrack
- Aanleg van een skatepark
- Plaatsen van sport- en speeltoestellen, straatmeubilair, ...
- Groenonderhoud.”

3.2. De opdracht is bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 februari 2020.

3.3. De opdracht wordt gegund met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

3.4. Het toepasselijk bijzonder bestek bestaat uit twee delen: administratieve bepalingen (deel 1) en technische bepalingen (deel 2).

De administratieve bepalingen van het bijzonder bestek bepalen met betrekking tot de gunningscriteria :

“1.7 GUNNINGSCRITERIA

De aanbestedende overheid kiest de economisch meest voordelig offerte die haar het voordeligst lijkt met inachtneming van de volgende gunningcriteria:

- Prijs: 50% van de punten

[...]

- Kwaliteit: 40% van de punten

o Een kwalitatieve beoordeling, zijnde een gemotiveerde score waarbij een score van ‘zeer goed’ een score van 40/40 bekommt, ‘goed’ een score van 30/40, ‘voldoende’ een score van 20/40, ‘slecht’ een score van 10/40 en ‘zeer slecht’ een score van 0/40.

o De inschrijver omschrijft in een aparte nota de kwaliteit van zijn offerte. Deze nota omvat minimaal volgende elementen:

☐ Beschrijving van het materiaal van de buitenaanleg anders van het materiaal dat verplicht wordt opgelegd met technische fiches;

☐ Design van de pumptrack waarbij een uitdagend doch veilig parcours wordt beoogd;

● Grondplan, sneden, details, technische fiches en 3D-beelden waarop de integratie met de omgeving duidelijk is.

● Beschrijving van de materialen van de buitenaanleg

☐ Design van de skate-elementen;

o De inschrijver moet een nota aan de offerte toevoegen waarin de kwaliteit wordt uiteengezet en de bovenvermelde beoordelingselementen aan bod komen.

- Plan van aanpak: 10% van de punten

o Een kwalitatieve beoordeling, zijnde een gemotiveerde score waarbij een score van ‘zeer goed’ een score van 10/10 bekommt, ‘goed’ een score van

7,5/10, ‘voldoende’ een score van 5/10, ‘slecht’ een score van 2,5/10 en ‘zeer slecht’ een score van 0/10.

o De inschrijver voegt een plan van aanpak als een afzonderlijk onderdeel van de offerte toe aan de offerte waarin de inschrijver minstens de volgende elementen bevat:

- ☐ De coördinatie met de werf voor de sporthal zelf ten einde wederzijdse hinder te vermijden met hoofdaannemer ‘Pellikaan’ waarbij de inschrijver toegang neemt via een tijdelijke weg langs de zijde van het spoor
- ☐ Een projectplanning waarbij aangegeven wordt dat de uitvoeringstermijn van 85 werkdagen wordt gehaald.”

De technische bepalingen van het bijzonder bestek beschrijven de pumptrack :

“38. Pumptrack (bijgevoegd artikel)

De aanleg van de pumptrack wordt voorzien als een design&build, de inschrijver dient een nota voor te leggen aan het opdrachtgevende bestuur bij de indiening van zijn offerte omtrent de pumptrack.

In verband met de pumptrack bevat deze nota minstens:

- Design van de pumptrack waarbij een uitdagend doch veilig parcours wordt beoogd. Teneinde een goede beoordeling van dit design te kunnen maken dienen volgende zaken hierbij zeker toegevoegd te zijn:
 - o Grondplan, sneden, details, technische fiches en 3D-beelden waarop de integratie met de omgeving duidelijk is.
 - o Beschrijving van de materialen van de buitenaanleg
- 1 relevante referentie van soortgelijke asfaltpumptracks in de Benelux

Het uiteindelijke ontwerp dient ter goedkeuring voorgelegd te worden aan het opdrachtgevende bestuur.

38.1 Beschrijving

De pumptrack bestaat hoofdzakelijk uit:

- Een baanoppervlakte van 600m² bestaande uit één track die zodanig is ingericht dat er niet steeds dezelfde lus moet gereden worden, maar dat het een interactief parcours is doordat fietsers door middel van dwarsverbindingen tussen de verschillende delen zelf hun parcours kunnen samenstellen.
- De paden hebben een minimale breedte van 2m en een maximale breedte van 3m.
- Voor paden met een breedte van 2m geldt een maximale straal van 3,50m, voor een breedte van 3m geldt een maximale straal van 4,00m.
- Minimaal 2 platvormen waarvan één platform aansluit aan de skate-as
- 2 vuilbakken thv de platvormen volgens 9-42;
- 5 zitbanken te voorzien in het oostelijke deel van de pumptrack volgens 9-41;
- Bomen zoals voorzien op het beplantingsplan;

- Verlichting volgens de geldende normen, gemiddeld minimaal 80lux, en nergens minder dan 60 lux LED aangestuurd vanuit het gebouw met programmeerbare sturing. Er wordt door de aannemer zone 1 een wachtbuis voorzien tot aan de grens zone 1 – zone 2 aan de westzijde van het gebouw. De aannemer zone 1 voorziet de nodige bekabeling tot aan dit punt. Verdere bekabeling dient voorzien te worden vanaf de westzijde van het gebouw tot aan de desbetreffende verlichtingsarmaturen.

De pumptrack is een interactief parcours bestaande uit een aaneensluiting van heuvels en bochten waarmee de fietser door middel van pompbewegingen zijn snelheid kan behouden. Opgebouwd uit een fundering met daarop een afwerklaag in asfalt, deze afwerklaag is minimaal 5cm dik en heeft een zeer fijne gradatie zodat er goed met skateboards en steps overheen gereden kan worden. De asfaltlaag kent een stevige verankering op de ondergrond.”

3.5. Dertien ondernemingen waaronder de verzoekende partij en de bvba V&V Infra dienen een offerte in.

3.6. Het verslag van nazicht van 9 september 2020 vermeldt met betrekking tot de eerste vier gerangschikte inschrijvers wat het gunningscriterium kwaliteit betreft:

“

1	WEGROSAN/HMVT BV	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: info over verlichting - design pumptrack: uitgebreid dossier - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details referenties <p>Het ontwerp van de pumptrack omvat een gemotiveerde conceptnota, duidelijke grondplannen en dwarsprofielen, alsook een aantrekkelijke 3D-simulatie. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score ‘zeer goed’.</p>	40
2	Krinkels NV – vestiging Londerzeel	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: uitgebreid - materialen anders dan verplicht: niet toegevoegd - design pumptrack: uitgebreid dossier, referenties en technische fiches - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details referenties <p>Het betreft een mooi gepresenteerd dossier, allesomvattend: technische fiches, design pumptrack (concept /</p>	30

		plannen / 3D) en voorstel skate-objecten. Enkel een verlichtingsvoorstel ontbreekt. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'goed'.	
3	WEGENIS- EN RIOLERINGSWERKEN DE DENDER NV	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: niet toegevoegd - design pumptrack: uitgebreid dossier, technische fiches ontbreken - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details referenties <p>Uitgebreid dossier met tal van referenties en uitvoeringswijzen van skate-park. Voorstel en presentatie pumptrack in orde, maar toegevoegde plannen en dwarsprofielen zijn summier. Een verlichtingsvoorstel voor de pumptrack ontbreekt. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'goed'.</p>	30
4	V & V Infra bvba	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: fitnessstoestellen - design pumptrack: uitgebreid dossier met technische fiches en referenties - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details, referenties <p>De offerte bevat 2 valabele ontwerpen voor de pumptrack met eraan toegevoegd alle gevraagde info: plannen, dwarsprofielen, perspectieven. Gelet op de mogelijkheid tot onderhandelen, wordt de inschrijver gevraagd om één ontwerp te kiezen dat samen met zijn BAFO zal beoordeeld worden. Een uitgewerkt verlichtingsvoorstel ontbreekt. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'goed'.</p>	30

3.7. Op 19 juni 2020 worden deze eerste vier gerangschikte inschrijvers uitgenodigd om hun offerte te verbeteren en een BAFO in te dienen.

Hierbij worden aan de vier inschrijvers afzonderlijk vragen gesteld.

Aan drie van de vier inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, wordt verzocht om “verduidelijking i.v.m. licht” als volgt:

“- De deelopdracht pumptrack betreft een design&build. In de functionele omschrijving ervan vermeldde wij dat verlichting te voorzien is volgens de geldende normen (Egem=80lux / Emin=60lux). In uw inschrijving ontbreekt het aan een lichtstudie en een voorstel van armaturen (technische fiches). Kan u dit verder toelichten?”

3.8. De vier inschrijvers dienen een BAFO in.

3.9. Het verslag van nazicht van 9 september 2020 vermeldt met betrekking tot de beoordeling van de BAFO's wat het gunningscriterium “kwaliteit” betreft:

“

1	V & V Infra bvba	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: fitnessstoestellen - design pumptrack: uitgebreid dossier met technische fiches en referenties - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details, referenties <p>De inschrijver heeft de kans gegrepen om de kwaliteit sterk te verbeteren. De BAFO bevat een overtuigend ontwerp voor de pumptrack met eraan toegevoegd alle gevraagde info: plannen, dwarsprofielen, perspectieven. Het verlichtingsvoorstel is zeer goed uitgewerkt. Het voldoet aan de vooropgestelde minimumeisen en is erg energiezuinig met een beperkt geïnstalleerd vermogen van 1296W. Gelet op strategische verdeling van 8 armaturen rond de pumptrack wordt deze zo gelijkmatig mogelijk verlicht met een minimale kans op verblinding. De voorgestelde LED-technologie heeft een lange levensduur van meer dan 100.000 branduren. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score ‘zeer goed’.</p>	40
2	WEGROSAN/HMVT BV	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: info over verlichting - design pumptrack: uitgebreid dossier - design skate-objecten: uitgebreide 	40

		<p>brochure met opbouw, details referenties</p> <p>Het ontwerp van de pumptrack omvat een gemotiveerde conceptnota, duidelijke grondplannen en dwarsprofielen, alsook een aantrekkelijke 3D-simulatie.</p> <p>Het uitgewerkte verlichtingsvoorstel voldoet aan de vooropgesteld minimeisen en is erg energiezuinig gelet op het beperkt geïnstalleerd vermogen 1296W. Gelet op strategische verdeling van 8 armaturen rond de pumptrack wordt deze zo gelijkmatig mogelijk verlicht met een minimale kans op verblinding. De voorgestelde LEDtechnologie heeft een lange levensduur van meer dan 100.000 branduren.</p> <p>Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'zeer goed'.</p>	
3	Krinkels NV – vestiging Londerzeel	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: uitgebreid - materialen anders dan verplicht: niet toegevoegd - design pumptrack: uitgebreid dossier, referenties en technische fiches - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details referenties <p>Het betreft een mooi gepresenteerd dossier, allesomvattend: technische fiches, design pumptrack (concept / plannen / 3D) en voorstel skate-objecten.</p> <p>Het verlichtingsvoorstel beperkt zich tot 2 armaturen. De posities ervan zijn onduidelijk en het is twijfelachtig dat de minimale verlichtingssterkte gerespecteerd wordt over de gehele pumptrack. Door het beperkt aantal armaturen is de lichtsterkte niet gelijkmatig verdeeld over de volledige pumptrack. Het geïnstalleerde vermogen van 3160W is weinig energiezuinig in vergelijking met de technische voorstellen van de andere inschrijvers. De ingebouwde LED's hebben een beperkte levensduur van 50.000 branduren.</p> <p>Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'goed'.</p>	30
4	WEGENIS-EN RIOLERINGSWERKEN DE DENDER NV	<ul style="list-style-type: none"> - nota kwaliteit: toegevoegd - materialen anders dan verplicht: niet toegevoegd - design pumptrack: uitgebreid dossier, technische fiches ontbreken - design skate-objecten: uitgebreide brochure met opbouw, details 	30

		referenties Uitgebreid dossier met tal van referenties en uitvoeringswijzen van skate-park. Voorstel en presentatie pumptrack in orde, maar toegevoegde plannen en dwarsprofielen zijn summier. Het verlichtingsvoorstel voldoet aan de vooropgestelde karakteristieken. Het geïnstalleerde vermogen van 3560W is weinig energiezuinig in vergelijking met de technische voorstellen van de andere inschrijvers. De geïntegreerde LED's hebben een beperkte levensduur van 50.000 branduren. Om bovenstaande redenen krijgt deze offerte de score 'goed'.	
--	--	--	--

”

3.10. Op 5 oktober 2020 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Herent het verslag van nazicht goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de bvba V & V Infra.

Het verslag van nazicht maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.11. Met een aangetekend schrijven van 6 oktober 2020 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet is gekozen.

Met een aangetekend schrijven van 12 oktober 2020 vraagt de verzoekende partij om het bewijs te bezorgen waaruit blijkt dat de verlichtingsarmaturen en bijhorende studie een substantieel verschil maken. Voorts vraagt zij om de technische fiche en de rekennota aan te leveren waaruit blijkt welke armaturen worden gebruikt door de gekozen inschrijver. Zij drukt voorts haar twijfel uit over het voldoen door de gekozen inschrijver aan de minimumvereisten.

Met een aangetekend schrijven van 15 oktober 2020 antwoordt de verwerende partij:

“Het bestek vermeldde dat de ingediende dossiers voor de helft beoordeeld worden op laagste regelmatige prijs en de helft op de kwaliteit van de pumptrack en skate-elementen samen met het plan van aanpak. Het verlichtingsvoorstel maakt integraal deel uit van de kwaliteit. De invloed ervan op de totaalbeleving rondom de nieuwe sporthal zal zeker in de wintermaanden groter zijn dan het financiële aandeel in de opdracht doet vermoeden.

Jullie lichtstudie voldoet uiteraard aan de gestelde minimumeisen. Maar de andere inschrijver aan wie de opdracht werd gegund, overtuigde ons door meer lichtpunten te voorzien dan technisch nodig en die zodanig in te planten dat op en rondom de pumptrack extra sfeer wordt gecreëerd bij valavond. Hij voorzag ook lagere masten, wat ruimtelijk wenselijker is dan uw voorstel van 2 pylonen van 18m.

Meer armaturen vermindert ook de kans op verblinding nabij de armaturen en komt de gelijkmatigheid van het geëiste verlichtingsniveau ten goede. Uw berekening vermeldt een zeer lage uniformiteit.

Inschrijvingsdocumenten geheel of gedeeltelijk vrijgeven is volgens ons niet toegelaten. Om dan toch op jullie vraag te antwoorden, vinden jullie in onderstaande tabel een vergelijking van de belangrijkste karakteristieken van de voorgestelde armaturen:

Armatuur	Philips OptiVision LED gen3	FaelLuce Next Series Next3
Vermogen (Watt)	2x 1580W = 3160W	8x 162W=1296W
Levensduur volgens L80B10 (branduren)	50 000h	100 000h
Garantie	3 jaar	5 jaar
Bescherming tegen vandalisme	IK08	IK09
IP beschermingsklasse	IP 66	IP 66

De tabel toont aan dat de gekozen armaturen van FaelLuce een langere levensduur hebben en betere bescherming bieden tegen vandalisme. De fabrieksgarantie blijkt ook uitgebreider.

Samengevat willen wij benadrukken dat jullie inschrijving in de eerste ronde even goed werd beoordeeld met betrekking tot het gunningscriterium ‘kwaliteit’ als die van de twee concurrenten die finaal voor u werden gerangschikt. Zij hebben in de tweede ronde echter de kans gegrepen om in het ontwerp van de pumptrack het verschil te maken met een overtuigend verlichtingsconcept te integreren dat de technische minimumeisen overstijgt. In onze motivatie hebben we ons dus niet beperkt tot een louter

prijstechnische vergelijking. Vandaar dat u finaal uitkomt als derde gerangschikte inschrijver.”

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie 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. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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.

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, 41, §§ 4 en 6, 53, § 3, 66 en 81 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de formele- en materiële motiveringsplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ en het redelijkheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“doordat verweerster de offerte van V&V Infra bvba (de gegunde/gekozen inschrijver) in de bestreden beslissing aanmerkt als de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte;

doordat verweerster tot de hoger gedane vaststelling komt door V&V Infra bvba een score van 40 te geven op het gunningscriterium kwaliteit op basis van een beoordelingselement dat niet is opgenomen in de beschrijving van het gunningscriterium kwaliteit in de opdrachtdocumenten, minstens een disproportioneel belang hecht aan het beoordelingselement verlichting waarvoor geen grondslag is terug te vinden in de opdrachtdocumenten;

doordat de inhoudelijke beoordeling van de offertes dient te geschieden overeenkomstig de gunningscriteria zoals bepaald in de opdrachtdocumenten;

doordat het aspect verlichting niet als zodanig werd opgenomen in de beoordelingselementen m.b.t. het gunningscriterium kwaliteit en slechts in een enkele passage zeer summier aan bod komt in het Bijzonder Technisch Bestek;

doordat het beoordelingselement verlichting door verweerster nochtans als determinerend beoordelingselement werd aangewend om het gunningscriterium kwaliteit te scoren;

terwijl op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti de aanbestedende overheid gebonden is door datgene zij heeft bepaald in de eigen opdrachtdocumenten;

terwijl het beginsel van de gelijkheid der inschrijvers, dat zijn oorsprong vindt in de artikel 4 en bevestigd wordt in artikel 41, §4 Overheidsopdracht alsook in de artikelen 10 en 11 Grondwet, veronderstelt dat alle inschrijvers van tevoren weten wat zij moeten doen of laten en met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes;

terwijl artikel 66 Overheidsopdrachtenwet bepaalt dat de opdracht wordt gegund op basis van de gunningscriteria vastgesteld overeenkomstig artikel 81 Overheidsopdrachtenwet;

en terwijl verweerster de verlichting op grond van haar eigen bestek niet kon aanwenden als beoordelingselement, minstens geen doorslaggevende rol toebedelen in welk geval zij het element verlichting zou moeten onderbrengen onder een van de in het bestek bij het gunningscriterium kwaliteit opgesomde beoordelingselementen;

en terwijl zowel de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel, als de formele motiveringsplicht vereisen dat iedere bestuurshandeling gedragen wordt door motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn;

zodat door het ongeoorloofde gebruik van verlichting als beoordelingselement voor het gunningscriterium kwaliteit, de opdracht niet werd gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte nu de mindere score van verzoekster voor het gunningscriterium kwaliteit door verweerster ontegensprekelijk op doorslaggevende (en ongeoorloofde – minstens op onredelijke) wijze gemotiveerd wordt aan de hand van het verlichtingsaspect van de offerte(s);

en zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen schendt”.

De verzoekende partij licht toe dat in het bijzonder administratief bestek bij de omschrijving van het gunningscriterium kwaliteit uitdrukkelijk wordt gestipuleerd welke de beoordelingselementen zijn die minimaal beoordeeld zullen worden, waarbij het design van de pumptrack één van de drie vernoemde elementen uitmaakt – naast de buitenaanleg en de skate-elementen – doch waarbij niets wordt vermeld aangaande de verlichting. Wat specifiek de pumptrack betreft, wordt er in de beschrijving van het gunningscriterium wél verwezen naar het grondplan, sneden, details, technische fiches en 3D-beelden, en op generieke wijze naar “een beschrijving van de materialen van de buitenaanleg”. Zij besluit hieromtrent dat “aldus [...] alleszins niet met name [wordt] vermeld dat verlichting een onderdeel van de beoordelingselementen uitmaakt, of nog hoe inschrijvers zouden kunnen ‘scoren’ op het aspect verlichting dan wel wat de aanbestedende overheid op dit vlak verwacht” en dat “uit de omschrijving van het gunningscriterium [...] in ieder geval niet het (grote) belang [blijkt] dat de aanbestedende overheid bij de scoring van de offertes verhoudingsgewijs blijkt te hebben gehecht aan het verlichtingsplan”, zoals dit blijkt uit de motivering van de bestreden beslissing.

De verzoekende partij erkent dat in de omschrijving van het gunningscriterium weliswaar wordt verwezen naar het uitdagend en veilig karakter van de aangeboden pumptrack van de gekozen inschrijver, doch zij werpt tegen dat daarover in de motivering van het gunningsverslag niets wordt vermeld.

Voorts betoogt zij dat het bijzonder administratief bestek bij de omschrijving van het voorwerp van de opdracht evenmin met enig woord rept over het verlichtingsaspect en dat de verwerende partij door het gebruik van het woord “vooral” uitdrukkelijk aangeeft welke de belangrijkste elementen van de opdracht zijn, waartoe verlichting niet blijkt toe te behoren.

De opdrachtdocumenten bespreken “slechts in één paragraaf op een zeer summiere wijze” het verlichtingsaspect, zo vervolgt de verzoekende partij, en die kan worden teruggevonden bij de technische bepalingen van het bestek onder “38. Pumptrack”, waar de minimumvereisten van de verlichting worden vermeld. De verzoekende partij stelt de vraag of de gekozen inschrijver daaraan trouwens wel voldoet: “122 Lm wordt gehaald uit 1 watt. Indien gekeken

wordt naar de 1296 watt die wordt aangeboden door de gekozen inschrijver, dan worden de minimumeisen van Egem 80 lux en Emin 60 lux niet gehaald (deze eenheid drukt de lichtsterkte aan het oppervlak uit)”.

Uit de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit bij haar en ook bij de andere twee inschrijvers blijkt volgens haar dat de motivering “voor ongeveer de helft uit overwegingen [bestaat] die verband houden met de verlichting” en dit aspect dus determinerend was in de beoordeling, terwijl de eigenlijke beoordelingselementen beschreven in het bestek bij het gunningscriterium in de motivering niet of amper aan bod komen.

Zij benadrukt nog dat zij noch op grond van de omschrijving van het gunningscriterium kwaliteit noch op grond van het technisch bestek kon weten dat de aanbestedende overheid een dergelijk groot belang zou hechten aan de wijze waarop de verlichting van de pumptrack zou worden vormgegeven, zodat zij niet met de vereiste kennis van zaken haar offerte in die zin heeft kunnen opstellen. Zij meent dat de verwerende partij, “geconfronteerd zijnde met de zeer summiere vermeldingen aangaande de verlichting in de eigen opdrachtdocumenten van de mogelijkheid om onderhandelingen te voeren gebruik [had] kunnen maken om aan alle inschrijvers bekend te maken welk belang zij hecht aan de verlichting en welk type van plaatsing het meest zou aansluiten bij haar eigen noden en behoeftes — i.e. tot het verbeteren van de inhoud van de offertes”.

De verzoekende partij ontkent dat hierover een inhoudelijke vraag werd gesteld; enkel werd gevraagd om de ontbrekende lichtstudie en het voorstel van armaturen toe te voegen.

Uit de motivering blijkt volgens haar tevens op geen enkele wijze op grond waarvan, of naar aanleiding waarvan de gekozen inschrijver “de kans heeft gegrepen om de kwaliteit sterk te verbeteren” en een “zeer goed uitgewerkt verlichtingsvoorstel” uit te werken. Zij meent dat “indien uit het administratief dossier zou blijken dat de gekozen inschrijver op dit vlak in meer of mindere mate werd gestuurd, dan is er eveneens omwille hiervan sprake van een schending van de gelijkheid der inschrijvers en de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen”.

Ten slotte stelt zij nogmaals de vraag, indien de Raad van oordeel zou zijn dat de verwerende partij aan het element verlichting wel een determinerende rol mocht geven, of “de gegunde inschrijver de minimale eisen van het Bijzonder Technisch Administratief bestek wel bereikt door 1296 watt aan te bieden” en “of de vergelijking die verweerster maakt wat de levensduur betreft wel op een correct vergelijkbare wijze werd gemaakt overeenkomstig de LB-normering”. In ieder geval steunt de materiële vergelijking van het verlichtingsaspect van de gekozen inschrijver niet op correcte feiten, aangezien de gekozen inschrijver inzake bescherming tegen vandalisme een norm van IK09 aanbiedt, terwijl uit de technische fiche van het betrokken aangeboden product blijkt dat het om een norm IK08 gaat en niet om een norm IK09.

Beoordeling

7. In essentie gaat de verzoekende partij ervan uit dat de verwerende partij, door bij de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit rekening te houden met een beoordelingselement verlichting en door de wijze waarop, heeft gehandeld in strijd met de opdrachtdocumenten.

8. De administratieve bepalingen van het bestek bepalen uitdrukkelijk dat het gunningscriterium kwaliteit zal worden beoordeeld aan de hand van “minimaal” het design van de pumptrack “waarbij een uitdagend doch veilig parcours wordt beoogd”. Een veilig parcours lijkt op het eerste gezicht ook aandacht voor verlichting te impliceren. De technische bepalingen van het bestek beschrijven de verlichting als een “hoofdzakelijk” onderdeel van de pumptrack.

De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de opdrachtdocumenten de verwerende partij zouden verhinderen rekening te houden met de verlichting bij de beoordeling van het gunningscriterium kwaliteit.

Mede in het licht van de brief van de verwerende partij van 19 juni 2020 waarbij onder meer aan de verzoekende partij om verduidelijking werd gevraagd met betrekking tot de verlichting van de pumptrack, maakt de verzoekende partij evenmin op het eerste gezicht aannemelijk dat zij niet kon

weten dat het aspect verlichting een onderdeel zou uitmaken van de beoordelingselementen in het kader van het gunningscriterium kwaliteit.

9. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht evenmin te kunnen worden bijgevalen waar zij stelt dat de verwerende partij een disproportioneel belang zou hebben gehecht aan het beoordelingselement verlichting.

In zoverre de verzoekende partij argumenteert dat de aanbestedende overheid het element verlichting zou hebben aangewend als verhoudingsgewijs doorslaggevend om het gunningscriterium kwaliteit te beoordelen, lijkt zij voor te houden dat de aanbestedende overheid haar heeft misleid door voor het eerst ter gelegenheid van de beoordeling van de BAFO's het belang van het verlichtingsaspect te veruitwendigen en zelfs te laten primeren op de door het bestek onder het gunningscriterium kwaliteit opgesomde beoordelingselementen.

Uit het dossier blijkt echter dat de toetsing door de aanbestedende overheid van de initiële offertes aan het gunningscriterium kwaliteit is gebeurd met inachtnaam van alle voor haar relevante elementen, waaronder het element verlichting. Het ontbreken van een verlichtingsvoorstel heeft de verzoekende partij een score “goed” opgeleverd. Ter gelegenheid van de uitnodiging tot indiening van een BAFO is de verzoekende partij verzocht om verduidelijking met betrekking tot de verlichting van de pumptrack. Op identieke wijze zijn twee van de drie andere resterende inschrijvers door de verwerende partij benaderd ten einde het aspect verlichting te verduidelijken, na een waardering van hun initiële offerte als “goed”. Uit de bewoordingen van het gunningsverslag van 9 september 2020 dat de gekozen inschrijver “de kans heeft gegrepen om de kwaliteit sterk te verbeteren” en zijn verlichtingsvoorstel (thans) zeer goed is uitgewerkt, kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de gekozen inschrijver daarbij zou zijn “gestuurd”, zoals de verzoekende partij suggereert, althans niet op een andere wijze dan de andere aangeschreven inschrijvers. Anders dan de verzoekende partij het ziet, is de voornoemde vraag tot “verduidelijking i.v.m. licht” op het eerste gezicht niet te beschouwen als een “loutere” vraag om de ontbrekende lichtstudie en een voorstel van armaturen

(technische fiches) aan de offerte toe te voegen, maar wel als een inhoudelijke vraag om ook een verlichtingsvoorstel uit te werken.

Het feit dat de beoordeling van de BAFO's in essentie de verlichtingsvoorstellen van de diverse inschrijvers vergelijkt en waardeert, lijkt dan ook de logische voortzetting van deze handelwijze. De verzoekende partij maakt aldus op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de aanbestedende overheid de inschrijvers ongelijk zou hebben behandeld of het gunningscriterium kwaliteit naar aanleiding van de beoordeling van de BAFO's in vergelijking met het bestek "te ruim" zou hebben geïnterpreteerd.

10. Ten slotte lijkt de verzoekende partij niet met de vereiste ernst aannemelijk te maken dat de bestreden beslissing zou zijn gesteund op onjuiste feitelijke gegevens.

Het motief van de bestreden beslissing dat het verlichtingsvoorstel van de gekozen inschrijver "voldoet aan de vooropgestelde minimeisen", lijkt grondslag te vinden in de lichtstudie van de gekozen inschrijver gevoegd bij de BAFO, en ingediend als vertrouwelijk stuk maar waarop de Raad van State acht vermag te slaan. De technische fiche van het armatuur Fael Luce Next 4 – en dus niet Fael Luce Next 3 zoals vermeld door de verwerende partij in haar antwoordschrijven aan de verzoekende partij van 15 oktober 2020 – lijkt voorts op het eerste gezicht, eensdeels, de waarde IK09 inzake bescherming tegen vandalisme te bevestigen, en anderdeels, de levensduur uit te drukken aan de hand van de zogenaamde LB-normering. De verzoekende partij lijkt aldus op het eerste gezicht evenmin een schending van de materiële motiveringsplicht aan te tonen.

11. Het enig middel is niet ernstig.

VII. Besluit

12. 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 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 negentien november tweeduizend twintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere