

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.682 van 26 mei 2021
in de zaak A. 233.546/XII-9081**

In zake: de NV ALGEMENE ELECTRISCHE ONDERNEMINGEN
KAMIEL VERSTRAETE EN ZOON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Robert Volckaert en Francis Volckaert
kantoor houdend te 8400 Oostende
Elisabethlaan 25/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD KORTRIJK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk Van Heuven en Fien Duymelinck
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 april 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “[d]e beslissing van de stad Kortrijk dd. 12.04.2021, houdende gunning van de aannemingsopdracht [...] betreffende Sportpark Wembley – heraanleg atletiekpiste: uitvoering technieken, dossiernummer 2020/2274 [...] aan de economisch meest voordelige bieder, Vensol Electrical Solutions bv” en dit “onder verbeurte van een dwangsom van 10.000 € per dag dat de Stad Kortrijk na het tussen te komen arrest in gebreke blijft aan deze beschikking te voldoen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 mei 2021, om 12.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Francis Volckaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Adjunct-auditeur Frederick Ongena, daartoe gemachtigd bij beslissing van de auditeur-generaal van 14 januari 2020, 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 stad Kortrijk schrijft op 8 maart 2021 een overheidsopdracht voor werken uit met als voorwerp “Sportpark Wembley – Heraanleg atletiekpiste (Deel Technieken)”.

De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de zin van artikel 42, eerste lid, § 1, 1°, a), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’.

3.2. Het toepasselijk bestek bepaalt dat de opdracht wordt gegund op grond van de prijs als enig gunningscriterium.

Het bestek beschrijft de technische eisen van de buitenverlichting. Onder artikel 52.00.02 “Verlichtingsstudies” is, onder meer, in het volgende voorzien:

“Alvorens werken uit te voeren, levert de aannemer een volledige fotometrische studie af op basis van het voorgestelde materiaal en van de inplantingsplannen.

In een aantal zones dient een verlichtingsniveau gegarandeerd te zijn, indien dit niveau met de voorgeschreven toestellen en hun inplanting niet bereikt wordt, dient de aannemer dit bij inschrijving te melden, zoniet dient de aannemer alle meerkosten op zich te nemen tot het gevraagde verlichtingsniveau wordt bereikt.

De te verzekeren gemiddelde verlichtingssterkten staan vermeld op de plannen; als dit niet het geval is, zijn ze conform aan de aanbevelingen van de norm NBN EN 12464-2, NBN EN 13201-x en NBN EN 12193.”

Artikel 52.80.03 bepaalt:

“Het betreft het uitvoeren van een lichtmeting om de lichtsterkte van de aangelegde verlichting te verifiëren, en indien nodig bij te sturen volgens de vooropgestelde verlichtingssterktes:

- Banen 200 lux
- Middenplein = 100 lux
- Finish = 800 lux

De lichtmeting dient uitgevoerd te worden na aansluiting van de verlichting.

[...]

Indien de eerste lichtmeting geen goed resultaat oplevert, dient deze – binnen de eenheidsprijs- na het aanbrengen van verbeteringen, opnieuw te worden uitgevoerd tot het gewenste resultaat bereikt wordt.”

3.3. Vijf ondernemingen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. Drie ondernemingen dienen tijdig een offerte in.

Na het indienen van de offertes vraagt de verwerende partij bijkomende informatie aan de inschrijvers, hierbij onder andere een lichtstudie.

3.4. Er wordt een verslag van nazicht opgesteld. Bij de rubriek “Besluit van de kwalitatieve selectie” stelt de verwerende partij vast dat de offerte

van de verzoekende partij blijkbaar niet voldoet aan de technische eisen van het bestek. Het verslag van nazicht bepaalt hierover:

“Technische informatie voor het deel ‘Verlichting’ voldoet NIET aan de vereisten van het bestek. Uit de ‘Lichtberekening’ blijkt dat de vereiste lichtsterktes niet gehaald zullen worden.”

3.5. Op 12 april 2021 beslist de stad Kortrijk om goedkeuring te verlenen aan het verslag van nazicht van de offertes en om de opdracht te gunnen aan de bvba Vensol Electrical Solutions tegen het bedrag van 81.960,06 euro, btw niet inbegrepen.

Dit is de bestreden beslissing.

3.6. Op 12 april 2012 wordt de opdracht gesloten.

3.7. Met een aangetekende brief en per e-mail van 15 april 2021 stelt de verwerende partij de verzoekende partij in kennis dat de ingediende offerte niet voldoet aan de vereisten van het bestek en dat de opdracht is gegund aan een andere inschrijver.

Dezelfde dag vraagt de verzoekende partij het verslag van nazicht op en bezorgt de verwerende partij dit verslag met een e-mailbericht.

Met een e-mailbericht van 21 april 2021 bezorgt de verwerende partij de bestreden beslissing aan de verzoekende partij. In dit bericht wordt het volgende vermeld:

“In bijlage kan u de gevraagde collegebeslissing van 12/04/2021 terugvinden.

Op 23/03/2021 heeft uw firma een offerte ingediend voor ons dossier 2020/2274.

Aanvullend werd, op vraag van de stad Kortrijk, op 29/03/2021 door uw firma bijkomende informatie en technische fiches afgeleverd.

Uit de technische fiches (meer bepaald uit de lichtberekening) blijkt dat het door uw firma voorgestelde type verlichting niet voldoet aan de eisen van het bestek.

Vereiste lichtsterkte opgenomen in het bestek (p. 29 van de technische bepalingen):

- Banen 200 lux
- Middenplein = 100 lux
- Finish = 800 lux

Aangeboden lichtsterkte in technische fiche (p.5 lichtberekening):

- Banen = 121 lux ipv de gevraagde 200 lux
- Middenplein = 69 lux ipv de gevraagde 100 lux
- Finish = 500 lux ipv de gevraagde 800 lux

De offerte van uw firma kon bijgevolg niet aanvaard worden.”

Met een e-mailbericht van 22 april 2021 betwist de verzoekende partij de onregelmatigheid van de offerte en geeft zij nadere toelichting bij de in de offerte weergegeven lichtsterktes. Zij merkt onder meer op dat de verwerende partij verkeerdelijk uitgaat van de minimale waarden in plaats van de gemiddelde waarden in de lichtstudie van de verzoekende partij.

Hierop stuurt de verwerende partij per e-mailbericht van 27 april 2021 een brief naar de verzoekende partij als antwoord. In deze brief wordt vermeld:

- “1. We kunnen bevestigen dat uw offerte inderdaad voldoet aan de kwalitatieve selectie. Na de kwalitatieve selectie dient evenwel een regelmatigheidsonderzoek te gebeuren. Daarin wordt onder meer nagegaan of de offerte beantwoordt aan de minimale eisen opgenomen in de opdrachtdocumenten.
2. De lichtstudie van uw offerte stelt dat ze volgende gemiddelde lichtsterktes behaalt
 - Banen: gemiddeld 202 lux voor de gevraagde 200 lux
 - Middenplein: gemiddeld 139 lux voor de gevraagde 100 lux
 - Finish: gemiddeld 800 lux voor de gevraagde 800 lux

Uit de lichtstudie blijkt dat voor het behalen van de gemiddelde lichtsterkte voor de banen ook de lichtsterkte van de finish wordt gebruikt. Door gebruik te maken van de zeer hoge lichtsterkte van de finish wordt het gemiddelde van de banen onrealistisch opgetrokken en kan net de gevraagde gemiddelde 200 lux worden behaald.

Het combineren met de lichtsterktes van de finishzone is niet correct. In de opdrachtdocumenten staan specifiek drie afzonderlijke waarden opgenomen om duidelijk te maken dat ze afzonderlijk worden beschouwd. De baanverlichting dient dus op zijn eigen te kunnen staan.

Het ingediende voorstel haalt net het gevraagde gemiddelde door te combineren en toont hiermee aan dat de banen onvoldoende verlicht zijn mochten ze apart worden beschouwd.

Daaruit kan besloten worden dat er onvoldoende armaturen zijn voorzien en de aanbieding niet voldoet aan het gevraagde.

3. Het klopt dat de opdrachtdocumenten een lichtmeting na uitvoering voorzien. Echter voorzien de opdrachtdocumenten eveneens op pagina 27: ‘Alvorens werken uit te voeren, levert de aannemer een volledige fotometrische studie af op basis van het voorgestelde materiaal en van de inplantingsplannen. In een aantal zones dient een verlichtingsniveau gegarandeerd te zijn.’

Uit de fotometrische studie (of lichtstudie) – zie voorgaande - blijkt op voorhand reeds dat het verlichtingsniveau niet overal gegarandeerd zal zijn.

De stad Kortrijk blijft van mening dat uw offerte niet voldoet aan de minimale eisen van de opdrachtdocumenten.

Artikel 76, § 1, vierde lid KB Plaatsing voorziet dat een offerte die niet voldoet aan de minimale eisen van de opdrachtdocumenten als substantieel onregelmatig wordt gezien.

Gelet op bovenstaande ziet de stad Kortrijk de offerte (en de bijkomend aangeleverde technische fiches) als substantieel onregelmatig en zijn er dan ook geen redenen om de beslissing van 12/04/2021 in te trekken.”

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

4.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

5. De verzoekende partij brengt twee middelen aan. Het is passend ze samen te behandelen.

Standpunt van de partijen

6.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 66, 81 en 83 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), van artikel 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing 2017) en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de formelemotiveringsplicht.

In een eerste onderdeel laat zij, zelf samenvattend, gelden:

“Nergens in het technisch lastenboek wordt voorgeschreven dat de technische informatie voor het deel ‘Verlichting’ en de door de inschrijver medegedeelde ‘Lichtberekeningen’, dewelke op zich bovendien ook niet verplicht dienden gevoegd te worden bij de offerte, door de Stad Kortrijk aanzien wordt als een substantieel gunningscriterium of selectiecriterium,

dan wel dat dit een grond tot uitsluiting zou uitmaken, zodat de Stad Kortrijk onmogelijk op deze grond kon beslissen tot het uitsluiten van verzoekster van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure.”

De verzoekende partij meent dat haar offerte ten onrechte onregelmatig werd verklaard. Het motief voor de onregelmatigverklaring, namelijk het niet voldoen van de offerte aan de technische eisen van het bestek inzake verlichting, zou niet in overeenstemming zijn met het bestek. In het bestek en de technische beschrijving staat volgens de verzoekende partij nergens beschreven dat de inschrijver kan worden uitgesloten “omwille van het feit dat uit zijn prijsofferte en aangeleverde inlichtingen zou blijken dat hij de gevraagde lichtsterkte niet zou gehaald [hebben], noch dat dit punt van de lichtsterktes een minimale vereiste zou zijn die als substantieel wordt aangemerkt”. Zij wijst hierbij op de besteksbepaling dat een lichtmeting na aansluiting van de verlichting zal worden uitgevoerd en dat indien een eerste lichtmeting niet de vooropgestelde verlichtingssterktes oplevert, er verbeteringen dienen te worden aangebracht tot het gewenste resultaat wordt bereikt op kosten van de aannemer. “Nergens staat vermeld dat deze lichtsterktes in de prijsofferte en de opgevraagde lichtstudie of schriftelijk dienen gegarandeerd [te] worden noch dat deze als substantieel worden aanzien”. “De gevraagde minimum gemiddelde lichtsterktes (200, 100 of 800 lux) staan enkel beschreven onder de rubriek ‘Keuring en Proeven’, hetgeen bevestigt dat dit aspect enkel zou worden nagezien bij de keuring na uitvoering der werken”. Pas in haar brief van 27 april 2021 laat de verwerende partij gelden dat een offerte die niet voldoet aan de minimale eisen van de opdrachtdocumenten, met toepassing van artikel 76, § 1, koninklijk besluit plaatsing 2017 als substantieel onregelmatig wordt aanzien. Ter adstructie wijst de verzoekende partij er nog op dat de verwerende partij haar bestreden beslissing steunt op de door de verzoekende partij slechts als bijkomende informatie bijgebrachte lichtstudie die niet bij de initiële offerte moest worden gevoegd, en dat hieruit blijkt dat deze bijkomende informatie niet als substantieel kan worden aangewezen. Nergens uit de bestreden beslissing blijkt waarom de verwerende partij dit als een tekortkoming aan substantiële eisen, deze woorden zelf worden zelfs niet gebruikt, aanziet.

In een tweede onderdeel laat de verzoekende partij, zelf samenvattend, gelden:

“Ten onrechte heeft de Stad Kortrijk (inhoudelijk) beslist dat de offerte van verzoekster niet voldeed aan de vereisten van het bestek daar waar verzoekster inzake gemiddelde lichtsterktes wel voldeed aan de in het technisch lastenboek bestek [sic] en de referentienorm NBN EN 12193. Hierdoor werden de betrokken inschrijvers duidelijk niet op gelijk[e] voet [...] behandeld en waarbij de Stad Kortrijk ook niet voldoet aan haar formele motiveringsplicht.”

De verzoekende partij meent in essentie dat de verwerende partij ten onrechte tot de vaststelling komt dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de vereisten van het bestek. Zij stelt dat wanneer wordt uitgegaan van gemiddelde lichtsterktes, haar offerte wel voldoet aan de eisen van het bestek en dat de verwerende partij ten onrechte in haar e-mailbericht van 21 april 2021 uitgaat van de minimale lichtsterktes. De verzoekende partij vervolgt dat de verwerende partij deze fout inzag in haar e-mailbericht van 27 april 2021 aangezien zij dan wel met gemiddelde lichtsterktes rekende doch nu opeens een volkomen andere uitleg gaf aan de zogenaamde tekortkoming van de verzoekende partij. Immers, thans brengt de verwerende partij te berde dat de verzoekende partij ten onrechte de verlichting bij de finishstrook laat meetellen om alzo een gemiddelde lichtsterkte voor de banen, die 200 lux moet bedragen, te bereiken. Nochtans, zo merkt de verzoekende partij op, is deze strook inherent deel van de banen. “Daarnaast staan er in het bestek inderdaad 3 afzonderlijke waarden (100, 200 & 800 lux) vermeld, maar staat nergens vermeld hoe dit berekend dien[t] te worden. Er staat zeker nergens dat de baanverlichting op zichzelf dient te staan en dat de finish niet kan worden meegerekend. Dit is een eenzijdige interpretatie/conclusie die Stad Kortrijk pas in het schrijven van 27.04.2021 toevoegt. Daar deze argumentatie pas laattijdig werd overgemaakt en verzoekster van mening is dat deze ook geenszins correct is, werd er geen afzonderlijke lichtstudie gemaakt om te bepalen wat de waarden zouden zijn in geval de finish niet afzonderlijk wordt meegerekend, waardoor er dan ook geen zekerheid kan zijn of de waarden dan wel of niet zouden worden gehaald”.

6.2. In een tweede middel meent verzoekende partij, in essentie, dat de bestreden beslissing “nergens gemotiveerd” is. In deze beslissing wordt uitsluitend gesteld dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de eisen van het bestek en dit “zonder enige motivering of uitleg”.

Pas na het nemen van die beslissing en het mededelen ervan aan de verzoekende partij verwijst de verwerende partij op vraag van de verzoekende partij naar een verslag van nazicht en dit met een e-mailbericht van 15 april 2021. In dit verslag van nazicht wordt enkel vermeld dat “[u]it de ‘Lichtberekening’ blijkt dat de vereiste lichtsterktes niet gehaald zullen worden”. Met een e-mailbericht van 21 april 2021 laat de verwerende partij aan de verzoekende partij weten dat uit de lichtstudie van de verzoekende partij blijkt dat de door de verzoekende partij aangeboden lichtsterktes, namelijk 69, 121 en 500 lux, niet beantwoorden aan de vereiste, namelijk 100, 200 en 800 lux. Ten slotte, met een e-mailbericht van 27 april 2021 keert de verwerende partij volgens de verzoekende partij terug op dit standpunt en beweert thans dat de verzoekende partij in haar lichtberekening verkeerde berekeningen heeft gemaakt door de lichtsterkte van de finishstrook ad 800 lux te laten meetellen voor het bereiken van de gemiddelde lichtsterkte voor de banen, namelijk 200 lux.

Dit zijn volgens de verzoekende partij allemaal post-factummotiveringen. Overigens, zo merkt de verzoekende partij nog op, blijkt nergens uit dat de verwerende partij enig onderzoek naar de lichtsterktes heeft gevoerd bij de andere inschrijvers.

7.1. De verwerende partij merkt, wat het eerste onderdeel van het eerste middel betreft, op dat de verzoekende partij heeft gesjoemeld met de lichtsterktes. Uit het bestek blijkt hoe belangrijk het behalen van de lichtsterktes is. Uit de lichtstudie van de verzoekende partij blijkt dat de verzoekende partij enkel de vereiste gemiddelde lichtsterkte op de piste haalt door de waarde van de finishverlichting mee te rekenen. “In werkelijkheid haalt de basisverlichting voor de Piste de 200 Lux-norm helemaal niet. Als de Finishverlichting niet opstaat, is de lichtsterkte van de Piste zelf duidelijk ondermaats. Vandaar dat in het verslag van nazicht terecht staat dat uit de lichtberekening van verzoekster zelf blijkt dat ‘de vereiste lichtsterktes niet gehaald zullen worden’”. Hierdoor is de offerte van de verzoekende partij op grond van artikel 76, § 1, vierde lid, 3°, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 substantieel onregelmatig. De lichtsterkte is te dezen een minimale vereiste aangezien het een technische vereiste is en er nergens in het bestek wordt vermeld dat ze niet substantieel zou zijn. De verwerende partij was verplicht de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

Wat het tweede middelonderdeel betreft, laat de verwerende partij gelden dat uit de lichtstudie van de verzoekende partij blijkt dat de door haar aangeboden mastverlichting niet beantwoordt aan de minimale bestekswaarden die 200 lux voorschrijven voor de banen. “Bij de berekening van het gemiddelde wordt door verzoekster de verlichtingssterkte meegenomen van de Finish. Daardoor wordt het gemiddelde artificieel opgetrokken boven de 200 lux”. “De lichtsterkte van andere zones mag evident niet worden meegenomen in de berekening gezien de ver[lichting] van de andere zones steeds kan worden afgeschakeld. Iedere zone moet onafhankelijk kunnen voldoen aan de gemiddelde minimum lichtsterkte”. De 200 lux-waarde voor de piste is overigens ook een NBN EN 12193 norm en dus substantieel.

7.2. Wat het tweede middel betreft, merkt de verwerende partij op dat aangezien de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de minimale eisen en dus substantieel onregelmatig is, haar offerte niet in aanmerking komt voor de gunning, zelfs na hermotivering.

Zij wijst er verder op dat de motivering in het verslag van nazicht dat dateert van vóór de gunningsbeslissing, “weliswaar kort, maar – onder verwijzing naar de uiteenzetting in het eerste middel – geheel pertinent en dus afdoende” is.

Beoordeling

8. In het verslag van nazicht dat in de bestreden beslissing wordt goedgekeurd, wordt onder de rubriek “Besluit van de kwalitatieve selectie” de verzoekende partij “niet geselecteerd” omdat haar inschrijving “essentiële tekortkomingen” bevat. Als motivering wordt hierbij vermeld dat de technische informatie voor het deel “Verlichting” niet voldoet aan de vereisten van het bestek en dat “[u]it de ‘Lichtberekening’ blijkt dat de vereiste lichtsterktes niet gehaald zullen worden”.

De plaatsingswijze is de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Hieruit lijkt op grond van artikel 42, § 3, eerste lid, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 te volgen dat de procedure inzake

selectiecriteria voor technische en beroepsbekwaamheid niet van toepassing is, tenzij in de opdrachtdocumenten anders is vermeld, wat hier niet het geval is.

De verzoekende partij is één van de vijf ondernemingen die de verwerende partij heeft uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure.

Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij te dezen tijdens de zogenaamde selectiefase de offerte van de verzoekende partij te hebben onderzocht terwijl, zo lijkt, tijdens deze fase de inschrijver zelf dient te worden beoordeeld, en al helemaal niet zijn technische bekwaamheid.

De verzoekende partij lijkt in haar eerste middel, misschien onder invloed van deze verkeerde voorstelling door de verwerende partij, ten onrechte selectiecriteria, gunningscriteria en minimale eisen wat door elkaar te haspelen doch haar kritiek mag naar essentie zo worden begrepen dat ze handelt over de offerte van de verzoekende partij en het volgens de verwerende partij niet beantwoorden van de offerte aan de minimale technische eisen.

9. De opdracht betreft het plaatsen van een verlichtingsinstallatie voor een sportstadion. Het bestek – zie hierboven randnummer 3.2 – voorziet in enkele bepalingen nopens de lichtsterkte.

Het feit dat de technische bepalingen van het bestek geen onderscheid maken tussen essentiële technische eisen en andere, noch zijn voorgeschreven op straffe van nietigheid, verzet er zich in beginsel als dusdanig niet tegen dat afwijkingen van de technische bepalingen kunnen worden gesanctioneerd door de offerte te weren.

De vraag of een technische bepaling van het bestek essentieel is, namelijk dermate belangrijk dat een afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg heeft dat met de betrokken offerte geen rekening mag worden gehouden, dient *in concreto* in elk geval afzonderlijk in het licht van het dossier te worden beantwoord. Het komt wel in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe vast te stellen of een afwijking al dan niet een essentiële besteksbepaling betreft.

Gelet op de essentie van de concrete opdracht, lijkt de verwerende partij te mogen worden bijgevallen wanneer zij laat gelden dat de vooropgestelde lichtsterkte een technische norm is die substantieel is. De vraag naar het bestaan van zo'n vereiste en naar de afwijking ervan door een offerte rijst in de regel echter tijdens de gunningsfase.

De voormelde besteksbepalingen lijken echter, minstens in hoofdzaak, het nagaan van het behalen van die lichtsterkte te situeren in de uitvoeringsfase. Zo wordt gestipuleerd dat “indien dit niveau [inzake lichtsterkte] met de voorgeschreven toestellen en hun inplanting niet bereikt wordt, [...] de aannemer dit bij inschrijving [dient] te melden, zoniet dient de aannemer alle meerkosten op zich te nemen tot het gevraagde verlichtingsniveau wordt bereikt” en dat “[i]ndien de eerste lichtmeting [na aansluiting met de verlichting] geen goed resultaat oplevert [...] deze – binnen de eenheidsprijs – na het aanbrengen van verbeteringen, opnieuw [dient] te worden uitgevoerd tot het gewenste resultaat bereikt wordt”.

Dat het onmiddellijk effectief behalen van de vooropgestelde lichtsterkte een heikele klus kan zijn, lijkt ook te kunnen worden afgeleid uit de lichtstudies van de drie inschrijvers die elk eenzelfde voorbehoud op hun eerste bladzijde vermelden:

“Omdat in de praktijk de bedrijfsomstandigheden vrijwel altijd zullen verschillen van de voor de berekeningen gekozen uitgangspunten zijn afwijkingen in de opgegeven luminanties of verlichtingssterkten niet uitgesloten. Een rol hierbij spelen onder meer andere ruimtelijke omstandigheden en armatuurposities, toleranties in lampen, armaturen en hulpapparatuur, evenals afwijkende temperatuur en spanning.”

Uit al deze elementen lijkt te volgen dat het bestek allerminst lijkt voor te schrijven dat er een 100 %-zekerheid dient te bestaan dat de vooropgestelde lichtsterktes worden behaald, vooraleer de opdracht wordt gegund. Er kan worden geredigeerd na de installatie bij de controle met de lichtmeting.

Overigens mag ook hierbij worden betrokken dat de door de verwerende partij opgevraagde lichtstudies bij de drie inschrijvers tijdens de

gunningsprocedure, zo lijkt, niet dienden te worden gevoegd bij de offerte, zodat het bestek van een logica lijkt uit te gaan die inhoudt dat het nagaan van die technische vereiste inzake lichtsterkte in principe pas na de installatie aan bod komt. Volgens het bestek lijkt in het afleveren van een fotometrische studie voorzien vóór het uitvoeren van de werken maar, zo lijkt, pas na de gunningsfase.

10. De verwerende partij merkt echter op dat het tekortkomen aan deze technische vereiste van de lichtsterkte ook mag worden vastgesteld tijdens de gunningsfase – wat zij hier deed – bij het regulier nagaan, zo lijkt, of de offertes voldoen aan de technische vereisten, en dat, aangezien volgens haar de offerte van de verzoekende partij niet voldeed aan deze vereiste, ze moest worden uitgesloten.

Er kan inderdaad worden aangenomen dat in zekere gevallen een manifeste tekortkoming aan deze substantiële technische vereiste, zonder een effectieve lichtmeting af te wachten, aanleiding geeft tot uitsluiting wegens substantiële onregelmatigheid. De bijzondere procedure waarin hier in het bestek is voorzien om tijdens de uitvoeringsfase de lichtsterkte te meten, lijkt echter ertoe aanleiding te geven om indien een tekortkoming aan de lichtsterkte in de gunningsfase vastgesteld wordt, dit geval restrictief te benaderen. Het lijkt dat een dergelijke tekortkoming onbetwistbaar en zeker moet zijn en dat, gelet op het uitzonderlijk karakter ervan, de aanbestedende overheid hierover uitdrukkelijk en zorgvuldig moet oordelen en motiveren, in essentie omdat deze vaststelling dus buiten het voorziene, reguliere bestekskader plaatsgrijpt.

11. In de bestreden beslissing en het verslag van nazicht wordt de uitsluiting van de offerte van de verzoekende partij in vrij algemene termen behandeld. Er is sprake van het niet voldoen aan “de vereisten van het bestek” en het feit dat “[u]it de ‘Lichtberekening’ blijkt dat de vereiste lichtsterktes niet gehaald zullen worden”.

Na interpellatie van de verzoekende partij licht de verwerende partij haar beslissing nader toe in haar e-mailbericht van 21 april 2021. Het administratief dossier toont op de eerste plaats niet aan dat het betrokken motief, dat de lichtsterkte zoals die blijkt uit de lichtstudie van de verzoekende partij, zich ruim onder de vooropgestelde lichtsterkte situeert, aan de grondslag ligt van de

bestreden beslissing. Los daarvan moet bovendien worden vastgesteld dat dit motief een incorrecte opvatting huldigt. Zoals de verwerende partij ter terechtzitting overigens toegeeft, werd in dit antwoord door de verwerende partij ten onrechte rekening gehouden met de minima en niet met de gemiddelden aan lichtsterkte in de lichtstudie van de verzoekende partij.

Met het e-mailbericht van 27 april 2021, opnieuw na interpellatie van de verzoekende partij, verandert de verwerende partij het geweer radicaal van schouder. Thans zou blijken dat de door de verzoekende partij in haar lichtstudie opgegeven lichtsterkte voor de banen de vooropgestelde 200 lux niet zou halen omdat zij daarbij ten onrechte met het lichtcircuit van de finish zou hebben rekening gehouden. Ook hier blijkt niet uit het administratief dossier dat dit motief aan de grondslag ligt van de bestreden beslissing.

Overigens verwijst de verwerende partij hierbij nog naar het feit dat daaruit blijkt dat de verzoekende partij in onvoldoende armaturen zou hebben voorzien om dan te concluderen dat de verzoekende partij niet het gevraagde aanbiedt. Echter, zo lijkt uit de titelpagina's van de lichtstudies van de drie inschrijvers, biedt de verzoekende partij evenveel armaturen en masten aan als de twee andere inschrijvers waaronder de begunstigde.

12. Zoals onder randnummer 10 overwogen, lijkt de verwerende partij, zeker rekening houdend met het voorziene bestekskader inzake het nagaan van de lichtsterkte bij de lichtmeting na de installatie, verplicht om haar onderzoek naar een manifeste tekortkoming aan deze essentiële technische vereiste uiterst zorgvuldig en uitdrukkelijk te voeren.

Hierbij moet worden nagegaan of het om een essentiële technische norm gaat en of er hier het uitzonderlijk geval voorligt van een afwijking van deze essentiële technische norm, die thans reeds onomstotelijk vastligt zodat de reguliere besteksprocedure inzake het nagaan van de geboden lichtsterkte niet moet worden afgewacht.

Nergens wordt in de bestreden beslissing noch in het verslag van nazicht een dergelijk onderzoek met deze verstrekkende conclusies weergegeven.

Evenmin lijkt er in het administratief dossier, zoals het voorlag bij het nemen van de bestreden beslissing, iets van die strekking te ontwaren.

In die omstandigheden is het middel in de aangegeven mate ernstig.

VI. Nopens de gevorderde dwangsom

13. Ter terechtzitting doet de verzoekende partij afstand van haar vordering tot het opleggen van een dwangsom wat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid betreft.

VII. 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

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 12 april 2021 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Kortrijk waarbij de opdracht “Sportpark Wembley – Heraanleg atletiekpiste: Uitvoering Technieken” (dossier 2020/2274) wordt gegund aan de bvba Vensol Electrical Solutions.

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

Pierre Barra,
bijgestaan door

Greta Scheveneels,

De griffier

Greta Scheveneels

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Pierre Barra