RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 191.746 van 24 maart 2009
in de zaak A. 191.579/XII-5735.

In zake : de NV OUTSIDE BROADCAST,
die woonplaats kiest bij
advocaten K. Wauters en K. Geelen,
kantoor houdende te Hasselt,
Gouverneur Roppesingel 131

tegen :

de VLAAMSE RADIO-EN TELEVISIEOMROEP,
naamloze vennootschap van publiek recht
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooge en N. Kiekens,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomende partij :

de NV VIDEOHOUSE,
die woonplaats kiest bij
advocaten I. Van De Mierop en B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Outside Broadcast op 25 februari 2009 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van "het besluit van ongekende datum van de Vlaamse Radio- en Televisieomroep waarbij de opdracht Raamakkoord HD Reportagewagens (referentie OA 0803), gegund bij wijze van algemene Europese offerteaanvraag betreffende een 5jarige overeenkomst tegen prijslijst, met optie om 3 maal verlengd te worden voor een periode van 1 jaar betreffende de lange termijn huur van 2 nieuwe TV reportagewagens voorzien van basisuitrusting volgens specificatie van de VRT, aangevuld met 2 hulpwagens en particuliere opdrachten die bestaan uit de inhuur van crew en bijkomende (opdrachtspecifieke) uitrusting werd

toegewezen aan de firma Videohouse, 1000 Brussel, Wetstraat 55 en de offerte van verzoekende partij niet werd gekozen";

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 27 februari 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 19 maart 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 10 maart 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv Videohouse vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat K. Wauters en van advocaat E. Can, die loco advocaat K. Geelen verschijnen voor verzoekende partij, van advocaat N. Kiekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat B. Schutyser, die loco advocaat T. Villé verschijnt voor tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur I. Vos;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De Vlaamse Radio en Televisieomroep (hierna VRT), schrijft in oktober 2008 een opdracht uit onder de vorm van een algemene offerteaanvraag, met als voorwerp de lange termijn huur van twee nieuwe TV reportagewagens voorzien van basisuitrusting volgens specificaties van de VRT en twee nieuwe hulpwagens, alsook de inhuring van bijkomende crew en bijkomende opdrachtspecifieke uitrusting, middels een raamovereenkomst.

De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek OA 0803, “Raamakkoord HD Reportagewagens”.

2. In de aankondiging worden als gunningscriteria vermeld :

“1. Inschrijvingsprijzen. Weging : 65.
2. Kwaliteit van de aangeboden oplossing. Weging : 27.
3. Geboden garantie voor een snelle service bij defect of storing. Weging : 8”.

3. De gunningscriteria worden in het bestek als volgt verder uitgewerkt :

“De VRT kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligste lijkt en toetst alle ingeschreven varianten, op grond van de hierna vermelde gunningscriteria :

- Inschrijvingsprijzen (65 punten)
■ Huurprijs per maand per Type TV Reportagewagens, en hulpwagens 50 ptn
■ Algemeen prijsniveau Crew 10 ptn
■ Algemeen Prijsniveau bijkomende uitrusting 5 ptn

- Kwaliteit van de aangeboden oplossing (27 punten)
■ Totaalconcept 15 ptn
(mate waarin aanbieding beantwoordt aan huidige bestek, met speciale aandacht voor de ergonomie concept en gespecifieerde onderhoud- en herstellingswerken)
■ Flexibiliteit 7 ptn
in eventuele aanpassing Reportagewagen na toelichting/demo door inschrijver
■ Kwaliteit samenstelling van aangeboden team 5 ptn

- Geboden garantie voor snelle service bij defect en storing (8 punten)
■ Overzicht van bestaande SLA’s (Service Level Agreement) van de inschrijver met zijn leveranciers, teneinde een vlugge oplossing te bieden ingeval van defect of storing aan 1 van de essentiële componenten de kwaliteit van de uitzending (deels) in gedrang brengt 3 ptn
■ Beschikbaarheid van soortgelijke ‘Aanloopwagen’ in eigen beheer en de leveringsdata van de loten en de aanloopwagen 5 ptn

VRT vraagt een overzicht beschikbare personen waaruit blijkt dat opdrachten binnen raamovereenkomst naar behoren kunnen worden uitgevoerd. Overzicht dient naam en voornaam te bevatten, indicatie per persoon of dit ‘personeelslid’ of ‘freelancer’ betreft, functie en het aantal jaar anciënniteit (m.m. samenwerking voor freelancer) bij de firma alsook de moedertaal.

Elk dossier krijgt per gunningscriterium een score (zie tabel onder - veelvouden en breuken worden toegepast in overeenstemming met van de verhouding met de bovenvermelde scores per criterium), die worden opgezet in punten volgens de subcriteria

Onvoldoende	Zwak	Goed	Zeer Goed	Uitstekend
0	2.5	5	7.5	10

Voor het criterium met betrekking tot de prijs, zal de score verhoudingsgewijs tot de laagste prijs berekend worden. (laagste prijs krijgt de maximale score, als de 2de prijs 20 % hoger ligt, zal de score 80 % van de maximale score bedragen).

Gezien de complexiteit van de gevraagde TV Reportagewagens wordt binnen de maand na ontvangst van de offertes een meeting georganiseerd met elk van de inschrijvers apart die in aanmerking komen om toelichting te geven bij hun voorstel, alsook eventuele opmerkingen van de VRT te kunnen vernemen en dieper in te gaan op eventuele (technische) vragen van de VRT".

4. De opening van de offertes vindt plaats op 26 november 2008. Drie offertes worden ingediend, met name door Alfacam, Outside Broadcast en Videohouse.

5. In de loop van december 2008 wordt met elk van de drie kandidaten een toelichtingsvergadering georganiseerd, waarbij de wagens worden voorgesteld en naar aanleiding waarvan een aantal technische verduidelijkingen worden verkregen van de kandidaten.

6. In het gunningsverslag van 11 februari 2009 wordt vastgesteld dat de drie inschrijvers voldoen aan de selectievoorwaarden en dat de drie offertes regelmatig zijn.

De toetsing van de ingediende offertes aan de gunningscriteria geeft het volgende resultaat :

Rangschikking	Inschrijver	Appreciatie
1	Videohouse	90.79
2	Outside Broadcast	90.00
3	Alfacam	54.63 .

7. Bij brief van 9 januari 2009 worden Outside Broadcast en Videohouse uitgenodigd om overeenkomstig artikel 115, laatste lid, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, een verbetering van hun offerte in te dienen "teneinde een schifting te kunnen maken tussen gelijkwaardige offertes". De aanbestedende overheid blijkt immers van oordeel dat een verschil op 100 punten van minder dan een punt niet toestaat één van beide offertes als economisch meest voordelig keuze naar voor te schuiven.

8. In het gunningsverslag van 11 februari 2009 worden ook die verbeterde offertes regelmatig bevonden en wordt opgemerkt :

> "Bij de verbeterde offertes hebben zowel Outside Broadcast als Videohouse wezenlijke verbeteringen doorgevoerd in hun offerte. De meerwaarde werd telkens toegevoegd aan het referentiepakket van de VRT, wat ook voor de verbeterde offertes de basis is voor de vergelijking.
>
> De meerwaardes werden door Outside en Videohouse verschillend gerealiseerd. Outside heeft in het bijzonder zijn offerte verbeterd door het herbekijken en herformuleren van technische oplossingen (o.m. bakwagens) bij een identieke prijs.
>
> De verbetering van Videohouse bestond erin 3 voorstellen (variantes) aan te bieden voor het VRT referentiepakket, waarbij Videohouse - daar waar zij de keuze wordt gelaten in het lastenboek - in de eerste variante (V1) voor standaard oplossingen heeft, in de tweede variante (V2) voor het betere werk en enkele luxe uitvoeringen en in de derde variante (V3) voor de 'luxe' uitvoering".

9. Bij de beoordeling op grond van de gunningscriteria worden telkens de drie voorstellen van Videohouse onderzocht en het voorstel van Outside Broadcast. Dit leidt tot de volgende eindrangschikking :

Rangschikking	Appreciatie	Inschrijver
1	Videohouse V3	97.30
2	Videohouse V2	95.09
3	Videohouse V1	92.50
4	Outside Broadcast	92.21

In overeenstemming met deze rangschikking wordt de opdracht vervolgens toegewezen aan Videohouse. Het ondertekend gunningsverslag wordt door verwerende partij in haar nota en stukkeninventaris als de bestreden beslissing aangemerkt.

10. Bij brief van 12 februari 2009 wordt aan Outside Broadcast meegedeeld dat zij niet aanmerking komt voor de opdracht. Als bijlage wordt het gunningsverslag alsook het proces-verbaal van de opening van de offertes en het proces-verbaal van de opening van de verbeterde offertes meegedeeld. Tevens wordt meegedeeld dat de VRT een wachttermijn toekent van 15 kalenderdagen overeenkomstig artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

11. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

12. Wat de tweede voorwaarde betreft voert de verzoekende partij in een *eerste middel* de schending aan van "de algemene beginselen van het gemeenschapsrecht, o.a. het gelijkheidsbeginsel en de eruit voortvloeiende transparantieplicht", van "de wet van 24 december 1993 betreffende overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [...], o.a. artikel 16", van "het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...], o.a. artikel 115, lid 2", van "het bestek 'OA 0803 Raamakkoord HD Reportagewagens'" en van "de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het gelijkheidsbeginsel".

13. In een eerste onderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij bij de beoordeling van het subgunningscriterium 'totaalconcept' zowel in de eerste als in de tweede ronde de hoogste score van de gekozen inschrijver verantwoordt op grond van de beweerde meerdere elementen in haar offerte die een kwalitatieve meerwaarde zouden betekenen voor de VRT, wat niet in overeenstemming zou zijn met de gunningscriteria en subgunningscriteria zoals omschreven in het bestek. De beoordeling van de mogelijke kwalitatieve meerwaarde van de offertes kan volgens verzoekende partij echter op geen enkele wijze een beoordelingsgrond zijn in het raam van het subcriterium 'totaalconcept'.

Wat het eerste onderdeel betreft, wordt het subgunningscriterium "totaalconcept" enerzijds in het bestek nader omschreven als "mate waarin aanbieding beantwoordt aan huidig bestek, met speciale aandacht voor de ergonomie concept en gespecifieerde onderhoud- en herstellingswerken" en maakt het, anderzijds, deel uit van het gunningscriterium "kwaliteit van de aangeboden oplossing". In het gunningsverslag wordt de hoogste score toegekend aan de offertes die een "kwalitatieve meerwaarde" betekenen voor de VRT waarbij telkens een aantal

concrete elementen uit de offertes worden opgesomd die een hogere kwaliteit inhouden :

> "De stijging van de score op dit punt voor Outside wordt gerealiseerd door de meerwaarde die in de verbeterde offerte word aangeboden door onder meer : stuurbare achterassen, bakwagen HD2, wijziging sas, aanpassing subregie, 360/ Radiale luchtverdeling (Airco) en de Kayenne ipv Kayak panels.
>
> Zoals eerder aangegeven is de V1 van Videohouse de meest rudimentaire uitvoering van de 3. De V1 houdt rekening met airco en bakwagens, maar zonder stuurbare achteras[sen]. De airco is niet radiaal of indirect via perforatie, ook wordt er geen Kayenne panel aangeboden. Score is dan ook slechts 'goed'.
>
> De V2 beschikt over alle meerwaardes die ook Outside aanbiedt.
>
> De V3 heeft daarenboven additionele 'features' - zoals PentaHD2 ipv TV Logic Monitoren, Lawo MC² 90 en IQW 200 - die ervoor zorgen dat de V3 de hoogste score krijgt."

Mede rekening gehouden met de bijzondere finaliteit van de tweede vergelijkingsronde - tussen de offertes te differentiëren op een decisieve wijze- lijkt verzoekende partij niet te kunnen worden bijgevallen waar zij uitsluit dat 'meerwaarden' van de offertes ten opzichte van de minimale bestekconformiteit niet hadden mogen worden beoordeeld. Ook verzoekende partij verkreeg door de gevolgde werkwijze overigens een verhoging van haar score van 7.50 naar 11.25 maar heeft daarop dan weer geen kritiek. In de huidige stand van de procedure lijkt de werkwijze van verwerende partij niet in te gaan tegen de besteksbepalingen, noch tegen de andere in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen.

In een tweede onderdeel stelt verzoekende partij dat inzake de subgunningscriteria "prijsniveau crew" en "prijsniveau bijkomende uitrusting" de offertes respectievelijk werden beoordeeld "op basis van de drie belangrijkste functies" en op grond van een "representatieve korf", terwijl overeenkomstig het bestek de aanbestedende overheid het "algemeen" prijsniveau van de offertes diende te beoordelen.

In de huidige stand van de procedure komt het niet onzorgvuldig voor dat het "algemeen prijsniveau" van de crew wordt beoordeeld, enerzijds, aan de hand van de drie belangrijkste functies die goed zullen zijn voor meer dan 95 % van alle toekomstige kosten betreffende de inhuur van crew, en, anderzijds, de bijkomende uitrusting aan de hand van een representatieve korf samengesteld uit de op jaarbasis acht meest voorkomende additionele technische middelen. Het bestek vermeldt inderdaad het "algemeen" prijsniveau en niet het prijsniveau van "alle"

aangeboden prijzen. Verzoekende partij toont evenmin aan op welke wijze zij in vergelijking met de andere inschrijver ongelijk zou zijn behandeld bij de toetsing van haar offerte aan de betrokken criteria.

Het eerste middel is niet ernstig.

13. Het *tweede middel* van verzoekende partij is genomen uit de schending van "de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen [...], o.a. de artikelen 2 en 3", van "het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken [...], o.a. artikel 115, lid 7" en van "de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het zorgvuldigheids- en materieel motiveringsbeginsel".

Verzoekende partij doet ter terechtzitting afstand van het eerste onderdeel van het tweede middel.

In een tweede onderdeel stelt zij dat de gekozen inschrijver na de vraag om verbeterde offertes in te dienen in afwijking op haar oorspronkelijke offerte vrije varianten heeft ingediend. Artikel 115, zevende lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, zou evenwel niet toelaten dat een inschrijver die in zijn oorspronkelijke offerte geen vrije varianten hanteerde, plots bij de verbetering van zijn offerte wel vrije varianten indient. Zij verwijst hierbij naar het arrest nr. 82.143 van 26 augustus 1999 van de Raad van State waarin zou zijn overwogen dat de verbeteringen geënt moeten zijn op de elementen vermeld in de oorspronkelijke offerte.

14. Artikel 115, laatste lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat wanneer verscheidene offertes die het voordeligst worden geacht, met inachtneming van alle factoren, als gelijkwaardig worden beschouwd, de aanbestedende overheid, voor de schifting van de inschrijvers, kan vragen dat zij een "verbetering van hun offerte" indienen.

Te dezen blijkt dat tussenkomende partij in het raam van de gevraagde verbetering van de offertes drie voorstellen heeft ingediend, blijkbaar met als doel op het gebied van prijzen te differentiëren :

- voorstel V2 : een basisofferte die volgens haar inhoudelijk ongewijzigd bleef ten opzicht van de initiële offerte, inclusief de opties volgens het bestek en die de punten 1.3 en 1.4 uit de prijslijst van de initiële offerte herneemt;
- voorstel V3 : een variante gesteund op een vrije variante die eerder ook al deel uitmaakte van de initiële offerte (punten 1.1 en 1.2 uit de prijslijst in haar initiële offerte), die volgens haar "inhoudelijk ongewijzigd" is, en louter aangepast aan de nieuwe financieringsmogelijkheden;
- voorstel V1 : een bijkomende variant die eveneens vertrekt van het basisvoorstel zoals vervat in de punten 1.3 en 1.4 uit de prijslijst van de initiële offerte, doch zonder de bijkomende opties.

Anders dan het geval was in voormeld arrest van de Raad van State, lijken de genoemde voorstellen verbeteringen aan de offerte van tussenkomende partij te zijn die op het eerste gezicht - in de bewoordingen van dat arrest- "in verband staan met de elementen van de eerder ingediende offerte en dienvolgens met de opdracht van de offerteaanvraag zelf". Als meest voordelige offerte werd daaruit dan het voorstel V3 gekozen, zijnde een variante gesteund op een vrije variant die eerder ook al deel uitmaakte van de initiële offerte, zodat niet lijkt te zijn gehandeld met schending van de in het middel aangevoerde rechtsbepalingen en beginselen.

Het tweede onderdeel en dienvolgens het middel zijn niet ernstig.

15. De verzoekende partij voert in een *derde middel* de schending aan van "de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, o.a. de artikelen 2 en 3".

Zij acht deze bepalingen geschonden doordat de beoordeling op grond van het 5e tot en met 8e subcriterium beperkt is tot het "geven van een puntentabel" zonder aan te geven welke de sterke en zwakke punten zijn van de vergeleken offertes. Aldus zou zowel in de eerste als in de tweede ronde een dergelijke motivering ontbreken voor de helft van de subcriteria. Bovendien zou verwerende partij bij de beoordeling van de diverse subcriteria niet duidelijk maken hoe zij op grond van de beweerd gegeven scores van onvoldoende tot zeer uitstekend uiteindelijk is gekomen tot de puntenverdeling voor de offertes per subcriterium. Ook indien de offertes voor bepaalde gunningscriteria als gelijkwaardig worden beschouwd, moeten de inschrijvers volgens verzoekende partij kunnen nagaan waarom juist hun offerte voor deze gunningscriteria als gelijkwaardig wordt beschouwd.

17. Uit het gunningsverslag blijkt dat, in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, de beoordeling van het vijfde tot en met het achtste subcriterium niet beperkt is tot het geven van een loutere quotering met punten. De betrokken subgunningscriteria worden immers in het gunningsverslag elk afzonderlijk vermeld en gequoteerd, waarbij telkens wordt vermeld dat er geen onderscheidend vermogen is op dit punt, om welke reden blijkbaar aan alle voorstellen, ook aan dat van verzoekende partij, telkens het maximum van de punten op deze subcriteria werd toegekend. Aldus lijken de offertes wel degelijk te zijn vergeleken voor wat betreft de betrokken subgunningscriteria. Bovendien lijkt het op grond van de - weliswaar summiere - formele motivering in het gunningsverslag, samen genomen met de toepasselijke besteksbepalingen voor wat betreft deze subgunningscriteria, voor de inschrijvers duidelijk te moeten zijn waarom aan de offertes telkens het maximale aantal punten werd toegekend. In haar nota heeft verwerende partij zulks nog nader toegelicht. Verzoekende partij geeft ter terechtzitting geen inhoudelijke kritiek op deze verduidelijkingen. Zij verwijst weliswaar naar het ontbreken van inzage in de offerte van de tussenkomende partij maar zulks lijkt niet te volstaan om haar impliciete assumptie aan te nemen, dat aan de voorstellen van de tussenkomende partij teveel punten zijn toegekend en geen gelijkwaardigheid met haar eigen offerte verdienden.

Het derde middel is niet ernstig.

18. In het *vierde middel* beroept verzoekende partij zich ten slotte op de schending van “de beginselen van behoorlijk bestuur, o.a. het zorgvuldigheids- en materieel motiveringsbeginsel”.

Aangezien verwerende partij zelf stelt dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde varianten kwalitatief erg verschillen, kon zij bij de puntentoekenning op de gunningscriteria inzake de kwaliteit van de offertes -5e en 6e subcriterium - onmogelijk een gelijke quotering toekennen. Door dergelijke contradictorische motivering is volgens verzoekende partij het materieel motiveringsbeginsel geschonden.

19. Dat voor wat betreft de subcriteria “Kwaliteit van de aangeboden oplossing - flexibiliteit” en “kwaliteit samenstelling aangeboden team” aan de verscheidene voorstellen van tussenkomende partij een gelijke quotering werd toegekend, lijkt op zich geen contradictie in te houden met de stelling van verwerende

partij dat de door de gekozen inschrijver voorgestelde varianten kwalitatief erg verschillen.

Uit het gunningsverslag blijkt immers dat er voor wat betreft het belangrijkste subcriterium “totaalconcept”, wel degelijk een substantieel verschil in quotering bestaat tussen de verschillende voorstellen van de tussenkomende partij, namelijk dat tussen 7.50, 11.25 en 15.00.

Het vierde middel is niet ernstig.

20. Geen van de middelen is ernstig. Aldus is niet voldaan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv Videohouse in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vierentwintig maart 2009, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**