

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 192.903 van 30 april 2009
in de zaak A. 191.987/XII-5772.**

In zake : 1. de NV SORESMA,
 2. de NV METEOSERVICES,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten P. Thiel en V. Dor,
 kantoor houdende te 1170 Brussel,
 Terhulpssteenweg 178

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat K. Ronse,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
G. Macaulaan 33.

tussenkomen partij :

het KONINKLIJK METEOROLOGISCH INSTITUUT VAN
BELGIE,
dat woonplaats kiest bij
advocaten P. L'Ecluse en K. T'Syen,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 165.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Soresma en de nv Meteo Services op 30 maart 2009 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het agentschap voor Maritieme Dienstverlening en Kust dd. 10 december 2008 van gunning van de opdracht mbt tot het opstellen van hydrometeoverwachtingen en het ondersteunen van het Oceanografisch Meteorologisch Station aan het KMI”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 2 april 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 april 2009, om 10.00 uur;

Gezien het op 9 april 2009 ingediende verzoekschrift waarbij het Koninklijk Meteorologisch Instituut van België 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 V. Dor, die verschijnt voor verzoekende partijen, van advocaat K. Ronse, die verschijnt voor verwerende partij en van advocaten P. L'Ecluse en K. T'Syen, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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. In 2008 schrijft de Vlaamse Overheid, via het intern verzelfstandigd agentschap Maritieme Dienstverlening en Kust, afdeling Kust, een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten voor het “opstellen van hydrometeoverwachtingen en het ondersteunen van het Oceanografisch Meteorologisch Station”.

Blijkens het toepasselijke bestek heeft deze opdracht tot doel “de nodige diensten te leveren en middelen in te zetten om het Oceanografisch Meteorologisch Station (hierna genoemd het “OMS”) van MDK-afdeling Kust optimaal te laten functioneren”. Dit houdt in dat :

“- het nodige personeel wordt ingezet in het OMS om alle taken van het OMS uit te voeren die de opdrachtgever nodig acht, inzonderheid is dit het opstellen van dagelijkse berichten met hydrometeoverwachtingen;

- een aantal essentiële meteorologische basisgegevens en producten geleverd worden die nodig zijn voor de opdracht;
- de dienstverlener zijn know-how inzake meteorologie en hydrometeorologie (mariene meteorologie) inbrengt in het OMS, teneinde de dienstverlening continu te verbeteren”.

De uitvoeringstermijn bedraagt één kalenderjaar en kan bij toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van aanneming van werken, leveringen en diensten (art. 17, § 2, 2/, b)) maximaal twee keer worden uitgebreid met telkens één kalenderjaar tot maximaal drie kalenderjaren.

Het bestek bepaalt op bladzijde 16 :

“Er zijn geen opgelegde varianten.

De minimale voorwaarden voor de toegestane vrije varianten zijn :
De inschrijver dient expliciet aan te tonen dat de variante een voordeel biedt voor de opdrachtgever ten aanzien van de basisofferte.
Essentieel daarbij is dat het personeel in het OMS ingezet wordt. Afwijkingen daarop worden alleen aanvaard met betrekking tot het verzekeren van een permanentie met dienstverlening buiten de diensturen.
De variante mag niet tot gevolg hebben dat de opdrachtgever voor toezicht en controle een hogere inbreng aan mensmiddelen moet leveren”.

De gunningscriteria worden in het bestek als volgt bepaald :

“1. Prijs van de opdracht {zeer groot belang}

Een nota moet worden toegevoegd waaruit de gedetailleerde prijsopbouw blijkt van de eenheidsprijzen in de prijslijst, voor zover het geen posten betreft voor de inzet van één specifieke specialist.

2. De projectorganisatie {zeer groot belang}

- de personeelsinzet: aantal voltijdse equivalenten dat in het OMS zal worden ingezet, de kennis, opleiding en ervaring van de betrokken specialisten; hier wordt de meerwaarde beoordeeld ten opzichte van wat minimaal vereist wordt volgens de technische selectiecriteria;
- de wijze waarop het team van hydrometeorologen zal worden ingezet om de gevraagde dienstverlening te verzorgen; de wijze van algemene projectleiding en opvolging; de inschrijver moet een projectleider aanduiden die het geheel van de diensten beschreven in dit bestek zal leiden en coördineren; deze projectleider zal tevens als contactpersoon optreden voor zowel operationele als voor de contractuele aspecten met de verantwoordelijke (de beheerder van het OMS) van de opdrachtgever; de garantie op continuïteit (bvb. in geval van langdurige afwezigheid personeel, vakantieperiodes, ontslag, ...);
- de ondersteuning die dit personeel in het OMS zal krijgen van andere specialisten van de dienstverlener (bvb ICT-ondersteuning, operationele ondersteuning inzake gebruik van meteorologische producten, specifieke

wetenschappelijk-meteorologische ondersteuning), hetzij van op afstand hetzij ad hoc ter plaatse;

- eventuele permanente vorming en verdere opleidingen;

3. De methodiek en de aangeboden werkomgeving {groot belang}

De methodiek die zal aangewend worden om de opdracht uit te voeren, in het bijzonder wordt hier de voorgestelde work- en procesflow bedoeld om de hydrometeoverwachtingen op te maken.

Een nota met een gedetailleerde beschrijving van de volledige work- en procesflow die zal toegepast worden, met o.a.

- hoe de diverse modelresultaten zullen geïnterpreteerd en verwerkt worden om tot de finale verwachtingsproducten te komen;
- de methodiek die gebruikt wordt om getijcurven, uit de hydrodynamische modellen, te corrigeren zowel voor peil als fase;
- de methodiek om naast de meest optimale verwachtingswaarden ook de mogelijke fout op deze verwachting te bepalen of de 90 percentiel grens mee te geven;
- een beschrijving van zogenaamde handmethodieken om getijopzet en golfverwachtingen te berekenen en de wijze waarop de input van diverse meteomodellen daarin zal worden gebruikt;
- een beschrijving van de geautomatiseerde procedures op pc / werkstation om deze hele procesflow snel en betrouwbaar te laten verlopen.
- de specifieke kennis van het werkgebied voor de Vlaamse kust en de wijze waarop deze kennis zal worden aangewend om de kwaliteit van de hydrometeoverwachtingen zo optimaal mogelijk te maken.

De aangeboden werkomgeving met meteorologische gegevens en producten :

- de wijze waarop de te leveren meteorologische gegevens en producten worden aangeleverd (snelheid, bandbreedte, gegarandeerde tijdstippen van levering, ...)
- software en gebruikersinterface waarmee de gegevens worden gepresenteerd, gedetailleerde beschrijving van de presentatiemogelijkheden, de snelheid van weergave en schermopbouw, de analysemogelijkheden en instrumenten ('tools') die de voorspeller ter beschikking krijgt voor vergelijking van diverse modellen, ...
- aanvullende gegevens en producten boven de in dit bestek minimaal gevraagde

4. Kwaliteitsgarantie {matig belang}

- wijze waarop de kwaliteitscontrole zal uitgevoerd worden
- wijze waarop de voorspellingsmethodiek zal bijgestuurd worden
- aanvullende kwaliteitscontroles boven de in dit bestek gevraagde controles

5. Diverse meerwaarden, die effectief geleverd worden binnen de aangeboden prijs : dit wordt verder overgelaten aan de inventiviteit van de inschrijver : {minder belang}

De inschrijver dient voor elk van deze criteria een afzonderlijke nota op te maken en bij zijn offerte te voegen, waarin hij zijn aanbod uitvoerig beschrijft”.

2. De offertes worden geopend op 6 november 2008. Het KMI en de tijdelijke handelsvennootschap MeteoServices-Soresma hebben een offerte ingediend.

3. Luidens het rapport van de beoordelingscommissie van 10 december 2008 (hierna “gunningsverslag”) voldoen het KMI en de thv MeteoServices - Soresma aan de kwalitatieve selectievereisten van de opdracht en hebben zij een regelmatige offerte ingediend.

Volgens de beoordeling van de regelmatigheid en van het gunningscriterium prijs in het gunningsverslag (blz. 4 - 5) bevat de offerte van het KMI voor post 6 (beschikbaar stellen van meteorologische basisgegevens en producten) een basisvoorstel met een prijs van 1.309.754,82 euro, btw inbegrepen (in het gunningsverslag verder “KMI basis” genoemd), een variëte bestaande uit de basis en een reeks opties waaruit, tegen meerprijs, kan worden gekozen met een prijs van 1.458.730,02 euro, btw inbegrepen, indien alle extra's worden opgenomen (in het gunningsverslag verder “KMI extra” genoemd”) en een variëte oplossing “KMI optimaal”, bestaande uit extra's voor post 6 en enkele producten in min, met een prijs van 1.351.935,42 euro, btw inbegrepen.

Het KMI omschrijft de laatstgenoemde variëte KMI optimaal, in haar offerte zelf (blz. 126) als “KMI variëte met optimale samenstelling modellen en waarnemingen” en verder (blz. 138) als “de variëte waarbij het KMI zelf een pakket samenstelde dat toelaat de voorspellingen te realiseren op een optimale manier, dit wil zeggen het minimale aantal modelgegevens om een even kwaliteitsvolle voorspelling te maken, wat goedkoper is voor de opdrachtgever”. Dit voorstel bestaat blijkens het verzoekschrift tot tussenkomst uit een aangepast basispakket (“met ECMWF-model maar zonder grids”) en een groot aantal extra's. De grids werden door tussenkomende partij naar eigen zeggen weggelaten omdat de wind- en drukgegevens nodig voor de handmethodes in Ukkel zelf verwerkt worden tot kant en klare getij- en golfvoorspellingen die door de OMS meteorologen geraadpleegd kunnen worden, wat veel goedkoper en efficiënter is, en omdat de grids zeer veel data bevatten die zelden gebruikt worden in het OMS.

Bij de beoordeling van de varianten wordt in het gunningsverslag, bij de beoordeling van de prijs (blz. 5), voorts vastgesteld dat “het onderzoek van deze variëte opties heeft uitgewezen dat een selectieve keuze tot een voor de Vlaamse Overheid optimale keuze leidt”. Deze “variëte met selectie van extra's”, volgens het verzoekschrift tot tussenkomst “niets anders dan de variëte KMI Optimaal waaraan de grids werden toegevoegd”, en waarbij de prijs voor deze aanvulling - 7.260 euro, btw inbegrepen- blijkens het gunningsverslag uit de prijsverantwoording

werd afgeleid, wordt in het gunningsverslag verder “KMI optimaal plus genoemd” en heeft een kostprijs van 1.359.195,42 euro, btw inbegrepen.

Het gunningsverslag vermeldt op bladzijde 4 dat de thv MeteoServices - Soresma van haar kant “in [haar] offertedossier voor de post 6 eveneens een variante [heeft] voorgesteld waarbij extra gegevens worden geleverd”, in het gunningsverslag “THV extra” genoemd.

Het gunningsverslag stelt dan :

“D. Gunningscriteria

[...]

1/ Prijs - zeer groot belang

[....]

a) vaststellingen

KMI :

De gevraagde nota werd bijgevoegd.

De eenheidsprijzen zijn normaal.

- De kostprijs van de basisofferte bedraagt : 1.309.754,82 euro (inclusief 21 % BTW). Deze wordt verder ‘KMI basis’ genoemd.
- KMI stelt eveneens een variante oplossing ‘KMI optimaal’ bestaande uit extra’s voor deel 6 en enkele producten in min.
- KMI voorziet een variante voor de post 6 (meteorologische basisgegevens en producten) met extra's bovenop de basisofferte waaruit kan gekozen worden en dus meerdere opties mogelijk maakt. De variante waarbij alle extra's worden meegenomen wordt ‘KMI extra’ genoemd.
- Het onderzoek van deze variante opties (zie ook hierna bij 3/ Methodiek en aangeboden werkomgeving) heeft uitgewezen dat een selectieve keuze tot een voor de Vlaamse Overheid optimale keuze leidt. De variante met de selectie van extra's wordt verder ‘KMI optimaal plus’ genoemd.

De kostprijs voor de varianten bedraagt :

KMI extra : 1.458.730,02 euro (incl. 21 % BTW)

KM optimaal: 1.351.935,42 euro (incl. 21 % BTW)

KMI optimaal plus: 1.359.195,42 euro (incl. 21 % BTW)

THV Meteoservices Soresma :

De gevraagde nota werd bijgevoegd.

De eenheidsprijzen zijn normaal.

De kostprijs voor de basisofferte bedraagt, na correctie voor afrondingsfouten : 1.383.445,37 euro (inclusief 21 % BTW),

De kostprijs voor de variante met extra gegevens bedraagt 1.396.755,37 euro (inclusief 21 % BTW)”.

Dit alles wordt in het gunningsverslag, bij de beoordeling van het derde gunningscriterium “Methodiek en aangeboden werkomgeving” (blz. 10) voorts als volgt omschreven :

“3/ De methodiek en de aangeboden werkomgeving - groot belang

[...]

a) vaststellingen

KMI :

[...]

2/ De aangeboden werkomgeving

[...]

Aanvullende gegevens en producten. In zijn basisofferte levert het KMI een beperkt aantal aanvullende gegevens en producten bovenop wat het bestek vereist.

Daarnaast biedt het KMI, in variante en tegen een meerprijs een groot pakket extra gegevens en producten aan. Hier ‘KMI extra’ genoemd. Voor elk onderdeel is een extra prijs en een motivatie voor het nut opgegeven. Deze lijst kan als een boodschappenlijstje worden beschouwd voor extra's bovenop het pakket dat in de basisofferte is voorzien

In een tweede variante heeft het KMI een ‘Optimaal’ pakket samengesteld, ‘KMI Optimaal’. KMI Optimaal levert :

- een aangepast basispakket (basispakket zonder gridgegevens, en UKMO Europe in plaats van UKMO Global, en 20 aanvragen/jaar voor UKMO World);
- een groot aantal van de extra's uit het pakket ‘KMI extra’.

Nader onderzoek heeft uitgewezen dat KMI Optimaal reeds een belangrijke meerwaarde levert, maar omwille van het ontbreken van de grids best wordt aangevuld met de gridgegevens van het basisvoorstel. Dit levert een derde variante “KMI Optimaal Plus”. De prijs voor deze aanvulling kan uit de prijsverantwoording worden afgeleid.

THV Meteoservices Soresma :

[...]

2/ De aangeboden werkomgeving

[...]

De THV biedt in zijn basisofferte een belangrijk pakket aanvullende gegevens en producten aan bovenop wat het bestek oplegt. In de variante stelt de THV

bovenop het pakket van de basisofferte, de volledige nautische meteobase output van de MeteoGroup beschikbaar”.

Na een toetsing van de offertes aan de gunningscriteria komt het gunningsverslag tot de volgende “conclusie en voorstel”, waarbij de score ++ staat voor uitstekend, de score + voor goed, de score 0 voor voldoende, de score - voor zwak en de score -- voor zeer zwak :

“

	KMI basis	KMI extra	KMI optimaal	KMI optimaal Plus	THV basis	THV extra
Prijs zeer groot belang	0	-	0	0	0	0
Projectorganisatie zeer groot belang	+	+	+	+	+	+
Methodiek & werkomgeving groot belang	+	++	+	++	++	++
Kwaliteitsgarantie matig belang	+	+	+	+	0	0
Meerwaarden minder belang	+	+	+	+	0	0

”.

Deze tabel wordt als volgt besproken :

“De commissie komt op basis van deze scores tot volgende rangschikking :

Voor de twee criteria zeer groot belang behalen alle alternatieven een gelijkwaardige score, behalve KMI extra die voor de prijs minder goed scoort.

Van die 5 resterende alternatieven, behalen 3 alternatieven: KMI optimaal Plus, THV basis en THV extra een gelijkwaardige (uitstekende) score bij het criterium met groot belang. Twee alternatieven van KMI scoren hier minder.

Van deze 3 alternatieven blijft KMI optimaal als eerste over bij de evaluatie van de twee laatste criteria, de 2 alternatieven van de THV behalen daar een lagere score.

De alternatieven KMI basis en KMI Optimaal die bij het derde criterium waren afgefallen, krijgen door hun betere score dan de THV alternatieven bij de twee laatste criteria, een opwaardering en worden als minstens gelijkwaardig als de 2 THV alternatieven beoordeeld.

Nadere verfijnde vergelijking van deze 4 alternatieven levert volgende rangschikking op, rekening houdend met het geheel van de kostprijs, de voor-

en nadelen van de geleverde meteoproducten, de bonussen bij kwaliteitsgarantie en meerwaarden:

KMI Basis (de laagste prijs)

KMI Optimaal (de tweede laagste prijs)

THV extra (de hoogste prijs van de vier, de extra's verantwoorden de kleine meerprijs)

THV basis

Het alternatief KMI extra eindigt op de zesde plaats, de hogere kostprijs wordt niet gecompenseerd door de andere bonussen.

De eindrangschikking is

- 1) KMI Optimaal Plus,
- 2) KMI Basis
- 3) KMI Optimaal
- 4) THV extra
- 5) THV basis
- 6) KMI extra”.

4. De minister-president beslist vervolgens, op een niet nader bepaalde datum, met verwijzing naar en steunende op dit gunningsverslag, om de opdracht toe te wijzen aan het KMI in de vorm van haar variante “Optimaal Plus”, voor een bedrag van 1.359.195,42 euro, BTW inbegrepen. Dit is de bestreden beslissing.

5. Met een blijkbaar aangetekende maar zelf niet gedateerde brief, volgens het verzoekschrift verzonden op 16 maart 2009 en ontvangen op 17 maart 2009, deelt verwerende partij, “conform artikel 21bis van de Wet van 24.12.93 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”, aan de thv MeteoServices-Soresma mee dat haar offerte niet werd gekozen. De toewijzingsbeslissing en het gunningverslag worden bijgevoegd en in fine wordt vermeld dat het bestuur een termijn van 15 kalenderdagen in acht zal nemen tussen deze mededeling en de betekening van de toewijzing aan de begunstigde.

De ontvankelijkheid

6. Tussenkomen de partij voert een exceptie aan betreffende het belang van verzoekende partijen.

Er is te dezen vooralsnog geen noodzaak om deze exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen, nu, zoals hierna zal blijken, niet voldaan is aan de vereisten om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen toe te staan.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

7. 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.

Eerste middel

8. Wat de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voeren de verzoekende partijen in een *eerste middel* de schending aan “van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het beginsel van behoorlijk bestuur en van het doorzichtigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel”.

8.1. In de mate dat in dit middel de schending wordt ingeroepen van “het beginsel van behoorlijk bestuur” op zich, lijkt het onvoldoende duidelijk en dus onontvankelijk nu niet nader bepaald is welk beginsel van behoorlijk bestuur geschonden is, naast het afzonderlijk ingeroepen transparantiebeginsel en gelijkheidsbeginsel.

8.2. Artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, bepaalt in fine : “Behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, kan de aanbestedende overheid eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld worden. Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen”.

Artikel 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, bepaalt in het vierde en vijfde lid :

“Indien het bestek varianten oplegt of toestaat, moet het voorwerp van die varianten, hun aard en draagwijdte nader omschreven worden. In dat geval dient de inschrijver een offerte in voor het basisontwerp en, in voorkomend geval, als het om een opgelegde variante gaat, voor deze variante. Voor de gunning van de opdracht wordt rekening gehouden met de opgelegde of toegestane varianten. Er wordt ook rekening gehouden met de vrije varianten voorgesteld in de offerten voor zover de aankondiging van de opdracht of het bestek ze niet verbiedt”.

Zoals reeds aangehaald bepaalt het bestek onder “artikel 113” op bladzijde 17 :

“Er zijn geen opgelegde varianten.

De minimale voorwaarden voor de toegestane varianten zijn:

De inschrijver dient expliciet aan te tonen dat de variante een voordeel biedt voor de opdrachtgever ten aanzien van de basisofferte.

Essentieel daarbij is dat het personeel in het OMS ingezet wordt. Afwijkingen daarop worden alleen aanvaard met betrekking tot het verzekeren van een permanentie met dienstverlening buiten de diensturen.

De variante mag niet tot gevolg hebben dat de opdrachtgever voor toezicht en controle een hogere inbreng aan mensmiddelen moet leveren”.

8.3. Verzoekende partijen gaan er in het eerste onderdeel van dit middel zelf van uit dat het bestek aldus de minimale voorwaarden vermeldt waaraan de vrije varianten moeten voldoen, zoals vereist in artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993, maar menen toch dat varianten niet toegelaten waren, omdat in het bestek niet de voor hun indiening gestelde eisen werden vermeld waaraan deze moeten voldoen. Aldus mocht de opdracht ook niet worden toegewezen aan een inschrijver op grond van een variante.

Verzoekende partijen hebben echter zelf in hun offerte eveneens een optie aangeboden en aldus, anders dan zij nu stellen, moeten zij wel degelijk geacht worden de mogelijkheid van varianten te hebben aanvaard. Het nadeel waarop zij zich nu steunen, in zoverre het werkelijk uit het bestek zou voortvloeien, is dus indertijd door hen aanvaard en niet meer dienstig aan te voeren in de huidige procedure.

8.4. In de mate dat in het tweede onderdeel van dit middel wordt betoogd dat een variante, namelijk KMI Optimaal Plus, in acht werd genomen die niet werd ingediend, maar door het bestuur zelf werd gecreëerd, dient, zo lijkt het, erkend dat dit alternatief als dusdanig door het KMI niet afzonderlijk en uitdrukkelijk in haar offerte was opgenomen. Tegelijk dient wel vastgesteld dat dit alternatief, dat uiteindelijk gekozen werd, blijkens het gunningsverslag, in feite de wel ingediende

KMI Optimaal is, aangevuld met de gridgegevens van het basisvoorstel. Aldus lijkt het argument dat het gaat om een niet ingediende offerte, in de feiten te moeten worden genuanceerd aangezien het KMI, via KMI Extra, wel degelijk de mogelijkheid bood te kiezen voor een offerte met die grid- en andere basisgegevens zoals opgenomen in KMI Optimaal aangevuld met bepaalde extra's, die overigens niet als wezenlijke gegevens van de opdracht lijken over te komen.

Daarnaast dient vastgesteld dat, zelfs aannemend dat dit onderdeel ernstig zou zijn en dat dus geen rekening mocht worden gehouden met het alternatief KMI Optimaal Plus, uit het gunningsverslag blijkt dat ook de voorstellen KMI Basis en KMI Optimaal gerangschikt werden vóór de offertes van verzoekende partijen, basis en extra.

Verzoekende partijen lijken dan zelfs geen belang te hebben bij dit onderdeel tenzij zij zouden aantonen dat de voorstellen KMI Basis en KMI Optimaal ten onrechte regelmatig werden bevonden of boven hun offerte werden gerangschikt. Zoals hierna zal blijken tonen zij dat in dit middel of in de andere middelen niet met de vereiste ernst aan.

8.5. In het derde onderdeel wordt in essentie aangevoerd dat KMI Extra en KMI Optimaal Plus geen varianten zijn maar basisoffertes met opties, nu het niet gaat om een alternatieve oplossing voor de overheid maar om bijkomende elementen die de overheid al dan niet bestelt. Aangezien in het bestek niet werd bepaald dat opties werden toegelaten, kon niet worden toegewezen aan KMI Optimaal Plus.

In de eerste plaats dient vastgesteld dat blijkens de samenvattende tabel op bladzijde 138 van de “drie varianten” in de offerte van tussenkomende partij, het voorstel wat die offerte variëte bestek + extra noemt en het voorstel Optimaal op bepaalde punten, zo lijkt het, los van de extra's, afwijkt van het basispakket. Aldus wordt het model UK Global Europe in plaats van UK Global World aangeboden (het gunningsverslag spreekt van “UMKO Europe in plaats van UMKO Global” en van “20 aanvragen/jaar voor UMKO World”). Zo lijkt het ook, in de basis van de voorstellen KMI extra en KMI Optimaal, te gaan om een alternatieve oplossing.

In de mate kritiek wordt gegeven op het gebruik van opties, dient opnieuw vastgesteld enerzijds dat verzoekende partijen zelf ook een offerte met opties indienden en anderzijds dat verzoekende partijen hieruit enkel afleiden dat dan geen rekening mag worden gehouden met die basisofferte met opties. Aldus voeren zij niet

aan dat het indienen van dergelijke basisofferte met opties de volledige inschrijving onregelmatig zou maken. Daaruit volgt dan ook, zo lijkt het, dat zelfs wanneer dit onderdeel ernstig zou worden bevonden, dit niet inhoudt dat ook de voorstellen KMI basis of KMI optimaal, onregelmatig zijn, die, zoals reeds gezegd, beide vóór de offerte van verzoekende partijen, basis en extra, werden gerangschikt. Verzoekende partijen lijken dan ook bij dit onderdeel geen belang te hebben tenzij zij zouden aantonen dat de offerte KMI Basis en de variante KMI Optimaal ten onrechte regelmatig werden bevonden of boven hun offerte werden gerangschikt. Zoals hierna zal blijken tonen zij dat in de andere middelen niet met de vereiste ernst aan.

Het eerste middel kan om al deze redenen dan ook niet tot schorsing leiden.

Tweede middel

9. In een *tweede middel* voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van “het beginsel van behoorlijk bestuur” alsook van het transparantiebeginsel, doordat de gunningscriteria werden gerangschikt in dalende volgorde van belangrijkheid terwijl artikel 115 dit slechts toelaat als er aantoonbare redenen bestaan die de weging van de criteria onmogelijk maken.

Verzoekende partijen menen dat in het bestek de criteria niet gewogen worden maar gerangschikt in dalende volgorde van belang (“zeer groot belang”, “groot belang”, “matig belang” en “minder belang”) terwijl de rangschikking in dalende volgorde van belang de uitzondering is die alleen maar mag worden aanvaard als het onmogelijk is de criteria te wegen. Dit moet steunen op aantoonbare redenen in verband met de opdracht die te dezen niet bestaan en die uiteraard niet vermeld zijn in het bestek. Aannemen dat een rangschikking met de termen “zeer groot belang”, “groot belang”, “matig belang” en “minder belang” een eigenlijke weging zou zijn overeenkomstig artikel 115, doet de verbintenis tot weging, opgenomen in dat artikel, teniet en houdt in dat men de verplichting van artikel 115 nooit zou moeten volgen aangezien men dan gewoon elke keer deze kenmerken naast het criterium kan aangeven zonder aan te tonen dat een weging onmogelijk is. Dit is strijdig met artikel 115 en tast eveneens de principes van transparantie en publiciteit aan.

Onder “weging van de subcriteria” wordt vervolgens aangevoerd dat de aanbestedende overheid naast de voornaamste criteria ook subcriteria in het bestek heeft vermeld, namelijk voor het criterium 2 “De projectorganisatie” : enerzijds “de personeelsinzet” en anderzijds “de wijze waarop het team van hydrometeorologen zal worden ingezet om de gevraagde dienstverlening te verzorgen; de wijze van algemene projectleiding en opvolging”, en voor het criterium 3 “de methodiek en de aangeboden werkomgeving” : enerzijds de “methodiek die zal worden aangewend om de opdracht uit te voeren” en anderzijds “de aangeboden werkomgeving”. Dit zijn elementen waaraan de offertes in het gunningsverslag werden getoetst en die duidelijk subcriteria zijn, zonder dat deze criteria echter werden gewogen in het bestek, hetgeen strijdig is met artikel 115, en waarbij het relatief gewicht van deze diverse subcriteria zelfs na de gunning niet duidelijk is, hetgeen totale willekeur toelaat en de gunning volkomen arbitrair maakt.

10. In de mate in dit middel de schending van “het beginsel van behoorlijk bestuur” op zich wordt ingeroepen, geldt daarbij dezelfde opmerking als bij het eerste middel.

10.1. Luidens artikel 115, derde lid, van het meer genoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, specificeert de aanbestedende overheid, wat betreft de overheidsopdrachten die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid.

Verzoekende partijen tonen niet met de in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste prima facie, en ook hoge graad van ernst, concreet en specifiek aan dat niet anders kan worden geoordeeld in het licht van het ingeroepen transparantiebeginsel, dat enkel een numerieke weging (in punten of percentages) voldoet aan de vereiste weging.

10.2. In de mate dat zij daartoe aanvoeren dat met de kwalificaties “zeer groot belang”, “zeer groot belang”, “groot belang”, “matig belang” en “minder belang” de gunningscriteria enkel gerangschikt werden in dalende volgorde van belang, gaan zij eraan voorbij, zo lijkt het, dat dergelijke rangschikking met waarden, weliswaar minder mathematisch dan punten of percentages, een onderlinge verhouding tussen de criteria bewerkstelligt die een andere is dan bij een louter

dalende volgorde. De eerste twee criteria worden daarbij te dezen overigens in waarde gelijkgesteld.

In die mate is het middel niet ernstig. Overigens vonden verzoekende partijen bij kennisname van het bijzonder bestek het niet nodig om ter zake opmerkingen te maken of in rechte te treden, maar dienden zij een offerte in en dus namen zij blijkbaar zelf aan dat de formulering van het relatieve gewicht van de gunningscriteria in het bestek niet van die aard was dat dit het indienen van een offerte en een rechtsgeldige vergelijking van de offertes onmogelijk maakte, zodat zij het nadeel hebben geaccepteerd dat zij nu aanvoeren alsof het uit die besteksvoorziening voortvloeit.

10.3. In de mate dat voorts wordt aangevoerd dat bij het tweede en derde criterium subcriteria werden gebruikt zonder dat deze werden gewogen in het bestek, lijken, los van de vraag of het hier effectief gaat om subcriteria, verzoekende partijen ook hier het nadeel dat zij nu aanvoeren alsof het uit die besteksbepaling in haar onvolkomen geachte vorm zou voortvloeien, te hebben geaccepteerd.

Bijgevolg is het middel niet ernstig, minstens kan het daarop te betrekken nadeel niet worden aanvaard.

Derde middel

11. In een derde en laatste middel voeren verzoekende partijen de schending aan van artikel 115 van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van “de formele motiveringsplicht uit de wet van 29 juli 1991, betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de motiveringsplicht uit artikel 21bis van de wet van 24 december 1993, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van behoorlijk bestuur, alsook uit de kennelijke beoordelingsfout van de aanbestedende overheid”.

In een eerste onderdeel wordt aangevoerd dat het vijfde criterium “meerwaarde”, in het bestek niet duidelijk was en dat de verzoekende partijen minder punten hebben behaald omdat “bijna alle” van deze meerwaarden reeds in de offerte waren voorgesteld en ook omdat de aanbestedende overheid oordeelde dat één van de meerwaarden niet kosteloos zou zijn, “terwijl de gunningscriteria duidelijk moeten vermeld staan in het bestek zodat de inschrijvers met kennis van zaken hun offerte

kunnen opstellen” en “terwijl een offerte die van het bestek niet afwijkt deze bepalingen wel degelijk in acht heeft genomen”.

In de toelichting benadrukken verzoekende partijen dat dit criterium verwijst naar “diverse meerwaarden” maar dat ook voor andere, belangrijkere, criteria, bijvoorbeeld de criteria 2, 3 en 4, de inschrijvers de meerwaarden van hun offerte moesten onderlijnen zodat het normaal is dat de inschrijver deze meerwaarden ook in de andere criteria onderlijnd heeft. De overwegingen in het gunningsverslag “De THV somt in haar offerte een reeks meerwaarden op. Bijna alle van deze meerwaarden zijn reeds eerder in de offerte voorgesteld bij de vorige gunningscriteria. Ze hebben daar reeds bijgedragen tot de score voor de resp. criteria en kunnen hier geen tweede keer in rekening worden gebracht. De introductie van de MOS-technologie is reeds bij het criterium kwaliteitsgarantie aan bod gekomen. Het voorstel om de nautische meteobase uit te breiden met een correctie interface is waardevol, er wordt niet vermeld dat dit kosteloos zal gebeuren”, gevolgd door de beoordeling “De meerwaarden die de THV aanbiedt zijn ofwel reeds eerder meegenomen of zijn niet gratis aangeboden. De offerte van de THV krijgt een beoordeling ‘voldoende’”, komen volgens hen niet overeen met de stellingen van de offerte van de verzoekende partijen en schenden de motiveringsplicht.

De aanbestedende overheid schrijft immers dat “bijna alle” van deze meerwaarden reeds eerder werden voorgesteld, maar had moeten aangeven welke meerwaarden reeds opgesomd waren, onder welke criteria ze waren opgenomen en welke meerwaarden wel in aanmerking konden komen voor toetsing aan het vijfde gunningscriterium. Minstens moesten de meerwaarden die niet eerder opgesomd waren, in acht genomen worden door de aanbestedende overheid, quod non. Dit is een kennelijke beoordelingsfout en houdt schending van de motiveringsplicht in.

De niet waardering van het voorstel om de nautische meteobase uit te breiden met een correctie interface omdat niet in de offerte is vermeld dat dit kosteloos zou gebeuren en deze meerwaarde dus niet gratis zou zijn aangeboden, gaat voorts in tegen de offerte van de verzoekende partijen nu de meerwaarden opgelijst werden onder titel 5 “diverse meerwaarden” en het bestek vermeldt dat deze meerwaarden geleverd moesten worden binnen de aangeboden prijs. Verzoekende partijen vermelden geen afwijking van de in bestek vermelde voorwaarde onder dit criterium en de aanbestedende overheid kon dus niet uit de offerte van verzoekende partijen afleiden dat de meerwaarde niet gratis was. Indien een offerte geen afwijking

van de bepalingen van het bestek vermeldt, houdt dit in dat de offerte deze bepalingen in acht heeft genomen.

Ten slotte benadrukken verzoekende partijen dat dit alles een substantiële invloed heeft op de beoordeling van hun offerte. Indien ten onrechte sommige elementen niet in aanmerking zouden zijn genomen door de aanbestedende overheid, hadden verzoekende partijen een betere score moeten krijgen en met een score + (goed) in plaats van 0 (voldoende) krijgt hun offerte hier dezelfde score als KMI Basis en hebben zij een betere globale score aangezien de scores dan dezelfde zijn behalve dat zij beter scoren op het criterium van groot belang “methodiek & werkomgeving, nl. ++ (uitstekend) vergeleken met + (goed) voor KMI basis en minder goed voor een criterium van matig belang “Kwaliteitsgarantie” nl. 0 (voldoende) vergeleken met + (goed) voor KMI basis. Bijgevolg dienden zij de voordeligste regelmatige offerte in en hebben zij ook belang bij het eerste middel met betrekking tot de onregelmatigheid van de varianten van het KMI.

In een tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de conclusie van het gunningsverslag niet voldoende gemotiveerd is en gewag maakt van afwegingselementen die noch in het bestek noch in het gunningsverslag nader bepaald worden “terwijl de bovenvermelde bepalingen en beginselen de aanbestedende overheid verplichten een correcte motivering te geven voor de waardering van de offertes”.

In de toelichting bekritiseren zij specifiek de volgende passage in de conclusie van het gunningsverslag (blz. 13) :

“Nadere verfijnde vergelijking van deze 4 alternatieven levert volgende rangschikking op, rekening houdend met het geheel van de kostprijs, de voor- en nadelen van de geleverde meteoproducten, de bonussen bij kwaliteitsgarantie en meerwaarden :

KMI Basis (de laagste prijs)
KMI Optimaal (de tweede laagste prijs)
THV extra (de hoogste prijs van de vier, de extra's verantwoorden de kleine
meerprijs)
THV basis”.

Zij uiten deze kritiek omdat de “nadere verfijnde vergelijking” niet nader wordt uitgelegd. Verzoekende partijen stellen de vraag op welke criteria voor deze nadere vergelijking een beroep werd gedaan, merken op dat deze criteria en hun weging niet werden meegedeeld in het bestek en menen dat na de scores volgens de

gunningscriteria de aanbestedende overheid geen “nadere verifiënde vergelijking” volgens andere of “ reeds in acht genomen (?) criteria” moet doen. Zij stellen ook de vraag welke deze bonussen zijn - zijn het varianten ? opties ? - en hoe deze bonussen werden gewogen. Dit alles laat totale willekeur toe, maakt de gunning volkomen arbitrair en beantwoordt niet aan de verplichting om een correcte en volledige motivering aan de inschrijvers te geven.

12. In de mate dat ook in dit middel de schending wordt ingeroepen van “het beginsel van behoorlijk bestuur” op zich is het onvoldoende duidelijk en dus onontvankelijk nu niet nader bepaald is welk beginsel van behoorlijk bestuur geschonden is naast het afzonderlijk ingeroepen gelijkheidsbeginsel en de kennelijke beoordelingsfout waarmee het motiveringsbeginsel meer bepaald de materiële motiveringsplicht lijkt bedoeld.

12.1. In de mate schending wordt ingeroepen van de “motiveringsplicht uit artikel 21bis van de wet van 24 december 1993” lijkt het middel onontvankelijk minstens niet ernstig nu dit artikel de kennisgeving van de motivering lijkt te betreffen en niet de motivering zelf; een gebrek in de kennisgeving leidt in beginsel niet tot onwettigheid van de bestreden beslissing.

12.2. In de mate in het eerste onderdeel de beoordeling van het vijfde criterium “meerwaarde” in het bestek wordt bekritiseerd, lijken verzoekende partijen niet concreet en specifiek aan te tonen waarom die bestekbepaling niet duidelijk was.

12.3. In de mate zij aanvoeren dat de motiveringsplicht vereist dat niet enkel wordt vermeld dat “bijna alle” van de voorgestelde meerwaarden reeds eerder werden voorgesteld maar dat wordt aangegeven welke meerwaarden reeds opgesomd waren en onder welke criteria ze waren opgenomen en welke meerwaarden wel in aanmerking konden komen voor toetsing van het vijfde gunningscriterium, lijkt de formele motiveringsplicht te zijn bedoeld.

De motivering in de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt; zulks houdt in dat verzoekende partijen, die de thv vormen waarvan

de offerte niet werd gekozen, uit de motivering zelf van de toewijzingsbeslissing, te dezen uit het beoordelingsverslag waarnaar wordt verwezen en dat werd gevoegd bij die beslissing, moeten kunnen afleiden om welke reden zulks gebeurt.

Uit het gunningsverslag kan inzake de hier bekritiseerde beoordeling van het gunningscriterium “diverse meerwaarden”, zo lijkt het, worden afgeleid dat enkel het voorstel om de nautische meteobasis uit te breiden met een correctie interface beschouwd werd als een niet reeds eerder opgesomde meerwaarde en dus impliciet dat de andere elementen hetzij niet als meerwaarde werden aangezien hetzij reeds verrekend werden bij de andere criteria.

Er blijkt niet prima facie waarom dit de verzoekende partijen niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing op dit punt te verweren met de middelen die het recht hun ter beschikking stelt, hetgeen ze trouwens verder in dit onderdeel doen, zodat voldaan lijkt aan de formele motiveringsplicht.

12.4. In de mate aangevoerd wordt dat een meerwaarde ten onrechte niet werd gewaardeerd met als motief dat niet in de offerte is vermeld dat dit kosteloos zou gebeuren en deze meerwaarde dus niet gratis zou gebeuren, nu het bestek vermeldt dat meerwaarden geleverd moesten worden binnen de aangeboden prijs en verzoekende partijen geen afwijking van de in bestek vermelde voorwaarde onder dit criterium vermelden zodat volgens hen aangenomen moest worden dat de offerte deze bepalingen in acht heeft genomen, is de materiële motiveringsplicht aan de orde. Ter zake volstaat in de huidige stand van het geding de vaststelling dat, zelfs indien hun standpunt wordt gevolgd, verzoekende partijen niet aantonen hoe dit leidt tot een andere rangschikking. Zelfs indien voor verzoekende partijen met de betrokken meerwaarde rekening had moeten worden gehouden, zou dit immers, zo lijkt het, inhouden dat bij het KMI dan niet met één maar met twee meerwaarden rekening had moeten worden gehouden. Verzoekende partijen lijken dan ook geen belang te hebben bij dit onderdeel.

12.5. In de mate in het tweede onderdeel wordt aangevoerd dat de conclusie van het gunningsverslag niet voldoende gemotiveerd is, waarmee opnieuw de formele motiveringsplicht lijkt bedoeld, en gewag wordt gemaakt van afwegingselementen die noch in het bestek noch in het gunningsverslag nader bepaald worden omdat de op bladzijde 13 vermelde “Nadere verfijnde vergelijking van deze

4 alternatieven”, niet nader wordt uitgelegd, is het middel, zoals geformuleerd in het verzoekschrift, evenmin ernstig.

De betrokken passage uit het gunningsverslag dient immers te worden samengelezen met de rest van het gunningsverslag en met de eerdere tabel, die weliswaar beperkt is tot de toegekende scores, scores waarvoor eerder wel telkens een soms omstandige verantwoording werd gegeven. In feite betwisten verzoekende partijen deze scores zelf niet, behoudens het eerder besproken punt inzake de diverse meerwaarden.

Globaal wordt in het gunningsverslag het alternatief KMI Optimaal Plus als het meest voordelige voorstel aangezien, hetgeen ook afgeleid kan worden uit de tabel waaruit blijkt dat alle voorstellen voor het criterium van het grootste belang “Projectorganisatie” dezelfde score goed krijgen en er enkel verschillen zijn bij de andere criteria.

De nadere verfijnde vergelijking aan de orde in dit tweede onderdeel betreft vervolgens in feite de rangschikking, na KMI Optimaal plus, dat globaal als beste wordt beoordeeld en vóór KMI extra, dat als zesde en laatste wordt gerangschikt omdat de hogere kostprijs niet wordt gecompenseerd door andere bonussen, en dus van de voorstellen KMI Basis, KMI Optimaal, THV Extra en THV Basis, rekening houdend met het geheel van de kostprijs, de voor- en nadelen van de geleverde meteoproducten, de bonussen bij kwaliteitsgarantie en meerwaarden. Verzoekende partijen tonen niet aan prima facie hoe aldus niet voorziene criteria werden gebruikt, noch waarom zij desgewenst de betrokken rangschikking niet verder inhoudelijk in rechte konden betwisten.

Ook dit middel is bijgevolg niet ernstig.

13. Nu alle door verzoekende partijen opgeworpen middelen niet ernstig zijn bevonden, is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van het Koninklijk Meteorologisch Instituut van België 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 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

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

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig april 2009, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.