

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 207.102 van 30 augustus 2010
in de zaak A. 197.383/XII-6301.**

In zake: de BVBA TRENDHUIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te Brussel
Galliërslaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIEOMROEPORGANI-
SATIE (VRT)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leopold Schellekens en Ian Arnouts
kantoor houdend te Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:
de NV RAVIAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 augustus 2010, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van :

- "1. De beslissing van de VRT houdende verwerping van de offerte van de BVBA Trendhuis, ingediend in het kader van de beperkte offerteaanvraag voor de opdracht 'MS 1002 - Strategisch Advies', wegens onregelmatigheid.
2. De beslissing van de VRT van onbekende datum tot toewijzing van de opdracht 'MS 1002 - Statiegisch advies' aan de NV Ravian, Baleistraat 57 te 1790 Affligem".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 augustus 2010.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Konstantijn Roelandt, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Leopold Schellekens, die tevens loco advocaat David D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Walter Van Noten 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. Tussenkomst

3. Met een op 23 augustus 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de NV Ravian om in het geding te mogen tussenkomen.

Er is grond om dat verzoek in te willigen, wat betreft de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

IV. Procedure

4.1. De tussenkomende partij vraagt de door haar ingediende offerte als strikt vertrouwelijk te willen behandelen en er geen inzagerecht in te verlenen aan de verzoekende partij noch aan andere derden. Zij beweert dat de "ongecensureerde mededeling" van de integrale offerte, die volgens haar bedrijfsvertrouwelijke en commercieel gevoelige informatie bevat, haar commerciële belangen die bij de litigieuze gunningsprocedure betrokken zijn onherroepelijk zou schaden.

De verzoekende partij heeft daags voor de zitting een aanvullend stuk ingediend, waarin zij inzage vraagt van het volledige administratief dossier, meer bepaald van de offertes van de andere inschrijvers. Bovendien voert zij "pro forma" een nieuw middel aan waarin zij de regelmatigheid van de overige offertes betwist.

4.2. Aangezien vooralsnog niet blijkt dat de verzoekende partij een regelmatige offerte heeft ingediend, heeft zij er geen belang bij om, in het kader van de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, kennis te nemen van de offertes van de andere inschrijvers.

Los van de vraag of de verzoekende partij in het kader van een vordering tot schorsing wegens uiterst dringende noodzakelijkheid ter zitting nieuwe middelen kan aanvoeren, had zij het middel, desnoods pro forma, reeds in het verzoekschrift kunnen aanvoeren. In haar verzoekschrift heeft de verzoekende partij het debat immers beperkt tot de regelmatigheid van haar eigen offerte.

4.3. Aangezien de opdracht werd bekendgemaakt na 24 februari 2010 is de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna : overheidsopdrachtenwet) van toepassing op de voorliggende opdracht.

Volgens artikel 65/15 van de overheidsopdrachtenwet, zoals ingevoegd bij wet van 23 december 2009, is het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet meer vereist. Uit artikel 65/15 volgt bovendien dat de verzoekende partij terecht gebruik gemaakt heeft van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

V. Feiten

5.1. De verwerende partij heeft bij wege van een beperkte offerteaanvraag volgende overheidsopdracht voor diensten uitgeschreven : "MS 1002 - Strategisch advies".

Krachtens de aankondiging en het bestek is het voorwerp van de opdracht :

"De verleende diensten kunnen als volgt worden omschreven:

- advies in verband met de te volgen strategie betreffende de VRT-merken: positionering, integratie van andere platformen dan radio en televisie en eventuele rebranding
- advies in verband met de te volgen strategie voor het corporate merk (VRT), inclusief een plan voor het product-management van dat merk".

5.2. Op 3 maart 2010 wordt de overheidsopdracht gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen en op 6 maart 2010 in het Europees Publicatieblad.

5.3. De procedure verloopt in twee fasen, waarbij eerst de geschikte kandidaten worden geselecteerd. Na de selectiefase worden er zodoende vijf dienstverleners uitgenodigd om een offerte in te dienen, waarbij hen het bestek ter beschikking wordt gesteld.

In het kader van de offerteaanvraag wordt de opdracht gegund aan de inschrijver die na beoordeling van de volgende gunningscriteria de meest voordelige offerte heeft ingediend :

"1. Visie en SWOT-analyse VRT (25 punten)

2. De tarieven (50 punten)

3. Visie op samenwerkingsvorm en dienstverlening (25 punten)

Elk dossier krijgt per gunningscriterium een score (onvoldoende/zwak/goed/zeer goed/uitstekend). Deze score wordt omgezet in punten (...)".

Inzake de prijsopgave bepaalt het bestek verder :

"De opdracht wordt beschouwd als een opdracht volgens prijslijst.

De opdracht volgens prijslijst is een opdracht waarvan alleen de eenheidsprijzen voor de prestaties forfaitair zijn; door de eenheidsprijzen op de hoeveelheden van de verrichte prestaties toe te passen, wordt het te betalen bedrag vastgesteld.

De opdracht wordt gegund op basis van de eenheidsprijzen opgegeven in de offerte. Bij het opstellen van de lastvoorwaarden van deze opdracht beschikt het bestuur nog niet over de exact benodigde hoeveelheden".

Tot slot wordt in bijlage B bij het bestek een blanco prijslijst gevoegd, die door de inschrijvers moet worden ingevuld. Er moet zowel een uurtarief als dagtarief - verkregen door het uurtarief te vermenigvuldigen met acht (uur) - worden opgegeven voor zowel senior als junior personeel. Ook moet er een volumekorting vanaf een bepaald bedrag worden opgegeven.

5.4. Drie geselecteerde kandidaten dienen op 1 juni 2010 een offerte in, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij.

5.5. In het "Verslag van nazicht van de offertes" besluit de verwerende partij met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij :

"Aan de prijslijst werden posten toegevoegd (extra profielen), waardoor er geen correcte vergelijking mogelijk is tussen de verschillende offertes".

Om die reden wordt deze offerte door de verwerende partij onregelmatig bevonden en niet meer in overweging genomen bij de verdere beoordeling van de offertes, inzonderheid niet meer afgetoetst aan de gunningscriteria.

5.6. De offertes van de twee andere inschrijvers worden wel regelmatig bevonden en ze worden getoetst aan de drie gunningscriteria. Het resultaat hiervan is dat de offerte van de tussenkomende partij als de meest voordelige offerte wordt beschouwd, zodat de opdracht aan haar wordt toegewezen.

5.7. Op 30 juli 2010 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij in kennis gesteld van de niet-regelmatigheid van haar offerte en de toewijzing aan de tussenkomende partij. Tevens wordt haar een termijn van vijftien dagen toegekend om een procedure in te leiden.

5.8. Op 3 augustus 2010 verzoekt de raadsman van de verzoekende partij om kopie van het gunningsverslag en inzage in het administratief dossier te verkrijgen. Op 4 augustus 2010 antwoordt de verwerende partij hierop dat, in toepassing van artikel 65/8, 1, 2/, van de overheidsopdrachtenwet, aan de verzoekende partij reeds een uittreksel uit het gunningsverslag werd bezorgd, waarin de motieven voor het weren van haar offerte zijn opgenomen.

VI. Onderzoek van de vordering

Uiteenzetting van het middel

6. De verzoekende partij beroept zich in een enig middel op de schending van artikel 16 van de overheidsopdrachtenwet, van artikel 110, § 2, 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 de materiële motiveringsplicht en van het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en van het proportionaliteitsbeginsel. Volgens de verzoekende partij werd haar offerte ten onrechte onregelmatig verklaard op grond van het bezwaar dat aan de prijslijst een derde profiel werd toegevoegd, waardoor de offerte niet vergelijkbaar zou zijn met de offertes van andere inschrijvers. Het zou volgens haar immers onduidelijk zijn wat er onder "junior" of "senior" dient te worden verstaan, zodat zij zich om die reden genoodzaakt zag om een derde profiel op te geven. Daarnaast zou dit derde profiel, steeds volgens de verzoekende partij, geen fundamenteel belang hebben binnen de door haar ingediende offerte. Hierdoor zou geen onvergelijkbaarheid van de offertes ontstaan. De sanctie van de onregelmatigverklaring zou volgens haar niet proportioneel zijn omdat er geen "substantiële dienstverleningen" door haar medewerkster (van het derde profiel) worden beoogd, haar optreden niet "noodzakelijk" zou zijn en men er geen beroep op zou dienen te doen. De andere twee profielen zouden volstaan om de voorgenomen taken te vervullen. Volgens de verzoekende partij had de verwerende partij haar beoordeling dan ook kunnen en moeten baseren op de twee profielen die ook waren gevraagd, en had het derde profiel volledig buiten overweging kunnen worden gelaten, in de mate dat dit als het ware een bijkomend voorstel zou zijn geweest.

Beoordeling

7. In het bestek is duidelijk aangegeven dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht volgens prijslijst. Overeenkomstig bijlage B bij het bestek dienden de inschrijvers een "senior" en een "junior" uur- en dagtarief mede te delen.

De verzoekende partij voegde in haar offerte een derde categorie, een medewerkster, toe. Zij stelt dat zij zich verplicht zag een derde profiel toe te voegen omdat deze medewerkster zichzelf niet rekent tot een "junior-" of "seniorprofiel".

Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt niet dat de medewerking van dit personeelslid enkel zou slaan op prestaties die in het bestek niet gevraagd worden. De medewerkster wordt in de offerte integraal uitdrukkelijk genoemd als lid van het kernteam dat de opdracht zal uitvoeren. Op basis van de offerte van de verzoekende partij kan dus niet worden uitgegaan van de

veronderstelling dat de opdracht enkel door "seniors" en "juniors" zal worden uitgevoerd en de medewerkster daaraan niet zou deelnemen. Het lijkt dus niet mogelijk om, zoals door de verzoekende partij wordt gesuggereerd, de derde categorie bij de vergelijking van de prijzen uit te sluiten.

De beslissing om de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig te verwerpen omdat door de toevoeging van een derde categorie in de door de verzoekende partij aangeboden prijslijst geen correcte vergelijking tussen de verschillende offertes mogelijk is, berust bijgevolg op het eerste gezicht op een zorgvuldige en redelijke beoordeling van de door de verzoekende partij ingediende offerte.

Volgens de artikelen 89 en 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 is de prijs een essentiële voorwaarde van de opdracht en is een offerte nietig wanneer van essentiële besteksbepalingen wordt afgeweken.

De verwerping van de offerte van de verzoekende partij lijkt dan ook in overeenstemming met het genoemde artikel 110, § 2, en is op het eerste gezicht niet strijdig met het proportionaliteitsbeginsel.

Het enig middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Ravian tot tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertig augustus tweeduizend en tien, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,
bijgestaan door
Elisabeth Impens,

staatsraad, waarnemend voorzitter,
griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Eric Brewaeys