

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 224.136 van 26 juni 2013  
in de zaak A. 209.046/XII-7382**

In zake: de BVBA TOTAL CONCEPT EXPO  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Christophe Coen  
kantoor houdend te 2018 Antwerpen  
Mechelsesteenweg 210  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN  
TELEVISIEOMROEPORGANISATIE  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. De vordering, ingesteld op 3 juni 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- De beslissing van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT) van onbekende datum om over te gaan tot selectie van de offerte ingediend door de bvba Trimex in het kader van de overheidsopdracht Media1217, Standenbouw.
- De beslissing van de Vlaamse Radio- en Televisieomroeporganisatie (VRT) van 17 mei 2013 de overheidsopdracht Media1217, Standenbouw, niet te gunnen aan [de bvba Total Concept Expo], maar wel aan de bvba Trimex”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 juni 2013, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christophe Coen, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Leopold Schellekens, die in eigen en loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Verwerende partij schrijft een beperkte offerteaanvraag voor leveringen uit met als voorwerp “Media 1217 – Standenbouw”.

3.2. Op 21 januari 2013 wordt de aankondiging van de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 25 januari 2013 in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. Zes ondernemingen dienen een kandidatuur in onder wie de bvba Total Concept Expo en de bvba Trimex.

Drie kandidaten worden geselecteerd en uitgenodigd om een offerte in te dienen op basis van het bestek: Fast Forward Events, bvba Total Concept Expo en bvba Trimex.

3.4. Wat de omschrijving van de opdracht betreft wordt in het bestek ‘Media 1217’ gesteld dat de opdrachten verschillend van aard kunnen zijn, het kan zowel om indoor- als outdoorstanden gaan, soms levert verwerende partij, soms wordt van de leveranciers verwacht dat zij creatief meewerken. Deze standen worden opgebouwd naar aanleiding van evenementen. In het bestek wordt een lijst van die evenementen gegeven met de vermelding dat deze niet bindend is. De gunning leidt tot het afsluiten van een raamovereenkomst. De overeenkomst zal worden aangegaan met één aannemer en beoogt de basisvoorwaarden vast te leggen met betrekking tot het plaatsen van individuele opdrachten. De concrete opdrachten worden geregeld door de bepalingen van de op basis van deze offerteaanvraag gesloten raamovereenkomst. Bij elke opdracht worden de deadlines duidelijk opgegeven alsook de details van het budget. Verwerende partij is niet gebonden om na toewijzing van de opdracht door het sluiten van een raamovereenkomst alle opdrachten te bestellen bij de gekozen inschrijver.

Wat de prijsopgave betreft, wordt de opdracht volgens het bestek beschouwd als een opdracht tegen prijslijst:

“De opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen 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. Daarom zijn de vermoedelijke hoeveelheden louter indicatief. Zij binden het bestuur op geen enkele wijze. De leverancier kan geen schadevergoeding eisen indien deze vermoedelijke hoeveelheden niet bereikt worden.

De prijzen moeten alle elementen omvatten die de kosten bepalen (incl. heffingen, taksen, winstmarges, commissies, verplaatsingen, maaltijden,...) exclusief btw.”

De volgende gunningscriteria zijn van toepassing volgens het bestek: ‘tarieven en volumekorting’ 50 punten, ‘kwaliteitsgaranties en penalisaties’ 20 punten, ‘case’ 15 punten en ‘plan van aanpak’ 15 punten.

Wat het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ betreft, moet de inschrijver de prijzenmatrix op het bij het bestek behorende formulier (Bijlage B: Prijsmatrix) invullen. Hij geeft daarbij een volledige opsomming van alle aangeboden diensten en materialen met telkens hun prijs. Er wordt eveneens gevraagd naar aangeboden volumekortingen.

3.5. Op 18 april 2013 vindt de opening van de offertes plaats.

Bij het beoordelen van het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ heeft verwerende partij een simulatie gemaakt op grond van een inschatting van wat zij nodig achtte aan diensten of materialen op jaarbasis.

Na de eerste beoordeling blijkt het verschil tussen de offertes van de eerste gerangschikte, de bvba Trimex, en de tweede gerangschikte, de bvba Total Concept Expo, miniem te zijn: 0,35 punten. Verwerende partij beroept zich op 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’ en vraagt aan de beide kandidaten om een verbeterde offerte in te dienen, wat zij doen.

Op basis van de verbeterde offerte wordt de volgende beoordeling gegeven aan het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’:

| Gunningscriterium nr. 1: Tarieven en Volumekorting Beoordeling op 50 punten |        |                                                                                                                                                                                                                                                                          |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|--------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 3                                                                           | TRIMEX | Op basis van de tarievenmatrix in bijlage B van het bestek werd een inschatting gemaakt van het door VRT jaarlijks benodigde volume van de verschillende opgegeven posten. Voor elk van de inschrijvers werd een simulatie gemaakt op basis van de opgegeven tarieven en | 50 |

|   |                          |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |       |
|---|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| 2 | TOTAL<br>CONCEPT<br>EXPO | <p>volumekorting om aldus tot een schatting te komen per inschrijver van de jaarlijkse bestedingen. De laagste inschrijver kreeg het maximum van de punten (50), de scores van de andere partijen werd verhoudingsgewijs berekend volgens de formule:</p> $S_x = 50 * P_y / P_x$ <p> <math>S_x</math> = score inschrijver x<br/> <math>P_x</math> = prijs inschrijver x<br/> <math>P_y</math> = prijs laagste inschrijver y </p> | 46,05 |
|---|--------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|

3.6. Na ontvangst van de verbeterde offertes behaalt de bvba Trimex een score van 80,50 en de bvba Total Concept Expo een score van 74,05. De bvba Trimex wordt als de inschrijver met de meest voordelige regelmatige offerte beschouwd en zij verkrijgt de opdracht.

De bvba Total Concept Expo wordt hiervan op de hoogte gebracht bij aangetekende brief van 17 mei 2013.

#### *IV. De schorsingsvoorwaarden*

4.1. Overeenkomstig 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.

4.2. Te dezen is evenwel 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’ van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de

schorsing van de thans bestreden beslissingen het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

#### *V. Onderzoek van de middelen*

##### *A. Eerste middel*

##### *Standpunt van de partijen*

5. Verzoekende partij roept de schending in van de artikelen 16, 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 110 van het voornoemd koninklijk besluit van 8 januari 1996, van het algemeen beginsel van de gelijkheid van inschrijvers en van het transparantiebeginsel.

Het middel is gericht tegen de tweede bestreden beslissing, de beslissing om de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij, maar wel aan de bvba Trimex.

In een tweede onderdeel betoogt verzoekende partij dat de beslissing geen afdoende motivering bevat wat betreft de beoordeling van de gekozen offerte voor het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’. Het gunningsverslag is op geen enkele wijze verifieerbaar voor de quoterings van de tarieven en de volumekorting. Het bestek bevat geen enkele nadere informatie over de wijze waarop het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ zou worden beoordeeld. Er wordt geen concrete informatie verschaft in verband met de

geboden prijzen. Evenmin wordt verwezen naar bijlagen met de nodige berekeningen. Nochtans blijkt dat de geboden prijzen werden vergeleken aan de hand van een simulatie om te komen tot een inschatting per inschrijver van de jaarlijkse bestedingen. Minstens diende het resultaat van deze simulatieberekening in het verslag te worden opgenomen. Dit geldt des te meer nu dat criterium doorslaggevend is geweest voor het verschil in rangschikking tussen de offerte van verzoekende partij en deze van de bvba Trimex. Er kunnen vragen worden gesteld bij de normaliteit van de door de bvba Trimex geboden prijzen. Enig nazicht is evenwel onmogelijk. Deze beoordelingswijze met prijssimulatie werd niet opgegeven in het bestek. De inschrijvers wisten niet op welke wijze de door hen opgegeven prijzen zouden worden beoordeeld. De beoordelingsmethode kon perfect voorafgaandelijk worden opgemaakt en in het bestek worden opgenomen. Door dit niet te doen en zelfs *a posteriori* geen enkele informatie te verschaffen, staat de gelijkheid van de inschrijvers op de helling en worden de waarborgen voor een onpartijdige beoordeling doorbroken. Het transparantiebeginsel wordt eveneens geschonden.

6. In de nota doet verwerende partij gelden, wat het tweede onderdeel betreft, dat wat de vermeende gebrekkige motivering van de beoordeling van het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ betreft, de draagwijdte van de motiveringsplicht is te beoordelen in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt. Uit de bestreden gunningsbeslissing kan worden afgeleid dat:

- (1) de beoordeling van het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ het gevolg is van de loutere toepassing van een mathematische formule, waarbij eerst de totaalprijs van elke inschrijver berekend werd door diens detailprijzen voor alle posten, vermenigvuldigd met het door de VRT geschatte benodigde volume, met elkaar op te tellen (rekening houdend met de eventuele volumekortingen), en waarbij vervolgens de score van elke inschrijver bepaald werd door de prijs van de laagste inschrijver te delen door de prijs van de betrokken inschrijver en deze uitkomst te vermenigvuldigen met 50,
- (2) de bvba Trimex de laagste en bijgevolg beste offerte heeft ingediend op het gunningscriterium zodat zij hiervoor het gewogen maximum van de punten behaalde (50/50),

- (3) verzoekende partij een duurdere offerte heeft ingediend en verhoudingsgewijs werd gequoteerd ten opzichte van de inschrijvingsprijs van de bvba Trimex.

Aldus beperkt de vergelijking van de offertes door verwerende partij zich voor het eerste gunningscriterium tot het invoegen van de betrokken gegevens uit de prijslijst, die werd ingevuld door de inschrijvers, in de wiskundige formules die werden beschreven in de gunningsbeslissing, zonder dat verwerende partij daarbij over enige beoordelingsvrijheid beschikt (tenzij bij het inschatten van de benodigde hoeveelheden).

Er moet daarbij rekening worden gehouden met de vertrouwelijkheid van de detailprijzen van de inschrijvers. Het gaat dus om informatie waarvan de openbaarmaking de rechtmatige commerciële belangen van de inschrijvers kan schaden zodat de prijsberekening ook vertrouwelijk wordt neergelegd, enkel ten behoeve van de Raad van State en het Auditoraat.

### *Beoordeling*

7.1. Overeenkomstig het ingeroepen artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 7°, van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing “de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte” dient te bevatten.

De gegeven motivering moet de belanghebbende in staat stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

7.2. De draagwijdte van de motiveringsplicht lijkt te moeten worden beoordeeld in verhouding tot de graad van beoordelingsvrijheid waarover de aanbestedende overheid beschikt. Indien punten worden toegekend aan de offertes, moet de motivering toelaten te achterhalen waarom aan de offertes een bepaald

aantal punten worden toegekend, zodat achteraf elke inschrijver kan nagaan of de puntentoekenning rechtmatig is gebeurd.

7.3. Anders dan wat verwerende partij betoogt, is de beoordeling van het gunningscriterium ‘tarieven en volumekorting’ niet louter het gevolg van de toepassing van een mathematische formule waarbij de score van elke offerte bepaald werd door de prijs van de laagste offerte te delen door de prijs van de betrokken offerte en deze uitkomst te vermenigvuldigen met 50.

Uit het bestek blijkt dat de opdracht wordt beschouwd als een opdracht tegen prijslijst. Uit de omschrijving van de opdracht blijkt dat op voorhand niet duidelijk is hoeveel standen er dienen te worden gebouwd en wordt aangegeven dat de opdrachten verschillend van aard zijn.

Een doorslaggevend aspect bij de beoordeling van het criterium ‘tarieven en volumekorting’ is de simulatie op basis van een inschatting gemaakt door verwerende partij van het jaarlijks benodigde volume van de verschillende opgegeven posten. In het gunningsverslag worden geen nadere gegevens opgenomen omtrent de samenstelling van deze korf die leidde tot de basis voor de prijsvergelijking. In het bestek, noch in andere stukken die aan verzoekende partij zijn meegedeeld, wordt uitleg hieromtrent verschaft. Bij het bepalen van deze simulatie heeft verwerende partij, zo lijkt, onmiskenbaar een beoordelingsvrijheid die op het eerste gezicht een stuk ruimer is dan het louter toepassen van een mathematische formule. De gemaakte schatting van het benodigde volume op jaarbasis lijkt ook een belangrijke weerslag te hebben op de beoordeling van de aangeboden volumekortingen. Voorts blijkt dat de data uit de door de inschrijvers ingevulde prijsmatrices weliswaar het uitgangspunt vormen voor de simulatie maar ook niet meer dan dat; verwerende partij oordeelde zelf om de prijzen en de frequentie ervan in de simulatie mee te nemen; zo werden bepaalde prijzen niet verrekend (frequentie = 0).

Deze simulatie is bepalend bij de beoordeling van dit gunningscriterium. Om de punten gegeven op dit criterium te begrijpen, en om te kunnen nagaan of deze puntentoekenning rechtmatig is verlopen, diende het gunningsverslag bij gebreke aan relevante besteksbepalingen bijkomende uitleg

over deze simulatie te bevatten. Op basis van de voorliggende motivering kan verzoekende partij op het eerste gezicht immers zelfs haar eigen score niet begrijpen.

7.4. Verwerende partij verwijst bij de beoordeling van de motiveringsplicht naar artikel 65/10, §§ 1 en 2, van de wet van 24 december 1993. Op grond van deze bepaling mogen bepaalde gegevens niet worden meegedeeld indien de openbaarmaking ervan de toepassing van een wet zou belemmeren, in strijd zou zijn met het openbaar belang, nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere bedrijven of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

Zelfs indien er wordt van uitgegaan dat de detailprijzen van de inschrijvers voor alle aangeboden diensten en materialen vertrouwelijk zijn, wat in de huidige stand van het geding niet van elke waarschijnlijkheid zou kunnen zijn ontdaan, lijkt dit een ruimere motivering waarbij rekening wordt gehouden met het vertrouwelijk karakter van bepaalde gegevens, niet in de weg te staan. Verwerende partij zou immers kunnen motiveren wat de uitgangspunten, de assumpties en zelfs de uitkomsten van de simulatie zijn zonder iets over de eenheidsprijzen te zeggen. Hierbij moet ook worden bedacht dat verzoekende partij minstens het recht heeft inzicht te krijgen in de beoordeling van haar eigen offerte.

Het tweede onderdeel van het eerste middel is ernstig.

7.5. Aangezien uit dit ernstig bevonden middelonderdeel niet meteen blijkt dat verwerende partij na heroverweging niet anders mag dan de opdracht te gunnen aan verzoekende partij, is er geen reden om de schorsing van de tenuitvoerlegging te bevelen van de impliciete beslissing de opdracht niet te gunnen aan verzoekende partij.

Een schorsing op grond van het eerste onderdeel van het eerste middel en van het tweede middel lijkt ook niet te leiden tot een ruimere schorsing. Ze worden dienvolgens niet besproken.

### *B. Derde middel*

#### *Uiteenzetting*

8. Verzoekende partij roept de schending in van artikel 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 en artikel 16 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 “al dan niet in combinatie met art. 159 Grondwet”.

Dit middel is als enige gericht tegen de beide bestreden beslissingen en dient, in zoverre het betrekking heeft op de tweede bestreden beslissing, dan ook te worden onderzocht.

Verzoekende partij werpt in essentie op dat de datum en de inhoud van de selectiebeslissing haar niet bekend zijn. De selectiebeslissing moest overeenkomstig artikel 65/4, 4°, van de wet van 24 december 1993 uitdrukkelijk worden gemotiveerd en moet overeenkomstig artikel 65/5, 5°, van diezelfde wet ook de juridische en feitelijke motieven bevatten voor de selectie van de kandidaten.

De aanbestedende overheid moet onderzoeken of de kandidaten over de vereiste financiële en economische draagkracht beschikken en of zij zich niet in één van de uitsluitingscriteria bevinden. De bvba Trimex werd ten onrechte geselecteerd. Zij bevindt zich in een financieel en economisch zeer precaire situatie.

#### *Beoordeling*

9. Het bestek lijkt uit te gaan van een aanneming van leveringen. Geen van de in het middel aangehaalde bepalingen heeft betrekking op de voorwaarden op grond waarvan een kandidaat-leverancier mag worden uitgesloten. Deze voorwaarden zijn terug te vinden in de artikelen 42 en volgende van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, maar de schending van deze bepalingen wordt niet ingeroepen door verzoekende partij. Dit volstaat om het middel vooralsnog in de huidige stand van de procedure niet ernstig te achten.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 mei 2013 van de VRT om de opdracht ‘Media 1217 Standenbouw’ te gunnen aan de bvba Trimex.**

**2. De Raad van State verwerpt de vordering voor het overige.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 juni 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,

griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Frank Bontinck**

**Pierre Barra**