

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 234.913 van 2 juni 2016
in de zaak A. 219.145/XII-8139**

In zake: de BVBA ZIDIS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Reiner Tijs
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Nassaustraet 37-41
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

De vordering, ingesteld op 3 mei 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“1. ‘Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen van 15 april 2015, waarbij het college de gunning goedkeurt voor het afsluiten van een raamovereenkomst met betrekking tot het aanstellen van een pool voor fotografie en video, tekst- en eindredactie, DTP en ondersteunende communicatiebureaus, op basis van bestek GAC/2015/3203, perceel 2 ‘Video’, en waarbij volgende firma’s in de pool worden opgenomen:

- Gletsjer GCV [...]
- MediaMixer bvba [...]
- Jasper Leonard [...]
- Videocrew bvba [...]
- Sputnik TV bvba [...]

- Studio Make Stuff bvba [...]
- Peter Van Beneden [...]
- Arnoud Wynants [...].

2. De (daaruit volgende) impliciete beslissing om voornoemde opdracht niet te gunnen aan ZIDIS BVBA.”

De bvba Zidis verzoekt de Raad van State eveneens tot het opleggen van volgende voorlopige maatregelen:

- “ - De overeenkomst mag niet worden gesloten
- Er mo[...]gen geen opdrachten worden toebedeeld aan de thans in de pool opgenomen inschrijvers.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2016, om 10.30 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joram Maes, die *loco* advocaat Reiner Tijs verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Stinissen, die *loco* advocaat Annelies Verlinden verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De stad Antwerpen beslist om een “Raamovereenkomst voor het aanstellen van een pool voor fotografie en video, tekst- en eindredactie, DTP en ondersteunende communicatiebureaus” in mededinging te plaatsen.

Deze raamovereenkomst is opgedeeld in 6 percelen: perceel 1 “Fotografie”, perceel 2 “Video”, perceel 3 “Tekstredactie”, perceel 4 “Eindredactie”, perceel 5 “Desktop publishing” en perceel 6 “Ondersteunend communicatiebureau”.

3.2. De voorliggende vordering heeft betrekking op het perceel 2 “Video”.

3.3. De betrokken raamovereenkomst betreft een B-dienst en wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 november 2015.

3.4. Op deze raamovereenkomst is het bestek GAC/2015/3203 van toepassing. Ze wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.5. In het bestek is bepaald dat voor perceel 2 “Video” de 8 inschrijvers die de hoogste scores hebben behaald, zullen worden geselecteerd en in de pool zullen worden opgenomen.

Per perceel zijn verschillende gunningscriteria van toepassing. Wat betreft perceel 2 “Video” zijn drie gunningscriteria van toepassing, namelijk:

1. Kwaliteit van de portfolio en de mate waarin het zich leent tot integratie in de stedelijke communicatiekanalen en -campagnes.

Gewicht: 40

2. Prijs per uur

Gewicht: 20

3. Kwaliteit proefopdracht

Gewicht: 40.

Deze criteria worden in het bestek nader omschreven.

3.6. Na het doorlopen van de selectieprocedure werd met betrekking tot perceel 2 “Video” door 26 inschrijvers een offerte ingediend.

3.7. Op 1 april 2016 wordt door de verwerende partij een proces-verbaal van nazicht van de offertes opgemaakt.

Wat betreft perceel 2 “Video” worden de offertes van alle inschrijvers formeel en materieel regelmatig beoordeeld.

Met betrekking tot de offerte van de verzoekende partij wordt het gunningscriterium “Kwaliteit van de portfolio en de mate waarin het zich leent tot integratie in de stedelijke communicatiekanalen en –campagnes” beoordeeld als volgt:

“Zeer afwisselende portfolio met een aantal inhoudelijk sterke filmpjes. Enkel in de video voor VMM was er meer aandacht voor humor dan voor de kernboodschap. Telkens kwalitatieve beelden en montage.”

Een score van 30 punten (goed) wordt vervolgens aan verzoekende partij voor dit gunningscriterium toegekend.

Met betrekking tot het gunningscriterium “Prijs per uur” wordt aan de verzoekende partij een score van 9,23 punten toegekend.

Met betrekking tot het gunningscriterium “Kwaliteit proefopdracht” wordt aan de verzoekende partij een score van 30 punten toegekend.

In de finale rangschikking wordt de verzoekende partij 24^{ste} gerangschikt met een totaalscore van 69,23 punten.

3.8. Op 15 april 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen op grond van het gemotiveerde gunningsverslag, dat in bijlage wordt gevoegd, de gunning goed te keuren voor het afsluiten van een raamovereenkomst voor het perceel 2 “Video” en de 8 inschrijvers met de hoogste score op te nemen in de pool.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.9. Op 19 april 2016 wordt de verzoekende partij per e-mail in kennis gesteld van de voormelde beslissing van het college van burgemeester en schepenen van stad Antwerpen om perceel 2 “Video” niet aan de verzoekende partij te gunnen.

Bij een ter post aangetekend schrijven van 20 april 2016 wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing aan de verzoekende partij toegezonden.

3.10. Overeenkomstig het bestek wordt de begindatum van de diensten in de gunningsbrief bepaald op 20 april 2016.

3.11. Bij e-mail van 28 april 2016 betwist de verzoekende partij de score van 30 punten voor het gunningscriterium “Kwaliteit van de portfolio” en vraagt zij deze e-mail “ernstig te nemen en onmiddellijk te bekijken met de bevoegde instanties”. Per e-mail van 2 mei 2016 antwoordt de verwerende partij dat zij om de erin uiteengezette redenen bij haar beoordeling blijft en niet kan ingaan op de vraag om de gunningsbeslissing te herzien.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de

akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissingen in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat de formelemotiveringsplicht werd geschonden, die is vervat in artikel 29 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: rechtsbeschermingswet) en de artikelen 2 en 3 van de wet van

29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’ (hierna: formelemotiveringswet).

Zij argumenteert dat de motivering voor het eerste gunnings-criterium “Kwaliteit van de portfolio en de mate waarin het zich leent tot integratie in de stedelijke communicatiekanalen en -campagnes” van perceel 2 “Video” niet als afdoende kan worden beschouwd.

De verzoekende partij zet uiteen dat haar portfolio veel meer filmpjes bevatte dan het minimumaantal van vier, zoals bepaald in het bestek, net om aan te tonen dat zij “van alle markten thuis is”. Waarom één filmpje, dat meer aandacht aan humor besteedt, werd afgezonderd en vervolgens bekritiseerd in de motivering, terwijl alle overige zeven opnames schijnbaar wel voldeden aan de normen van de aanbestedende instantie, wordt nergens verduidelijkt. Het bewuste filmpje werd overigens door de verzoekende partij aan haar portfolio toegevoegd om aan te tonen dat zij een breed spectrum van mogelijkheden kon aanbieden, waaronder ook humoristische filmpjes. Dit werd ook zo gecommuniceerd bij het samenstellen van de portfolio. Met deze toelichting werd nergens rekening gehouden.

De verzoekende partij betoogt dat hierdoor tevens het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

Bovendien kregen andere inschrijvers met een zeer gelijkaardige motivering wel een score van 40 punten.

Beoordeling

5.2. Krachtens artikel 29, § 2, 2°, van de rechtsbeschermingswet dient de aanbestedende overheid voor opdrachten waarvan de goed te keuren uitgave zonder belasting over de toegevoegde waarde de van toepassing zijnde in § 1 bedoelde drempelbedragen niet overschrijdt, zoals te dezen het geval is, een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure.

De gunningsbeslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij ook afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten gronslag liggen. Die motivering moet afdoende zijn teneinde de 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.

5.3. Het eerste gunningscriterium van perceel 2 “Video” wordt in bijzonder bestek GAC/2015/3203 omschreven als volgt:

“Aan de hand van een portfolio van minimum 4 video’s die de inschrijver maakte, toont hij/zij aan dat hij/zij alle nodige kwaliteiten bezit om video’s te maken die passen binnen antwerpen.be, andere communicatiekanalen van de stad en in stedelijke campagnes.

De portfolio mag verschillende types van video bevatten: reportage/verslaggeving van een gebeurtenis/evenement, korte interviews, instructievideo’s, animatie- en illustratieve video’s.

Het portfolio wordt beoordeeld aan de hand van de mate waarin het voldoet aan de volgende criteria:

- aanpak en opbouw video’s;
- kwaliteit van de beelden en montage.

Het portfolio wordt op basis van de beschreven eigenschappen beoordeeld volgens de volgende schaal:

- uitstekend: 40
- goed: 30
- matig: 20
- slecht: 10.”

De verzoekende partij behaalde op het eerste gunningscriterium een score van 30/40 met als motivering:

“Zeer afwisselende portfolio met een aantal inhoudelijk sterke filmpjes. Enkel in de video voor VMM was er meer aandacht voor humor dan voor de kernboodschap. Telkens kwalitatieve beelden en montage.”

Bij de inschrijvers die een score van 40/40 hebben behaald, is te lezen:

- “Mooi gevarieerde portfolio. Alle filmpjes tonen goede montagetechnieken en hebben een logische opbouw”;

- “De vorm ondersteunt de inhoud en het thema van de video (montage is goed, mooie perspectieven die passen bij het thema, originele en passende muziek)”;
- “Zeer sterke timelapsefilmpjes. Inhoudelijk erg positionerend voor de stad. Mooie kleuren, prachtige beelden”;
- “Origineel, kernboodschap meteen duidelijk, heel logisch opgebouwd, moderne videotechneken, mooi beeldverhaal, er wordt iets extra gedaan met de inhoud. In elk beeld zit beweging”;
- “Inhoudelijk sterk. Originele invalshoeken. Professioneel camerawerk en animatie, goede kwaliteit van beelden en montage, authentiek, beweging. Passende personages”;
- “Kwalitatieve beelden en montage, originele aanpak, erg vernieuwend. Inhoudelijk zeer sterk”;
- “Mooie portretten. Ook goed in animatie. Telkens kwalitatieve beelden en inhoudelijk sterk. Fris”;
- “Heel mooie beelden, originele insteek, professionele en vernieuwende montage, beweging, menselijke interactie. Inhoudelijk to the point”.

De motivering van de eerste bestreden beslissing is weergegeven in het gunningsverslag dat aan de verzoekende partij bij een ter post aangetekende brief van 20 april 2016 is betekend.

In de mate dat in het middel de schending van de formelemotiveringsplicht wordt aangevoerd, toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de bestreden gunningsbeslissing. Het tegendeel blijkt veeleer uit het middel, waarin de verzoekende partij de voormelde motivering betwist. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan.

Voorts mag de Raad van State zich inzake de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria, niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid. In de uitoefening van het hem opgedragen wettigheidstoezicht vermag hij wel na te gaan of deze beoordeling

berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan.

Uit de motivering in het gunningsverslag blijkt op het eerste gezicht dat de verzoekende partij verkeerdelijk uitgaat van de veronderstelling dat de verwerende partij zich louter “heeft laten leiden door één doelbewust ludiek filmpje”. In de beoordeling van het eerste gunningscriterium wordt, wat betreft de door de verzoekende partij ingediende portfolio, niet enkel een oordeel uitgesproken over die ene video voor de Vlaamse Milieumaatschappij, maar wordt tevens opgemerkt dat “een aantal” filmpjes inhoudelijk sterk zijn in de “[z]eer afwisselende portfolio”. De verzoekende partij toont echter niet aan waarom deze motieven, zeker in vergelijking met de evaluaties van de andere offertes, niet afdoende zouden zijn om haar de evaluatie toe te kennen die haar is toegekend. De enkele omstandigheid dat de verzoekende partij zich niet kan vinden in de op haar offerte betrekking hebbende motivering, maakt deze niet onwettig.

Een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen lijkt bijgevolg niet voorhanden.

5.4. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

5.5. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5 en 67 van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 29 van de rechtsbeschermingswet, van de artikelen 2 en 3 van de formelemotiveringswet, van de materiële motiveringsplicht als algemeen rechtsbeginsel en van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel.

In de uiteenzetting van het middel voert de verzoekende partij aan dat uit het gunningsverslag niet kan worden afgeleid of de verwerende partij op een correcte wijze het tweede gunningscriterium van perceel 2 heeft beoordeeld, nu dit verslag geen enkele motivering bevat wat betreft de toegekende punten.

Beoordeling

5.6. Voor de toekenning van een score op het tweede gunningscriterium “Prijs per uur” is in het bestek de volgende berekeningsformule bepaald:

“De inschrijver geeft een uurtarief op voor de productie, de pre- en postproductie van de video.

De volgende formule wordt gebruikt bij de puntentoekenning:

$P = P_{\max} \cdot L/x$

Waarbij p = aantal behaalde punten

L = laagste offerte

X = onderzochte offerte.”

De verzoekende partij kent haar score (9,23 op een maximum van 20) en haar eigen aangeboden prijs per uur, waardoor zij in staat is de laagste regelmatig ingediende prijs te achterhalen. Zoals de verzoekende partij in het verzoekschrift zelf aangeeft, is de kennis van de laagste prijs “op zich [...] al voldoende [...] voor verzoekende partij om de toegekende score te kunnen controleren”. Nu deze prijs kan worden achterhaald op grond van de in het bestek bepaalde berekeningsformule, is geen bijkomende motivering voor de score van de verzoekende partij vereist.

Het voorgaande volstaat om te oordelen dat een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet lijkt aangetoond.

5.7. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

6. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

VII. Voorlopige maatregelen

7. Krachtens artikel 17, § 1, tweede lid, 2°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kunnen voorlopige maatregelen slechts worden bevolen indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of reglement *prima facie* kan verantwoorden.

Aangezien geen van de middelen ernstig is gebleken, dient de vraag tot het opleggen van voorlopige maatregelen te worden verworpen.

VIII. Kosten

8. De kosten van de vordering dienen ten laste van de verzoekende partij te worden gelegd.

Tevens is er te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ aan de verwerende partij de door haar gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing en de vraag tot het opleggen van voorlopige maatregelen.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 juni 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Bovin