

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 242.102 van 13 juli 2018
in de zaak A. 225.546/XII-8568**

In zake: de NV NORFRING BELGIË
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bart Bellen en Herlinde Burez
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Minervastraat 5
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster

tegen:

de VLAAMSE RADIO- EN TELEVISIE-
OMROEPORGANISATIE, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Sarah Moens en Jorren Garrez
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de BV BROADCAST TECHNOLOGY & DEVELOPMENT
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Dennis Wollants
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 juni 2018, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “ beslissing

van 11 juni 2018 ‘mededeling niet-gunning’ – Distributiecontract FM, DAB, DVB-T Perceel 2 (DAB) – gunning aan Broadcast Technology & Development”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 2 juli 2018 heeft de bv Broadcast Technology & Development gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 juli 2018, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Herlinde Burez, Dirk De Keuster en Alexander Tolpe, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Bob Martens, Sarah Moens en Jorren Garrez, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten William Timmermans en Dennis Wollants, die verschijnen voor de tussenkomende 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 in het geding zijnde opdracht wordt bekendgemaakt op 27 november 2017 in het Bulletin der Aanbestedingen en een rectificatie wordt gepubliceerd op 12 december 2017. Eveneens wordt de opdracht op 30 november

2017 gepubliceerd in het Supplement op het Europees Publicatieblad en wordt een rectificatie gepubliceerd op 15 december 2017.

3.2. Betreffende het perceel 2 DAB schrijven twee ondernemingen tijdig in: de nv Norkring België (hierna: Norkring) en bv Broadcast Technology & Development (hierna ook: Broadcast Partners).

3.3. Zowel Broadcast Partners als Norkring dienen tijdig een BAFO in betreffende het perceel 2 DAB.

3.4. De VRT besluit vervolgens op 11 juni 2018 op grond van het verslag van nazicht van de inschrijvingen om het perceel 2 DAB van de Opdracht te gunnen aan Broadcast Partners.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Op 11 juni 2018 wordt de verzoekende partij per e-mailbericht en per aangetekend schrijven in kennis gesteld van het besluit van de VRT om de opdracht niet aan haar te gunnen. De gemotiveerde gunningsbeslissing, inbegrepen het gunningsverslag, wordt als bijlage gevoegd.

IV. Tussenkomst

4. De bv Broadcast Technology & Development blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

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

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing 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.

Overeenkomstig artikel 31 gelden deze bepalingen ook voor opdrachten die de drempelbedragen voor Europese bekendmaking niet bereiken.

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 beslissing kunnen verantwoorden.

VI. Beoordeling van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

6. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de artikel[en] 83 en 84 van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten en de artikelen 35, 36, 75 en 76 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren; de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de formele motiveringsplicht zoals bepaald in de artikelen 2 en 3 van wet van 29 juni 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen én als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en de artikelen 4 en 5 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies”, doordat (eerste onderdeel) de offerte van Broadcast Partners substantieel onregelmatig is wegens een abnormaal lage totaalprijs, zodat deze offerte dan ook diende te worden geweerd, doordat (tweede onderdeel) de VRT heeft nagelaten om een prijsonderzoek te doen naar de offerte van de Broadcast Partners en doordat (derde onderdeel) de VRT heeft nagelaten het prijsonderzoek formeel te motiveren in het gunningsverslag.

Beoordeling

Tweede onderdeel

7. Artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ luidt:

“De aanbestedende overheid voert een prijzen- of kostenonderzoek uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. De Koning kan in uitzonderingen voorzien op het prijzen- of kostenonderzoek voor de door Hem te bepalen opdrachten.

‡BDHSDKHDE-BDEEEAV‡

XII-8568-5/14

Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken”.

Artikel 35 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ luidt:

“De aanbestedende overheid onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek. Daartoe kan de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de wet, de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken”.

8. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat het prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de gekozen inschrijver 64 % bedraagt.

Het gunningsverslag vermeldt niet dat de offerte van de gekozen inschrijver aan een prijsonderzoek werd onderworpen.

9. Uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken, blijkt dat op 23 november 2017 een raming werd opgesteld, waarbij moet worden opgemerkt dat de Raad van State er redelijkerwijze van mag uitgaan dat de Nederlandstalige openbare omroep voor radio en televisie in België over de technische kennis beschikt om zich een beeld te vormen van de technische vereisten en de kostprijs van DAB (*Digital Audio Broadcasting*) - distributie. De verwerende partij heeft zich hierbij gesteund op een onderzoek naar de prijs waarvoor een gelijkaardige opdracht werd gegund in Nederland, alsook op het vooruitzicht dat zij realistisch achtte op grond van haar eigen ervaring.

Er mag in de huidige stand van het geding dan ook worden aangenomen dat de verwerende partij zich een onderbouwd oordeel heeft kunnen vormen over de kostprijs van DAB-distributie.

10. De door de beide inschrijvers aangeboden prijzen werden daadwerkelijk naast elkaar geplaatst door de verwerende partij, zoals blijkt uit het administratief dossier.

Het bijzonder grote verschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij wordt in dat onderzoek verklaard door de afwijking in prijs voor post 1.1 van prijsmatrix TO1711 Perceel 2 ‘DAB’, te weten de DAB-zendantennes.

11. Wat perceel 2 ‘DAB’ betreft is in de prijsmatrix te lezen:

“Deze component omvat de exploitatieprijs van alle DAB antenne-installaties in het DAB netwerk voor volledige mobiele dekking, zoals uitgewerkt door de aanbieder

Per antenne worden volgende componenten begrepen:

- Zendantenne
- Feeders, patchpanelen en aanhorigheden
- Combiner of filter
- Huisvesting van de zendantenne op de pyloon/mast
- Recurrente inspecties en onderhoud aan de antenne en combiner/filter
- Technische specificaties”.

12. Zoals de verzoekende partij verduidelijkt in haar verzoekschrift, is zij eigenaar van een zenderpark, terwijl de tussenkomende partij ervoor opteert om een netwerk uit te rollen bestaande uit zenders en antennes die zijn geplaatst op voorgeschreven opstelpunten (onder meer op hoge masten en op gebouwen).

De beide inschrijvers hebben bijgevolg, wat de DAB-antennes betreft, een verschillende aanpak. Zoals reeds overwogen mag de verwerende partij geacht worden te beschikken over de deskundigheid om het verschil in aanpak te beoordelen inzake de werkwijze voor de exploitatie van de DAB-zendantennes. De verzoekende partij lijkt niet te beweren, laat staan aan te tonen, dat de conclusies die de verwerende partij terzake trekt, de perken van de redelijkheid te buiten gaan of moeten worden betwijfeld. De verwerende partij was de mening toegedaan – na het naast elkaar plaatsen van de beide aangeboden prijzen en het onderzoek van de inhoud van de offertes – dat een prijsbevraging

‡BDHSDKHDE-BDEEEAV‡

XII-8568-7/14

niet noodzakelijk was. Op het eerste gezicht blijkt dus een prijsonderzoek te zijn verricht, minstens toont de verzoekende partij niet met de vereiste ernst het tegendeel aan; de verzoekende partij lijkt er alvast verkeerdelijk van uit te gaan dat een prijsonderzoek steeds een prijsbevraging moet inhouden.

13. De verzoekende partij lijkt aldus, gelet op hetgeen hiervoor is vastgesteld, niet te kunnen worden gevolgd in haar grief dat geen prijsonderzoek werd verricht van de offerte van de tussenkomende partij.

14. Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

15. Gelet op de conclusie inzake het tweede onderdeel van het middel, lijkt enige bijkomende motivering dan die opgenomen in het gunningsverslag – “alle inschrijvers hebben in hun offerte een regelmatige prijs aangeboden” –, alvast niet vereist.

Het lijkt dan ook niet dat de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit zowel de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ als de artikelen 4 en 5 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’, werd geschonden doordat de bestreden beslissing te dezen over het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat in het gunningsverslag wordt vermeld.

16. Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

Eerste onderdeel

17. Uit de beoordeling van het tweede middelonderdeel is gebleken dat een prijsonderzoek werd verricht en dat hieruit volgde dat een prijsbevraging niet noodzakelijk werd geacht.

18. De verzoekende partij betoogt in haar verzoekschrift evenwel dat de gekozen inschrijver met een abnormaal lage prijs heeft ingeschreven. Zij verduidelijkt hierbij dat de gekozen inschrijver verschillende elementen in zijn kostenposten moet betrekken, wat onmogelijk is met de door hem voorgestelde prijs.

De vraag rijst hierbij of de totaalprijs aangeboden door de tussenkomende partij als abnormaal diende te worden beschouwd, wetende dat het bijzonder grote prijsverschil tussen de offerte van de verzoekende partij en die van de tussenkomende partij wordt verklaard door de geheel verschillende aangeboden prijzen voor een welbepaald onderdeel van de opdracht, namelijk de DAB-zendantennes, zoals dit bleek uit het prijsonderzoek.

19. Het reeds vastgestelde onderscheid in aanpak betreffende de DAB-antennes lijkt het grote verschil tussen de beide inschrijvers te kunnen verklaren, dat redelijkerwijze ook de verwerende partij heeft kunnen opmerken.

20. Tevens worden de aannames van de verzoekende partij betwist door de tussenkomende partij op grond van voorgelegde stukken, die twijfel kunnen doen rijzen over de correctheid van het betoog van de verzoekende partij, dat de totale minimale kost om te kunnen meedingen voor de opdracht 1.458.746 euro is.

21. De verzoekende partij lijkt, gelet op de voormelde gegevens niet met de vereiste ernst aannemelijk te maken dat door in de gegeven omstandigheden geen abnormaliteit in de totaalprijs van de gekozen inschrijver te

hebben vastgesteld, de verwerende partij haar ruime beslissingsruimte waarover zij beschikt in het kader van prijsonderzoek en prijsbevraging te buiten is gegaan.

22. Het middelonderdeel is niet ernstig.

Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

B. *Tweede middel*

Uiteenzetting van het middel

23. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van “de zorgvuldigheidsplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur” en zij betoogt daartoe:

“De VRT heeft niet op een zorgvuldige manier deze overheidsopdracht voorbereid en verder uitgevoerd. Dit blijkt onder meer uit:

- Summiere uitwerking van de gunningscriteria voor perceel zonder beoordelingsmethodiek;
- VRT wijzigt gunningscriteria tijdens de procedure na kennisname offertes;
- Nalaten van een grondig prijsonderzoek;
- Noodzaak van terechtwijzende berichten;
- Summier verslag van nazicht zonder afdoende motivering”.

Beoordeling

24. De loutere omstandigheid, door de verzoekende partij ingeroepen, dat de gunningscriteria summier zijn uitgewerkt, lijkt niet te mogen leiden tot de vaststelling dat de verwerende partij niet op zorgvuldige wijze de opdracht zou hebben voorbereid.

Het beweerd summier karakter van de omschrijving van de gunningscriteria lijkt echter te moeten worden betwijfeld, getuige hiervan hetgeen volgt.

25. In het bestek zijn als gunningscriteria voor perceel 2 ‘DAB’ opgenomen:

“Prijs:	61 punten
Technisch voorstel (zie III.2.10):	15 punten
Innovatie (zie III.2.8):	14 punten
Organisatie en programmamanagement (III.2.10):	10 punten
Totale maximale score	100 punten”.

In de technische bepalingen van het bestek wordt inzake ‘Technisch voorstel’ verduidelijkt:

“Het gunningscriterium ‘technisch voorstel’, ter waarde van 15 punten, is als volgt opgebouwd:

- Headend: 5 punten
- Transmissienetwerk: 4 punten
- Zendinstallaties: 3 punten
- Monitoringsystemen: 3 punten”.

Wat ‘Innovatie’ betreft is in de technische bepalingen te lezen:

“Voor perceel 2 ‘DAB’ zijn innovaties mogelijk op het vlak van:

1. SFN-synchronisatie van het zendernetwerk van een dubbele tijdsreferentie, bijvoorbeeld GPS en GLONASS (2 punten);
2. Software based headend (bedoeld wordt: geen meerdere fysieke machines) (3 punten);
3. Geavanceerd redundantieconcept tussen de headends (bijvoorbeeld content awareness) op het niveau van ETI/EDI-samenstelling (3 punten);
4. Ondersteuning van AAC-codes FhG én Dolby (2 punten);
5. Ondersteuning van DAB+ encoding volgens het HE AAC v2-schema tot en met 64kbps (2 punten);
6. Ondersteuning van ‘RAPID Data Content Management’ software in functie van visual radio (2 punten).

In totaal kunnen 14 punten verdiend worden, deze gewogen voor het gunningscriterium ‘Innovatie’”.

Deze niet echt summiere omschrijving van de gunningscriteria heeft de verzoekende partij alvast niet verhinderd om een offerte in te dienen, die evenwel veel duurder was dan die van de tussenkomenende partij.

26. De verzoekende partij betwist voorts dat er voorafgaandelijk een beoordelingsmethode bestond. Nochtans lijkt het niet aangetoond dat de wijze van beoordelen van de offertes niet in de lijn zou liggen van de gunningscriteria zoals vermeld in het bestek. Er lijkt dan ook niet te worden hardgemaakt dat een wijze van beoordelen werd aangewend, die niet werd gekozen vóór de opening van de offertes.

27. Wat de kritiek betreft, dat door de wijziging in het gunningscriterium ‘Innovatie’ – punt 4 (Ondersteuning van AAC-codes FhG én Dolby) werd geschrapt en de puntenindeling hieraan werd aangepast – de verzoekende partij 0,33 punten minder heeft verkregen dan de tussenkommende partij, volstaat het op te merken dat het verschil in eindscore tussen de beide inschrijvers ($97,00 - 57,45 = 39,55$ punten op 100 bedraagt, waardoor de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij die kritiek.

28. In de mate dat de verzoekende partij in het tweede middel het vermeende gebrek aan prijsonderzoek inroept, volstaat om die kritiek te verwerpen de verwijzing naar de beoordeling hiervan bij het tweede onderdeel van het eerste middel.

29. Wat ten slotte het verslag van nazicht betreft, erkent de verzoekende partij in haar verzoekschrift dat op grond van de formule opgenomen in het bestek en de gegevens die in het gunningsverslag werden meegedeeld, kan worden achterhaald dat de tussenkommende partij ongeveer 64 % goedkoper is dan zij, wat inderdaad het geval lijkt te zijn. Terzelfdertijd beweren dat de prijs uiteindelijk niet zou kunnen worden berekend, is daarmee in tegenstrijd.

30. Ten slotte argumenteert de verzoekende partij dat het voornoemde verslag niet afdoende is gemotiveerd en dat er “zo maar punten [worden] gegeven zonder enige aanduiding waarop deze score is berekend”. Die bewering kan, zo blijkt uit een lezing van het gunningsverslag, niet worden bijgevalen. Er

werd wel degelijk een vergelijking gemaakt tussen de offertes en de relatieve voordelen ervan werden uiteengezet.

31. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

33. De vordering tot schorsing is ingesteld met een verzoekschrift dat ook een beroep tot nietigverklaring bevat. Aangezien hieruit volgt dat het geding ten gronde nog hangende is en gelet op het aldus nog noodzakelijke procedureverloop, past het de kosten, daarin begrepen de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Broadcast Technology & Development tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 juli 2018,
door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest