

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 159.782 van 8 juni 2006
in de zaak A. 173.311/XII-4775.**

In zake : de NV EUROSENSE BELFOTOP,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

het AGENTSCHAP VOOR GEOGRAFISCHE INFORMATIE
VLAANDEREN (AGIV),
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe, F. Vandendriessche en L. Schellekens,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkomen partij :

de NV AQUATERRA,
die woonplaats kiest bij
advocaat J. Danneels,
kantoor houdende te Gent,
Coupure rechts 156.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Eurosense Belfotop op 26 mei 2006 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij d.d. 17 mei 2006, waarbij de 4 (vier) percelen van de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘Aanmaak van een middenschalige orthofotobedekking voor 4 provincies’ (bestek nr. OC-ATO/2006/0201) worden gegund aan belanghebbende partij”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 29 mei 2006 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 6 juni 2006, om 11.00 uur;

Gezien het op 1 juni 2006 ingediende verzoekschrift waarbij de

NV Aquaterra 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 advocaten J. Timmermans en C. De Wolf, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat L. Schellekens, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat J. Danneels, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

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;

De gegevens van de zaak

Overwegende dat de gegevens van de zaak als volgt kunnen worden samengevat:

1. De in het geding zijnde opdracht betreft een dienstenopdracht die wordt begeven volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking.

Volgens het bestek OC-ATO/2006/0201 beoogt de opdracht de aanmaak van een middenschalige orthofotobedekking voor vier provincies, meer bepaald Oost-Vlaanderen, Antwerpen, Limburg en Vlaams-Brabant inclusief het Brussels Hoofdstedelijk gewest. Elk van die provincies wordt als een perceel aangemerkt waarbij elk perceel voorwerp is van een afzonderlijk inschrijvingsformulier.

Het project “Aanmaak van een middenschalige orthofotobedekking” wordt voor elke provincie in drie fasen gerealiseerd : de eerste fase betreft de fotografische luchtopnames; deze fase wordt afzonderlijk gegund; de tweede fase (inscannen van de originele luchtfoto’s) en de derde fase (effectieve orthofotoproductie) zijn voorwerp van de voorliggende opdracht (bestek, blz.6).

2. De uitvoering van de opdracht (bestek, blz.7) verloopt in vier stappen :

- levering 1 : inscannen van de kleurnegatieven
- levering 2 : berekenen van het fotogrammetrisch blok (later in het bestek wordt deze levering aangemerkt als “aerotriangulatie en blokvereffening”)
- levering 3 : gebiedsdekkende productie van breuklijnen
- levering 4 : aanmaak van individuele digitale orthofoto's en seamlines.

3. Inzake prijsbepaling vermeldt het bestek (blz. 9) dat de opdracht er een is tegen globale prijs. Voorts volgens het bestek zal de inschrijver in zijn offerte per perceel onderscheid maken tussen de totale geraamde prijs, zijnde de optelsom van de respectieve prijzen per levering en de prijzen van de onderscheiden leveringen. Voorts dient de inschrijver “de dagprijs” te specificeren “voor gebeurlijke wijzigingen of uitbreidingen van de opdracht, enkel voor een landmeetploeg (als eenheid), een operator en een projectmanager”.

In de reeds vermelde inschrijvingsformulieren wordt inderdaad in ruimte voorzien om per levering een prijs op te geven, alsdan de totale prijs te geven voor de vier leveringen en tenslotte een dagprijs voor een landmeetploeg, een dagprijs voor een operator en een dagprijs voor een projectmanager.

4. Inzake gunningscriteria wordt in het bestek (blz. 12) het volgende bepaald :

“De gunningscriteria (en de gewichtsfactoren) zijn, in volgorde van afnemend belang :

- de kostprijs (50%)

Deze telt 5 componenten: - de prijs voor [levering 1]

- de prijs voor [levering 2]
- de prijs voor [levering 3]
- de prijs voor [levering 4]
- de dagprijs voor eventuele bijkomende opdrachten.

Het gewicht van elk prijscomponent wordt bepaald aan de hand van de onderlinge verhouding van de gemiddelde inschrijvingsprijs voor elke component.

Per prijscomponent wordt de laagste prijsbieding geïdentificeerd en gebeurt een procentsgewijze vergelijking waarbij de laagste bieder het maximum krijgt en de anderen een proportionele score tov de laagste bieder.

De finale prijsscore wordt vervolgens per inschrijving berekend door de respectievelijke scores voor iedere prijscomponent op te tellen.

- de technische waarde (40%) rekening houdend met de beschrijving van de toe te passen methodiek (20%), de beschrijving van de organisatie voor het project (10%) en de capaciteitsplanning voor het project (10%).

- de kwaliteitsbewaking van het productieproces (10%)”.

5. Wat het kostprijscriterium betreft, zijn er aldus twee bewerkingen vereist om tot een toekenning van punten voor de ingediende prijzen te kunnen komen :

- een eerste bewerking : om het gewicht van elk van de vijf componenten te bepalen binnen de 50 punten op honderd. Dit gewichtencijfer geldt voor elke inschrijver. Hiertoe wordt in het gunningsverslag (blz. 6) een formule gehanteerd namelijk :

aandeel prijscomponent $x = 50 \cdot \frac{\text{de gemiddelde prijs voor component } x}{\text{gemiddelde totaalprijs} + \text{de gemiddelde dagprijs}}$
waarbij wordt vermeld “de gewichten worden dus per perceel bepaald door de inschrijvers zelf”

- een tweede bewerking : om de score te kennen van elke component van elke inschrijver. Hiertoe wordt de volgende formule gehanteerd in het gunningsverslag:

score prijscomponent $x = \text{aandeel prijscomponent } x \cdot 1 - \frac{y - \min(x)}{\min(x)}$
waarbij de laatste coëfficiënt wordt gevormd door de geboden prijs (y) min de laagste prijsbieding voor prijscomponent x, gedeeld door de laagste prijsbieding voor prijscomponent x.

In het gunningsverslag/nota aan de raad van bestuur wordt daarbij vermeld :

“Dit levert volgend resultaat :

- ° de laagste prijsbieding ontvangt het maximum te behalen punten voor die prijscomponent
- ° alle volgende inschrijvers ontvangen een score proportioneel met hun absoluut prijsverschil ten opzichte van de laagste prijsbieding voor die prijscomponent
- ° negatieve scores worden op 0 gezet”

Voorts volgens het gunningsverslag behalen de prijsbiedingen op deze manier een “evenredige beoordeling per gevraagde activiteit”, wordt de finale prijsscore vervolgens per inschrijving berekend door de respectieve scores voor

iedere prijscomponent op te tellen en behalen op deze manier “de prijsbiedingen een evenredige beoordeling”.

In het gunningsverslag worden ten slotte de resultaten van de berekende gewichten per perceel opgegeven (blz. 7). Deze blijken voor alle percelen dezelfde te zijn : de componenten 1, 2, 3, 4 en 5 verkrijgen respectieve gewichten van 7, 12, 22, 8 en 1, hetgeen tezamen 50 punten vertegenwoordigt.

6. De elf inschrijvingen worden in het gunningsverslag onderzocht. Negen inschrijvingen krijgen na toetsing aan de gunningscriteria een eindresultaat. De verzoekende partij komt voor perceel 1 met een eindscore van 58,32 op de vierde plaats en de tussenkomen de partij met 72,59 op de eerste plaats. Wat de deelscores betreft, haalt de verzoekende partij voor prijs 15,32, voor technische waarde 34,5 en kwaliteitsborging 8,5. De overeenstemmende uitslagen voor de tussenkomen de partij zijn 29,09/35,5 en 8. De uitslag wat die partijen betreft voor de andere percelen is nagenoeg gelijklopend.

7. Met de bestreden beslissing van 17 mei 2006 wordt akkoord gegaan met de gevolgde evaluatie en wordt beslist de opdrachten voor de vier percelen alle te gunnen aan de tussenkomen de partij, respectievelijk voor 136.508/110.026/131.962/117.471 euro, BTW niet inbegrepen.

8. Met een brief van 17 mei 2006 wordt die beslissing medegedeeld aan de verzoekende partij die met een schrijven van 23 mei 2006 daartegen bezwaar laat kennen hetgeen eveneens gebeurt in een vergadering van 24 mei 2006 met de verwerende partij;

De grondvoorwaarden voor de schorsing

1. Overwegende dat krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan 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;

2. Overwegende, wat de eerste en de derde in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, dat de verzoekende partij zich inzake het nadeel beroept op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren; dat zij daarbij ook naar de financiële omvang van de opdracht verwijst; dat zij voorts haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid motiveert door te verwijzen naar het risico dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend, bij gebrek aan het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State, hetgeen in een brief van 17 mei 2006 van de verwerende partij in het vooruitzicht wordt gesteld, en aldus een overeenkomst tot stand zou komen;

Overwegende dat de verwerende partij zich betreffende de beide voorwaarden gedraagt naar de wijsheid van de Raad van State; dat de tussenkomen- de partij het nadeel niet ernstig noemt;

Overwegende dat door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing, tussen de verwerende en de tussenkomen- de partij inderdaad een overeenkomst zou tot stand komen tengevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen; dat het bestaan van die overeenkomst de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig zou bemoeilijken en een mogelijk herstel in natura verder af zou brengen; dat aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij, mede gelet op de aanzienlijke waarde van de in het geding zijnde opdracht die om die reden door de verwerende partij ook werd bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese gemeenschappen, door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing het rechtens vereiste moeilijk te herstellen nadeel kan ondergaan, in tegenstelling tot hetgeen de tussenkomen- de partij daaromtrent betoogt; dat voorts, wegens de dreigende betekening die, onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, door de verwerende partij in een brief van 17 mei 2006 wordt aangekondigd, te dezen wordt aanvaard dat de verzoekende partij een beroep deed op de procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid;

3.1. Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij in een eerste middel de schending inroept van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, 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 van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer bepaald de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel; dat zij daartoe betoogt dat besteksbepalingen betreffende de kostprijs er blijkbaar te dezen toe leiden dat op het vlak van de prijs niet de voordeligste regelmatige offerte de meeste punten verkrijgt, dat, waar de punten die aan de verzoekende partij en de tussenkomen- de partij zijn toegekend voor de gunningscriteria technische waarde en kwaliteitsborging omzeggens voor elk perceel afzonderlijk dezelfde zijn, de verzoekende partij voor elk van de vier percelen veel lagere totale perceelprijzen ingediend heeft dan de tussenkomen- de partij maar de verzoekende partij toch substantieel minder punten heeft bekomen inzake het gunningscriterium prijs, dat aldus de puntentoe- kenning voor de prijs dus niet tot de economisch meest voordelige offerte heeft geleid;

3.2 Overwegende dat de verwerende partij in haar nota eerst stelt dat door de toepassing in het gunningsverslag van de prijsformule “de prijsbiedingen een evenredige beoordeling [behalen] per gevraagde activiteit” maar tezelfdertijd toegeeft dat “de toepassing van deze formule, waarbij een nulscore wordt toegekend voor de prijsbiedingen die bepaalde grenzen overschrijden, in casu blijkbaar tot gevolg [heeft] gehad dat een offerte met een hogere totaalprijs toch een hogere quoter- ing heeft behaald op het prijscriterium dan een offerte met een lagere totaalprijs” en ten slotte concludeert dat zij zich naar de wijsheid van de Raad van State gedraagt wat betreft dit middel;

Overwegende dat de tussenkomen- de partij in de eerste plaats het belang van de verzoekende partij bij de vordering betwist omdat laatstgenoemde niet de tweede voordeligste was; dat die exceptie wat het besproken middel betreft niet opgaat; dat immers, als dit middel op beroep tot nietigverklaring zou worden aangenomen, het ertoe zou leiden dat de gehele toewijzing gevitieerd is want het betreft het belangrijkste gunningscriterium dat voor 50% weegt in het puntentotaal en die nietigverklaring de verzoekende partij een nieuwe kans op herevaluatie van de offertes en uiteindelijk op toewijzing van de opdracht zou bieden;

Overwegende dat de tussenkomende partij voorts de vatbaarheid voor manipulatie en speculatie van de bedoelde berekeningswijzen niet aangetoond weet; dat door dergelijk verweer de grief in zijn essentie niet wordt tegengesproken; dat de tussenkomende partij ten slotte erop wijst dat de economisch meest voordelige offerte niet deze is die de laagste prijs biedt; dat deze vanzelfsprekendheid evenmin de grief weerlegt, waarin de berekening van die prijs als een van de gunningscriteria, wordt bekritiseerd;

3.3. Overwegende, wat het middel betreft, dat krachtens de in het middel geschonden geachte artikelen 16 en 115 bij een algemene offerteaanvraag de opdracht dient te worden toegewezen aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige inschrijving indient op grond van de gunningscriteria; dat de evaluatie van de offertes aan de hand van de gunningscriteria zorgvuldig dient te gebeuren en de daaruit voortvloeiende beslissingen op deugdelijke motieven moeten steunen;

Overwogen de dat te dezen het gunningsverslag geen enkele reden vermeldt waarom de laagste prijs niet wordt bepaald aan de hand van de totaal-prijzen; dat daarentegen wordt gewerkt met vijf deelcomponenten en met rekenregels die -zoals de nulscore- er niet toe leiden dat de beste prijs beloond wordt, hoewel in bestek en gunningsverslag van een beoogde “evenredigheid” tussen prijs en score gewag gemaakt wordt; dat in dat opzicht de relevantie van de opdeling over componenten niet gemotiveerd lijkt, nu het gewicht van een bepaalde component niet lijkt ingegeven door de intrinsieke belangrijkheid bijvoorbeeld door zijn cruciale rol in de opdracht, doch door een belang dat de inschrijvers zelf bepalen door er een prijs voor te geven; dat bovendien door negatieve scores op nul te zetten exuberant hoge prijzen voor deelcomponenten niet negatief lijken te worden gesanctioneerd; dat de mogelijkheid van abnormale prijszettingen over de deelcomponenten in simulaties is onderzocht door het bevoegde lid van het auditoraat dat in zijn advies op grond van het volledig gunningsverslag besluit tot erg grote verschillen tussen de inschrijvers over de vier componenten heen, waarbij de constante is dat de tussenkomende partij ongelooflijk goed scoort op component drie waarbij haar prijzen voor die component soms slechts 10 % belopen van wat andere inschrijvers hier opgeven; dat dergelijke prijsverschillen lijken aan te geven dat elke inschrijver onder een component iets anders kan verstaan en dat gerichte weging en inzet van prijs door inschrijvers mogelijk lijkt; dat meer bepaald een inschrijver de ogenschijnlijk zwaarste component als lichter kan inschatten -blijkbaar controleert de overheid niet of er geen ‘onmogelijke’ prijzen worden opgegeven per component- waardoor het mogelijk is uitermate

goed te scoren op een component met een zeer groot gewicht omdat de andere inschrijvers deze component als de duurste zien en dat voorts, ingeval die inschrijver de rest van de totaalprijs inzet op componenten met een licht gewicht, hij toch nooit minder dan de score 0 bekommt;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt, mede door gebrek aan substantieel verweer, dat wat betreft het gunningscriterium van de kostprijs en de evaluatie van de offertes aan de hand ervan, de gehanteerde methodieken niet lijken te hebben geleid tot een positieve evenredigheid tussen lage prijs en hoge score, hetgeen door de verwerende partij zelfs wordt toegegeven; dat daardoor de finaliteit van de genoemde artikelen 16 en 115 die beogen de voordeligste offerte te doen kiezen, lijkt te zijn miskend en evenmin zorgvuldig lijkt te zijn gehandeld of met deugdelijke motieven lijkt te zijn beslist, nu de bestreden toewijzingsbeslissing de gevolgde evaluatie van het gunningsverslag tot de hare maakte; dat aldus niet lijkt vast te staan welke offerte het voordeligst is en niet lijkt te zijn toegewezen in overeenstemming met de meervermelde artikelen, die voorschrijven aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige offerte toe te wijzen; dat het middel in die mate ernstig is;

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Aquaterra in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 17 mei 2006 van de raad van bestuur van het Agentschap voor geografische informatie Vlaanderen, waarbij de aanmaak van middenschalige orthofotobedekking voor de provincies Oost-Vlaanderen, Vlaams-Brabant, Antwerpen en Limburg worden toegewezen aan de NV Aquaterra .

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op acht juni 2006, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.