RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

nr. 177.749 van 11 december 2007
in de zaak A. 71.846/XII-89.

In zake : de NV GULDENBERG DATA ENGINEERING,
die woonplaats kiest bij
advocaten Ph. Coenraets en P. Luchie,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Terkamerenlaan 27

tegen :

het AGENTSCHAP VOOR GEOGRAFISCHE INFORMATIE VLAANDEREN,
voorheen de VLAAMSE LANDMAATSCHAPPIJ,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51.

tussenkomende partij :

de NV TELE-ATLAS BELGIUM,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. L. Stuyck en D. Lindemans,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Keizerslaan 3.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Guldenberg Data Engineering op 9 december 1996 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van "de toewijzingsbeslissing van de Vlaamse Landmaatschappij aan NV Tele Atlas Data Gent, bij beslissing van de Raad van Bestuur van 9 oktober 1996, met betrekking tot het bestek OC-96/01 'Opdracht voor aanneming van leveringen. Digitaal vectorieel wegen- en spoorwegenbestand op middenschaalniveau voor het Vlaams en Brussels gewest'";

Gelet op het arrest nr. 157.987 van 27 april 2006 waarbij de debatten worden heropend en het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat ermede wordt belast het onderzoek van de zaak voort te zetten met betrekking tot de gegrondheid van het eerste middel en, in voorkomend geval, de ontvankelijkheid en gegrondheid van de overige middelen;

Gezien het aanvullend verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 26 september 2006 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 15 maart 2007 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 april 2007;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat Ch. Lepinois, loco advocaat Ph. Coenraets, en van gedelegeerd bestuurder R. Van Den Wyngaert, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaat N. Kiekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat J. Honnay, die loco advocaten J. L. Stuyck en D. Lindemans verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

OVERWEEGT WAT VOLGT :

1. De gegevens van de zaak.

1.1. De verwerende partij schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht voor aanneming van leveringen. De opdracht strekt tot de levering van een digitaal vectorieel wegen- en spoorwegenbestand op middenschaalniveau voor het Vlaamse en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

Het toepasselijke bestek voorziet in een “basisopdracht” en drie “opties” of aanvullende leveringen.

Het bestek (bladz. 6) bepaalt als gunningscriteria, “in volgorde van afnemend belang” :

> “(1) De technische waarde van de te leveren bestanden en bijkomende bestanden, rekening houdend met de technische contractuele bepalingen, met inbegrip van de resultaten van de testen (40 %).
> (2) De volledige prijs, inclusief de prijs voor de 3 opties (40 %).
> (3) De kwaliteit van de voorziene dienstverlening, de kennisoverdracht, de documentatie en de ondersteuning (10 %).
> (4) De financiële en beroepswaarborgen (5 %).
> (5) De voorgelegde referenties m.b.t. gelijkaardige opdrachten en de specifieke problematiek (5 %).”.

1.2. Op 1 juli 1996 worden de offertes geopend. Er blijken vier inschrijvers een offerte te hebben ingediend, onder wie de verzoekende en de tussenkomende partij NV Tele-Atlas Belgium.

1.3. In een uitgebreide nota van 19 september 1996 vergelijkt de administratie de inschrijvingen.

Uiteindelijk wordt daarin de verzoekende partij telkens geklasseerd na NV Tele-Atlas Belgium, en na het Nationaal Geografisch Instituut. In het voorstel van beslissing wordt voor de eerste “optie” van NV Tele-Atlas Belgium gekozen.

1.4. De Raad van Bestuur van de verwerende partij neemt in zijn zitting van 9 oktober 1996 de bestreden beslissing, in navolging van het voornoemde voorstel waarnaar in de beslissing wordt verwezen.

2. <u>De gegrondheid van het beroep</u>.

Het eerste middel

2.1. Het eerste middel van de verzoekende partij luidt als volgt :

> “3.1. Schending van art. 14 Wet Overheidsopdrachten en art. 44 Uitvoeringsbesluit Overheidsopdrachten
> Dat het volkomen gebruikelijk is dat men de diverse prijsoffertes vergelijkt tussen de mededingers, zowel hun basisoffertes en hun suggesties, tegelijkertijd;
> Dat, in casu, men enkel en alleen een vergelijking doet van de diverse inschrijvingen op grond van de basisofferte, overeenkomstig de percentages die in de gunningscriteria zijn voorzien;

Dat, na het uitverkiezen van N.V. Tele Atlas, geruggesteund op een onvolledig dossier (zie infra 3.2.), men vervolgens slechts oog heeft voor diens suggestie 'Street Net';

Dat de ganse vergelijking tussen de inschrijvers echter enkel en alleen geruggesteund was op de basisoffertes welke voor N.V. Tele Atlas het product VlagisNet betrof;

Dat het volstaat het verschil in prijs vast te stellen tussen de basisofferte VlagisNet :

- basisopdracht : 10.890.000 fr.
- optie 1 : 15.730.000 fr.
- optie 2 : 3.630.000 fr.

Subtotaal : abstractie makend van optie 3
die niet gegund is : 30.253.000 fr.

en de prijs die in aanmerking komt voor de suggestie 'Street Net', zijnde de gecumuleerde bedragen voor de eerste drie jaren : 11.946.330 fr. + 14.335.596 fr. + 14.335.596 fr. = 40.617.522 fr.;

Dat het had volstaan, voor inschrijver N.V. Tele Atlas, de twee prijzen te vergelijken (basisofferte en suggestie) met de andere inschrijvers om vervolgens de suggestie uit te sluiten wegens de kennelijk hogere prijs... die toch 40% van het evaluatiepercentage (voorzien in het bestek) uitmaakt;

Dat het allereerst enkel vergelijken van de basisoffertes en vervolgens slechts oog hebben voor de suggestie van de uitgekozen basisofferte, een fundamentele schending uitmaakt van de vereiste objectieve vergelijking en het tegen elkaar afwegen van de diverse inschrijvingen;

Dat, samenvattend, de vergelijking van de offertes geenszins geschiedde overeenkomstig de mechanismes voorzien in art. 14 van de Wet Overheidsopdrachten en art. 44 van het Uitvoeringsbesluit Overheidsopdrachten".

2.2. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij onder meer nog wat volgt :

"3.1.1. Schending van het gelijkheidsbeginsel bij de vergelijking van de inschrijvingen

Het basisprincipe dat aan de wet overheidsopdrachten ten grondslag ligt, wordt door VLM systematisch genegeerd : het betreft het principe van de absolute gelijkheid van de kandidaat-inschrijvers, eens de overheid voor een aanbestedings- of offerteaanvraagprocedure heeft gekozen.

Nergens wordt geantwoord op het fundamentele punt, opgeworpen door Guldenberg, nl. dat VLM de wet op de overheidsopdrachten miskent, wanneer zij slechts de vier basisoffertes vergelijkt op basis van een - overigens volstrekt verkeerde, - cfr. infra - vergelijking, vervolgens Vlagisnet als voordeligste offerte weerhoudt om daarna de extrapolatie te maken naar de suggestie Streetnet, daar waar een objectieve vergelijking tussen Streetnet, Vlagisnet en de producten van resp. Master, NGI en Guldenberg, volledig mogelijk was.

Hierna wordt aangetoond dat Streetnet niet enkel met Vlagisnet, maar ook met de andere produkten had moeten vergeleken worden.

[...]

krachtens intussen vaste rechtspraak van de Raad van State is het zo dat het indienen van een regelmatige suggestie, ervoor zorgt dat het bestuur deze mogelijks zal aannemen, met als gevolg evenwel dat een prijsvergelijking tussen de inschrijvingen onmogelijk is geworden : in dat geval is het bestuur niet gerechtigd om van de prijs van de inschrijvingen een determinerende factor te maken (Raad van State, 4 januari 1979, nr. 19.347, inzake Ferret, en Raad van State, 22 februari 1979, nr. 19.461, inzake Ferret).

Indien men dan op pag. 15, onder nr. 20 op de memorie van antwoord van VLM leest dat de vergelijking van de prijs “ook hier” enigszins bemoeilijkt wordt door een aantal bijkomende elementen die suggestie Streetnet aanbrengt, kan men niet anders dan besluiten dat VLM manifest in strijd met de hierboven vermelde verplichtingen de opdracht heeft toegewezen. Er wordt hier immers expressis verbis toegegeven dat een deugdelijke vergelijking van het aspect prijs nagenoeg onmogelijk was.

[...]

Het moge immers duidelijk zijn dat, ten eerste, het bestuur inderdaad gerechtigd is om rekening te houden met een bepaalde suggestie, weze het op de voorwaarde dat deze suggestie niet indruist tegen essentiële bestekbepalingen, hetgeen in casu manifest het geval is (cfr. infra) en dat, ten tweede, Guldenberg noch de andere inschrijvers de mogelijkheid hebben gehad om een dermate van het bestek afwijkende suggestie voor te stellen.

[...]

Volgens Guldenberg was VLM dan ook verplicht om, rekening houdende met het algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (in casu het gelijkheidsbeginsel) gebruik te maken van art. 44, 5/ van het K.B. van 22 april 1977 dat kandidaat-inschrijvers uitnodigt hun offertes aan te vullen.

[...]

3.1.2. De prijs van Streetnet is wel degelijk hoger dan de prijs van Vlagisnet

[...]

Derhalve kan Streetnet wel degelijk perfect met de andere vier producten worden vergeken, aangezien de offerte van VLM duidelijk voorziet dat het bestand eveneens kan worden aangekocht zonder het afsluiten van een onderhoudscontract.

Over het feit dat in dit geval het Streetnet-bestand 39.821.000 fr. kost (abstractie makend van de ongeoorloofde afwijking van het bestek i.v.m. het doorgroeiscenario en/of het onderhoud), en derhalve bijna 10.000.000 fr. duurder is dan het Vlagisnet-bestand (30.250.000 fr.), kan geen twijfel bestaan.

Het weze derhalve duidelijk dat, indien men zich aan de essentiële besteksvoorwaarden houdt, het Streetnet-bestand tot 25 % duurder is dan Vlagisnet; Het feit dat Streetnet, in geval gebruik zou worden gemaakt van het doorgroeiscenario en in geval tegelijkertijd een onderhoudscontract wordt afgesloten, eventueel goedkoper zou zijn dan Vlagisnet, doet in casu niets meer ter zake.

Guldenberg heeft immers uitvoerig geargumenteerd dat deze hypothese manifest in strijd zijn met de besteksbepalingen, conform waaraan Guldenberg een offerte indiende.

Zij werd, zoals reeds gezegd, evenmin in de mogelijkheid gesteld door VLM om zelf haar offerte aan te vullen met het oog op het aanbieden van een eventueel doorgroeiscenario en/of een onderhoudscontract

[...]”.

2.3. In haar laatste memorie doet de verzoekende partij in essentie nog gelden dat bij kwantitatieve vergelijking tussen de producten die de tussenkomende partij aanbood, namelijk het gekozen Streetnet en het basisproduct Vlagisnet, Streetnet lager moet scoren dan de 90 punten die Vlagisnet verkreeg, dat echter nagelaten is Streetnet te vergelijken met de andere producten op grond van kwantitatief gedefinieerde besteksvereisten, maar wel Streetnet boven Vlagisnet is

verkozen op grond van een criterium dat nooit een besteksvereiste is geweest, namelijk een onderhoudsovereenkomst.

2.4.1. Artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt :

> "De bevoegde overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met haar bedrag, haar aanwendingskosten, haar technische waarde, de zekerheid van de bevoorrading, de beroeps- en financiële waarborgen geboden door elk der kandidaten, de uitvoeringstermijn, en alle andere overwegingen voorzien in het bestek of in de offerteaanvraag alsmede met alle in de offerte gedane suggesties, tenzij in het bijzonder bestek anders is bepaald".

Artikel 44 van het koninklijk besluit van 24 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten bepaalt :

> "Bij toepassing van artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 kiest de bevoegde overheid de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van criteria die verschillend kunnen zijn naargelang van de opdracht, zoals deze opgesomd in artikel 14 van de wet.
> Daartoe vermeldt de bevoegde overheid in het bestek al de gunningscriteria die zij zal in acht nemen, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang; in voorkomend geval wordt die volgorde in het bestek vermeld.
> Er wordt ook rekening gehouden met de in de offerte gedane suggesties, voor zover het bestek dit niet verbiedt [...]".

In de nota aan de Stuurgroep GIS-Vlaanderen zijn de basisoffertes van de vier inschrijvers vergeleken en geëvalueerd (blz. 3-14).

Als besluit worden de offertes als volgt gerangschikt :

1. TeleAtlas : 81 punten
2. NGI : 78 punten
3. Master : 76 punten
4. Verzoekende partij : 74 punten

Wanneer optie 3 (beschikken over gegevens van gebieden buiten Vlaamse Gewest) buiten beschouwing wordt gelaten, is de rangschikking :

1. TeleAtlas : 90 punten
2. NGI : 81 punten
3. Verzoekende partij : 76 punten
4. Master : 75 punten

Onder punt 10 van de voormelde nota (bladzijde 14-20) worden de door de vier inschrijvers gedane suggesties besproken en geëvalueerd.

Aan de door de tussenkomende partij gedane suggestie, het aanbieden van het product Streetnet, wordt een uitvoerige bespreking gewijd. Streetnet wordt vergeleken met Vlagisnet -hetgeen tussenkomende partij als basis heeft voorgesteld. Een overzicht van de verschilpunten tussen beide wordt weergegeven (blz. 16). Gesteld wordt dat het Streetnet-bestand het bestand is dat aan de basis ligt van het Vlagisnet-bestand, dat beide bestanden op technisch vlak een grote gelijkenis vertonen, dat de beoordeling van de technische kenmerken over het algemeen overeenkomt. Voorts worden de volledigheid, de geometrische nauwkeurigheid, de actualiteit en actualisatie, de topologie, de attribuutinformatie, de formaten en transformaties, de documentatie, technische bijstand en dienstverlening, de leveringstermijn en de prijs besproken.

Door Vlagisnet te evalueren en te vergelijken met de andere offertes en daarna de suggestie Streetnet hoofdzakelijk te vergelijken met Vlagisnet en -zoals de verwerende partij terecht stelt- ook, maar in mindere mate, met de andere offertes, is Streetnet de facto ook vergeleken met de andere offertes.

Aangezien uit de voormelde rangschikkingen gebleken is dat de tussenkomende partij met Vlagisnet veruit de meest voordelige offerte heeft ingediend, vloeit uit de vergelijking tussen Vlagisnet en Streetnet, welke duidelijk in het voordeel van Streetnet blijkt uit te draaien, voort dat de offerte van de tussenkomende partij met Streetnet nog meer de voordeligste offerte wordt dan die met Vlagisnet reeds was. Aan die vaststelling doet de opmerking van de verzoekende partij, dat de prijs van Streetnet hoger uitvalt dan de prijs van Vlagisnet, geen afbreuk. Anders dan de verzoekende partij stelt, is de prijs niet als determinerend criterium gehanteerd.

De verwerende partij heeft ook de suggesties van de verzoekende partij besproken en geëvalueerd maar deze heeft geen gelijkaardige suggestie ingediend als de tussenkomende partij met Streetnet : de twee suggesties van de verzoekende partij zijn eerder miniem van aard, maar dat kan niet aangerekend worden aan de verwerende noch aan de tussenkomende partij, enkel aan de verzoekende partij zelf die ook een suggestie gelijkaardig aan die van de tussenkomende partij had kunnen doen maar dat niet gedaan heeft.

Niet wordt ingezien op welke wijze door de geschetste handelwijze artikel 14 van de voormelde wet of artikel 44 van het voormelde koninklijk besluit, zoals in het middel aangevoerd, geschonden zijn.

2.4.2. In haar memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij de andere inschrijvers, na het indienen van hun offertes, had moeten uitnodigen om eveneens een suggestie voor te stellen zoals deze van de tussenkomende partij. Zij verwijst in dat verband naar artikel 44, vijfde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977 waarin bepaald is : “In elk geval treedt het bestuur slechts in contact met de kandidaten indien zij de inhoud van hun offertes moeten preciseren of aanvullen”.

Die bepaling is echter niet bedoeld om inschrijvers, die geen suggestie hebben ingediend, na de opening van de offertes, uit te nodigen en de kans te geven een suggestie in te dienen om reden dat één van de inschrijvers een suggestie heeft ingediend.

2.4.3. Betreffende de bewering van de verzoekende partij ten slotte, dat een niet door het bestek vereiste onderhoudsovereenkomst de doorslag heeft gegeven bij de keuze voor Streetnet, moet worden opgemerkt dat niets de verzoekende partij belette een suggestie voor te stellen die eveneens daarin voorzag en voorts dat een suggestie essentieel van de basisopdracht afwijkende elementen bevat.

Ook op dit punt worden de aangevoerde schendingen niet aangetoond.

2.4.4. Het middel is niet gegrond.

Het tweede, derde en vierde middel

3. Het voornoemde tussenarrest nr. 157.987 heropent de debatten en belast het auditoraat ermee “het onderzoek van de zaak voort te zetten met betrekking tot de gegrondheid van het eerste middel en, in voorkomend geval, de ontvankelijkheid en gegrondheid van de overige middelen”.

In het aanvullend auditoraatsverslag is het eerste middel onderzocht op zijn gegrondheid en niet gegrond bevonden. Hiervoor wordt dat standpunt door de Raad van State bijgevallen.

In dat verslag wordt echter enkel dat eerste middel onderzocht en niet de andere drie middelen. Voor het overige wordt daarin zonder meer gesteld dat "over de andere middelen [...] in het geciteerd arrest niets [wordt] gezegd" en voorts dat derhalve de conclusie van het eerste auditoraatsverslag, van 12 maart 2002, wordt behouden, namelijk dat die andere middelen onontvankelijk zijn wegens ontstentenis van belang.

Het meervermelde tussenarrest heeft echter wel degelijk iets over de andere middelen gezegd, namelijk dat in voorkomend geval, wanneer het eerste middel niet de oplossing in de zaak mogelijk maakt, het onderzoek van de zaak moet worden voortgezet wat de ontvankelijkheid en gegrondheid van de overige middelen betreft. Aldus werd de algemene conclusie uit het eerste auditoraatsverslag, dat de verzoekende partij belang miste bij "de" in het verzoekschrift aangevoerde middelen, niet bijgevallen.

Dienvolgens is er grond om de debatten te heropenen en bij toepassing van artikel 24, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, om het auditoraat te gelasten het onderzoek van welbepaald het tweede, derde en vierde middel af te doen.

OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :

<u>Artikel 1</u>.

De debatten worden heropend.

<u>Artikel 2</u>.

Het door de auditeur-generaal aan te stellen lid van het auditoraat wordt ermede belast het tweede, derde en vierde middel te onderzoeken op hun ontvankelijkheid en hun gegrondheid.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf december 2007, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

S. DOMS. **D. VERBIEST.**