

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.406 van 15 juli 2008
in de zaak A. 166.094/XII-4537.**

In zake : de NV ESRI BELUX,
die woonplaats kiest bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6

tegen :

de STAD GENK,
die woonplaats kiest bij
advocaat W. Mertens,
kantoor houdende te Beringen,
Scheigoorstraat 5.

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 Esri Belux op 16 september 2005 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de stad Genk d.d. 29 juni 2005 [...], meegedeeld bij aangetekend schrijven d.d. 19 juli 2005 [...] en ontvangen op 22 juli 2005 en met volgende inhoud :

‘Akkoord te gaan

1. met de aanschaf in 2005 van de Smallworld ontwikkellicenties, de basis Smallworld GIS bedrijfslicentie voor GBK en het onderhoud voor 3 maanden via GE Energy voor een totaal bedrag van 92.144,87 EUR, btw incl.
2. Met het voorzien van de nodige kredieten in de begroting 2006 en 2007 voor de verdere invulling van de aanschaf en het onderhoud van basis Smallworld GIS Licenties i.f.v. de G@lileo modules volgens voorgesteld plan”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door auditeur P. Barra;

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

Gelet op de beschikking van 11 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 11 maart 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat A. Beelen, die loco advocaat W. Mertens verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

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

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. De verwerende partij zoekt oplossingen voor de uitbouw van een geïntegreerd Gissysteem (Gis = Geografisch Informatiesysteem) op diverse stedelijke diensten (Ruimtelijke Ordening, Leefmilieu, Grondzaken).

Op 10 februari 2005 wordt een nota opgesteld door haar technische dienst waaruit blijkt dat er twee mogelijkheden zijn om te komen tot een geïntegreerd GIS :

- de ontwikkeling van een systeem “op maat” (duurt lang en is duur maar levert een Gis-applicatie naar eigen wens op);
- aansluiten bij een bestaand geïntegreerd Gissysteem, dat door de stad Leuven is ontwikkeld (levert snellere implementatie op en is goedkoper maar de modules van Leuven zullen misschien niet onmiddellijk 100 % van de eisen van de diensten inlossen).

De nota stelt voor, gelet op de beperktheid der financiële middelen en de geringe kostprijs die Leuven vraagt, “resoluut” te kiezen voor een samenwerkingsverband met Leuven.

Het college van burgemeester en schepenen gaat op 16 februari 2005 akkoord met die nota, en het daarin vervatte stappenplan. Er is daarbij sprake van een overeenkomst die zal moeten worden gesloten tussen de verwerende partij en de stad Leuven voor het ter beschikking stellen van de “Leuvense” modules, en van de keuze door de stad Genk voor aankoop van Smallworld als “de” basissoftware. De twee elementen worden voorgesteld als verbonden.

2. De gemeenteraad keurt vervolgens op 21 april 2005 een bijzonder bestek “diensten” goed met als gunningswijze de algemene offerteaanvraag en met als voorwerp van de overheidsopdracht :

“de aanstelling op zelfstandige basis, van een Gis consultant ter ondersteuning van de implementatie van een stedelijk Gis systeem met gebruik van de G@lileo modules stad Leuven en GE Smallworld Gis als basis software”.

In de overwegingen wordt het volgende vermeld :

“Verwijzend naar de beslissingen van de stad Leuven terzake, waaruit o.m. blijkt dat de keuze voor Smallworld gebaseerd is op een procedure, gevoerd op basis van de grondbeginselen van de overheidsopdrachten (opdrachten worden gegund na mededinging, en op een forfaitaire basis (vaste prijs)):
de beslissing van de raad d.d. 22.7.1997 houdende instemming met het opzetten van een geografisch informatiesysteem;
de beslissing van het college van burgemeester en schepenen d.d. 24.9.1998 houdende gunning aan de voordeligste inschrijver, de firma Smallworld Systems BV”.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 29 april 2005.

3. De verzoekende partij schrijft op 26 april 2005 het volgende aan de verwerende partij :

“Uit punt 0039 van de agenda van de gemeenteraadsvergadering van 21 april 2005, getiteld ‘Ondersteuning bij de implementatie van een stedelijk geïntegreerd Gis. Goedkeuring lastenboek’ (kopie in bijlage), menen wij te kunnen opmaken dat de stad Genk gekozen heeft voor de software van Smallworld voor het opzetten van haar Geografisch Informatie Systeem (Gis). Als leverancier van een concurrerende software verwondert ons dit ten eerste, aangezien wij nergens een aankondiging gezien hebben voor de desbetreffende opdracht.

Verwijzend naar de overheidsopdrachtenwetgeving en de wetgeving op de openbaarheid van bestuur vragen wij u hierbij om ons een kopie over te maken van het gemotiveerd gunningsverslag, waaruit blijkt dat de Stad Genk besloten

heeft om de opdracht voor het opzetten van haar Geografisch Informatie Systeem aan Smallworld te gunnen”.

4. Met een brief van 2 mei 2005 wordt geantwoord :

“Wij zijn zinnens, in het kader van de invoering van het Gis, te gaan samenwerken met de stad Leuven waarbij ons o.a. de modules G@lileo ter beschikking zullen gesteld worden.

Deze modules zijn door de stad Leuven zelf ontwikkeld in functie van de specifieke noden van de toekomstige GIS-gebruikers en zijn gebaseerd op de Smallworld technologie.

De keuze voor Smallworld door de stad Leuven is gebaseerd op een Europese mededingingsprocedure.

Wij zijn van mening dat het niet verboden is met een ander bestuur samen te werken met het oog op de verwezenlijking van een doel van algemeen belang.

Er zou eventueel een probleem kunnen zijn als een openbaar bestuur, op basis van de opgedane ervaring, het in eigen beheer ontwikkeld product (en in de veronderstelling dat het product in die vorm tevens op de privé-markt zou te verkrijgen zijn) zou te koop aanbieden buiten het kader van hun beheer en zonder rekening te houden met bepaalde criteria inzake financieel en economisch beheer, die wel gelden voor ondernemingen van de privé-sector. Er zou dan sprake kunnen zijn van deloyale concurrentie, wat indruist tegen de bepalingen van het verdrag van Rome.

Deze voorwaarden zijn in casu niet vervuld zodat er geen benadeling kan aangevoerd worden”.

5. Hierop reageert de verzoekende partij met een brief van 10 mei 2005. In de eerste plaats betoogt de verzoekende partij dat sedert de stad Leuven eind de jaren negentig een mededingingsprocedure organiseerde, de markt van Gis-software een enorme ontwikkeling heeft gekend en dat de prijzen en performantie van de huidige op de markt voorradige Gis-software niet te vergelijken zijn met die van 8 jaar terug. Zij doet bovendien gelden dat de modules van stad Leuven geen uitzonderlijke mogelijkheden bieden die de privé markt heden niet zou kunnen verschaffen en deze perfect in staat is aan de betrokken noden te voldoen. Ten slotte merkt zij op dat het Hof van Justitie in het arrest C-107/98 inzake Teckal gesteld heeft dat de overheidsopdrachtenreglementering principieel van toepassing is ongeacht het feit dat de transactie is gesloten tussen een aanbestedende dienst en een instantie die ook een aanbestedende dienst is.

De verzoekende partij maant de verwerende partij aan conform de reglementering een marktraadpleging te doen voor de gunning van de opdracht tot invoering van een Gis en de aankondiging van voormelde opdracht (aanstelling Gis-consultant) in te trekken.

Ook op 10 mei 2005 schrijft de verzoekende partij een brief naar de provinciegouverneur om tussen te komen en de overheidsopdrachtenwetgeving te doen naleven.

6. De technische dienst van de verwerende partij stelt een plan van aanpak - datum 27 mei 2005- op : “Geïntegreerd Gis met GE SmallWorld Gis”.

Uit een brief van 22 juni 2005 aan de gouverneur blijkt dat de verwerende partij in de volgende stappen voorziet :

“Voor wat de verdere procedure betreft, dienen nog de volgende stappen ondernomen te worden :

/ aankoop software “GE Smallworld Gis” op basis van art. 17 § 2 (f) van de wet d.d. 24.12.1993;

/ aanstelling van een Gis consultant ter ondersteuning van de implementatie van een stedelijk GIS, op basis van de gehouden offerteaanvraag;

/ goedkeuring overeenkomst Stadsbestuur Genk-Stad Leuven m.h.o.o. het gebruik van de G@lileo modules”.

7. Met een brief van 24 juni 2005 deelt de gouverneur aan de verwerende partij mee dat hij zich niet verzet tegen de verdere uitvoering van het gemeenteraadsbesluit van 21 april 2005.

Met een andere brief van 24 juni 2005 schrijft de gouverneur het volgende aan de verzoekende partij :

“In aansluiting met mijn brief van 18 mei 2005 deel ik u mee dat het besluit van 21 april 2005 van de gemeenteraad klacht houdende implementatie Gis-systeem en aanstelling Gis-consultant, niet geschorst werd.

De mededinging moet wel gerespecteerd worden conform de wetgeving overheidsopdrachten tenzij er in de wetgeving overheidsopdrachten bepalingen bestaan dat dit onmogelijk maakt. In dit dossier is dit artikel 17, § 2, 1/ f van de wet van 24 december 1993.

Genk voert aan dat de G@lileo-modules die Leuven ter beschikking stelt, uniek en enig zijn en op de huidige GIS-markt geen gelijkaardig produkt vindt waar Genk mee kan werken dat voldoet aan dezelfde eisen.

Na aankoop van Gis-software, dient de gebruiker nog eigen toepassingen te ontwikkelen. De op maat gemaakte modules van de stad Leuven, G@lileo zijn volledig afgestemd op de noden van steden en gemeenten en Genk hoeft dus niet meer zelf de modules te ontwikkelen. Deze G@lileo-modules hebben reeds in Leuven hun waarde en stabiliteit bewezen.

Conform artikel 17, § 2, 1/ f van de Wet van 24 december 1993 geeft de wetgeving overheidsopdrachten aan dat bij een feitelijk monopolie de aanbestedende overheid gerechtigd is met deze een overeenkomst te sluiten op basis van een onderhandelingsprocedure”.

8. Vervolgens schrijft de raadsman van de verzoekende partij op 8 juli 2005 een brief aan de gouverneur, met kopie aan het college van burgemeester en schepenen, met de volgende inhoud :

“Wij werden geraadpleegd door de vennootschap ESRI Belux nv, dit n.a.v. uw schrijven d.d. 24 juni 2005. Uw schrijven vormde een antwoord op de klacht die door cliënte werd geuit tegen het besluit van de gemeenteraad van de stad Genk d.d. 21 april 2005.

Het voorwerp van de klacht van cliënte had betrekking op de beslissing houdende implementatie Gis-systeem en aanstelling van een Gis-consultant. Hierbij stelt u dat in het kader van de toepassing van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna de “Wet van 24 december 1993”) de gemeente Genk gerechtigd was om toepassing te maken van artikel 17, § 2, 1/, f dat luidt als volgt :

‘§ 2. Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer :

1/ in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen en diensten :

(...)

f) de werken, leveringen of diensten omwille van hun technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan één bepaalde aannemer, leverancier of dienstenverlener kunnen toevertrouwd worden;’

Bijgevolg bent u van oordeel dat de betreffende werken, leveringen of diensten omwille van een technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan één bepaalde aannemer, leverancier of dienstverlener kunnen worden toevertrouwd, in casu Small World nv.

Wij wensen u mee te delen dat wij namens cliënte de door u aangehaalde argumentatie met klem betwisten. Immers, overeenkomstig vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dienen de toepassingsgevallen van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op een zeer strikte wijze geïnterpreteerd te worden. Het komt hierbij toe aan de aanbestedende overheid, die deze bepalingen wenst in te roepen, om aan te tonen dat ‘uitzonderlijke omstandigheden’ aanwezig zijn, die de afwijking rechtvaardigen en dat deze uitzonderlijke omstandigheden ook daadwerkelijk aanwezig zijn.

Welnu, de stelling dat de ter beschikking gestelde softwaremodules ‘uniek en enig zijn’ en ‘op de huidige Gis-markt geen gelijkaardig product’ te vinden is ‘waar Genk mee kan werken dat voldoet aan dezelfde eisen’ is een loutere bewering die op geen enkele wijze wordt gestaafd. Meer nog, uit de feiten blijkt dat dit standpunt helemaal niet kan overtuigen nu daadwerkelijk wel producten en leveranciers voorhanden zijn die, tegen competitieve voorwaarden, softwareapplicaties zoals deze aangeboden door Small World kunnen leveren.

In deze omstandigheden zien wij ons dan ook genooddaakt om in rechte het door u ingenomen standpunt te betwisten. Wij schrijven vandaag bij afzonderlijk schrijven de gemeente Genk aan, waarbij wij hen vragen om ons mee te delen wat de actuele stand is wat betreft de uitvoering van de beslissing d.d. 21 april 2005”.

9. Met een brief van 19 juli 2005 antwoordt de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekende partij en brengt hem een beslissing van 29 juni 2005 van het college van burgemeester en schepenen ter kennis, die luidt als volgt :

“Gelet op de volgende gegevens :

De vraag van de Gis projectleiding.

De beslissing van het college van 16 februari 2005 om aan te sluiten bij een bestaand geïntegreerd Gis systeem, dat door de stad Leuven werd ontwikkeld. Het besluit van de gemeenteraad van 21 april 2005 inzake de ondersteuning bij de implementatie van een stedelijk geïntegreerd Gis.

De goedkeuring van het plan van aanpak door het college en het managementteam, zoals vermeld in de AVM-nota van 8 juni 2005.

De wet van 24.12.1993 meer bepaald artikel 17, § 2, 1f betreffende de overheidsopdrachten.

De G@lileo Gis modules, ontwikkeld door stad Leuven, draaien op het Smallworld platform. Voor elke (bijkomende) G@lileo module is een (bijkomende) basis Smallworld Gis nodig. De modaliteiten voor de aanschaf en het gebruik van de G@lileo modules zelf zijn onderwerp van een aparte beslissing. De onderhandelingen hierover met stad Leuven zijn bezig.

De offerte van de firma GE Energy betreffende de noodzakelijke basis bedrijfslicenties (berekend op het aantal inwoners en niet op het aantal gebruikers) en de noodzakelijke ontwikkellicenties van Smallworld spreidt de aanschaf van de Gis basissoftware als volgt over 2005-2006-2007 :

[volgen cijfers begroting 2005, 2006 en 2007]

De onderhoudsprijzen zijn genegotieerd en berekend op 17,5 % per jaar. Het onderhoudsbedrag in de opstartjaren is afhankelijk van de opstartdatum van een module. Het onderhoud is gratis gedurende 3 maanden vanaf het opstarten.

De kredieten voor de aanschaf en het onderhoud van de basis SW licenties voor het werkjaar 2005 zijn in BW 1-2 voorzien op art 421 123 13 2 van de gewone dienst van de begroting.

Besluit:

Akkoord te gaan

1. met de aanschaf in 2005 van de Smallworld ontwikkellicenties, de basis Smallworld Gis bedrijfslicentie voor GBK en het onderhoud voor 3 maanden via GE Energy voor een totaal bedrag van 92.144,87 EUR, btw incl.

2. met het voorzien van de nodige kredieten in de begroting 2006 en 2007 voor de verdere invulling van de aanschaf en het onderhoud van basis Smallworld Gis licenties i.f.v. de G@lileo modules volgens voorgesteld plan”.

Dit is de bestreden beslissing.

10. Op 17 augustus 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij de overheidsopdracht vermeld onder randnummer 2 - de consultancy-opdracht - aan de firma GE Energy Netherlands toe te vertrouwen.

Het voorwerp van het beroep

11. De verzoekende partij stelt in haar inleidend verzoekschrift onder de hoofding “aard van de bestreden beslissing” dat de bestreden beslissing de toewijzing is “van een overheidsopdracht voor leveringen aan belanghebbende partij voor een periode van ten minste drie jaar” met een geraamde waarde van 219.512,86 euro.

De verwerende partij merkt terecht op dat ze met de bestreden beslissing geen akkoord gegeven heeft voor de aankoop ter waarde van 219.512,86 euro, maar enkel een akkoord voor de producten en prestaties voor een bedrag van 92.144,87 euro. In haar laatste memorie en onder verwijzing naar een stuk 18 vermeldt zij wel de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 22 februari 2006 om akkoord te gaan “met de externe ondersteuning m.h.o.o. de implementatie milieumodule” ten bedrage van 143.380,70 euro. Er is reden toe om die beslissing die voortbouwt op de initieel bestreden beslissing mee in het voorwerp van het beroep te betrekken.

De ontvankelijkheid van het beroep

12. De verwerende partij betwist het belang van de verzoekende partij, aangezien de bestreden beslissing haar geen recht ontnemt, nu de verzoekende partij geen verdeelster is van Smallworld Gis software. De verzoekende partij heeft eigenlijk problemen met het feit dat de verwerende partij gekozen heeft, reeds op 16 februari 2005 en bevestigd op 21 april 2005, voor aansluiting bij het bestaand geïntegreerd Gis-systeem waarbij gebruik wordt gemaakt van de G@lileo-modules met Smallworld Gis. De logica zou dus zijn dat de verzoekende partij de beslissingen van 16 februari 2005 en 21 april 2005 -deze laatste betreffende het bestek- zou hebben aangevochten. De vraag welke software de verwerende partij verkiest is daar immers definitief opgelost. De bestreden beslissing geeft enkel een antwoord op de vraag of de concrete offerte van GE Energy voor de plaatsing van de G@lileo modules met Smallworld Gis voor de verwerende partij aanvaardbaar is, waarop het antwoord positief luidde. De bestreden beslissing is dus slechts een uitvoeringsbeslissing. De verzoekende partij gaf er reeds in haar brief van 26 april 2005 blijk van te weten dat de verwerende partij gekozen had voor de software van Smallworld. De gouverneur liet de verzoekende partij reeds weten dat de verwerende partij voor Smallworld software had gekozen omwille van het specifiek en uniek karakter van de modules G@lileo. De verzoekende partij gebruikt de beslissing van 29 juni 2005 om een vorige beslissing van 16 februari 2005 waartegen de gouverneur een klacht van

verzoekende partij verwierp, aan te vechten. De verzoekende partij doet dit omdat haar beroepstermijn tegen de beslissingen van 16 februari 2005 en van 21 april 2005 van het college van burgemeester en schepenen en tegen de beslissing van 24 juni 2005 van de gouverneur, verlopen is. De bestreden beslissing heeft geen rechtsgevolgen op het vlak van de keuze van software, de keuze zit in eerdere beslissingen vervat; de verzoekende partij heeft geen rechtstreeks belang bij de annulatie van de bestreden beslissing; een annulatie zal de verwerende partij niet verplichten in een voor de verzoekende partij gunstige zin te handelen.

13. De aangevochten beslissing, zoals in het inleidend verzoekschrift omschreven, is in de eerste plaats een beslissing om een overheidsopdracht, gegund door middel van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, voor de aanschaf van Smallworld ontwikkellicenties, de basis Smallworld Gis bedrijfslicentie voor GBK en het onderhoud voor 3 maanden, toe te wijzen aan GE Energy. De verzoekende partij is speler op de markt van Gis en meent dat ze aan de behoefte van de verzoekende partij kon voldoen maar dat ze nooit de kans daartoe heeft gekregen. In de lijn van het arrest nr. 152.173 van 2 december 2005 van de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wordt vastgesteld dat de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring en een vordering tot schorsing in te stellen tegen de beslissing om het bestek vast te stellen, niet wegneemt dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. De verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen een toewijzingsbeslissing de onwettigheid inroepen van het bestek op grond waarvan die beslissing is genomen, zelfs indien zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State.

Te dezen heeft de verzoekende partij dus niet haar belang verloren door niet binnen de gestelde termijn een beroep te hebben ingesteld bij de Raad van State tegen de beslissing van de gemeenteraad van 21 april 2005 waarbij het bestek werd vastgesteld dat voorzag in een Gis-systeem met gebruik van de G@lileomodules van de stad Leuven en GE Smallworld Gis als basissoftware en waar de bestreden beslissing naar verwijst.

De verwerende partij betoogt nog in haar laatste memorie dat de verzoekende partij niet deelnam aan de voormelde algemene offerteaanvraag die in het Bulletin der Aanbestedingen werd gepubliceerd op 29 april 2005. Dit argument

wordt niet aanvaard, aangezien die publicatie en procedure de aanstelling betrof van een GIS-consultant en niet de te dezen bestreden beslissing die aanschaf en onderhoud van ontwikkellicenties betreft.

De exceptie wordt niet aanvaard.

De gegrondheid van het beroep

Standpunten van de partijen

14. De verzoekende partij voert in een enig middel in haar verzoekschrift de schending aan van artikel 17, § 2, 1^o, f), van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen, en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur meer bepaald de materiële motiveringsplicht.

Zij betoogt daartoe dat in de bestreden beslissing de verwerende partij zich op voormeld artikel 17, § 2, 1^o, f), beroept doch in de bestreden beslissing zelf geen motivering wordt opgegeven waarbij de vermeende technische of artistieke specificiteit dan wel de aanwezige bescherming van exclusieve rechten wordt gerechtvaardigd. Uitgaande van het feit dat de brief van 19 juli 2005 die deze beslissing begeleidt verwijst naar het standpunt van de hogere overheid, moet worden aangenomen dat de verwerende partij blijkbaar meent dat er sprake is van een feitelijk monopolie. Dit overtuigt niet. Zo er al sprake zou zijn van een feitelijk monopolie, wat niet zo is, dan nog is dit gegeven onvoldoende om de toepassing van de onderhandelingsprocedure te verantwoorden. De technische noodzaak moet immers ook bewezen worden en dit is hier helemaal niet het geval. Het zogenaamd feitelijk monopolie waar de gouverneur het over heeft, namelijk het uniek en enig zijn van de G@lileomodules en het feit dat men op de huidige Gis-markt geen gelijkaardig product vindt waar de verwerende partij mee kan werken dat voldoet aan dezelfde eisen, is onjuist en mist elke feitelijke grondslag. De door de verzoekende partij gecommercialiseerde software biedt ook deze mogelijkheden. er is geen sprake van een feitelijk monopolie. Maar zelfs al was er een feitelijk monopolie, dan nog moet bovendien worden bewezen dat technische redenen voorhanden zijn die, gegeven de uitzonderlijke omstandigheden, het absoluut noodzakelijk maken dat de opdracht aan de betrokken ene leverancier wordt gegund.

Zulks wordt te dezen niet aangevoerd, laat staan bewezen. Een eventuele verwijzing door de verwerende partij naar de samenwerking met Leuven is evenmin afdoende nu het arrest Teckal van 18 november 1999 van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen overeenkomsten tussen publiekrechtelijke overheden ook onder toepassing van de voormelde wet van 24 december 1993 stelt.

15. De verwerende partij merkt in haar memorie van antwoord in de eerste plaats op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel : de verzoekende partij moet aantonen dat ze in staat is een Gis-systeem aan te bieden dat gelijkwaardig is aan het Gis-systeem Smallworld met de G@lileo-modules. De verzoekende partij toont dit niet aan. Voorts gaat het te dezen niet om een aan de wetgeving overheidsopdrachten onderworpen overheidsopdracht aangezien hier geen overeenkomst ten bezwarende titel voorhanden is; het bedrag dat de verwerende partij betaalt vertegenwoordigt niet de totale kost van de ontwikkeling; de modules worden niet haar eigendom; de overeenkomst tussen de verwerende partij en Leuven van 20 oktober 2005 stelt dat het gebruiksrecht van de modules in de tijd beperkt is. Het gaat voorts niet om een overheidsopdracht levering zoals de verzoekende partij betoogt, omdat de bestreden beslissing naast een component diensten in wezen deel uitmaakt van een grotere overheidsopdracht namelijk de bestreden beslissing samen met de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 17 augustus 2005 die een dienstenopdracht inhouden; de lezing van deze twee beslissingen samen leert dat het dienstenaspect prevaleert op het leveringenaspect en dat het dus niet om een overheidsopdracht leveringen gaat. Voorts werd de keuze voor G@lileomodules met Smallworld Gis wel gemotiveerd: in de brief van 2 mei 2005 van de verwerende partij aan de verzoekende partij, in het plan van aanpak van 27 mei 2005 en in de documenten die door de verwerende partij aan de gouverneur werden bezorgd. Tenslotte haalt de verwerende partij een aantal kwaliteiten aan waaraan het Smallworld systeem zou voldoen en stelt ze dat de G@lileomodules in een ESRI omgeving slechts kunnen worden gebruikt mits enorme inspanningen en het risico op verlies aan bepaalde functionaliteit.

16. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij op dat pas met de bestreden beslissing een voor de verzoekende partij griefhoudende beslissing is getroffen; de bestreden beslissing werd trouwens pas genomen na de beslissing van de gouverneur. Wat de kwalificatie van de bestreden beslissing betreft dient te worden uitgegaan van de kenmerken van de bestreden beslissing zelf en kan bezwaarlijk rekening worden gehouden met een later getroffen beslissing. Tenslotte doet de verzoekende partij gelden dat de keuze voor de G@lileomodules

met Smallworld Gis wel gemotiveerd is vanuit de technische specificiteit maar post factum; voorts tonen de opmerkingen van de verwerende partij i.v.m. de ESRI omgeving en de G@lileo-modules aan dat de zogenaamde technische redenen het niet absoluut noodzakelijk maken dat de opdracht wordt toegewezen aan een bepaalde inschrijver.

Beoordeling

17. De oorspronkelijk bestreden beslissing van 29 juni 2005 bevat een toewijzing van een opdracht voor de levering van Smallworld ontwikkellicenties, de basis Smallworld Gis bedrijfslicentie voor GBK en het onderhoud voor drie maanden via GE Energy voor een totaal bedrag van 92.144,87 euro, BTW inbegrepen. Die toewijzing betreft niet de zogenoemde G@lileo-modules die eigendom zijn van de stad Leuven; het gebruiksrecht voor deze modules is vervat in een overeenkomst tussen de verwerende partij en Leuven van 20 oktober 2005.

De verwerende partij beweert dat de betrokken opdracht geen overheidsopdracht zou zijn omdat deze niet tot een overeenkomst onder bezwarende titel zou leiden. Ze wordt in die stelling niet bijgevalen want die zienswijze berust niet op een correcte grondslag : de bestreden beslissing betreft immers de levering van bepaalde software aan de verwerende partij door GE Energy en een onderhoudsprestatie en dit wel degelijk tegen een prijs, namelijk voor 2005 van 92.144,87 euro, BTW inbegrepen.

In de mate dat de verwerende partij doet gelden dat het te dezen niet om een overheidsopdracht voor leveringen zou gaan, valt niet in te zien welke relevantie dit onderscheid voor de beoordeling van het middel zou vertonen : in essentie wordt de schending aangeklaagd van voormeld artikel 17, § 2, 1/, f), dat zowel op aannemingen van leveringen als van diensten toepasselijk is en waar de verwerende partij in de bestreden beslissing uitdrukkelijk zelf naar verwees.

18. De verwerende partij heeft voor de bestreden beslissing de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking toegepast. In de overwegingen van deze beslissing heeft de verwerende partij het over het feit dat ze beslist heeft de G@lileo-modules van de stad Leuven te gebruiken omdat ze daartoe de Smallworld software nodig heeft; zulks wordt onmiddellijk vermeld na de overweging met de verwijzing naar artikel 17, § 2, 1/, f); ook uit het verweer kan worden afgeleid dat de toepassing van dit artikel zou zijn toegestaan omdat het te dezen zou gaan om een prestatie die omwille van haar technische specificiteit slechts aan één bepaalde leverancier kan worden toevertrouwd.

Er wordt dus van uitgegaan dat :

- G@lileomodules tegemoet komen aan de nood aan een Gis-systeem
- Smallworld software nodig is om die G@lileomodules te gebruiken.

In de bestreden beslissing wordt echter niet gemotiveerd :

- waarom slechts G@lileo-modules aan de nood van de verwerende partij zouden kunnen tegemoet komen en
- waarom slechts Smallworld software de toepassing van G@lileo-modules kan realiseren.

Op grond van die twee veronderstellingen is de bestreden beslissing nochtans impliciet (G@lileo-modules zijn noodzakelijk)- doch zeker - en expliciet (Smallworld software is noodzakelijk) gesteund. Deze twee veronderstellingen blijken het resultaat van een aantal voorbereidende beslissingen.

19. Artikel 17, § 2, 1/, f), veronderstelt echter dat de verwerende partij te dezen aangetoond heeft dat de verwerende partij geen gebruik kon maken van een ander systeem om aan haar nood, een Gis, te voldoen dan de G@lileo-modules en de Smallworld software; voorts dient te worden aangetoond dat het onderhoud van dit systeem door geen ander dan de aangewezen leverancier (GE Energy) kon worden verricht.

De onderhandelingsprocedure is een uitzonderingsprocedure en de afwijkingen op de algemene regels betreffende offerte en aanbesteding dienen strikt te worden geïnterpreteerd. Bovendien moet het onderzoek naar de toepasbaarheid vóór het nemen van een beslissing plaatsgrijpen en niet post factum.

Om de mogelijke toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1/, f), te beoordelen dienden zowel de noodzakelijkheid van de G@lileo-modules als de noodzakelijkheid van de Smallworld software te worden beoordeeld.

De verwerende partij verwijst voor deze beide noodzakelijkheden in de eerste plaats naar de brief van 2 mei 2005 van de verwerende partij aan de verzoekende partij. Deze verwijzing bevreemdt in hoge mate : de betrokken brief die uitgaat van de burgemeester en de stadssecretaris maar niet namens het college van burgemeester en schepenen is ondertekend, is een antwoord op een vraag van de verzoekende partij; het gaat dus niet om een beslissing van een bevoegd orgaan over de methode waarop een Gis wordt gekozen. Voorts wordt er in die brief verwezen naar het feit dat de stad Leuven deze G@lileo-modules heeft ontwikkeld en dat deze goed werken, element dat op zich van belang kan zijn bij de keuze van een systeem doch dat geen gegeven is op grond waarvan de mededinging mag

worden uitgesloten. De bewering van de verwerende partij dat de stad Leuven de regels van het privé handelsverkeer zal in acht nemen en dus geen deloyale concurrentie zal aandoen aan de privé sector, verduidelijkt evenmin de reden van de keuze voor G@lileo-modules als het volstrekt noodzakelijk en dus buiten de mededinging vallend systeem.

Voorts verwijst de verwerende partij naar een zogenoemd plan van aanpak, stuk dat opgesteld lijkt door de stedelijke technische dienst en dagtekent van 27 mei 2005. De beslissing een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure dagtekent ongetwijfeld van eerder. De ook in dat plan vermelde elementen nopens het G@lileo systeem met Smallworld software geven aan waarom de verwerende partij kiest voor dit systeem doch niet waarom dit systeem dermate noodzakelijk is dat het de mededinging uitsluit. Dit plan is voorts goedgekeurd door het college van burgemeester en schepenen bij nota van 8 juni 2005.

Vervolgens verwijst de verwerende partij naar de documenten die ze opstuurde naar de gouverneur naar aanleiding van de klacht van de verzoekende partij bij de gouverneur. De betrokken brief dagtekent van 22 juni 2005 en lijdt dus ook aan hetzelfde euvel als de voorgaande motiveringen, namelijk een post factum verantwoording te zijn. Overigens geeft de opsomming van de eigenschappen van Smallworld, gegeven in de bij de brief gevoegde nota, op zich niet aan dat dit systeem zo absoluut nodig is voor het bereiken van een stedelijk Gis dat geen beroep kan worden gedaan op de mededinging.

Ten slotte geeft de verwerende partij in haar memorie van antwoord nog een aantal elementen en redenen aan die pleiten voor Smallworld Gis en besluit ze met te stellen dat de Leuvense G@lileo-modules slechts onder een ESRI omgeving kunnen draaien mits aanpassingen die steeds een risico zouden inhouden dat een bepaalde functionaliteit verloren gaat of niet reproduceerbaarheid met zich zou meebrengen. Naast het post factum gehalte ervan, kan moeilijk naast de conclusie worden gekeken dat ook deze elementen eerder het resultaat lijken van de toepassing van gunningscriteria dan een uiting van een noodzakelijkheid die de mededinging opzij zet; voorts, specifiek wat het element Smallworld betreft wordt, zoals de verzoekende partij opmerkt, hier eigenlijk toegegeven dat de band tussen G@lileo-modules en Smallworld niet zo exclusief is als de strekking van de bestreden beslissing impliceert.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verwerende partij niet aantoont dat de toepasselijkheid van artikel 17, § 2, 1/, f), verworven is: om de mededinging aan de kant te laten had de verwerende partij op een onomstotelijke manier dienen aan te tonen dat de G@lileo-modules de enige weg waren om aan de Gis-behoefte te voldoen en dat de Smallworld software de enige informaticatechniek was om de G@lileo-modules te gebruiken. Niet wordt aangetoond dat deze beide uitgangspunten aan de grondslag liggen van de bestreden beslissing. In die zin is het middel gegrond.

Het middel leidt tot de nietigverklaring zoals hierna in het dictum is bepaald. Die nietigverklaring zal overigens ook niet zonder gevolgen kunnen blijven voor de “bevestigende beslissingen van onbekende datum waarbij voor 2006 en 2007 tot de verdere invulling van de aanschaf en het onderhoud door verwerende partij werd beslist aansluitend op de bestreden beslissing”, waarvan de verzoekende partij in haar laatste memorie de nietigverklaring vraagt maar die zij in die memorie niet met de vereiste nauwkeurigheid preciseert.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Vernietigd worden :

- de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Genk van 29 juni 2005 waarbij wordt besloten tot de aanschaf in 2005 van de Smallworld ontwikkellicenties, de basis Smallworld Gis bedrijfslicentie voor GBK en het onderhoud voor 3 maanden via GE Energy voor een totaal bedrag van 92.144,87 euro, en tot het voorzien van de nodige kredieten in de begroting 2006 en 2007 voor de verdere invulling van de aanschaf en het onderhoud van basis Smallworld GIS Licenties in functie van de G@lileo modules volgens voorgesteld plan
- de beslissing van hetzelfde college van 22 februari 2006 betreffende de implementatie van de milieu module voor 143.380,70 euro.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien juli 2008, 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.