

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 202.260 van 23 maart 2010
in de zaak A. 195.641/XII-6121**

In zake: de NV AQUATERRA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Sutter
kantoor houdend te Gent
Koning Albertlaan 128
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV ARCH & TECO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Lachaert
kantoor houdend te Merelbeke
Hundelgemsesteenweg 166, bus 5-6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 februari 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent van 5 februari 2010, ter kennis gebracht per aangetekend schrijven van 12 februari 2010, waarbij inzake de opdracht met betrekking tot het onderhoud van het Wegen Informatie Systeem (WIS) stad Gent gedurende een periode van één jaar (bijzonder bestek 09520/01/00/00) het gunningsverslag van 18 januari 2010 wordt goedgekeurd (artikel 1), de offerte van de verzoekende partij wordt geweerd als onregelmatig (artikel 2) en de opdracht wordt gegund aan de nv Arch & Teco Netwerken (artikel 3)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een administratief dossier ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 maart 2010, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom De Sutter, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hendrik Vermeire, die loco advocaat Patrick Devers verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Patrick Lachaert, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De stad Gent schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor het onderhoud van het weginformatiesysteem (WIS) van de stad gedurende een periode van één jaar.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 3 september 2009 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 5 september 2009.

De totale waarde van de opdracht wordt geraamd op 229.580 euro, btw niet inbegrepen.

In de aankondiging wordt tevens vermeld dat de opdracht wordt gegund met een algemene offerteaanvraag en met een onderhandelingsprocedure opnieuw kan worden toegewezen bij toepassing van artikel 17, § 2, 2^o, b, van de wet

van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Daarbij wordt er op gewezen dat de aanwending van deze laatste procedure beperkt is tot een periode van 3 jaar na het gunnen van de oorspronkelijke opdracht.

3.3. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek nr. 09520/01/00/00.

Het voorwerp van de opdracht wordt in dat bestek omschreven als volgt:

“De uit te voeren dienst betreft:

Onderhoud uit te voeren op het Wegen Informatie Systeem (WIS) van de Stad Gent gedurende een periode van 1 jaar.

De opdracht omvat de updating van de bestaande WIS kaart, daartoe dienen ter plaatse opmetingen (inclusief geometingen) en controles te gebeuren die verder digitaal moeten verwerkt en afgeleverd worden. De opdracht wordt uitgevoerd in fasen waarbij iedere fase staat voor 1 deelgebied. In totaal zijn er 14 deelgebieden (zie bijlage A).

De totale opdracht zal de vermoedelijke hoeveelheid van ± 1297 km wegenis bedragen.

Deze opdracht omvat één perceel”.

3.4. De opening van de inschrijvingen vindt plaats op 29 oktober 2009. Twee inschrijvers dienen een offerte in, meer bepaald de nv Aquaterra en de nv Arch & Teco Netwerken. Deze laatste inschrijver verzorgt sinds 2002 de aanmaak en de jaarlijkse update van de WIS kaart van de stad Gent.

3.5. In het gunningsverslag van 18 januari 2010 wordt voorgesteld om de offerte van de nv Aquaterra als inhoudelijk niet conform met het bijzonder bestek en dus als onregelmatig te beschouwen en de opdracht toe te wijzen aan de nv Arch & Teco Netwerken.

3.6. Op 5 februari 2010 neemt het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent de bestreden beslissing, in de zin van voormeld verslag.

3.7. Bij aangetekend schrijven van 12 februari 2010 deelt de stad Gent aan de nv Aquaterra mee dat haar offerte niet werd uitgekozen en wordt haar een kopie van de toewijzingsbeslissing en van het gunningsverslag bezorgd. Tevens wordt haar onder verwijzing naar artikel 21 bis van de voornoemde wet van 24 december 1993, een wachttermijn van vijftien dagen toegekend.

IV. Tussenkomst

4. Met een op 8 maart 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de nv Arch & Teco om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

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

VI. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van het enig middel

6.1. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, is een *eerste en enig middel* genomen uit de schending “van artikel 110, § 2, van het K.B. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de hoorplicht en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*”.

Het middel wordt opgesplitst in twee onderdelen.

6.2. In het eerste onderdeel betwist de verzoekende partij uitvoerig de motieven in de bestreden beslissing op grond waarvan haar offerte als onregelmatig werd beschouwd. Zij betoogt daartoe hetgeen volgt:

- het bestek legt geen exacte manier van werken op aan de inschrijver; het feit dat de verzoekende partij in het licht van de huidige technologische evolutie een nieuwe manier van werken voorstelt is op zich niet strijdig met de besteksbepalingen en vormt op zich geen reden om haar offerte onregelmatig te verklaren;
- de bemerking dat de door haar voorgestelde methode van “Mobile Mapping” onvoldoende zou zijn om de kwaliteitsbepaling van de wegvakken te waarborgen, wordt volgens de verzoekende partij niet gesteund op objectieve gegevens; bovendien zou dit betekenen dat de techniek die voor de GRB’s (Grootschalige Referentie Bestanden) wordt toegepast voor de grootschalige inventarisaties onvoldoende zou zijn voor het WIS-project van de stad Gent, dat qua inhoud en complexiteit “een factor 3” gemakkelijker en minder veeleisend is. De techniek van Mobile Mapping levert volgens haar om de 5 m een panoramische en gedetailleerde opname van het volledige straatbeeld waardoor de operator een perfecte terreinweergave krijgt die bovendien gearchiveerd staat en op elk moment kan worden opgevraagd. Bovendien laat deze techniek toe om een momentopname te maken van het ganse stadsgebied. Volgens de verzoekende partij zou de verwerende partij beter navraag hebben gedaan om deze techniek beter te leren kennen dan gefixeerd te blijven op haar eigen huidige werkwijze;
- wat betreft de werkpool in India merkt zij in de eerste plaats op dat het nog niet zeker is dat deze zal moeten worden ingeschakeld voor dit project. Bovendien wordt in de offerte van de verzoekende partij in ieder geval ook terreinverkenning voorgesteld (punt 5.4 op blz. 10-11). Voorts levert deze werkpool zeer goede prestaties in het kader van haar GRB-projecten. Zij stelt ook de vraag of de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver ook zou weren indien zij haar filiaal in India zou inschakelen;
- er wordt wel degelijk beeldmateriaal aangeleverd met een resolutie van minimum 6 miljoen pixels. Het besteksvereiste zou twee interpretaties toelaten. Volgens de interpretatie van de verwerende partij zou elke -foto- die wordt genomen op een knooppunt minimum 6 miljoen pixels moeten bevatten. Volgens de interpretatie van de verzoekende partij dient elke -opname- die op een knooppunt wordt gemaakt minstens 6 miljoen pixels te bevatten, waaraan haar offerte zonder meer zou voldoen. De opname van het straatbeeld wordt bij elke locatie immers gedekt door $6 \times 2,5 = 15$ miljoen pixels. Rekening houdend met de overlapping tussen de verschillende beelden kan dit nog worden verkleind tot circa 9 miljoen pixels, wat nog steeds groter is dan het opgelegde minimum. Volgens de verzoekende partij is het merkwaardig dat indien de eerste interpretatie zou moeten worden

gevolgd, het bestek geen enkele andere vereiste oplegt aan de resolutie van de beelden;

- ten slotte merkt zij op dat zij wel degelijk beelden kan leveren zoals gevraagd is in het bestek door de beelden uit te filteren en enkel deze op de knooppunten aan te leveren. Zij heeft evenwel voorgesteld om daarnaast geheel gratis het volledige beeldmateriaal te ontsluiten. Aangezien in haar offerte in een koppeling met het Arcview-Esri pakket is voorzien, stelt de verwerende partij volgens haar ook ten onrechte dat de nieuwe software heel wat gevolgen zou hebben voor de stadsdiensten.

Daarnaast meent de verzoekende partij dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat haar offerte niet op eenzelfde wijze zou zijn beoordeeld als de begunstigde offerte en de verwerende partij niet tot een inhoudelijke beoordeling en vergelijking van beide offertes is gekomen.

6.3. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht werden geschonden doordat de verwerende partij heeft nagelaten om de verzoekende partij uit te nodigen om opmerkingen te maken met betrekking tot de beweerde redenen van onregelmatigheid van de offerte vooraleer tot een beslissing te komen.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7. Artikel 110, § 2, van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, zoals te dezen van toepassing, bepaalt dat “onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële bestekbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande [kan] beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel, enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

8.1. Te dezen wordt de beslissing om de offerte van de verzoekende partij te verwerpen wegens onregelmatigheid in de bestreden beslissing en het gunningsverslag als volgt gemotiveerd:

- “- de inschrijver vermeldt in zijn plan van aanpak (pagina 5 van de offerte) duidelijk dat hij een nieuwe werkwijze voorstelt.
- door de nieuwe voorgestelde werkwijze zal de kwaliteitsbepaling van de wegvakken hoofdzakelijk gebeuren aan de hand van fotomateriaal afkomstig uit de Mobile Mapping technieken van het Geovisat systeem. De beoordeling van deze kwaliteiten zal hoofdzakelijk gebeuren op basis van de beoordeling van het fotomateriaal en dit op een locatie in India (zie pagina 28/29 van de offerte). Door deze methode van werken is het contact met de werkelijke toestand op het terrein onvoldoende aanwezig om de in het bestek gevraagde kwaliteitsbepaling van de wegvakken te waarborgen.
- In het bestek wordt gevraagd de foto's aan te leveren in JPEG formaat in High Resolution: minimum 6 miljoen pixels (zie punt 2 Technische beschrijving van het bestek). De inschrijver vermeldt in het plan van aanpak (pagina 32 van de offerte) in hoofdstuk 10.2 Kwaliteitsborging van het beeldmateriaal: 'De digitale foto's die via het geoVisat systeem geleverd worden hebben een resolutie van 1600 X 1600 pixels' (=2,56 miljoen pixels). Dit beantwoordt niet aan hetgeen in het bestek wordt opgelegd namelijk minimum 6 miljoen pixels.
- Deze aangemaakte foto's worden bij de door de inschrijver voorgestelde nieuwe werkwijze ontsloten via het door de inschrijver geleverd software pakket geoVisat. Doordat het WIS systeem inclusief de foto's (in gebruik bij de Stad Gent sedert 2003) echter ontsloten wordt op stadsniveau, betekent dit een invoering van nieuwe software op stadsniveau welke heel wat gevolgen zou hebben. Dit is in strijd met het in het bijzonder bestek beschreven voorwerp van de opdracht, namelijk de updating van de bestaande WIS kaart (zie algemene bepalingen punt 1 van het bestek)".

8.2. Vastgesteld dient te worden dat het bestek onder meer de volgende technische bepaling bevat:

“2. Technische beschrijving

1.1. Opbouw feature class Foto:

De tabel foto is een objectenlaag waarin de foto's van de wegen en kruispunten zijn ondergebracht.

Om de kwaliteit van de wegvakken beter te visualiseren, is het beschikken over goed beeldmateriaal essentieel.

De foto's worden genomen op elke wegas vanuit elk knooppunt en van elk kruispunt. Elk knooppunt zal minstens éénmaal gefotografeerd worden. De wegas gelegen tussen twee knooppunten zal minstens 2 maal gefotografeerd worden.

De foto's worden in jpeg formaat aangemaakt. High Resolution: minimum 6 miljoen pixels".

9.1. Uit het geheel van voormelde besteksbe­paling dient op het eerste gezicht te worden afgeleid dat het voorschrift van minimum 6 miljoen pixels wel degelijk wordt opgelegd per foto en niet per opname die op een knooppunt wordt gemaakt. Het voorschrift van 6 miljoen pixels volgt na de vermelding dat de “foto’s” in jpeg formaat dienen te worden aangemaakt. Het begrip “opname” daarentegen wordt nergens gehanteerd. Wel wordt er in het bestek ook nadrukkelijk op gewezen dat het beschikken over goed beeldmateriaal essentieel is om de kwaliteit van de wegvakken beter te visualiseren.

9.2. De verzoekende partij vermeldt in haar plan van aanpak onder hoofdstuk 10.2 Kwaliteitsborging van het beeldmateriaal: “De digitale foto’s die via het geoVisat systeem geleverd worden hebben een resolutie van 1600 X 1600 pixels. Een resolutie van 1600 X 1600 pixels is ruim voldoende om een grote mate van detail in de foto’s te zien”.

9.3. Aangezien de foto’s die door de verzoekende partij worden aangeboden slechts een resolutie van 1600 X 1600 (= 2,56 miljoen pixels) hebben, lijkt de offerte van de verzoekende partij op dit punt af te wijken van voormelde besteksbe­paling die een minimumresolutie van 6 miljoen pixels voorschrijft per foto. Deze voorlopige conclusie wordt door de Raad van State gemaakt met enig voorbehoud wegens de technische aard van de betwisting.

De verzoekende partij betoogt in elk geval zelf dat haar lezing van het bestek tot een andere “interpretatie” noodzaakt dan wat leken uit de besteksbe­paling lezen, namelijk dat een ‘foto’ als een ‘foto’ moet worden aangemerkt.

De bewering van de verzoekende partij dat in haar voorstel de opname van het straatbeeld bij elke locatie gedekt wordt door 6 beelden en dus 15 miljoen pixels bevat (6 X 2,5 miljoen pixels = 15 miljoen pixels) lijkt aldus niet te kunnen worden aanvaard, nu het bestek het vereiste van minimaal 6 miljoen pixels lijkt op te leggen, niet per opname, maar per foto. Voorts stelt de tussenkomende partij, zo lijkt het, op overtuigende wijze dat met de resolutie die de verzoekende partij aanbiedt, de kwaliteit van bepaalde materiaal­soorten niet kan worden waargenomen zoals bij kasseien de diepte van de voegen.

Aldus lijkt niet te zijn aangetoond waarom deze afwijking van het technisch voorschrift inzake het minimum van 6 miljoen pixels in het licht van de artikelen 89 en 110, § 2, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 niet als een substantiële onregelmatigheid mocht worden aangemerkt. Die conclusie lijkt op zich te volstaan om de offerte van de verzoekende partij als terecht verworpen te beschouwen.

Aangezien voormeld motief op het eerste gezicht lijkt te volstaan om de bestreden beslissing te schragen, dienen de overige motieven niet nader te worden onderzocht.

Voor het overige toont de verzoekende partij niet aan op welke wijze het gelijkheidsbeginsel thans zou zijn geschonden. Meer bepaald laat zij na om op concrete wijze uiteen te zetten waarom de offerte van de verzoekende partij niet op eenzelfde wijze zou zijn beoordeeld als de offerte van de tussenkomenende partij.

9.4. Het eerste onderdeel van het eerste en enige middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

10.1. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij nog aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht werden geschonden doordat de verwerende partij zou hebben nagelaten de verzoekende partij uit te nodigen om opmerkingen te maken met betrekking tot de beweerdte redenen van onregelmatigheid van de offerte vooraleer tot een beslissing te komen.

10.2. De hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur vindt slechts toepassing bij ontstentenis van een uitdrukkelijke norm.

Te dezen is er echter artikel 115, voorlaatste lid, van voormeld koninklijk besluit van 8 januari 1996 dat uitdrukkelijk bepaalt dat de aanbestedende overheid bij een offerteaanvraag slechts in contact treedt met de inschrijvers indien zij de inhoud van hun offerte moeten preciseren of aanvullen.

Gegeven de voormelde reglementaire bepaling lijkt het in het voorliggende geval de aanbestedende overheid zelfs niet geoorloofd om de

verzoekende partij te contacteren alvorens haar offerte onregelmatig te verklaren, nu de onregelmatigverklaring ook niets vandoen had met abnormale prijzen, in welk geval de bevraging van de inschrijvers soms verplicht is.

10.3. Evenmin kan in die omstandigheden worden aangenomen dat de aanbestedende overheid onzorgvuldig zou hebben gehandeld door de verzoekende partij niet te hebben gecontacteerd alvorens haar offerte onregelmatig te verklaren.

10.4. Ook het tweede onderdeel van het eerste en enig middel is niet ernstig.

11. Nu het eerste en enige middel in zijn geheel niet ernstig is bevonden, is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Arch & Teco tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 maart 2010,
door de Raad van State, XIle kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest