

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 214.083 van 23 juni 2011
in de zaak A. 166.319/XII-4543**

In zake: 1. de NV EUROSENSE PLANNING EN ENGINEERING
2. de NV EUROSENSE BELFOTOP
samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Boudewijn Ronse
kantoor houdend te 1050 Brussel
G. Macaulaan 33
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV GEMS INTERNATIONAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kaat Leus en Neil Braeckevelt
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 september 2005, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van [het Vlaamse Gewest] d.d. 18 juli 2005, waarbij de overheidsopdracht voor aanneming van diensten betreffende het uitvoeren van metingen ter controle van en ten behoeve van de baggerwerken (bestek nr. 16EF/2004/24) wordt gegund aan Gems International nv [...], evenals

van de beslissing [...] om de door de [nv Eurosense Planning en Engineering en de nv Eurosense Belfotop] ingediende variante niet te aanvaarden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Gems International heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 januari 2006. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 mei 2011.

Staatsraad Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaat Boudewijn Ronse, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Neil Braeckevelt, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Het departement Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Maritieme Toegang, van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap schrijft een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking uit voor een aanneming van diensten genaamd “Metingen ter controle van en ten behoeve van de baggerwerken”.

Op deze opdracht is het bestek nr. 16EF/2004/24 van toepassing.

Het bestek omschrijft het voorwerp van de opdracht als:

“De aanneming heeft als doel het uitvoeren en verwerken van metingen en het uitvoeren van onderzoek voor de sturing en controle van baggerwerken, meer bepaald:

1. Het ter beschikking stellen van een zeewaardig meetplatform voorzien van basisapparatuur en personeel
2. Het uitvoeren en verwerken van hydrografische peilingen in de zones waar de afdeling Maritieme Toegang moet baggeren of storten
3. Het uitvoeren en verwerken van metingen van de waterbodem met side scan sonar
4. Het uitvoeren en verwerken van densiteitsmetingen van de waterbodem
5. Metingen van de turbiditeit ten gevolge van baggeren of storten
6. Uitvoeren van diverse opdrachten in functie van onderzoek ter sturing en controle van de baggerwerken

De uitvoering van deze onderdelen kan opgedragen worden in alle zones waar de afdeling Maritieme Toegang moet baggeren of storten. Voor een opsomming van deze zones zie bijzondere voorschriften punt 2.: Tabel 1 bagger- en stortzones. [...]”.

Het bestek staat varianten toe en stelt de gunningscriteria vast als volgt:

“De 3 gunningscriteria zijn van even groot belang.

De gunningscriteria zijn:

1. De prijs

2. Organisatie

De beoordeling van dit criterium gebeurt met behulp van volgende sub-criteria:

- Organisatiestructuur:
de dienstverlener geeft zijn organisatiestructuur met de vermelding van de aanwezige kennis en ervaring in relatie tot deze opdracht. Hij beschrijft welke maatregelen hij zal treffen en welk personeel hij zal inzetten om een vlotte en veilige uitvoering van deze opdracht te waarborgen. Dit wordt gestaafd met de C.V.'s van de leidinggevend en van de experts die rechtstreeks voor de opdracht zullen worden ingezet.
- Beschikbaarheid en technische waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel: de dienstverlener geeft een beschrijving van het meetplatform en de basisapparatuur die hij ter beschikking zal stellen en de beschikbare certificaten. De beschrijving omvat eveneens het varend en hydrografisch personeel dat ingezet zal worden en de brevetten waarover zij beschikken, een beschrijving van de ligplaatsen en eventuele ondersteunende diensten. Er wordt een duidelijke definiëring gegeven van de zones die toegankelijk zijn voor dit meetplatform (peilingen categorie 1) en de zones waarvoor de opdrachtnemer ander materieel zal inzetten (peilingen categorie 2).

3. Methodologie

De inschrijver omschrijft de methodologie die hij zal toepassen bij het uitvoeren en verwerken van de verschillende metingen.

Hij geeft hiervoor een volledige omschrijving van het principe van de meting, de meetapparatuur en de verwerkingsmethodologie en -apparatuur.

De beoordeling van dit criterium gebeurt met behulp van volgende sub-criteria:

- Nauwkeurigheid: de nauwkeurigheid waarmee gemeten zal worden moet kunnen gestaafd worden door middel van uitgevoerde controlemetingen of door specificaties geleverd door de fabrikant van de onderdelen van de meetapparatuur.
- Technische waarde meet- en verwerkingsapparatuur: de duurzaamheid, doelmatigheid, toepasbaarheid van de apparatuur die zal ingezet worden.
- Tijd: de tijd nodig voor de uitvoering van de metingen en voor de verwerking ervan.

En dit voor de verschillende metingen (in afnemend belang):

- hydrografische peilingen
- densiteitsmetingen van de waterbodem
- metingen met side scan sonar
- metingen van de turbiditeit ten gevolge van het baggeren en storten en in functie van de weersomstandigheden.

Varianten zijn toegestaan.

De minimale voorwaarden voor de toegestane varianten zijn:

- zij moeten aan de basisvoorwaarden voldoen, vermeld in de bijzondere voorschriften
- zij moeten een essentiële verbetering inhouden. Deze verbetering kan zijn: korter tijdsbestek, betere uitvoeringswijze, grotere nauwkeurigheid, verhoogde gebruiksvriendelijkheid. De verbeteringen moeten grondig uitgelegd worden bij de indiening en voorstelling van de variante om de aanbestedende overheid de mogelijkheid te geven deze met kennis van zaken kunnen te beoordelen.”

De aankondiging van de opdracht wordt op 28 januari 2005 bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen en op 4 februari 2005 in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. Een informatievergadering vindt plaats op 24 februari 2005. Op de vraag van verzoekende partijen in hoeveel meetcampagnes ongeveer per jaar wordt voorzien voor de posten 6 (uitvoeren van densiteitsmetingen) en 7 (uitvoeren van verticale densiteitsmetingen) wordt geantwoord dat voor post 6 in een viertal campagnes per jaar wordt voorzien en voor post 7 in een acht- à tiental per jaar en dat beide antwoorden zijn geënt op de frequenties van nu en geen rekening houden met mogelijke ontwikkelingen.

3.3. De offertes worden geopend op 29 maart 2005. Verzoekende partijen dienen een basisofferte in met een variant. Tussenkomen de partij dient een basisofferte in en drie varianten.

3.4. De offertes worden beoordeeld door een beoordelingscommissie.

Deze concludeert in een verslag van 13 juni 2005 onder een voor deze zaak niet relevant voorbehoud vooreerst dat iedereen is geselecteerd.

Vervolgens wordt geconcludeerd dat de basisofferte van verzoekende partijen, de basisofferte en varianten 1 en 2 van tussenkomende partij en de basisofferte en variant van Noordhoek regelmatig zijn, dat de offertes van Baltic en CSO onregelmatig zijn en dat de variant van verzoekende partijen en variant 3 van tussenkomende partij niet worden aanvaard. De variant van verzoekende partijen wordt niet aanvaard omdat hij slechts een samentrekking is van twee posten en de opdracht niet gegeven kan worden zoals oorspronkelijk bedoeld, aangezien op die manier de in deze twee afzonderlijke posten beschreven deelopdrachten niet gegeven kunnen worden en ze ook geen aparte eenheidsprijzen hebben. Bovendien wordt vastgesteld dat nergens wordt gemotiveerd waarom deze variant een essentiële verbetering uitmaakt:

“Regelmatigheid van de offertes

C.1. Formele regelmatigheid

a) Nazicht van de offertes: vorm

Art. 89. De aandacht van de inschrijver wordt erop gevestigd dat hij zijn offerte en inventaris moet invullen op het bij het bestek behorende formulier.

Op elke offerte of inventaris die op een ander document is opgemaakt, moet de inschrijver boven aan ieder document de volgende verklaring vermelden:

‘Ik ondergetekende ***, verklaar te hebben nagezien dat de hierna vermelde gegevens volstrekt overeenstemmen met de vermeldingen van het bij het bestek behorende formulier en inventaris en neem daarvoor de volledige verantwoordelijkheid op.’

Art. 90. Alle bescheiden en nota's die bij de offerte worden gevoegd, moeten worden gedagtekend en ondertekend onder de vermelding: ‘Opgemaakt door ondergetekende om gevoegd te worden bij zijn offerte van heden’.

1. Eurosense schrijft in met 1 variante, die in feite even duur is als het originele offerte. Er werd enkel iets veranderd aan de hoeveelheden. Post 6 en 7 (verticale en horizontale densiteitsmetingen) worden sa-

mengenomen en er worden 12 meetcampagnes voorzien. De offerte voldoet aan art. 89 en 90 van het bijzonder bestek.

2. Gems schrijft in met 3 varianten:

- variante 1: voor post 6 wordt gebruik gemaakt van een niet radio-actieve verticaal geprofileerde densiteitsmeter i.p.v. de navitracker. In de offertedocumenten worden totaalprijs incl. BTW en totaalprijs excl. BTW door elkaar gehaald.
- variante 2: aanvullende akoestische impedante informatie tussen de verticale densiteitsmetingen in: voor post 6 worden navitracker en de verticaal geprofileerde densiteitsmeter uit variante 1 gecombineerd.
- Variante 3: post 8 : turbiditeitsmeting wordt vervangen door spil-monitoring. Dit betekent een continue stationaire monitoring + een maandelijks mobiele monitoring.

De offerte voldoet aan het art. 89 en 90 van het bijzonder bestek.

3. CSO schrijft in zonder varianten. De offerte en inventaris zijn op andere documenten dan deze die in het bestek zaten opgesteld en werden niet voorafgegaan door de verklaring vermeld in het art. 89 van het bijzonder bestek. Nergens vermelding zoals bedoeld in art. 90.

4. Noordhoek schrijft in met 1 variante. In de originele offerte nemen ze als onderaannemer voor de densiteit- en turbiditeitsmetingen Aquavision en voor de variante Stema.

De offerte voldoet aan het art. 89 van het bijzonder bestek. Nergens vermelding zoals bedoeld in art. 90.

5. Baltic schrijft in zonder varianten. Op het offerteformulier werd enkel de datum en plaats van ondertekening ingevuld. De rest niet.

Nergens vermelding zoals bedoeld in art. 90.

Conclusie: Offerteformulieren van Eurosense en Gems voldoen volledig
Offerteformulieren van Noordhoek voldoen niet aan art. 90
Offerteformulier van CSO voldoet niet aan art. 89 en 90
Offerteformulier van Baltic is niet volledig ingevuld

b) Ondertekening-Machtiging

[...]

c) Prijsopgave

[...]

C.2. Inhoudelijke regelmatigheid

[...]

VARIANTEN

[...]

Eurosense

De variante van Eurosense is enkel een samentrekking van twee posten. Bij deze variante kan de opdracht niet gegeven worden zoals oorspronkelijk werd bedoeld. Op deze manier kunnen de deelopdrachten beschreven in de twee afzonderlijke posten niet gegeven worden en hebben ze ook geen aparte eenheidsprijs.

Bovendien wordt er nergens gemotiveerd waarom deze variante een essentiële verbetering uitmaakt.

Omwille van dit alles wordt deze variante niet aanvaard.

GEMS

Variant 1: Trilvorkstelsel voor dichtheidsmetingen. Hiervan schrijft Gems zelf dat het enkel een niet radi[o]actief alternatief is, maar is echter nog steeds overtuigd dat het Navitrackstelsel, zoals in de basisofferte aangeboden, het beste en bewezen stelsel is. Variante is iets duurder dan de basisofferte.

Variant 2: Akoestische impedantie. Dit is een hulpmiddel om tussenliggende informatie te hebben tussen de dichtheidspunten. Het is in feite een verbetering op vlak van hoeveelheid informatie. Het kan gebruikt worden met het Navitrack-stelsel en het trilvorkstelsel. Het is iets extra's dus bijgevolg ietsje duurder.

Variant 3: Spillmonitoring is een variante voor post 8 turbiditeitsmeting. Dit is in feite een door het jaar heen bijhouden van in- en uitgaand sediment. Deze variante is eerder een studieopdracht en geeft geen rechtstreekse meerwaarde aan de controle voor de goede uitvoering van de baggerwerken. Gezien deze variante niet beantwoordt aan de behoeftes van het Bestuur betreffende baggersurvey wordt deze variante niet aanvaard. [...]

Conclusie

[...]

De offerte van Eurosense is regelmatig. De variante wordt niet aanvaard.

De offerte en de varianten 1 en 2 van Gems zijn regelmatig. Variante 3 wordt niet aanvaard.

Samenvatting:

Regelmatig: Eurosense basisofferte, Gems basisofferte en varianten 1 en 2 en Noordhoek basisofferte en variante.

Onregelmatig: De offertes van Baltic en CSO.

Worden niet aanvaard: Variante van Eurosens[s]e en variante 3 van Gems."

Vervolgens worden de basisofferte van verzoekende partijen, de basisofferte en varianten 1 en 2 van tussenkomende partij en de basisofferte en variant van Noordhoek getoetst aan de gunningscriteria, en wordt geconcludeerd dat de basisofferte van tussenkomende partij de meest voordelige regelmatige offerte is omdat deze de beste prijs heeft, op het vlak van de organisatie een gedeelde eerste plaats behaalt en de beste is op het vlak van de methodologie. Er wordt dan ook voorgesteld om de opdracht te gunnen aan tussenkomende partij volgens haar basisofferte voor een bedrag van 1.804.650,52 euro, btw inbegrepen:

“D. Gunningscriteria

Bij de beoordeling van de gunningscriteria wordt bekeken: Eurosense basisofferte, Gems basisofferte en de varianten 1 en 2 en Noordhoek basisofferte en hun variante.

Uit het bestek: [...]

D.1. De prijs

Prijsberekening: zie bijgevoegde tabel. Bij alle offertes van Gems is er een verschil van prijs dat volledig te wijten is aan afrondingen. Blijkbaar wordt in hun meetstaten voor de eenheidsprijzen gerekend met meerdere cijfers na de komma, in bijgevoegde tabel enkel met twee. De aanpassingen (zie tabel) werden gedaan op basis van het artikel 114 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten en in de verdere beoordeling wordt de aangepaste prijs in rekening gebracht.

De rangschikking gebeurt volgens prijs: laagste krijgt 1, tweede laagste 2, derde laagste 3 enzovoort.

	Totaalprijs	Rangschikking
Eurosense basis	1.924.180,48 euro	4
Gems basis	1.804.650,52 euro	1
Gems variante 1	1.814.088,16 euro	2
Gems variante 2	1.819.078,86 euro	3
Noordhoek basis	2.170.619 euro	5
Noordhoek variante	2.224.464 euro	6

D.2. Organisatie

Hier wordt enkel een beoordeling gedaan voor de drie firma's, gezien de basisoffertes en varianten over dezelfde organisatie spreken. Zowel basis als varianten krijgen hetzelfde cijfer toegekend.

- Qua organisatiestructuur worden Eurosense en Gems gelijkwaardig goed beoordeeld. Qua kennis kunnen beide firma's gelijk beoordeeld worden, op vlak van ervaring kan er gezegd worden dat Gems iets meer ervaring heeft in het hoofd-werkgebied, gezien zij reeds jaren deze baggersurvey uitvoeren. Eurosense kan voldoende referenties voorleggen die ervoor zorgen dat ze gelijkwaardig goed kunnen beoordeeld worden. Noordhoek wordt op vlak van ervaring en aanwezige kennis minder beoordeeld, gezien er in het verleden weinig tot geen gelijkaardige opdrachten werden uitgevoerd. Tevens wordt van Noordhoek nu nog geen volledige project-organisatie meegegeven, dat kan maar na gunning. Rekening houdend met bovenstaande vermeldingen wordt Gems en Eurosense gelijkwaardig goed beoordeeld en Noordhoek minst.

- Op vlak van het varend materieel stellen de drie firma's gelijkwaardig goede peilplatformen met gelijkwaardig goede apparatuur en personeel voor. Van Eurosense en Gems wordt beschreven dat de thuishaven van het meetplatform categorie 1 nu al Zeebrugge is. Bij Noordhoek wordt hierover niets gezegd. Voor meetplatform categorie 2 zijn de offertes van Gems en Eurosense gelijkwaardig goed, Noordhoek spreekt hier eigenlijk niet echt over. Bij Noordhoek werd van het varend personeel e.d. geen enkele CV bijgevoegd.

Gems en Noordhoek spreken niet over een vervangend meetplatform categorie 1, Eurosense wel. Hier moet tevens gezegd worden dat het vaartuig categorie 1 dat door Eurosense voorgesteld wordt volledig nieuw is en dat op heden nog maar in een testfase gewerkt wordt, het vervangend vaartuig biedt hier dan weer een backup indien nodig mocht blijken.

Rekening houdend met bovenstaande vermeldingen wordt Gems en Eurosense gelijkwaardig goed beoordeeld en Noordhoek minst.

Conclusie: wat betreft het criterium 'organisatie' worden Eurosense en Gems gelijkwaardig goed beoordeeld en Noordhoek minst

D.3. De methodologie

- Nauwkeurigheid:

Op vlak van nauwkeurigheid wordt Gems basisofferte voor de horizontale densiteitsmetingen als beste beoordeeld gezien er bij deze methode meer effectieve densiteitsmetingen gebeuren, bij alle andere systemen kan er meer gesproken worden van een aantal verticale densiteitsmetingen als kalibratie van een akoestische meting waar een berekening of interpolatie mee gebeur[t]. Meerdere metingen geven een grotere nauwkeurigheid.

Voor alle andere metingen worden alle aanbiedingen als gelijkwaardig goed beoordeeld.

- Technische waarde

◦ Hydrografische peilingen: Alle aanbiedingen kunnen gelijkwaardig goed beoordeeld worden

Densiteitsmetingen: Hier worden alle aanbiedingen als gelijkwaardig goed beoordeeld. Enkel de basisofferte van Gems is beter op vlak van

horizontale densiteitsmetingen, gezien er meer effectieve densiteitsmetingen gebeuren. De andere systemen maken onder andere gebruik van interpolatie.

- Side Scan: Bij elke aanbidding wordt hiervoor met dezelfde onderaannemer gewerkt, bijgevolg wordt elke aanbidding gelijk beoordeeld.
- Turbiditeitsmetingen: Gezien in de variante van Noordhoek deze meetmethode onvoldoende beschreven wordt, wordt zij op vlak van turbiditeitsmetingen als minste beoordeeld. De andere aanbiddingen worden als gelijkwaardig goed beoordeeld.

- Tijd

Uit de inschrijvingen blijkt geen enkele van de beschreven meetmethoden voor de verschillende metingen een verbetering op vlak van tijd te geven. Bijgevolg worden alle aanbiddingen gelijkwaardig goed beoordeeld.

Conclusie: Wat betreft het criterium ‘methodologie’ wordt de basisofferte van Gems als beste beoordeeld, de variante van Noordhoek als minste en alle andere als gelijkwaardig goed.

D.4. Algemene samenvatting van de gunningscriteria

	Rangschikking Prijs	Beoordeling organisatie	Beoordeling Methodologie
Gems	1	gelijkwaardig goed	best
Gems variante 1	2	gelijkwaardig goed	gelijkwaardig goed
Gems variante 2	3	gelijkwaardig goed	gelijkwaardig goed
Eurosense	4	gelijkwaardig goed	gelijkwaardig goed
Noordhoek	5	minst	gelijkwaardig goed
Noordhoek variante	6	minst	minst

E. Eindconclusie en voorstel

De meest voordelige regelmatige offerte is de basisofferte van GEMS International NV, Belgische NV (Gems). Deze offerte heeft de beste prijs, behaalt op het vlak van organisatie een gedeelde eerste plaats en is de beste op het vlak van methodologie.

Daarom stelt de commissie voor om deze opdracht te gunnen aan GEMS International NV, Belgische NV, Wilrijkstraat 37, B-2140 Antwerpen, volgens hun basisofferte voor een bedrag van 1.804.650,52 euro (21 % BTW inbegrepen).”

3.5. Verwijzend naar dit beoordelingsverslag en naar het gunstig advies van de inspectie van financiën van 18 januari 2005 beslist de directeur-generaal van het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, departement Leefmilieu en Infrastructuur, administratie Waterwegen en Zeewezen, afdeling Maritieme Toegang op 18 juli 2005 om de opdracht toe te wijzen aan de nv Gems International.

Met brieven van 25 juli 2005 wordt aan verzoekende partijen meegedeeld dat hun variant niet is aanvaard en dat hun basisofferte niet werd uitgekozen.

Met een brief van 18 augustus 2005 wordt aan tussenkomende partij meegedeeld dat haar (basis)offerte werd goedgekeurd en het akkoord gevraagd dat de opdracht start op 1 september 2005.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar memorie van tussenkomst oppert tussenkomende partij dat de Raad van State zal moeten oordelen of verzoekende partijen “nog een belang hebben”. In haar laatste memorie dan weer verklaart zij zich “aan te sluiten bij het verslag van de Auditeur [...] waarin wordt geadviseerd om het beroep ontvankelijk [...] te verklaren”. Mocht zij in haar eerdere memorie al hebben beoogd een exceptie op te werpen, dan blijkt zij daar finaal toch van af te zien.

V. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

5.1. Het enig middel is geput uit de schending van artikel 16 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, de schending van

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, de schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “in het bijzonder de materiële motiveringsplicht, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Verzoekende partijen menen dat hun offerte zowel wat betreft de basisoplossing als wat betreft de ingediende variant op grond van de gunningscriteria onbetwistbaar als de meest voordelige offerte had moeten worden beschouwd.

5.2.1. Vooreerst betwisten verzoekende partijen de beoordeling van het tweede gunningscriterium, “Organisatie”.

5.2.2. Volgens verzoekende partijen zijn de motieven met betrekking tot dit criterium, opgenomen in het gunningsverslag, kennelijk onjuist. Zij betwisten met klem dat het door haar voorgestelde vaartuig zich slechts in een testfase bevond: het was op het ogenblik van indienen van de offerte zeewaardig, uitgerust met de vereiste basismeetapparatuur, volledig bemand en onmiddellijk beschikbaar. Verwerende partij heeft er zich ook zelf van kunnen vergewissen dat het voorgestelde vaartuig categorie 1 volledig operationeel en onmiddellijk beschikbaar is en heeft dit ook zelf uitdrukkelijk bevestigd. Leden van de beoordelingscommissie werden immers uitgenodigd voor een bezoek aan en een demonstratie met het nieuwe vaartuig dat verzoekende partijen in hun offerte voorstelden (BEASAC V) en een lid van de beoordelingscommissie keurde, namens de afdeling Waterwegen Kust lodingen uitgevoerd door het vaartuig, goed.

Uit deze vaststelling volgt dan weer volgens verzoekende partijen dat de beoordeling als gelijkwaardig kennelijk onredelijk is. Als enige immers stelde zij een vervangend vaartuig voor als “backup” voor haar basisvaar-

tuig. In het licht van het tweede subcriterium “Beschikbaarheid en technische waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel” is dit een belangrijk gegeven met betrekking tot de effectieve beschikbaarheid van het voor de uitvoering van de opdracht vereiste vaartuig categorie 1:

“Immers, alhoewel de continue beschikbaarheid van het vaartuig categorie I ook ten dele verzekerd kan worden door onder meer het organiseren van een degelijk preventief onderhoud en het stand by houden van een team onderhoudspersoneel dat op korte termijn reparaties kan uitvoeren, zijn m.b.t. een vaartuig onbetwistbaar een aantal ‘overmacht’-situaties denkbaar, waarin de beschikbaarheid van het voor de uitvoering van de opdracht vereiste vaartuig nog slechts gegarandeerd kan worden door het voor handen zijn van een vervangend vaartuig.”

Verzoekende partijen wijzen er op dat verwerende partij in het bestek herhaaldelijk de nadruk legt op de vereiste van een continue en effectieve beschikbaarheid van het zeevaartuig categorie 1. De ingediende offertes hadden in het licht hiervan onderzocht en beoordeeld moeten worden. In vergelijking met de overige inschrijvers die geen dergelijk vervangend vaartuig aanboden, waaronder de nv Gems International, moesten zij kennelijk een betere beoordeling voor dit tweede subcriterium verkrijgen. Deze betere beoordeling zou op haar beurt *ipso facto* hebben geleid tot een betere beoordeling van haar offerte voor het tweede gunningscriterium, “Organisatie”, als dusdanig.

5.2.3. In ondergeschikte orde argumenteren verzoekende partijen dat de besproken motivering niet draagkrachtig is en geenszins doet blijken van een zorgvuldige en objectieve beoordeling van de offertes. De beoordelingscommissie stelt in haar gunningsverslag in feite enkel dat het voorgestelde varend materieel gelijkwaardig goed is, dat de hierin voorziene basisapparatuur ook gelijkwaardig goed is, dat ook het ter beschikking gestelde personeel gelijkwaardig goed is en dat derhalve, op basis hiervan, de ingediende offertes voor het tweede subcriterium gelijkwaardig goed zijn, hetgeen hetzelfde is als de beoordeling louter motiveren door te stellen dat de inschrijvers voor het aangeboden materieel een zelfde hypothetisch cijfer x krijgen, voor de daarin voorziene basisapparatuur eveneens een zelfde cijfer x en voor het ter beschikking gestelde personeel op-

nieuw een zelfde cijfer x en derhalve als globale beoordeling van hun offerte op grond van dit tweede subcriterium, dit zelfde cijfer x kregen. Bij de beoordeling van offertes op grond van de gunningscriteria volstaat het louter toekennen van punten of kwalificerende scores (zoals bv. “minder goed”, “goed” en “best”) echter geenszins om te voldoen aan de vereiste inzake een uitdrukkelijke draagkrachtige motivering, zoals vereist door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991. Uit de loutere “motivering” “gelijkwaardig goed” blijkt bovendien geenszins dat de ingediende offertes, in het licht van de diverse aspecten die onder dit tweede subcriterium, “Beschikbaarheid en technische waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel” ressorteren, daadwerkelijk, zorgvuldig en objectief werden beoordeeld en met elkaar werden vergeleken op het vlak van het aangeboden varend materieel, de daarin voorziene basisapparatuur en het ter beschikking gestelde personeel zodat ook het zorgvuldigheidsbeginsel werd geschonden.

5.3.1. Vervolgens betwisten verzoekende partijen de beoordeling van het derde gunningscriterium, “Methodologie”.

5.3.2. Verzoekende partijen zetten eerst uiteen dat zowel het door hen voorgestelde akoestische metingsysteem (“Silas” met twintig metingen per seconde) als het verticale metingsysteem (“DensiTune”, zeven metingen per seconde) het grootst aantal effectieve densiteitsmetingen oplevert, in tegenstelling tot het door tussenkomende partij gehanteerde systeem (“Navitracker” met een frequentie van twee metingen per seconde), waardoor bij haar meetmethode een quasi continu beeld van de onderwaterbodem wordt gevormd.

Zowel de stelling dat bij de meetmethode van de nv Gems International meer effectieve densiteitsmetingen zouden gebeuren, als het daarop gebaseerde besluit dat de door haar vooropgestelde densiteitsmetingen een grotere nauwkeurigheid zouden geven, is volgens verzoekende partijen dan ook kennelijk onjuist. Dat de technische waarde van de door tussenkomende partij voorgestelde apparatuur beter zou zijn, is al evenzeer kennelijk onjuist en onredelijk.

Het DensiTune-systeem van verzoekende partijen heeft integendeel een tien maal hogere meetnauwkeurigheid dan Navitracker, zo leiden verzoekende partijen af uit stukken (powerpoint-presentatie) uitgaande van tussenkomen partij.

In de mate dat de beoordelingscommissie aan het feit dat met de metingen een “berekening of interpolatie gebeurt” duidelijk een negatieve beoordeling toekent bij verzoekende partijen, ontkennen dezen “met klem” dat zij bij het bepalen van de densiteit van de onderwaterbodem gebruik zouden maken van “interpolatietechnieken” of “berekeningen” of dat dit uit hun offerte zou blijken. Op basis van stukken van de nv Gems International moet volgens hen daarentegen wel worden besloten dat deze laatste wel gebruik maakt van “berekeningen” (“Navitracker Position Calculation”) terwijl het gunningsverslag hierover zwijgt.

Verzoekende partijen merken nog op dat het door de nv Gems International voorgestelde Navitracker-systeem inmiddels twintig jaar bestaat en dat het bijgevolg evident is dat intussen systemen zijn ontwikkeld die een grotere nauwkeurigheid inzake densiteitsmeting geven, waaronder het systeem dat verzoekende partijen voorstelden.

5.3.3. In het kader van de beoordeling van dit derde gunningscriterium “Methodologie” betwisten verzoekende partijen vervolgens de conclusie bij het subcriterium “Tijd” dat “geen enkele van de beschreven meetmethoden voor de verschillende metingen een verbetering op het vlak van tijd blijken te geven”. Zij werpen op dat dit kennelijk onjuist is aangezien hun offerte wel degelijk een verbetering ten aanzien van het derde subcriterium “Tijd” van het derde gunningscriterium “Methodologie” inhield.

5.3.4. In ondergeschikte orde voeren verzoekende partijen aan dat de aangehaalde motieven in het gunningsverslag met betrekking tot dit criterium kennelijk niet draagkrachtig zijn en geenszins doen blijken van een zorgvuldige en objectieve beoordeling van de offertes. Vervolgens wordt dezelfde kritiek her-

haald en aangevoerd dat omtrent de beoordeling van de offertes op grond van het eerste en het tweede subcriterium “Nauwkeurigheid” en “Technische waarde meet- en verwerkingsapparatuur” van het gunningscriterium “Methodologie”, de beoordelingscommissie in haar gunningsverslag eigenlijk louter vaststelt dat de ingediende offertes desbetreffend “gelijkwaardig goed” zijn, hetgeen niet voldoet aan de door de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 vereiste uitdrukkelijke draagkrachtige formele motivering en geenszins doet blijken dat de ingediende offertes daadwerkelijk, zorgvuldig en objectief werden beoordeeld en met elkaar werden vergeleken op het vlak van de nauwkeurigheid en de technische waarde van de aangeboden apparatuur voor hydrografische metingen (eerste en tweede subcriterium) zoals vereist door het zorgvuldigheidsbeginsel.

5.4. Verzoekende partijen voeren ten slotte aan dat de motieven in het gunningsverslag om hun variant niet te aanvaarden kennelijk onjuist zijn en dat verwerende partij die variant wel degelijk in overweging had moeten nemen.

Deze variant bestaat volgens verzoekende partijen uit een innoverende techniek waarbij ter gelegenheid van eenzelfde meting zowel de ligging van de nautische bodem als de verticale densiteitsprofielen tot vaststelling van TDS (ton droge stof) worden bepaald en waarbij data voor zowel de bepaling van de ligging van de nautische bodem als voor de bepaling van de verticale densiteitsprofielen/TDS-berekeningen geleverd kunnen worden binnen twee dagen na beëindiging van de metingen. Met betrekking tot de verticale densiteitsprofielen/TDS-berekeningen, waaromtrent het bestek in een termijn van drie kalenderweken voorziet, biedt deze variant derhalve een tijdsvoordeel met factor 10.

De in het beoordelingsverslag opgenomen motivering om deze variant niet te aanvaarden is onterecht en kennelijk onjuist. De ingediende variant is geenszins enkel een samentrekking van twee posten, maar daarentegen een innovatieve meetmethode, waarbij ter gelegenheid van eenzelfde meting zowel de ligging van de nautische bodem (post 6 van de inventaris) als de verticale densiteitsprofielen tot berekening van TDS (ton droge stof) (post 7 van de inventaris)

bepaald kunnen worden. De techniek en de voordelen van deze variant werden wél op duidelijke wijze in de offerte uiteengezet en verwerende partij kan bovendien ook nog steeds afzonderlijk opdracht geven tot uitvoering van de respectieve metingen opgenomen in de posten 6 en 7 van de inventaris. Aangezien ter gelegenheid van eenzelfde meting zowel de ligging van de nautische bodem als de verticale densiteitsprofielen tot berekening van TDS worden bepaald, is het echter vanzelfsprekend dat in de inventaris van de ingediende variant eenzelfde eenheidsprijs voor beide posten werd opgegeven.

De beslissing om de variant niet te aanvaarden, schendt aldus de materiële-motiveringsplicht, maar ook artikel 115, derde lid, van het voormelde koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarin aan de aanbestedende overheid de verplichting wordt opgelegd om bij de gunning van een opdracht rekening te houden met de opgelegde of toegestane varianten. Dit klemmt des te meer in het licht van de door het bestek bepaalde minimale voorwaarden waaraan de toegestane varianten moeten voldoen en waaraan de variant onbetwistbaar voldeed.

6.1.1. In de memorie van wederantwoord blijven verzoekende partijen erbij dat de beoordelingscommissie blijkens de door haar gehanteerde formulering in het gunningsverslag, aan het nieuw zijn van haar vaartuig -ten onrechte- een negatieve beoordeling heeft gegeven. Verzoekende partijen dienden hier integendeel een betere beoordeling dan de nv Gems International te krijgen aangezien de beoordeling als gelijkwaardig goed van hun offertes het gevolg is van het feit dat verwerende partij kennelijk onterecht en verkeerd aannam dat het nieuwe karakter van het door verzoekende partijen voorgestelde vaartuig categorie 1 diende te leiden tot een meer negatieve beoordeling en dat deze meer negatieve beoordeling dan weer gecompenseerd diende te worden door het vervangend vaartuig dat zij voorstelden. De negatieve beoordeling van het door verzoekende partijen voorgestelde vaartuig, louter omwille van het nieuw zijn van dit vaartuig, is echter kennelijk onredelijk en bijgevolg diende dit nieuw zijn geenszins gecompenseerd te worden door een vervangend vaartuig.

6.1.2. Verzoekende partijen erkennen voorts dat het bestek niet vereist om een vervangend vaartuig voor te stellen, maar dit belet volgens hen geenszins dat het beschikbaar zijn van een dergelijk vervangend vaartuig wel degelijk een element is dat in rekening dient te worden genomen bij de beoordeling van de effectieve beschikbaarheid.

Verzoekende partijen wijzen erop dat de nv Gems International in haar offerte niet de minste maatregel vooropstelde die zij zou treffen in het geval dat het door haar voorgestelde vaartuig categorie 1 voor langere tijd of zelfs definitief onbeschikbaar zou worden, laat staan dat zij in haar offerte een vervangend vaartuig voor het door haar voorgestelde vaartuig categorie 1 voorstelde.

6.1.3. Verzoekende partijen voeren vervolgens aan dat de beoordeling als gelijkwaardig goed voor het meetplatform (vaartuig) categorie 2 eveneens kennelijk onredelijk is omdat de nv Gems International in haar offerte op generlei wijze aantoonde effectief te kunnen beschikken over een dergelijk vaartuig.

Uit de offerte van tussenkomende partij blijkt dat zij de metingen die door een meetplatform categorie 2 uitgevoerd dienen te worden, door een onderaannemer zal laten uitvoeren en dat deze onderaannemer hiervoor zijn eigen vaartuigen en apparatuur gebruikt, terwijl de nv Gems International nergens in haar offerte, door middel van een document, overeenkomst of verbintenis vanwege haar onderaannemer, aantoonde dat zij effectief zal kunnen beschikken over de vaartuigen categorie 2, apparatuur en werklieden van haar onderaannemer. Er bestaat op basis van de offerte van de nv Gems International bijgevolg geen enkele zekerheid over de beschikbaarheid van het voor de opdracht noodzakelijke vaartuig categorie 2 terwijl uit de offerte van verzoekende partijen daarentegen blijkt dat het door hen voorgestelde meetplatform categorie 2, met name de “EB2”, eigendom is van één van de verzoekende partijen, met name de nv Eurosense Planning & Engineering, en derhalve te allen tijde en volledig ter beschikking van verzoekende partijen. Zij dienden hiervoor kennelijk een betere beoordeling te krijgen voor het tweede subcriterium “Beschikbaarheid en technische

waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel” en dus ook een betere beoordeling voor het tweede gunningscriterium “Organisatie” als dusdanig.

6.2. Omtrent de kritiek betreffende de toetsing aan het criterium “Methodologie”, merken verzoekende partijen op dat de conclusie van verwerende partij dat met het meetsysteem van de nv Gems International meer effectieve densiteitsmetingen gebeuren nog meer verwondering wekt in het licht van de offerte van deze laatste. Het is volgens verzoekende partijen onbegrijpelijk hoe de beoordelingscommissie tot het besluit komt dat met het meetsysteem van de nv Gems International meer effectieve densiteitsmetingen gebeuren, terwijl in de offerte van deze laatste het aantal densiteitsmetingen per tijdseenheid niet eens opgegeven wordt.

7.1. In hun laatste memorie merken verzoekende partijen op, ten aanzien van hun wettigheidskritiek bij de toepassing van het subgunningscriterium “beschikbaarheid en technische waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel”, dat dit criterium zelf uitdrukkelijk peilt naar de beschikbaarheid van ander varend materieel. Dit criterium impliceert volgens hen de bijvoeging van een verbintenis, wanneer door de inschrijver vooropgesteld wordt dat een derde het varend materieel beschikbaar zal stellen. Hetgeen een inschrijver van zijn onderaannemer overneemt in de offerte, kan immers niet voetstoots worden aangenomen.

7.2. In het kader van hun kritiek bij het derde gunningscriterium “Methodologie”, merken verzoekende partijen op dat de uitsluitende reden waarom verwerende partij horizontale densiteitsmetingen beter beoordeelt, te vinden is in het beweerd groter aantal effectieve densiteitsmetingen, waarvan zij reeds hebben aangetoond dat dit onjuist en onredelijk is.

Voorts menen zij dat niet van hen verwacht mag worden het bewijs te leveren dat hun meetsysteem geen gebruik maakt van berekeningen of

interpolatie, wat immers een negatief bewijs betreft. Het is verwerende partij die dient aan te tonen waarop zij dit oordeel steunt.

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

8.1. Het beoordelingsverslag merkt op dat het door verzoekende partijen voorgestelde vaartuig nieuw is, wat verzoekende partijen niet ontkennen. Die vaststelling spreekt niet tegen dat dit vaartuig zeewaardig is en voldoende met bemanning en meetapparatuur uitgerust. Ook de vaststelling dat het vaartuig zich nog in een testfase bevindt, houdt niet in dat dit vaartuig volgens het bestuur niet zeewaardig zou zijn of onbeschikbaar of anderszins niet zou voldoen maar enkel dat, nieuw zijnde, er nog weinig of geen ervaring is met het daadwerkelijk gebruik ervan voor metingen en dus dat nog moet worden afgewacht in welk opzicht dit vaartuig even geschikt zal blijken als de reeds gebruikte vaartuigen om de opdracht uit te voeren.

Voor zoveel deze feitelijk correcte vaststelling al een negatieve beoordeling zou vormen, tonen verzoekende partijen alvast niet aan dat het bestuur met die informatie is omgegaan op een wijze die de grenzen van de redelijkheid te buiten zou gaan, laat staan dat het ter beschikking stellen van een nieuw vaartuig alleen tot een betere beoordeling dan evenwaardig goed had moeten leiden.

Het feit dat leden van de beoordelingscommissie werden uitgenodigd voor een demonstratie doet geen afbreuk aan die conclusie. Verzoekende partijen vermelden ook nog dat lodingen uitgevoerd met dit vaartuig werden goedgekeurd, maar gaan er aan voorbij dat die goedkeuringen dateren van na de bestreden beslissing. Hoe dan ook spreken die goedkeuringen evenmin tegen hetgeen hiervóór is vastgesteld.

8.2. Er blijkt voorts uit het beoordelingsverslag dat met het ter beschikking stellen van een vervangend voertuig wel degelijk rekening werd gehouden, te weten als compensatie voor het mogelijk risico verbonden aan het nieuw karakter van het voorgestelde vaartuig categorie 1.

Verzoekende partijen tonen niet aan dat de vaststellingen, eensdeels, dat het voorgestelde vaartuig nieuw is en, anderdeels, dat een vervangend vaartuig wordt voorgesteld, het bestuur niet tot de conclusie mocht brengen dat haar offerte op dit punt gelijkwaardig was aan de andere offertes maar integendeel als beter beoordeeld had moeten worden omdat zij als enigen een vervangend vaartuig voorstellen. Dit geldt des te meer nu het voorhanden zijn van een vervangend vaartuig niet in het bestek werd vereist en, zoals verzoekende partijen zelf bevestigen, de beschikbaarheid ook door andere maatregelen kan worden bevorderd terwijl evenmin blijkt dat de beschikbaarheid van een vervangend vaartuig ook inhoudt dat de vereiste meetapparatuur even dadelijk voorhanden en inzetbaar is.

8.3. Verzoekende partijen voeren in de memorie van wederantwoord voor het eerst aan dat tussenkomen partij nalaat aan te tonen effectief te kunnen beschikken over het meetplatform categorie 2 van haar onderaannemer, wat volgens haar de beoordeling kennelijk onredelijk maakt.

Verzoekende partijen gaan er aldus zonder verdere uitleg van uit dat met de offerte van tussenkomen partij zonder dergelijke bewezen verbintenis van de onderaannemer geen rekening mag worden gehouden, minstens dat dit voor tussenkomen partij tot een minder goede beoordeling moest leiden.

Verzoekende partijen voeren geen regel aan, en de Raad van State is er geen bekend, die in het kader van de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria deze sanctie voorschrijft. De verdere uitweidingen die verzoekende partijen “naar analogie” geven in hun laatste memorie, daargelaten nog of ze wel pertinent zijn, zijn laattijdig. Daarenboven heeft tussenkomen partij

naast het vaartuig van de onderaannemer zelf als eigendom een vaartuig Amphiranger in back-up. In die omstandigheden is niet aangetoond dat tussenkomende partij op dit subcriterium niet evenwaardig goed mocht worden beoordeeld als verzoekende partijen, en meer bepaald dat dit oordeel naar luid van de grief “kennelijk onredelijk” zou zijn.

8.4. In het kader van het subcriterium “Beschikbaarheid en technische waarde van het zeewaardig meetplatform en ander varend materieel” wordt geconcludeerd in het beoordelingsverslag -waarbij verwerende partij in de bestreden beslissing zich aansluit- dat tussenkomende partij en verzoekende partijen gelijkwaardig goed zijn en Noordhoek minst en dit met de volgende toelichting :

“Op vlak van het varend materieel stellen de drie firma’s gelijkwaardig goede peilplatformen met gelijkwaardig goede apparatuur en personeel voor. Van Eurosense en Gems wordt beschreven dat de thuishaven van het meetplatform categorie 1 nu al Zeebrugge is. Bij Noordhoek wordt hierover niets gezegd. Voor meetplatform categorie 2 zijn de offertes van Gems en Eurosense gelijkwaardig goed, Noordhoek spreekt hier eigenlijk niet echt over. Bij Noordhoek werd van het varend personeel e.d. geen enkele CV bijgevoegd.

Gems en Noordhoek spreken niet over een vervangend meetplatform categorie 1, Eurosense wel. Hier moet tevens gezegd worden dat het vaartuig categorie 1 dat door Eurosense voorgesteld wordt volledig nieuw is en dat op heden nog maar in een testfase gewerkt wordt, het vervangend vaartuig biedt hier dan weer een backup indien nodig mocht blijken.

Rekening houdend met bovenstaande vermeldingen wordt Gems en Eurosense gelijkwaardig goed beoordeeld en Noordhoek minst.”

Aldus is de gegeven motivering niet beperkt tot punten. De formele-motiveringsplicht gaat hier ook niet zover te vereisen dat de motieven van de opgegeven motieven moeten worden vermeld. Verzoekende partijen tonen ook niet aan dat zij op basis van deze motivering niet in staat waren terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de bestreden beslissing op dit punt te verweren met de middelen die het recht hen ter beschikking stelt. Integendeel betwisten zij in het verzoekschrift uitvoerig de juistheid en redelijkheid van deze motieven, blijken zij dus de strekking van deze motieven te begrijpen en hebben zij bijgevolg ook geen belang bij dit onderdeel van het middel, gesteund op de formele-

motiveringsplicht, waarvan het primaire doel bereikt is, namelijk de betrokkene de kans te bieden zich tegen de motieven in rechte te verweren. Er is bijgevolg voldaan aan de formele-motiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. Evenmin wijst de gegeven motivering in die omstandigheden en gelet op wat hiervóór is opgemerkt op enig onzorgvuldig optreden van het bestuur.

8.5. Het eerste middelonderdeel is, gelet op wat voorafgaat, ongegrond.

Tweede middelonderdeel

9.1. Wat het derde gunningscriterium “Methodologie” betreft, benadrukken verzoekende partijen dat zij werken met een gecombineerde methode met akoestische densiteitsmetingen uitgevoerd met het zogenaamde Silas-systeem, gecombineerd met verticale densiteitsmetingen uitgevoerd met het zogenaamde DensiTune-systeem. Volgens het verzoekschrift komt het Silas-systeem erop neer dat, vanop het meetplatform, “een twintigtal [...] akoestische signalen per seconde worden uitgezonden, die vervolgens gereflecteerd worden door de onderwaterbodem (nautische bodem) en die tenslotte terug worden opgevangen door het zich op het meetplatform bevindend ‘Silas’-systeem”. Door middel van deze akoestische metingen “worden de densiteitsovergangen in het slib gedetecteerd”. Vervolgens worden verticale densiteitsmetingen uitgevoerd met het DensiTune-systeem. Met dat systeem “worden op een aantal representatieve locaties in het meetgebied de verticale densiteitsprofielen opgemeten”. Deze densiteitsprofielen “worden dan gekoppeld aan de door het ‘Silas’-systeem gedetecteerde densiteitsovergangen”. Volgens verzoekende partijen wordt met dit Silas-systeem, door de frequentie van de metingen, een quasi continu beeld van de onderwaterbodem gevormd en gebeuren het grootste aantal effectieve densiteitsmetingen niet met Navitracker maar met Silas. Volgens verzoekende partijen gebeuren ook de verticale densiteitsmetingen met het DensiTune-systeem tegen een hogere frequentie dan die waarbij het Navitracker-systeem van tussenkomende partij metingen uitvoert.

9.2. Vooreerst dient vastgesteld dat verzoekende partijen voor het door hen voorgestelde systeem een aantal performanties vermelden -zo verwijzen zij voor hun Silas-systeem naar het uitzenden van een twintigtal akoestische signalen per seconde en vermelden zij dat de verticale densiteitsmetingen met Den-siTune plaats vinden tegen een frequentie van zeven metingen per seconde- zonder evenwel in hun verzoekschrift te specificeren waar deze in hun offerte worden vermeld. Ze blijken ook niet onmiddellijk uit de delen van de offerte waar ze kunnen worden verwacht, met name sectie II van de offerte dat de meetplatforms beschrijft, sectie III met het plan van aanpak, sectie IV dat de meetnauwkeurigheid beschrijft of sectie VI met de systeemspecificaties.

Voorts betwisten verzoekende partijen dan wel “met klem”, dat hun aldus beschreven systemen bij het bepalen van de densiteit van de nautische bodem berekeningen of extrapolaties gebruiken, maar laten zij na die stelling concreet en specifiek aan te tonen. Door na te laten hierover inzicht te verschaffen aan de Raad, komt het deze voor dat een systeem dat, zoals verzoekende partijen het zélf beschrijven, gebruik maakt van akoestische signalen om densiteitsovergangen te detecteren, die gekoppeld worden aan verticale densiteitsprofielen op “representatieve locaties”, wel degelijk wijst op meetgegevens die slechts resultaten opleveren mits er berekeningen en interpolaties op worden toegepast. Zoals tussenkomende partij dan weer terecht opmerkt, heeft haar “Navitracker Position Calculation” niets te maken met berekeningen van de metingen maar met de positiebepaling van het schip en is de opmerking van verzoekende partijen daarover dan ook niet ter zake.

Daartegenover plaatste tussenkomende partij een uitleg over haar systeem die aanvaardbaar lijkt en, nu ze door verzoekende partijen in geen enkel stuk zelfs maar wordt tegengesproken, door de Raad ook aanvaard wordt:

“In werkelijkheid pogen de verzoekende partijen immers twee technische systemen te vergelijken die op dat punt niet vergelijkbaar zijn. Het voorwerp van de opdracht bestaat er immers in om na het uitvoeren van bag-

gerwerken slibmetingen uit te voeren. Het systeem Navitracker bestaat erin dat een meetsonde die continue en absolute metingen uitvoert, door slib wordt gesleept en de densiteit van het slib meet. De staaf gaat dus door een bepaalde slipband en meet daarvan de densiteit. Van die densiteiten wordt een kaart met nautische bodems gemaakt, dit wil zeggen niet de effectieve bodem maar de bodem die de basis voor het scheepsverkeer vormt. Het systeem Silas meet niet met een staaf maar met een sonde die aan een kabel wordt opgehangen en die niet in een slipband meet (bijvoorbeeld tussen 105 en 115) maar akoestische overgangen of zgn. impedanties vanaf de werkelijke bodem meet (tussen 0 en 120). Die sonde meet niet de effectieve densiteit maar overgangen in de densiteit van het slib. Daarenboven is het systeem van de verzoekende partijen niet in staat horizontale metingen uit te voeren, terwijl het systeem van de tussenkomende partij daartoe (als enige) wel in staat is. De aanbestedende overheid besteedt daaraan in het gunningsverslag uitdrukkelijk aandacht : '[...] bij alle andere systemen (dan het systeem van tussenkomende partij) kan er meer gesproken worden van een aantal verticale densiteitsmetingen'.

Die metingen van het systeem Densi-Tune van de verzoekende partijen worden uitgedrukt in puntmetingen aan een ritme van 7 metingen per seconde. De metingen van Navitracker worden evenwel uitgedrukt in een lijn, dit wil zeggen dat er continu wordt gemeten. Het zijn niet de metingen zelf maar het resultaat van die metingen die slechts om de 2 seconden worden doorgegeven. De verzoekende partijen verwarren dus (bewust?) de integratietijd met de verwerkingstijd. De verzoekende partijen vergelijken dus eigenlijk een snelle meting (Silas) met een continue meting (Navitracker)."

Verzoekende partijen tonen aldus niet aan dat het bestuur een systeem dat de effectieve densiteit meet in continu systeem onterecht hoger waardeert dan het gecombineerde systeem van verzoekende partijen.

Zoals de aangehaalde toelichting van tussenkomende partij voorts ook nog terecht vaststelt, heeft verwerende partij de voorkeur gegeven aan haar systeem precies omdat het als enige in staat is om dergelijke horizontale metingen uit te voeren:

"Op vlak van nauwkeurigheid wordt Gems basisofferte voor de horizontale densiteitsmetingen als beste beoordeeld gezien er bij deze methode meer effectieve densiteitsmetingen gebeuren, bij alle andere systemen kan er meer gesproken worden van een aantal verticale densiteitsmetingen als

kalibratie van een akoestische meting waar een berekening of interpolatie mee gebeur[t].”

Verzoekende partijen gaan in dit onderdeel wel in op het aantal metingen dat kan worden uitgevoerd maar niet, minstens niet voldoende concreet en specifiek, op het aldus in het beoordelingsverslag gemaakte onderscheid tussen horizontale en verticale metingen. Verzoekende partijen hebben niet aangetoond dat de frequentie van de metingen door hun gecombineerd systeem, gesteld nog dat haar cijfers correct zijn, nauwkeuriger of “meer effectieve” resultaten opleveren dan het horizontale meetsysteem Navitracker, zoals het is beschreven door tussenkomende partij. Hun grief mist dan ook de vereiste feitelijke grondslag. Zij tonen dan evenmin aan dat de beoordeling op dit punt onjuist of onredelijk is of dat dit op zich niet het verschil in beoordeling kan verantwoorden.

Dat het door tussenkomende partij voorgestelde Navitracker systeem inmiddels twintig jaar zou bestaan toont, ten overvloede, evenmin aan dat het in de loop van die periode ongewijzigd bleef en niet verbeterd kan zijn, noch waarom dit afbreuk doet aan de voornoemde vaststelling in het beoordelingsverslag, inzake de horizontale metingen.

9.3. Uit wat voorafgaat volgt dat de grieven die verzoekende partijen in dit middelonderdeel hebben verwoord met betrekking tot de subcriteria “Nauwkeurigheid” en “Technische waarde meet- en verwerkingsapparatuur”, niet worden aangenomen.

Rest er nog de kritiek op de beoordeling van het subcriterium “Tijd”. Hierover oordeelt het auditorsverslag dat verzoekende partijen hun belang bij dit aspect van het middelonderdeel niet aantonen:

“Tegelijkertijd kan worden vastgesteld dat verzoekende partijen geen belang hebben bij een nietigverklaring op grond van dit deel van het tweede onderdeel van het middel alleen. Zelfs wanneer zij daarom op dit subcriterium ‘tijd’ beter hadden moeten worden beoordeeld, houdt dit niet in dat

zij globaal op dit gunningscriterium ‘Methodologie’ beter beoordeeld dienden te worden nu tussenkomende partij beter werd beoordeeld op het eerste en tweede subcriterium.”

In hun laatste memorie dupliceren verzoekende partijen enkel dat in hunnen hoofde niet tot een gebrek aan belang kan worden besloten, gelet op hun opmerkingen met betrekking tot de beoordeling van de eerste twee subgunningscriteria, welke wettigheidskritiek zij handhaafden.

Aangezien die kritiek evenwel hiervóór is verworpen, stelt de Raad van State vast dat verzoekende partijen de vaststelling van het auditoraatsverslag niet ontkrachten. Aangezien verzoekende partijen hun belang niet aantonen bij dit aspect van het tweede middelonderdeel, is het bijgevolg niet ontvankelijk.

9.4. Om dezelfde redenen als uiteengezet bij de bespreking van het eerste middelonderdeel, zijn evenmin de formele-motiveringsplicht of het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden.

9.5. Het tweede onderdeel van het enig middel is, voor zover ontvankelijk, ongegrond.

Derde middelonderdeel

10. Wat de variant van verzoekende partijen betreft, stelt het auditoraatsverslag vast dat daarin de posten 6 en 7 worden samengevoegd: “terwijl in de basisofferte conform het bestek een eenheidsprijs (10.824) wordt voorgesteld voor post 6 met als eenheid VHkm2 en voorziene hoeveelheid 5 en een eenheidsprijs 80,96 voor post 6 met als eenheid VH stuks en voorziene hoeveelheid 1500 wordt in de variante voor beide posten uitgegaan van een eenheidsprijs (14.630) met als eenheid VH meetcampagnes en voorziene hoeveelheid 12. Dit is volgens de offerte de som van het aantal meetcampagnes (bepaling nautische

bodem + bepaling TDS) zoals door het bestuur werd toegelicht op 24 februari 2005”.

Verzoekende partijen tonen niet aan dat verwerende partij in die omstandigheden niet mocht oordelen dat aldus de opdracht niet meer kan worden toegewezen zoals in het bestek bedoeld: aangezien de twee posten geen afzonderlijke eenheidsprijs meer hebben, kan geen afzonderlijke opdracht voor één van deze posten meer worden gegeven tenzij tegen een prijs die ook de andere post omvat. Als zij in het verzoekschrift benadrukken dat nog steeds een afzonderlijke opdracht kan worden gegeven tot uitvoering van de respectieve metingen in posten 6 en 7 doch dat het vanzelfsprekend is dat in de inventaris dezelfde eenheidsprijs voor beide posten wordt opgegeven aangezien ter gelegenheid van één en dezelfde meting zowel de ligging van de nautische bodem als de verticale densiteitsprofielen tot berekening van TDS worden bepaald, dan bevestigen zij daarmee zelfs de beoordeling van het bestuur. Verzoekende partijen tonen niet aan dat de variant ten onrechte niet werd aanvaard.

Ten overvloede mag nog worden opgemerkt dat deze variant enkel een tijdsvoordeel biedt en duurder is dan de gekozen offerte. Er blijkt dan ook niet dat bij beoordeling van deze variant de basisofferte van tussenkommende partij niet meer als eerste gerangschikt zou worden, zodat verzoekende partijen zelfs geen belang aantonen bij dit middelonderdeel.

Bijgevolg kan ook het derde middelonderdeel niet worden aangenomen.

11. Het enig middel wordt in zijn geheel verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 juni 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest