

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 220.470 van 20 augustus 2012
in de zaak A. 205.826/XII-7025**

In zake : 1. de NV SECURIPOINT
 2. de NV NEXTEL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Pascal Mallien en Jeroen De Coninck
 kantoor houdend te 2000 Antwerpen
 Meir 24
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

1. de STAD LEUVEN
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Bert Beelen
 kantoor houdend te 3000 Leuven
 Justus Lipsiusstraat 24
 bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de POLITIEZONE LEUVEN

Tussenkommende partijen :

1. de NV SAIT ZENITEL
2. de NV JACOPS
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
SAIT ZENITEL NV - JACOPS NV
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 31 juli 2012, strekt tot de schorsing
van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de beslissing

dd. 16 juli 2012 met kenmerk br 203 uitbreiding cameranetwerk Stand Still Securipoint van de Politiezone Leuven 5388 waarbij werd beslist om de overheidsopdracht betreffende het uitwerken van een totaal concept voor de uitbreiding van het cameranetwerk van de stad Leuven, het realiseren van dit concept en het onderhoud gedurende vijf jaar van de realisatie, na een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, te gunnen aan de ‘Tijdelijke Handelsvennootschap (THV) SAIT Zenitel’”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De eerste verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 augustus 2012.

Staatsraad Eric Brewaeys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Pascal Mallien en Jeroen De Coninck, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaat Thomas Beelen, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de eerste verwerende partij, en advocaat Tom Villé, die loco advocaat Barteld Schutyser verschijnt voor de tussenkomende partijen, 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. De stad Leuven schrijft een overheidsopdracht van diensten uit voor de uitbreiding van camerabewaking op haar grondgebied.

Op 30 januari 2012 beslist de gemeenteraad van deze stad om de opdracht te gunnen bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van artikel 17, § 3, 4° van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De raming van de opdracht bedraagt 960.000 euro (btw inbegrepen).

4. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 19 december 2011 en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 24 december 2011.

5. Tijdens de eerste fase van de gunningsprocedure worden 5 kandidatuurstellingen ingediend.

6. Op 2 maart 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen om 4 van de 5 kandidaten te selecteren.

7. Bij brief van 7 maart 2012 worden de geselecteerde kandidaten uitgenodigd een offerte in te dienen en wordt hen een kopie overgemaakt van het “bestek fase 2”.

8. Het bijzonder bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

“Technische waarden en kwaliteit (55 punten)

- 25 punten: kwaliteit, volledigheid en functionaliteiten.
- 15 punten: een proefopstelling (bij dag en bij nacht) van het aangeboden materiaal waarbij het resultaat zal beoordeeld worden door een jury.
- 10 punten: mogelijkheid en wijze van aansluiten van de bestaande camera installaties op de nieuwe installatie.
- 5 punten: opslagcapaciteit. De inschrijver moet een gedetailleerde berekening maken van de opslagcapaciteit.

Kostprijs (30 punten)

Technische bijstand (15 punten)

(o.a. voorstel van onderhoudscontract (4.10.), bij te voegen)”.

9. Uit het proces-verbaal van opening der inschrijvingen blijkt dat drie offertes worden ingediend, meer bepaald door Belgacom nv van publiek recht, de THV Sait Zenitel en de THV Securipoint.

10. Bij brief van 10 mei 2012 worden nog een aantal vragen ter verduidelijking gesteld aan de THV Sait Zenitel, welke door deze inschrijver worden beantwoord.

11. Vervolgens wordt een evaluatieverslag opgesteld, waarin de offertes worden beoordeeld.

Dit evaluatieverslag bevat de volgende samenvattende puntentabel:

	Belgacom		Securipoint		Zenitel	
	Basis	Crisisroom LCD	Basis	Crisisroom LCD	Basis	Crisisroom LCD
Technische waarden en kwaliteit (55 punten)						
Kwaliteit (25 punten)	22,5	22,5	22	22	24,5	24,5
POC (15 punten)	7,98	7,98	10,40	10,40	11,25	11,25
Integratie (10 punten)	10	10	10	10	10	10
Opslagcapaciteit (5 punten)	5	5	5	5	4,85	4,85
Kostprijs inclusief onderhoud (30 punten)	27,08	27,08	30	30	27,39	28,14
Technische bijstand (15 punten)	15	15	13	13	14	14
Totaal (100 punten)	87,56	87,56	90,40	90,40	91,99	92,74

Vermeld wordt dat de meest optimale mix op basis van de verschillende gunningscriteria het voorstel van de firma Zenitel is met Barco cubes in de meldkamer en LED backlight in de crisisroom.

Voorgesteld wordt om de opdracht te gunnen aan de THV Sait Zenitel.

12. In een verslag van 2 juli 2012 adviseert ook de korpschef van de politiezone het college van burgemeester en schepenen om de opdracht te gunnen aan de THV Sait Zenitel.

13. Op 6 juli 2012 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven om overeenkomstig het verslag van de korpschef en voormeld evaluatieverslag de opdracht te gunnen aan de THV Sait Zenitel.

14. Bij brief van 16 juli 2012, ondertekend door hoofdinspecteur Theo Laenen, wordt aan de verzoekende partijen meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan een andere inschrijver. Als bijlage wordt een kopie meegedeeld van het evaluatieverslag.

IV. Tussenkomen

15. Met een op 13 augustus 2012 ter post aangetekend verzoekschrift vragen de NV Sait Zenitel en de NV Jacops, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Sait Zenitel NV - Jacops NV, om in de procedure te mogen tussenkomen. Zij zijn begunstigde van de bestreden beslissing en hebben er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de verzoekende partijen

16. Een eerste middel is genomen uit de schending van de artikelen 57 en 58 van het gemeentedecreet van 15 juli 2005, juncto artikel 65/8 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De verzoekende partijen werpen op dat de bestreden beslissing te dezen zou zijn genomen door een onbevoegde overheid, zijnde een politiezone zonder rechtspersoonlijkheid. Zij wijzen erop dat in het evaluatieverslag de

politiezone wordt aangeduid als aanbestedende overheid en dat het verslag niet ondertekend werd.

Zij stellen vast dat de kennisgeving verzonden werd door Theo Laenen, hoofdinspecteur van politie, hiertoe blijkbaar gemandateerd door Jean-Paul Mouchaers, hoofdcommissaris van politie en korpschef. In de mate dat zou worden aangevoerd dat Jean-Paul Mouchaers zou beschikken over een gedelegeerde bevoegdheid om de gunningsbeslissing te nemen, wordt dit volgens de verzoekende partijen niet aangetoond. Evenmin wordt aangetoond op basis waarvan hiertoe een delegatie zou zijn verleend aan Theo Laenen.

Ter terechtzitting voeren de verzoekende partijen nog aan dat de kennisgeving niet de gemotiveerde beslissing zelf, maar enkel het voorstel daartoe bevatte.

Beoordeling

17. Uit het administratief dossier blijkt dat het college van burgemeester en schepenen van de stad Leuven op 6 juli 2012 kennis heeft genomen van het evaluatieverslag en overeenkomstig dit verslag beslist heeft om de opdracht te gunnen aan de THV Sait Zenitel.

Aldus blijkt dat de bestreden beslissing wel degelijk door het daartoe bevoegde orgaan werd genomen. Het eerste middel mist feitelijke grondslag in de mate dat een schending wordt aangevoerd van de artikelen 57 en 58 van het gemeentedecreet.

Een beweerd gebrek in de kennisgeving tast de rechtmatigheid van de beslissing zelf niet aan. Overigens hadden de verzoekende partijen reeds in hun inleidende akte kunnen aanvoeren dat enkel het voorstel en niet de gemotiveerde beslissing zelf werd ter kennis gebracht.

Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Samenvatting van het middel

18. Een tweede middel is genomen uit de schending van artikel 2, 2° van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken in combinatie met artikel 89 juncto 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.

Volgens de verzoekende partijen is de offerte van de THV Sait Zenitel niet conform een aantal technische specificaties zoals omschreven in het bestek.

Zo zouden de geboden camera's niet voldoen aan de technische besteksbepalingen zoals omschreven onder hoofding 4.5.3 van het bestek. Meer bepaald zouden de Full HD PTZ camera's niet voldoen omdat er geen quad streaming voorzien wordt en er slechts 8 functioneel beschikbare maskeringszones zouden zijn. Ook de geboden PTZ camera's zouden niet voldoen bij gebrek aan een optische zoom van 36x, een CCD-censor en afdoende privacy maskering. Voorts voldoen de vaste IP camera's volgens de verzoekende partijen evenmin omdat er voor de tweede soort camera geen opslagmogelijkheid zou zijn.

Daarnaast is er volgens de verzoekende partijen ook sprake van niet-conformiteit van Sony LCD schermen in de crisisroom met de besteksvereisten onder hoofding 4.7.4.

Ten slotte zou er niet voldaan zijn aan de besteksvereisten onder hoofding 4.6.8 omdat niet afdoende opslagcapaciteit in servers voor archivering zou worden voorzien.

Aangezien de offerte van de THV Sait Zenitel aldus afwijkt van essentiële besteksbepalingen, hadden de verwerende partijen, steeds volgens de verzoekende partijen, tot de onregelmatigheid van deze offerte moeten besluiten en de offerte moeten weren.

Beoordeling

19. Artikel 2, 2° van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken luidt als volgt:

“De uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten worden nader bepaald door:

(...)

2° het bestek dat de bijzondere contractuele bepalingen bevat die op een bepaalde overheidsopdracht toepasselijk zijn of de documenten die het vervangen, hierbij het bestek genoemd. Het bestek vermeldt ondermeer de aanbestedende overheid, het voorwerp van de opdracht, de gunningswijze, de wijze waarop de prijzen worden bepaald, het adres waar de offertes dienen toegezonden of overhandigd te worden en indien de termijn geen gunningscriterium is, de uitvoeringstermijn”.

Te dezen is de toewijzing van de opdracht in het geding en niet de uitvoering ervan. Het middel is niet ernstig in de mate dat de schending van deze bepaling wordt ingeroepen.

Artikel 110, § 2 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt:

“Onverminderd de nietigheid van elke offerte wegens afwijking van de essentiële besteksbepalingen zoals deze opgesomd in artikel 89, kan de aanbestedende overheid offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen, indien zij niet overeenstemmen met de bepalingen van deze titel,

enig voorbehoud inhouden, of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen”.

Deze bepaling is niet van toepassing bij een onderhandelings-procedure die te dezen werd gevolgd. Het middel is niet ernstig.

Bovendien geven de verzoekende partijen niet aan waar het bestek terzake die bepaling van toepassing heeft verklaard of een nietigheid instelde. Zij vermelden zelf geen besteksbepalingen waarvan de niet-naleving uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd met onregelmatigheid of nietigheid. Zij blijven dus op het eerste gezicht in gebreke om, indien er al sprake zou zijn van afwijkingen van besteksbepalingen, in concreto aan te tonen dat het gaat om afwijkingen van essentiële besteksbepalingen.

C. Derde middel

Samenvatting van het middel

20. Een derde middel is genomen uit de schending van artikel 65/4, 5° van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van het materieel en formeel motiveringsbeginsel als algemeen rechtsbeginsel en zoals bedoeld in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, evenals van het gelijkheidsbeginsel, vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in relatie tot de gunningscriteria zoals uiteengezet in het bestek onder hoofding 2.1.

Dit middel wordt opgesplitst in vier onderdelen.

In een eerste onderdeel werpen de verzoekende partijen op dat de beoordeling van het eerste subgunningscriterium “kwaliteit, volledigheid en functionaliteiten” van het eerste gunningscriterium “technische waarden en

kwaliteit”, ten onrechte enkel wordt toegespitst op één onderdeel van de volledige opdracht, meer bepaald de eigenschappen van de camera’s, en dat er geen redelijke motivering voorhanden is waarom er geen rekening wordt gehouden met de overige onderdelen van de opdracht.

In een tweede onderdeel voeren zij de schending aan van artikel 65/4 van de wet van 24 december 1993 en van het formeel motiveringsbeginsel omdat in het bestek nergens wordt aangeduid hoe wordt overgegaan tot het toekennen van het aantal voorziene punten. Ook in de bestreden gunningsbeslissing zou de puntentoekenning op willekeurige wijze geschieden zonder dat er uitgeweid wordt waarom een bepaalde methode wordt gehanteerd en waarom een bepaald aantal meer- of minpunten wordt voorzien.

In een derde onderdeel stellen de verzoekende partijen dat de beoordeling bij het eerste subgunningscriterium “kwaliteit, volledigheid en functionaliteiten” niet afdoende gemotiveerd is, minstens zijn de motieven inconsistent. Dit zorgt er bovendien voor dat de verzoekende partijen ongelijk behandeld worden, nu voor de voordelen van de verzoekende partijen géén bijkomende punten worden toegekend en voor de nadelen van de THV Sait Zenitel geen punten worden afgetrokken.

In een vierde en laatste onderdeel merken de verzoekende partijen op dat uit de bestreden beslissing en haar bijlagen niet kan worden afgeleid welke de gebruikte materialen waren tijdens de “Proof of Concept” fase, waardoor zij niet kunnen nagaan of de gebruikte materialen overeenstemmen met de materialen opgesomd in de offerte van de THV Sait Zenitel. Ook om die reden zou het formeel motiveringsbeginsel geschonden zijn.

Beoordeling

21.1. Overeenkomstig artikel 65/4, 5° van de wet van 24 december 1993 dient de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze de opdracht gunt.

De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid waren om, op grond van het evaluatieverslag dat hen werd meegedeeld, de beslissing met kennis van zaken te betwisten. Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift zelf, waarin zij de beoordeling en motieven omstandig ook inhoudelijk betwisten. Er lijkt dan ook om deze redenen alleen al voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens aan de ratio legis ervan.

Voorts blijkt op het eerste gezicht dat wel degelijk alle technische aspecten werden onderzocht zoals blijkt uit de excell-sheets die werden opgenomen als bijlage A van het evaluatieverslag.

In het evaluatieverslag wordt bij de beoordeling van het eerste subcriterium “kwaliteit, volledigheid en functionaliteiten” ook uitdrukkelijk naar deze bijlage verwezen. Daarbij wordt vastgesteld dat inzake kwaliteit, volledigheid en functionaliteiten de drie inschrijvers voldoen en worden vervolgens een aantal voordelen en een minwaarde opgesomd om de puntentoekenning te verantwoorden.

De verzoekende partijen maken op het eerste gezicht niet aannemelijk dat men ertoe gehouden was om alle onderdelen van de opdracht reeds binnen het eerste subgunningscriterium van het eerste gunningscriterium te beoordelen. Zo bevat het bestek onder meer afzonderlijke (sub)gunningscriteria waarbij de opslagcapaciteit, die verband lijkt te houden met de opbouw van het digitaal glasvezelnetwerk, en de technische bijstand (onderhoud) dienen te worden beoordeeld.

Het eerste onderdeel van het derde middel is dan ook niet ernstig.

21.2. Bovendien lijken de motieven vermeld in het evaluatieverslag op het eerste gezicht van aard om het puntenverschil van 22 voor de offerte van de verzoekende partijen, tegenover 24,5 voor de offerte van de gekozen inschrijver te verantwoorden.

Aangezien ook aan de offerte van de gekozen inschrijver aldus niet de maximumscore werd toegekend, blijkt prima facie niet dat geen rekening zou zijn gehouden met de vermelde minderwaarde in de offerte van de gekozen inschrijver.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partijen beweren, komt het toe aan de aanbestedende overheid om bij de beoordeling van de gunningscriteria extra punten toe te kennen voor zaken die het bestek als dusdanig niet vereiste, doch die voor haar een meerwaarde betekenen die verband houdt met het te beoordelen gunningscriterium. Dat de opgesomde voordelen een meerwaarde betekenden voor de verwerende partijen wordt tevens bevestigd in bijlage A bij het gunningsverslag.

Ten slotte tonen de verzoekende partijen niet aan dat de verwerende partijen de grenzen van een redelijke beoordeling te buiten zijn gegaan door hen geen extra punten toe te bedelen voor de “quad streaming”, de “99 presets” en de “privacymaskeringen”. Volgens de verzoekende partijen zelf vormde de “quad streaming” immers een besteksvereiste waaraan zij dienden te voldoen, zodat hiervoor op het eerste gezicht geen extra punten dienen te worden toegekend. Met “99 presets” bieden de verzoekende partijen weliswaar meer dan het bestek voorzag, doch beduidend minder dan de offerte van de gekozen inschrijver met 256 presets. Voorts blijkt het verschil tussen de privacymaskeringen op het eerste gezicht wel degelijk geleid te hebben tot een

mindere score voor de offerte van de gekozen inschrijver. Prima facie blijkt dan ook niet dat er bij de beoordeling sprake zou zijn van een ongelijke behandeling van de inschrijvers.

Ook het derde onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

21.3. Het bestek dat van toepassing is op een bepaalde overheidsopdracht is niet onderworpen aan de bepalingen van de formele motiveringswet, omdat het geen individuele strekking heeft.

Voorts lijkt geen rechtsbepaling of -beginsel de aanbestedende overheid ertoe te verplichten om haar beoordelingsmethode vooraf te preciseren of bekend te maken. Minstens tonen de verzoekende partijen het tegendeel niet concreet aan met de in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid vereiste graad van ernst.

Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid de volgens haar best geschikte beoordelingsmethode van de gunningscriteria te kiezen, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de beginselen van behoorlijk bestuur en door hetgeen zij zelf in haar bestek heeft bepaald. De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partijen terzake een onwettigheid hebben begaan of dat het bestuur willekeurig heeft beslist.

Ook het tweede onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

21.4. In de mate dat de verzoekende partijen in een vierde middelonderdeel aanvoeren dat de formele motiveringsplicht geschonden zou zijn omdat de bestreden beslissing geen melding maakt van de gebruikte materialen bij de proefopstelling en de lijst met de gebruikte materialen niet gevoegd werd aan het evaluatieverslag, kan worden volstaan met de vaststelling dat het bestek bepaalt dat de gebruikte apparatuur dezelfde moet zijn als deze voorgesteld in de offerte en

dat de lijst van gebruikte materialen aan de jury diende te worden overhandigd, bij gebrek waarvan aan de inschrijver geen punten zouden worden toegekend voor de proefopstelling. Aangezien uit het evaluatieverslag en zijn bijlage A blijkt dat alle inschrijvers punten hebben behaald op de proefopstelling, blijkt dan op het eerste gezicht voldoende dat de verwerende partijen van oordeel waren dat voldaan was aan die vereiste. Het lijkt niet vereist dat deze documenten dan nog eens opgenomen worden in de formele motivering van de bestreden beslissing zelf.

Dat de gekozen inschrijver wel degelijk de betrokken materiaallijst heeft overhandigd, lijkt op het eerste gezicht bevestigd te worden door stuk 12 van de tussenkommende partijen, waarin zij deze materiaallijst neerleggen als vertrouwelijk stuk van hun dossier.

De verzoekende partijen voeren als dusdanig geen schending aan van de betrokken besteksbepaling, noch voegen zij bij hun verzoekschrift de door hen overhandigde materiaallijst om hun belang bij dergelijk middel te ondersteunen.

Ook het vierde onderdeel is niet ernstig.

22. Het derde middel is in zijn geheel dan ook niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de NV Sait Zenitel en de NV Jacops, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Saint Zenitel NV - Jacops NV, tot tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

4. De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst in het administratief kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 augustus 2012, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Eric Brewaeys,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Tiny Temmerman,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Tiny Temmerman

Eric Brewaeys