

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.235 van 24 oktober 2013
in de zaak A. 210.326/XII-7474**

In zake: de NV GLOBEZENIT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alexander Van Brabant
kantoor houdend te 8200 Brugge
Doornstraat 326
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ward Robben

tegen:

het AGENTSCHAP VOOR GEOGRAFISCHE INFORMATIE
VLAANDEREN (AGIV)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Filip Lahaye en
Ellen Clymans
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 1 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 17.09.2013 van het Agentschap voor Geografische Informatie Vlaanderen inzake de overheidsopdracht voor aanneming van diensten ‘inwinning, infrastructuurdienst en ontsluiting van Mobile Mapping Beelden’ opdracht met een vast en een voorwaardelijk deel ‘AGIV-MM/2013/0701’ [...] met als bijlage een uittreksel uit de gemotiveerde selectiebeslissing, houdende de niet-selectie van [de nv GlobeZenit]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 oktober 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Alexander Van Brabant en lid van de directie Dirk Verheyen, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende 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. De verwerende partij schrijft een onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor een opdracht van diensten, in de aankondiging genoemd “Aanvraag tot deelneming – Mobile Mapping” en kort omschreven als “Inwinning, infrastructuurdienst en ontsluiting van Mobile Mapping beelden – opdracht met een vast en een voorwaardelijk deel”.

3.2 De aankondiging van de opdracht wordt op 10 juli 2013 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 11 juli 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De nota AGIV-MM/2013/0701 “Aanvraag tot deelneming” betreft de selectie van de inschrijvers voor deze opdracht en bevat in artikel 1 in de eerste plaats de volgende “Situering en verantwoording van de opdracht”:

“Het AGIV bouwt samen met haar partners de Vlaamse Geografische Data-Infrastructuur en realiseert met het oog op een betere digitale dienstverlening aan overheid, bedrijven en burgers, integreerbare oplossingen voor het efficiënt gebruik van geografische informatie.

Het AGIV wenst door middel van Mobile Mapping panoramische beelden van Vlaanderen te verwerven, via een infrastructuurdienst op te slaan en te ontsluiten (voorwaardelijk gedeelte – zie verder) en via een technologische oplossing te ontsluiten voor de deelnemers aan GDI-Vlaanderen. [...]

Mobile Mapping is de techniek waarbij beelden worden genomen vanuit een rijdend voertuig en deze beelden vervolgens digitaal verwerkt worden. De Mobile Mapping beelden bevatten een schat aan informatie en de toepassingen zijn enorm. Deze beelden geven de mogelijkheid om vanop afstand op elk moment de werkelijke terreinsituatie te bekijken en er metingen op uit te voeren. De beelden horende bij een bepaalde locatie kunnen via het internet rechtstreeks opgeroepen worden.

Hiervoor wenst AGIV beroep te doen op een externe dienstenleverancier om samen deze doelstelling te realiseren.”

Artikel 3 omschrijft de opdracht nader. De opdracht bestaat uit een vast gedeelte en een voorwaardelijk gedeelte. Het vast gedeelte omvat: (1) data-inwinning door middel van “mobile mapping” van panoramische beelden (360°) van de berijdbare wegen van Vlaanderen en (2) technologische oplossing ter ontsluiting van de “Mobile mapping” beelden. Het voorwaardelijk gedeelte bestaat uit het opzetten van een infrastructuurdienst voor zowel de “back end” als de ontsluiting van de beelden.

Artikel 5 “Procedure” bepaalt onder meer:

“De opdracht zal worden gegund na een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking, overeenkomstig artikel 26, §2, 3° van de wet van 15 juni 2006.

Deze procedure is gerechtvaardigd wegens het feit dat de specificaties van de opdracht en meer bepaald de afstemming tussen de verschillende onderdelen ervan nog niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen bepaald worden. Tijdens de onderhandelingsfase zal er beroep worden gedaan op de expertise van de verschillende bidders om deze te verfijnen en te finaliseren.”

De keuze van deze gunningsprocedure wordt voorts omstandig gemotiveerd in het selectieverslag bij de bestreden selectiebeslissing.

Artikel 6 bevat de “Voorwaarden tot deelneming”. Met het oog op de beoordeling van de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid van de kandidaten worden daarbij onder meer de volgende selectie-eisen vooropgesteld:

“6 Voorwaarden voor deelneming
[...]

6.2 Financiële en economische draagkracht

De financiële en economische capaciteit van de kandidaten zal aan de hand van de volgende documenten worden beoordeeld:

- [...]
- globale balans en de omzet van de laatste drie jaren zoals ingediend bij de Nationale Bank en de omzet voor de diensten waarop elk van de onderdelen van de opdracht waarvoor hij wil inschrijven betrekking heeft.

[...]

6.3 Technische capaciteit

De kandidaat toont zijn technische capaciteit en bekwaamheid aan door het voorleggen van:

[...]

Technologische oplossing ter ontsluiting

☐ een referentielijst van de voornaamste diensten opgesteld tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van bedrag, datum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Deze diensten worden gestaafd aan de hand van certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd. Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis, door een verklaring van de dienstverlener.

☐ een opgave van de diensten die hij door een onderaannemer zal laten uitvoeren.

Diensten zoals:

- webdiensten voor het ontsluiten van de beelden
- API waarmee de beelden geïntegreerd kunnen worden in de eigen software van gebruikers
- online viewer met meetfunctionaliteit
- ontsluiten van voorgaande datasets (archief)

- monitoring van de ontsluiting
[...].”

3.4. De kandidaatstellingen moeten worden ingediend uiterlijk op 12 augustus 2013. Er worden vijf kandidaatstellingen ontvangen waaronder deze van de verzoekende partij.

3.5. De kandidaatstellingen worden door de aanbestedende overheid onderzocht en bij alle worden blijkens het selectieverslag initieel tekorten vastgesteld. In het licht van deze onvolledigheden verzoekt de verwerende partij volgens de nota aan alle kandidaten, ook de verzoekende partij, om op bepaalde punten toelichting of ontbrekende stukken te bezorgen.

Er volgt enige briefwisseling tussen de verwerende partij en de verzoekende partij, waarin de verzoekende partij om toelichting wordt gevraagd bij haar opgegeven referenties inzake de “technologische oplossing ter ontsluiting”.

Bij brief van 9 september 2013 bezorgt de verzoekende partij een aantal bijkomende documenten aan de verwerende partij, waaronder een stuk met “meer uitleg omtrent de opgegeven referenties”.

In een selectieverslag van 17 september 2013 wordt voorgesteld Cyclomedia en de thv Image V te selecteren. De drie andere kandidaten waaronder de verzoekende partij komen volgens dit selectieverslag niet voor selectie in aanmerking.

3.6. Met verwijzing naar het selectieverslag waarvan “de motivering en het besluit [...] geheel wordt onderschreven” en dat bij de beslissing wordt gevoegd en “er integraal deel van uitmaakt”, beslist de verwerende partij op 17 september 2013 om de kandidaten Cyclomedia en thv Image V te selecteren en uit te nodigen tot het indienen van een offerte en om drie overige kandidaten, waaronder de verzoekende partij, niet te selecteren.

Dit is de bestreden beslissing.

3.7. Met een brief van 19 september 2013 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij niet werd geselecteerd en dat de “motieven voor [haar] niet-selectie terug te vinden zijn in het als bijlage gevoegde uittreksel van de gemotiveerde selectiebeslissing”.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4.1. 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.

4.2. Te dezen is evenwel de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Luidens artikel 15, eerste lid, van de voornoemde wet van 17 juni 2013 is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 15, tweede lid, de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

5. De verzoekende partij formuleert het middel als volgt:

“Machtsoverschrijding door schending van art. 26 § 2 3° van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, de formele motiveringsplicht zoals vervat in art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met inbegrip van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, art. 10 en 11 Gec. G.W. en het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel;

Doordat verwerende partij de plaatsing van de overheidsopdracht laat verlopen via onderhandelingsprocedure gemotiveerd als volgt: gerechtvaardigd wegens het feit dat de specificaties van de opdracht en meer bepaald de afstemming tussen de verschillende onderdelen ervan nog niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen bepaald worden. Tijdens de onderhandelingsfase zal er beroep worden gedaan op de expertise van de verschillende bidders om deze te verfijnen en te finaliseren.

Terwijl de plaatsing van overheidsopdrachten via de onderhandelingsprocedure enkel mag in uitzonderlijke omstandigheden, dat deze omstandigheden in dezen niet voorhanden zijn, dat immers de specificaties met inbegrip van de onderlinge afstemming van de verschillende onderdelen van het voorwerp van de opdracht, te weten data-inwinning, ontsluiting en opslag van deze ingewonnen data, afdoende nauwkeurig konden worden vastgesteld;

Zodat de bestreden beslissing en de keuze om de opdracht te laten verlopen via de onderhandelingsprocedure niet regelmatig is gemotiveerd en derhalve genomen is met schending van de in het middel aangeduide bepalingen en beginselen.”

In de toelichting bij het middel benadrukt de verzoekende partij dat artikel 26, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ voorziet in een uitzonderingsregime voor een aanbestedende overheid om zich te

beroepen op de onderhandelingsprocedure en dat de “lapidaire motivatie” in artikel 5 van de aanvraag tot deelneming “niet [volstaat], noch naar inhoud, noch veel minder wanneer gekeken wordt naar het voorwerp van de opdracht”. De gevraagde toepassing is niet volkomen nieuw – de verzoekende partij verwijst naar “Google Streetview” – en de verwerende partij verleent reeds een dienst waarbij opgeslagen “mobile mapping” beelden worden ontsloten en raadpleegbaar zijn. Deze bestaande toepassing omvat de drie onderdelen van de huidige opdracht en hun onderlinge afstemming. Het is de verwerende partij dus perfect mogelijk om duidelijke besteksbepalingen op te stellen. De verzoekende partij benadrukt voorts nog dat het vaste rechtspraak is van de Raad van State dat het aan het opdrachtgevend bestuur toekomt te bewijzen dat “de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet met een voldoende nauwkeurigheid bepaald kunnen worden om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag”.

Beoordeling

6.1. Luidens artikel 26, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 mogen de overheidsopdrachten worden geplaatst bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking “in het geval van een overheidsopdracht voor diensten, voor zover door de aard van de te verlenen diensten de specificaties van de opdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de opdracht bij open of beperkte procedure te plaatsen”. Het is op deze bepaling dat, blijkens artikel 5 van de “Aanvraag tot deelneming” en het selectieverslag, de keuze van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking steunt.

6.2. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 2013 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op, onder meer “2° wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren” en “5° wanneer ze beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat”, zoals te dezen het geval is. Onder meer wat betreft de in dat artikel 4, eerste lid, 2°, bedoelde beslissing, dienen, luidens artikel 4, tweede lid, “de motieven van de beslissing te bestaan op het ogenblik van de beslissing, maar kan de gemotiveerde beslissing *a posteriori* worden opgesteld, door ze op te nemen in de eerstvolgende beslissing bedoeld in het eerste lid, 4°, 5°, 6°, 8° of 9°, al naargelang”.

Deze gemotiveerde beslissing bevat, “naargelang de procedure en het soort beslissing”, de vervolgens in artikel 5 vermelde elementen. Zo bevat die beslissing, luidens artikel 5, 2°, “in geval van onderhandelingsprocedure of concurrentiedialoog de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken”. Artikel 5, 6°, verwijst naar “de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor de beslissingen die daarop betrekking hebben”.

7. Te dezen worden de motieven voor het beroep op de onderhandelingsprocedure kort als volgt weergegeven in artikel 5 van de “Aanvraag tot deelneming”:

“De opdracht zal worden gegund na een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking, overeenkomstig artikel 26, §2, 3° van de wet van 15 juni 2006.

Deze procedure is gerechtvaardigd wegens het feit dat de specificaties van de opdracht en meer bepaald de afstemming tussen de verschillende onderdelen ervan nog niet met voldoende nauwkeurigheid kunnen bepaald worden. Tijdens de onderhandelingsfase zal er beroep worden gedaan op de expertise van de verschillende bidders om deze te verfijnen en te finaliseren.”

De motivering die opgenomen werd in het selectieverslag dat onderschreven werd in en deel uitmaakt van de bestreden selectiebeslissing, luidt:

“De opdracht volgt de procedure van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht bestaat uit diverse componenten, waaronder een voorwaardelijk gedeelte, waarbij het AGIV heeft vastgesteld in het kader van voorafgaand onderzoek dat slechts een heel beperkt aantal ondernemingen deze geïntegreerd kan aanbieden. In het verleden heeft ook het AGIV zelf het voorwerp van de voorliggende opdracht gerealiseerd door het samenbrengen van diverse onderdelen en betrokken dienstverleners / eigen werking. De opdracht beoogt nu een en ander te integreren. Die werkwijze vereist een nauwgezette en voorafgaande integratie en afstemming van de diverse onderdelen van de opdracht alsook – gelet op het feit dat het merendeel van de ondernemingen een consortium zal moeten vormen om de diverse componenten te kunnen aanbieden – een samenwerking tussen de diverse ondernemingen. Daarbij is het nodig om met de inschrijvers te kunnen onderhandelen over de wijze waarop zij de interferentie tussen de diverse onderdelen zien en hoe hun organisatie daarop wordt afgestemd.

Daarnaast is de transitie een belangrijk aandachtspunt, die het AGIV tevens moet kunnen afstemmen met de inschrijvers. Er is bijvoorbeeld geen standaard voor de Mobile Mapping-beelden op dit moment, waardoor een transitie naar een derde partij bemoeilijkt wordt en de noodzaak kan bestaan om daarover te onderhandelen.

Ook de specificaties moeten kunnen afgetoetst worden aan de hand van de offertes van de inschrijvers, waarbij de insteek van de inschrijvers op diverse punten zeer relevant is. Zo is het van belang na te gaan en te bespreken hoe de diverse inschrijvers omgaan met het percentage wegenis waar nauwkeurigheid niet maximaal kan gehaald worden (vb. in geval van urban canyons).

De opdracht omvat een vast gedeelte en daarnaast ook een voorwaardelijk gedeelte. Het volledig uitvoeren van de opdracht is heden, mede gelet op eigen diensten alsook strategische samenwerkingsverbanden met o.a. andere overheden, onzeker en zal in het licht van de offertes voorwerp moeten uitmaken van onderhandelingen.”

8. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel opwerpt dat de “lapidaire motivatie” in artikel 5 van de “Aanvraag tot deelneming” niet volstaat en hiermee de formele motivering van de keuze van de onderhandelingsprocedure betwist, gaat zij aldus voorbij aan de omstandige motivering van die keuze in de selectiebeslissing. Zij toont op het eerste gezicht niet aan waarom die meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen de keuze van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Het tegendeel blijkt veeleer uit het verzoekschrift. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formele motiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan.

9.1. In de mate dat de verzoekende partij de motieven inhoudelijk betwist, merkt de Raad van State op dat in het licht van die motivering op het eerste gezicht niet blijkt dat de verwerende partij hier niet van oordeel mocht zijn dat zij, door de aard van de te verlenen diensten, de specificaties van de opdracht niet voldoende nauwkeurig kon vaststellen om de opdracht bij open of beperkte procedure te plaatsen.

9.2. Het tegendeel blijkt ook niet meteen uit de argumenten in het verzoekschrift.

Met het eerste argument –de toepassing is niet volkomen nieuw– wordt niet op het eerste gezicht aangetoond dat dit noodzakelijk inhoudt dat AGIV alle specificaties kon bepalen en de wijze waarop de verschillende onderdelen afgestemd moesten worden. Het tweede argument –de verwerende partij verleent reeds een soortgelijke dienst– gaat voorbij aan de vaststelling in de bestreden beslissing, en ondersteund door het administratief dossier, dat dit systeem problemen kent. Het feit dat ook dit bestaande systeem de drie onderdelen, voorwerp van de opdracht, zou bevatten, en hun onderlinge afstemming, lijkt dan ook niet te volstaan om het tegendeel aan te tonen.

9.3. Voorts lijkt de argumentatie van de verzoekende partij ook niet alle ingeroepen motieven maar slechts een deel ervan te betreffen. Zo is deze grief bijvoorbeeld vreemd aan het motief inzake het omgaan met het percentage wegnis waar nauwkeurigheid niet maximaal kan worden gehaald en inzake de afstemming van het vast en het voorwaardelijk deel.

9.4. Ter terechtzitting benadrukt de verzoekende partij dat uit bij het administratief dossier gevoegde nota's van de raad van bestuur blijkt dat de eigenlijke reden voor de onderhandelingsprocedure is dat de verwerende partij de scenario's voor opslag en ontsluiting van de beelden wou open houden. De verzoekende partij doet gelden dat de verwerende partij aldus had kunnen werken met varianten in het bestek of met een procedure van concurrentiedialoog.

Daargelaten de vraag of deze argumentatie niet reeds in het verzoekschrift had kunnen worden ontwikkeld, lijkt ook om varianten te kunnen toestaan, voldoende duidelijk te moeten zijn hoe deze worden omschreven, minstens de minimale vereisten waaraan deze moeten beantwoorden. De verzoekende partij toont niet op het eerste gezicht aan dat zulks te dezen mogelijk was. De verwijzing naar de concurrentiedialoog wordt niet nader onderbouwd.

10. Aldus toont de verzoekende partij niet aan dat de motieven niet inpasbaar zijn in de mogelijkheid, geboden door artikel 26, § 2, 3°, van de wet van 15 juni 2006 of dat die bepaling of het materiële-motiveringsbeginsel werd geschonden.

De eveneens ingeroepen schending van de het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en van het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel worden niet afzonderlijk toegelicht. In de mate dat die schending al zou worden afgeleid uit de schending van voormeld artikel 26, § 2, 3°, is het middel in ieder geval ook op deze punten en om dezelfde redenen niet ernstig.

11. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

12. De verzoekende partij formuleert het middel als volgt:

“Machtsoverschrijding door schending van art 5 en art. 26 § 2 3° en § 3 van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, art. 59 van het Koninklijk besluit van 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren, de formele motiveringsplicht zoals vervat in art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen, het materiële motiveringsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur met in begrip van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het beginsel van gelijke behandeling der inschrijvers, art. 10 en 11 Gec. G.W. en het Europese niet-discriminatie en transparantiebeginsel;

Doordat de bestreden beslissing verzoekende partij niet selecteert op grond van de volgende motieven, met name (1) dat verzoekende partij geen omzet aantoonde inzake de technologische oplossing ter ontsluiting van de mobile mapping beelden en (2) dat verzoekende partij geen relevante referenties voor het onderdeel ‘technologisch oplossing ter ontsluiting’ van mobile mapping beelden voorlegt.

Terwijl verzoekende partij, dan nog in eigen beheer, technologische oplossingen ter ontsluiting van mobile mapping beelden aanbiedt (zodat de omzet dienaangaande deel uitmaakt van haar eigen jaaromzet, en dit nog los van de vaststelling dat verwerende partij de verschillende kandidaten discriminerend heeft behandeld) en verzoekende partij in haar kandidatuur expliciet representatieve referenties voorlegt;

Zodat de bestreden beslissing niet regelmatig is gemotiveerd en derhalve genomen is met schending van de in het middel aangeduide bepalingen en beginselen.”

In de toelichting gaat de verzoekende partij in de eerste plaats in op “de omzet”. Zij benadrukt dat het vragen van verduidelijking aan de ene inschrijver en niet aan de andere een verboden onderscheid in behandeling kan uitmaken en dat de miskennis van de gelijke behandeling en wapengelijkheid hier flagrant gebeurt. De verzoekende partij merkt in dit kader voorts op dat zij wel degelijk beschikt over een beduidende omzet ter zake van ontsluiting van mobile mapping, en dit ingevolge haar softwarepakket ‘PipeGuardian’ dat precies een duidelijke referentie is van eigen omzet in het kader van het ontsluiten van mobile mapping beelden.

Wat betreft “de referenties” vermeldt de verzoekende partij dat zij bij haar initiële kandidaatstelling referenties had opgegeven waarbij zij voldeed aan de vereiste dat zij ervaring had met het ontsluiten, dit is het beschikbaar maken voor raadpleging door derden van de opgeslagen gegevens.

Zij vervolgt:

“Per schrijven dd. 09.09.2013 [g]eeft verzoekende partij meer toelichting omtrent het softwarepakket ‘PipeGuardian’, waarbij in het luik ‘Resultaatsgebied’ duidelijk wordt gesteld dat de module ‘Mobile Map viewing met meetfunctionaliteit’ aanwezig is in de software. M.a.w. het bekijken of raadplegen van verzamelde geografische data behoort manifest

tot de technische capaciteiten van verzoekende partij. Ook in het luik ‘Gebruikte technologie’ toont verzoekende partij aan dat haar software over een API en Web protocollen beschikt waardoor de mogelijkheid bestaat om de bestaande systemen van de klant te laten integreren met de software van verzoekende partij. Verzoekende partij stelt aldaar uitdrukkelijk dat haar toepassing ‘PipeGuardian’ ontwikkeld is op basis van webtechnologie en toegankelijk is via mobiele toepassingen, en dus consulteerbaar. Verzoekende partij kan derhalve haar mobiele gegeven ontsluiten.

Uit de bijgevoegde overeenkomst tussen GlobeZenit en (onderaannemer) Office IT (stuk B/8 blz. 8) bijlage 1 Werkverdeling, blijkt dat GlobeZenit verantwoordelijk is voor (1) Data-inwinning door middel van Mobile Mapping van panoramische beelden (360°) van de berijdbare wegen van Vlaanderen en (2) technologische oplossing ter ontsluiting van de Mobile Mapping beelden en Office-IT verantwoordelijk is voor (3) een infrastructuurdienst voor zowel de back-end als de ontsluiting van de beelden.

Het betreft derhalve een manifest foutief onderzoek en manifest foutieve gevolgtrekking van verwerende partij dat verzoekende partij geen representatieve referenties had inzake ‘ontsluiten’ van haar Mobile Mapping beelden. Verzoekende partij is onmiskenbaar in de mogelijkheid om haar kaarten en panoramische beelden toegankelijk te maken voor derden, ‘te ontsluiten’, raadpleegbaar te maken, te laten bekijken, of in het gebruikelijk Engels ‘viewing’ en had hiervoor een representatieve referentie opgegeven.

Bemerk trouwens dat de ganse aanvraag doorspekt is van Engelstalige terminologie: Mobile Mapping, Online viewer, Back end, Public of Hybrid Cloud,... Indien Wet taalgebruik Bestuurszaken is miskend, geldt dit voor de volledige procedure, inclusief aanvraag en leidt dit tot volledige nietigheid.

Verzoekende partij had derhalve nooit mogen geweigerd worden op grond van het motief dat uit haar referenties niet bleek dat zij technische ervaring had inzake het ontsluiten van de Mobile Mapping. De niet selectie van verzoekende partij stoelt derhalve op niet draagkrachtige motieven.

Bij de minste twijfel - quod non in casu had verwerende partij, in het kader van zorgvuldige bestuur trouwens een verdere vraagstelling moeten doen. Indien verzoekende partij niet in de mogelijkheid was de beelden te ontsluiten, had ze evident niet ingediend.”

Beoordeling

13. Luidens artikel 6.3 van de aanvraag tot deelneming toont de kandidaat “zijn technische capaciteit en bekwaamheid” wat deelopdracht technologische oplossing ter ontsluiting betreft aan door het voorleggen van de vervolgens opgesomde documenten waaronder:

“Technologische oplossing ter ontsluiting

☐ een referentielijst van de voornaamste diensten opgesteld tijdens de laatste drie jaar, met vermelding van bedrag, datum en de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren.

Deze diensten worden gestaafd aan de hand van certificaten die door de bevoegde overheid zijn opgesteld of goedgekeurd. Indien het gaat om diensten aan privaatrechtelijke personen worden de diensten aangetoond door certificaten opgesteld door deze personen of, bij ontstentenis, door een verklaring van de dienstverlener.

☐ een opgave van de diensten die hij door een onderaannemer zal laten uitvoeren.

Diensten zoals:

- webdiensten voor het ontsluiten van de beelden
- API waarmee de beelden geïntegreerd kunnen worden in de eigen software van gebruikers
- online viewer met meetfunctionaliteit
- ontsluiten van voorgaande datasets (archief)
- monitoring van de ontsluiting

[...].”

In dit middel betwist de verzoekende partij haar niet-selectie.

Deze steunt, in punt 4.4 van het selectieverslag op de volgende twee motieven:

“De kandidatuur van GlobeZenit voldoet niet op het volgend punt:

☐ Omzet voor de diensten waarop elk van de onderdelen van de opdracht waarvoor hij wil inschrijven betrekking heeft voor het gedeelte ontsluiting van mobile-mapping beelden.

☐ Referenties betreffende de ontsluiting van mobile mapping-beelden. De opgegeven referenties zijn niet representatief voor deze opdracht.”

Met betrekking tot technische bekwaamheid werd dit eerder in het verslag als volgt uitgewerkt:

“GlobeZenit werd gevraagd om bijkomende uitleg te geven over de referenties voor het onderdeel ‘technologische oplossing ter ontsluiting’. GlobeZenit omschrijft het softwarepakket waarop ze zich beroepen voor het onderdeel ‘technologische oplossing ter ontsluiting als volgt: ‘GlobeZenit ontwikkelde het pakket PipeGuardian dat een pijpleiding-eigenaar in staat stelt hun pijpleidingen op een doeltreffende en veilige manier te beheren’. In de referenties wordt nergens expliciet vermeld dat deze software mobile mapping beelden ontsluit. Daarom zijn de referenties

niet representatief voor deze opdracht. Om die redenen voldoet deze kandidaatstelling niet aan de vereisten.”

14. In de mate dat in het middel de formele motivering van de niet-selectie van de verzoekende partij aan de orde is, toont de verzoekende partij niet op het eerste gezicht aan waarom de meegedeelde motieven haar niet in staat stelden terdege te oordelen of het zin heeft zich in rechte te verweren tegen haar niet-selectie. Het tegendeel blijkt veeleer uit dit middel. Aldus lijkt op dat punt voldaan aan de formele-motiveringsplicht, minstens de *ratio legis* ervan.

15. Er lijkt voorts te moeten worden aangenomen dat elk van de twee motieven, namelijk dat zowel de omzet als de referenties niet voldoen, op zichzelf voldoende draagkrachtig kunnen zijn om de bestreden beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren te schragen.

De verzoekende partij lijkt overigens niet te betwisten dat zij om elk van de voormelde motieven mocht worden geweerd, indien deze motieven in rechte deugdelijk waren.

16. In de mate dat de verzoekende partij in dit middel de beoordeling van de gevraagde referenties betwist, wordt opgemerkt dat het in de eerste plaats aan de verwerende partij toekomt de voorgelegde referenties te beoordelen; zij beschikt ter zake over een zekere beoordelingsvrijheid.

Te dezen wordt niet op het eerste gezicht aangetoond dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft geoordeeld door de voorgelegde referenties, ook na verduidelijking, als niet representatief te aanzien wat betreft het onderdeel “technische oplossing ter ontsluiting”.

De kandidaatstelling van de verzoekende partij bevat enerzijds een referentielijst “Data-inwinning Mobile Mapping”, maar de verzoekende partij lijkt hier in het middel niet naar te verwijzen en lijkt aldus te erkennen dat deze op dit punt niet relevant zijn; de kandidaatstelling bevat anderzijds een referentielijst “Web Based GIS & Web service” waarnaar zij wel verwijst. Hieruit lijkt te mogen

worden afgeleid dat deze laatste referenties betrekking hebben op een softwareoplossing bedoeld voor het beheren van pijpleidingtracés. De verzoekende partij toont niet op het eerste gezicht aan dat de verwerende partij op basis van deze uiteenzetting redelijkerwijze niet anders had kunnen oordelen dan dat deze referenties representatief zijn voor het ontsluiten van Mobile Mapping beelden. Uit de opgenomen referenties blijkt immers nergens expliciet noch impliciet dat de betrokken software (pakket PipeGuardian) kan worden gebruikt voor het ontsluiten van mobile mapping beelden. Integendeel, er wordt telkens verwezen naar het beheer van pijpleidingen.

De verzoekende partij werd vervolgens verzocht om meer uitleg te geven omtrent de opgegeven referenties, maar toont niet concreet en afdoende aan dat de vervolgens bij brief van 9 september 2013 aan de aanbestedende overheid bezorgde informatie aantoonde dat deze referenties afdoende ervaring inzake ontsluiting van mobile mapping beelden aantonen. De bijgebrachte fiche luidt:

“Pipeguardian – Web Based GIS solution

1. Beschrijving & Doel

Pipeguardian is een Pipeline Integrity Management Systeem dat een pijpleidingeigenaar of beheerder in staat stelt om de integriteit van zijn leiding op te volgen met de nadruk op administratieve ondersteuning.

- ☐ Beheer van het wettelijk kader betreffende het pijpleidingtracé: oa kadastergegevens (percelen & personen)
- ☐ Afhandeling van KLIM/KLIP/KLIC Graaf- en ROW-meldingen
- ☐ Beheer van inspecties (Tracécontroles en Helicopterinspecties)
- ☐ Geordend (geo)data archief

2. Resultaatsgebied

GlobeZenit ontwikkelde het pakket Pipeguardian dat een pijpleidingeigenaar in staat stelt hun pijpleidingen op een doeltreffende en veilige manier te beheren. Het pakket werd modulair ontwikkeld en volledig afgestemd op de behoeften van de klant. Volgende modules zijn beschikbaar:

(Mobile) Map Viewing (met meetfunctionaliteit), Open standaard data opslag, Profielen, Right of way (ROW), Kadaster/mailling, Bedreigingen, Inspecties, Procedurele afhandeling van acties, Onderhoud.

3. Gebruikte technologie

In het huidige tijdperk van mobiliteit en communicatie is er nood aan toegang tot data op eender welk tijdstip en locatie. Daarom is PipeGuardian ontwikkeld op basis van webtechnologie (Ruby en Ruby On Rails) en is tevens toegankelijk via mobiele toepassingen.

Voor de grafische component wordt er gebruik gemaakt van Next7 of Geoserver/Open Layers in combinatie met een Tomcat webserver.
Voor rasterdata kan er gebruik gemaakt worden van een Mapping Service.
Voor de data component wordt er gebruikt gemaakt van Oracle Spatial of Postgres/PostGIS.
Pipeguardian is browseronafhankelijk en werkt op zowel het Windows- als Linuxplatform.
Via de Pipeguardian API en web protocols zoals REST of SOAP is de klant in staat om bestaande systemen te laten interageren met Pipeguardian.”

Het gaat in feite om één enkele pagina met een beknopte beschrijving van het voorgestelde ‘Pipeguardian’-systeem; de verzoekende partij toont niet op het eerste gezicht aan dat een redelijk handelend bestuur op die basis niet anders mocht dan de betrokken referenties op dit punt wel relevant en representatief te achten.

De verwerende partij merkt immers terecht onder meer op dat deze pagina, in wezen zo lijkt een ‘productfiche’, een kleine afbeelding bevat, welke een (vlakke) kaart lijkt voor te stellen met aanduiding van pijpleidingen, waarbij de verwerende partij dan weer in haar nota aannemelijk maakt dat het bekijken van kaartmateriaal verschilt met wat in het kader van de voorliggende opdracht voor de mobile mapping databank moet worden gerealiseerd.

Er wordt dan ook niet op het eerste gezicht aangetoond dat de aanbestedende overheid niet mocht vaststellen dat ook na de bijkomende toelichting niet duidelijk gebleken was dat het ‘Pipeguardian’-systeem gebruik maakt van een software voor het ontsluiten van mobile mapping data.

Het komt trouwens toe aan de kandidaat voor een overheidsopdracht om zijn kandidaatstelling voldoende te stofferen en onderbouwen, teneinde de aanbestedende overheid toe te laten om op basis van de kandidaatstelling te beoordelen of betrokkene aan de gestelde selectie-eisen voldoet, en dit geldt zeker indien, zoals te dezen, er reeds bijkomende vragen worden gesteld, waaruit duidelijk kon worden afgeleid dat het bestuur problemen had met de aangeboden referenties voor de technische oplossing ter ontsluiting.

Dit oordeel lijkt des te meer aannemelijk wanneer deze informatie vergeleken wordt met wat ter zake werd opgenomen in de andere vertrouwelijk voorgelegde kandidaatstellingen waarin het softwareprogramma voor de ontsluiting omstandig wordt toegelicht.

In die omstandigheden blijkt niet waarom de bestreden beslissing op dit punt niet draagkrachtig gemotiveerd is of strijdig is met het bestek. Aangezien de verzoekende partij hierover wel om toelichting werd gevraagd, blijkt niet hoe zij op dit punt ongelijk werd behandeld.

Het nieuwe argument ter zitting dat op de bewuste productiefiche van het Pipeguardian-systeem alle diensten in verband met de ontsluiting, die in de aanvraag tot deelneming zijn gevraagd, worden vermeld, overtuigt niet, alleen reeds omdat dit in het verzoekschrift kon worden aangebracht, wat niet gebeurde. De demonstratie van het Pipeguardian-systeem ter terechtzitting waaruit zou blijken dat dit systeem effectief gebruik maakt van de vereiste ontsluitingssoftware, leidt ook niet tot een andere conclusie; de verzoekende partij had dergelijk overtuigingselement eerder moet aanbrengen, niet in het minst tijdens de selectieprocedure zelf om de aanbestedende overheid te overtuigen.

17. Aangezien voormeld motief op zich voldoende draagkrachtig is om de niet-selectie van de verzoekende partij te schragen, heeft zij geen belang meer bij haar kritiek op de beoordeling van haar omzet op dit punt.

18. Ten slotte betoogt de verzoekende partij nog:

“Bemerkt trouwens dat de ganse aanvraag doorspekt is van Engelstalige terminologie: Mobile Mapping, Online viewer, Back end, Public of Hybrid Cloud,... Indien Wet taalgebruik Bestuurszaken is miskend, geldt dit voor de volledige procedure, inclusief aanvraag en leidt dit tot volledige nietigheid.”

Dergelijke in de toelichting verscholen grief zonder referenties naar een concreet aangewezen, geschonden geachte regelgeving, dient niet als een middel te worden beschouwd.

19. Het middel is niet ernstig.

VI. Besluit

20. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 oktober 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Pierre Barra