RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 227.950 van 1 juli 2014
in de zaak A. 212.718/XII-7680

In zake: de BV CYCLOMEDIA TECHNOLOGY
vennootschap naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Anthony Verheggen
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Verzoekende partijen tot tussenkomst:

1. de NV GRONTMIJ BELGIUM
2. de BVBA TECCON

samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 juni 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing d.d. 21 mei 2014, die luidt als volgt:

> 'De opdracht 'Inwinning, infrastructuurdienst en ontsluiting van Mobile Mapping beelden – Opdracht met een vast en een voorwaardelijk deel' (bestek nr. AGIV-MM/2013/0701v2.0) wordt gegund aan de volgende dienstverlener met de meest gunstige inschrijving (BAFO):
> - THV Image-V
>
> Het voorwaardelijk gedeelte 'integratie bestaande beeldendatabank' wordt afgenomen.
> Het voorwaardelijk gedeelte 'infrastructuurdiensten' wordt afgenomen.
> Alle door deze inschrijver in zijn BAFO aangeboden meerwaardes worden gelicht'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 juni 2014 hebben de nv Grontmij Belgium en de bvba Teccon, samen vormend de thv Image-V, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 juni 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Anthony Verheggen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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 agentschap voor Geografische Informatie Vlaanderen (AGIV) schrijft een overheidsopdracht bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking uit voor de verlening van diensten met als voorwerp 'Aanvraag tot deelneming – Mobile Mapping'. De opdracht wordt beschreven als: "Inwinning, infrastuctuurdienst en ontsluiting van Mobile Mapping beelden opdracht met een vast en voorwaardelijk deel".

In het bestek AGIV-MM/2013/0701, dat de opdracht beheerst, wordt inzake het voorwerp van de opdracht gesteld:

> "De opdracht betreft een totaaloplossing voor zowel het opbouwen van de regelmatig geactualiseerde, gebiedsdekkende databank met panoramische beelden van Vlaanderen (vaste deelopdracht), de infrastructuurdienst voor de opslag en de ontsluiting van die beelden (voorwaardelijk gedeelte) als de technologische oplossingen ter ontsluiting (vaste deelopdracht) ten behoeve van de deelnemers aan GDI-Vlaanderen –nu en in de toekomst– in het kader van hun taken van algemeen belang.
> Er wordt voor de vermelde doelgroep –en hun dienstverleners– een niet-exclusief gebruiksrecht bekomen op de totaaloplossing (zie 9.2)."

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

3.3. Er worden vijf kandidaturen ingediend, waarvan de verzoekende partij en de tussenkomende partijen (hierna: de thv Image-V) bij beslissing van 17 september 2013 van de raad van bestuur van AGIV worden geselecteerd.

3.4. De verzoekende partij en de thv Image-V worden op 19 september 2013 uitgenodigd om elektronisch een offerte in te dienen.

3.5. De opening van de offertes vindt plaats op 21 november 2013. Zowel de verzoekende partij als de thv Image-V hebben een offerte ingediend.

3.6. De verzoekende partij en de thv Image-V worden na evaluatie van de initiële offertes bij een ter post aangetekende brief van 9 december 2013 uitgenodigd tot de onderhandelingsfase.

3.7. Op 19 december 2013 worden de verzoekende partij en de thv Image-V uitgenodigd om een aangepaste offerte in te dienen naar aanleiding van het opladen via *e-Notification* van een aangepaste versie van het bestek.

In dit bestek wordt bepaald dat aan eventuele vrije opties geen meerprijs of een andere tegenprestatie mag zijn verbonden.

Wat betreft de gebruiksrechten is in het bestek sub 9.2 bepaald:

> "De dienstverlener verleent de overheid (i.e. deelnemers aan het samenwerkingsverband GDI-Vlaanderen) het onherroepelijke, niet-exclusieve, wereldwijde, overdraagbare en voor sub-licentie vatbare recht om, voor de duur van de wettelijke bescherming van de intellectuele eigendomsrechten, de Beeldcomponenten te gebruiken, reproduceren, wijzigen en te divulgeren in het kader van de opdracht.
> De dienstverlener verleent de overheid (i.e. deelnemers aan het samenwerkingsverband GDI-Vlaanderen) het onherroepelijke, niet-exclusieve, wereldwijde, overdraagbare en voor sub-licentie vatbare recht om, voor de duurtijd van de opdracht, evenals de duurtijd van het overeengekomen transitieplan, de Standaardcomponenten en Specifieke Ontwikkelingen te gebruiken, reproduceren, wijzigen en te divulgeren in het kader van de opdracht.
> De dienstverlener verbindt zich ertoe het opdrachtgevend bestuur, zonder bijkomende kosten, de documentatie (inclusief alle relevante technische specificaties) ter beschikking te stellen en deze permanent up-to-date te houden. De vergoeding die de overheid betaalt voor de levering van de diensten omvat de vergoeding voor het gebruiksrecht van de intellectuele eigendomsrechten. Alle deelnemers aan GDI-Vlaanderen, zoals die nu en in de toekomst gedefinieerd (zullen) zijn, verkrijgen het hierboven

beschreven, niet-exclusieve gebruiksrecht op de Standaardcomponenten, Specifieke Ontwikkelingen en Beeldcomponenten. Indien de deelnemers aan GDI-Vlaanderen beroep moeten doen op dienstverleners of onderaannemers voor het uitvoeren van hun taken, kunnen zij deze gebruiksrechten in sublicentie geven.
Deze gerechtigde gebruikers kunnen de geleverde informatie en diensten, en daarvan afgeleide informatie, aanwenden voor dienstnoodwendigheden binnen het uitvoeren van hun opdrachten van algemeen belang, zoals die nu en in de toekomst gedefinieerd (zullen) zijn.
Niettegenstaande en zonder afbreuk aan hetgeen hierboven bepaald wordt, omvat het gebruiksrecht van de gerechtigde gebruikers in ieder geval ook steeds het recht om van een beperkte selectie van de geleverde informatie statische kopijen te publiceren, in welke vorm ook, binnen het kader van hun opdrachten."

Er zijn twee gunningscriteria, namelijk 'prijs' en 'kwaliteit', elk op 50 punten.

Het gunningscriterium 'kwaliteit' wordt als volgt onderverdeeld:

1. kwaliteit van de totaaloplossing en toegepaste methodologie zoals blijkt uit de beschrijving in offerte en de gebruikerstesten op 20 punten, bestaande uit de subsubcriteria:
   (a) vaste deelopdracht 'beeldendatabank' op 6 punten,
   (b) voorwaardelijk gedeelte 'infrastructuurdiensten' op 2 punten,
   (c) vaste deelopdracht 'technische oplossingen ter ontsluiting' op 6 punten,
   (d) voorwaardelijk gedeelte 'integratie bestaande beeldendatabank' op 2 punten en
   (e) beschrijving van de architectuur van het totaalschema op 4 punten.
2. kwaliteitsborging en maatregelen inzake performantie en transitie op 15 punten, bestaande uit de subsubcriteria:
   (a) een beschrijving van de kwaliteitsbewaking van het proces op 5 punten,
   (b) de inschrijver dient duidelijk te maken op welke manier aan iedere in dit bestek vermelde SLA – met name de hoge

beschikbaarheid zal tegemoet gekomen worden, hoe deze gemonitord worden en welke garanties geboden worden dat voorkomende incidenten volgens de SLA zullen worden opgelost voor de gedeelten op 5 punten en

(c) een beschrijving van de maatregelen die zullen worden genomen om de transitie na het eventueel beëindigen van een bepaald gedeelte, of het niet afnemen van een voorwaardelijk gedeelte, efficiënt te laten verlopen op 5 punten.

(3) projectplanning en capaciteitsinschatting op 15 punten.

Wat het subsubcriterium 'beeldendatabank' betreft wordt in het bestek sub 5.9.2 vermeld:

"o een technische beschrijving van de manier waarop de panoramische beelden zullen ingewonnen worden om aan de onder hoofdstuk 13.1 vermelde specificaties te voldoen;
o een technische beschrijving van de manier waarop de beelden zullen verwerkt worden om aan de onder hoofdstuk 13.1 vermelde specificaties te voldoen;
o bijzondere aandacht dient te worden besteed aan:
• de calibratie, onderhoud en integratie van het opnamesysteem, zijnde het geheel van hard- en software dat ingezet wordt bij de data-inwinning; waar van toepassing worden de meest recente calibratierapporten toegevoegd
• de manier waarop, indien het opnamesysteem meer dan één camera bevat of indien de camera in meerdere standen en/of posities wordt gebruikt, de verschillende camerapositie's geïntegreerd worden tot één resulterend panoramisch beeld
• de manier waarop de stand en positie van ieder panoramisch beeld wordt bepaald, de parameters die hier invloed op hebben en de manier waarop deze onder controle worden gehouden
• de manier waarop personen en nummerplaten onherkenbaar worden gemaakt, zonder dat daarbij andere objecten zoals verkeersborden of huisnummers onterecht geblurd worden;
o gebruikerstesten:
Als onderdeel van het onderzoek van de offertes worden gebruikerstesten georganiseerd waarbij de inschrijver voor een beperkte periode het opdrachtgevend bestuur toegang verleent tot een proefopstelling van de totaaloplossing die hij in zijn offerte heeft beschreven. Tijdens de evaluatie wordt met name nagegaan in welke mate de voorgestelde panoramische beelden beantwoorden aan de in hoofdstuk 13 van dit bestek gestelde vereisten."

Wat betreft het subsubcriterium ‘technologische oplossingen ter ontsluiting’ wordt in het bestek sub 5.9.2 vermeld:

> “o Voor ieder onder hoofdstuk 13.3 vermeld ontsluitingskanaal wordt beschreven op welke manier deze door de gebruiker kan ingezet worden en welke documentatie hiervoor permanent zal aangeboden worden
> o een beknopte beschrijving van de aangeboden browser applicatie met specifieke aandacht voor de hiervoor opgelijste functionele vereisten
> o gebruikerstesten:
> Als onderdeel van het onderzoek van de offertes worden gebruikerstesten georganiseerd waarbij de inschrijver voor een beperkte periode het opdrachtgevend bestuur toegang verleent tot een proefopstelling van de totaaloplossing die hij in zijn offerte heeft beschreven. Tijdens de evaluatie wordt met name nagegaan in welke mate de voorgestelde panoramische beelden beantwoorden aan de in hoofdstuk 13 van dit bestek gestelde vereisten.”

In het hoofdstuk 13.3 van het bestek waarnaar wordt verwezen, wordt vermeld:

> “De aangeboden technologische oplossingen voor de ontsluiting van de panoramische beelden voorzien enerzijds in een online browserapplicatie met de hierna vermelde functionaliteiten; anderzijds wordt een API opgebouwd die het mogelijk maakt dezelfde functionaliteiten op de panoramische beelden uit te voeren binnen een andere software-omgeving dan diegene die in het kader van deze opdracht wordt aangeboden. Aanvullend worden een aantal webdiensten aangeboden. Met betrekking tot de browser applicatie voorziet de dienstverlener in een Nederlandstalige helpdesk.”

3.8. Een tweede onderhandelingsronde grijpt plaats op 7 januari 2014, waarna de inschrijvers hun *best and final offer* (BAFO) moeten indienen.

3.9. De opening van de offertes grijpt plaats op 21 januari 2014. Zowel de verzoekende partij als de thv Image-V hebben een BAFO-offerte ingediend.

3.10. In het gunningsverslag van 29 april 2014 wordt inzake de evaluatie van gunningscriterium ‘kwaliteit’ vermeld:

> “Inschrijvers die voor ieder van onderstaande criteria beantwoorden aan de vereisten zoals bepaald in het bestek krijgen daarvoor de helft van de voorziene punten toegekend. Eventuele extra’s die – in hoofde van het AGIV – als een effectieve meerwaarde voor de te leveren diensten worden beschouwd, worden bijkomend gevaloriseerd binnen de gestelde maxima.”

Inzake het subsubcriterium ‘beeldendatabank’ wordt in het gunningsverslag vermeld:

> “Beide inschrijvers tonen met hun respectieve BAFO aan dat de door hen ingezette inwinningsystemen data zullen opleveren met een kwaliteit die beantwoordt aan de in het bestek vermelde specificaties aangaande de vaste deelopdracht ‘beeldendatabank’. De door hen gehanteerde verwerkingsprocedures van de data en de positieparameters zijn uitvoerig beschreven en garanderen eveneens de vereiste radiometrische en geometrische kwaliteit. Beiden besteden voldoende aandacht aan de manier waarop de privacygevoelige informatie uit het beeldmateriaal wordt verwijderd door hun proces in detail te beschrijven.
> Inschrijver CycloMedia brengt kosteloos eigen beeldmateriaal in en zorgt voor een versnelde aanmaak van de eerste actuele en gebiedsdekkende beeldendatabank (i.e. 40% na 3 maanden en 75% na 1 jaar). De positieve effecten van deze meerwaarde zijn echter beperkt tot het eerste jaar van deze opdracht.
> Inschrijver THV Image-V biedt meer relevante meerwaarde. In de eerste plaats is het ingewonnen beeldmateriaal van hogere kwaliteit (grotere beeldhoek en fijnere resolutie), wat meer detail geeft en een nauwkeuriger meting mogelijk maakt. Bovendien wordt gelijktijdig een gebiedsdekkende LiDAR-opname gerealiseerd en kosteloos aangeboden binnen het kader van deze opdracht. Deze LiDAR-gegevens zorgen enerzijds voor meer gebruiksvriendelijke en nauwkeuriger metingen en dit ook voor objecten die ver van de opnamepositie gelegen zijn. Anderzijds opent dit mogelijkheden om bijkomende toepassingen op te zetten en het gebruik van de data binnen de doelgroep te verbreden. Deze inschrijver biedt eveneens de mogelijkheid kosteloos de beoogde doelgroep uit te breiden buiten de deelnemers aan GDI-Vlaanderen wat het rendement van de gemaakte investering kan vergroten.
> De gebruikerstesten werden eenmalig georganiseerd bij de start van de onderhandelingen. Eventueel vastgestelde tekortkomingen tijdens deze testen kunnen door de inschrijver geremedieerd worden in de BAFO.
> De kwaliteit van de data wordt voor beide inschrijvers aangetoond door de resultaten van de gebruikerstesten. Hierbij blijkt inschrijver Cyclomedia

> reeds over een volledig inwinning-systeem te beschikken dat aan de verwachtingen voldoet. Ook de inschrijver THV Image-V beantwoordt reeds in voldoende mate aan de vooropgestelde specificaties. De testbeelden waren echter niet in ideale belichtingsomstandigheden opgenomen en een deel van de opnames was nog niet geblur[…]d. Dit wordt door de inschrijver in zijn BAFO overtuigend toegeschreven aan de proefopstelling waarin de gebruikerstesten werden georganiseerd. Bovendien worden in de uiteindelijke BAFO voldoende garanties geboden dat deze elementen niet zullen optreden in de finale beeldendatabank ter uitvoering van de opdracht.
> De diverse en relevante meerwaarde in hoofde van THV Image-V verantwoordt het toekennen van de hoogste score (6 punten), terwijl de beperkte meerwaarde in hoofde van CycloMedia slechts een beperkte stijging t.a.v. de helft van de punten verantwoordt (3,5 punten)."

Inzake het subsubcriterium 'technologische oplossingen ter ontsluiting' wordt in het gunningsverslag onder meer bepaald:

> "Daarnaast voorziet inschrijver CycloMedia een kosteloze add-in voor het pakket ArcMap voor de voorziene doelgroep terwijl inschrijver THV Image-V dit enkel voorziet voor het AGIV. Inschrijver THV Image-V voorziet voor het AGIV ook een aantal gratis licenties voor 3 andere toepassingen uit hun mobile mapping portfolio.
> De meerwaarde van de technologische oplossingen ter ontsluiting voorgesteld door inschrijver THV Image-V is gelegen in het feit dat deze oplossingen eveneens de mogelijkheid bieden mobile mapping en/of LiDAR-data te ontsluiten die door derden (al dan niet volgens andere specificaties) buiten de voorliggende opdracht ingewonnen worden.
> De inschrijvers bieden hierdoor voor dit gedeelte verschillende maar gelijkwaardige meerwaarde en krijgen derhalve een gelijke score van 4 punten."

3.11. De verzoekende partij krijgt als scores 47,58 op 50 voor het gunningscriterium 'prijs' en 31,50 op 50 voor het gunningscriterium 'kwaliteit' wat een totaal maakt van 79,08 op 100, terwijl de thv Image-V 50 op 50 krijgt op 'prijs' en 31,50 op 50 op 'kwaliteit' wat een totaal maakt van 81,50 op 100.

3.12. In het gunningsverslag wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de thv Image-V, het voorwaardelijk gedeelte 'integratie bestaande beelden-databank' af te nemen, het voorwaardelijk gedeelte 'infrastructuurdiensten af te nemen en alle door de thv Image-V in haar BAFO aangeboden meerwaardes te

lichten.

3.13. Bij beslissing van 21 mei 2014 van de raad van bestuur van AGIV worden “de motivering en het besluit van het in bijlage opgenomen gunningsverslag geheel […] onderschreven” en wordt beslist zoals voorgesteld in het gunningsverslag. Dit is de bestreden beslissing.

3.14. Bij een ter post aangetekende brief van 23 mei 2014 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing met als bijlage het gunningsverslag.

IV. Tussenkomst

4. De nv Grontmij Belgium en de bvba Teccon blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering.

5.1. De tussenkomende partijen werpen een exceptie van gebrek aan belang in hoofde van de verzoekende partij op alsook een exceptie van niet-tijdigheid van de vordering.

5.2. Er bestaat vooralsnog geen noodzaak om over de excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State mag tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte

of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel ook 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.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. De verzoekende partij stelt dat er "geen afdoende motivering voor de puntentoekenning betreffende het subsubgunningscriterium 'kwaliteit beeldendatabank'" is. Zij voert de "schending [aan] van artikel 5, 9° juncto artikel 8 van de wet van 17 juni 2013; schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen".

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen werden geschonden:

> "Doordat de voorliggende Bestreden Beslissing en het Gunningsverslag aangeven dat, in het kader van de evaluatie van het sub-subgunningscriterium 'beeldendatabank', onderdeel van het subgunningscriterium 'Kwaliteit van de totaaloplossing en toegepaste methodologie' in de fase van de gebruikerstesten de door [de tussenkomende partijen] voorgestelde dataset en systeemomgeving gebrekkig waren;
> Doordat vervolgens in het Gunningsverslag enkel wordt aangegeven dat [de tussenkomende partijen] met betrekking tot deze tekortkomingen voldoende 'garanties' zou hebben beschreven in het kader van haar BAFO en deze 'garanties' volstaan om [de tussenkomende partijen] het maximum van de punten te geven;
> Doordat noch het Gunningsverslag, noch de Bestreden Beslissing evenwel enige toelichting bevatten omtrent de inhoud of aard van die garanties, en dus niet aangeven welke redenen of motieven de verwerende partij heeft aangenomen om bij de beoordeling van de BAFO's haar initiële negatieve beoordeling te wijzigen;
> Doordat de betrokken toelichting dus louter als stijlformule of passe-partoutmotivering moet worden beschouwd;
> Terwijl voormelde wettelijke bepalingen vereisen dat de gunningsbeslissing afdoende en uitdrukkelijk moet gemotiveerd worden, meer bepaald op een wijze die de niet-gekozen inschrijvers toelaat kennis te nemen van de juridische en feitelijke overwegingen die aan de beslissing ten grondslag liggen en hen in staat stelt terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hen ter beschikking stelt; en
> Terwijl deze motiveringsplicht als ruimer moet worden beschouwd en noodzaakt tot een meer uitgebreide toelichting, wanneer de aanbestedende overheid in het gunningsverslag of de bestreden beslissing aangeeft dat er – in een eerste fase – een negatieve beoordeling voorlag ten aanzien van de gekozen inschrijver, waaraan vervolgens wordt verholpen in het kader van de BAFO; en
> Terwijl deze motiveringsplicht ook stringenter moet worden beoordeeld wanneer, zoals in casu, het puntenverschil tussen de eerste en de tweede gerangschikte inschrijver miniem is en het kwestieuze discussiepunt een substantiële impact heeft op het betrokken puntenverschil."

Beoordeling

8. De verzoekende partij oefent kritiek uit op één element van de beoordeling wat het subsubcriterium 'beeldendatabank' betreft, zijnde de

aanvaarding door de verwerende partij van de garanties geboden door de tussenkomende partijen.

De verwerende partij stelt in het gunningsverslag dat zij in de gebruikerstesten had vastgesteld dat de tussenkomende partijen in voldoende mate voldeden aan de vooropgestelde bestekspecificaties, maar dat de testbeelden niet in ideale belichtingsomstandigheden waren opgenomen en een deel van de opnames nog niet was geblurd.

In het gunningsverslag wordt voorts gesteld dat de tussenkomende partijen in hun BAFO aantoonden dat voornoemde omstandigheden te wijten waren aan de proefopstelling waarin de gebruikerstesten werden georganiseerd.

Deze vaststellingen lijken op het eerste gezicht al voldoende om de grief te verwerpen dat niet wordt aangegeven welke redenen of motieven de verwerende partij heeft aangenomen om bij de beoordeling van de BAFO van de tussenkomende partijen haar initiële beoordeling te wijzigen. De verzoekende partij lijkt dan ook ten onrechte te betogen dat het voorbijgaan aan de gebreken vastgesteld tijdens de gebruikerstesten "louter in de vermelding van voldoende geboden garanties" bestaat waardoor de grief dat in het gunningsverslag "enkel wordt aangegeven dat [de thv Image-V] met betrekking tot deze tekortkomingen voldoende 'garanties' zou hebben beschreven in het kader van haar BAFO" niet lijkt te kunnen worden bijgetreden.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. De verzoekende partij stelt dat "de verwerende partij […] bij de beoordeling overwegingen [heeft] in acht genomen die geen verband houden met het betrokken criterium, minstens niet aangekondigd waren". Zij voert de "schending [aan] van artikel 5 van de wet van 15 juni 2006; schending van artikel

107 van het koninklijk besluit van 15 juli 2011; schending van het Europees transparantiebeginsel; schending van de beginselen patere legem quam ipse fecisti, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel".

Zij betoogt dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat de verwerende partij, bij de beoordeling van het eerste sub-subgunningscriterium 'beeldendatabank' onderdeel van het subgunningscriterium 'Kwaliteit van de totaaloplossing en toegepaste methodologie', aan de offerte van [de tussenkomende partijen] een aantal substantiële meerwaarden (en dus bijkomende punten) toekent die worden gemotiveerd door 'de mogelijkheid van bijkomende toepassingen' en de 'mogelijkheid tot uitbreiding van de doelgroep';
> Terwijl deze motieven geen verband houden met het betrokken sub-subgunningscriterium en de inhoud daarvan, zoals omschreven in het Bestek en uitdrukkelijk herhaald in het Gunningsverslag;
> Terwijl artikel 5 van de Wet van 15 juni 2006, artikel 107 van het Koninklijk Besluit van 15 juli 2011, het transparantiebeginsel en het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti' vereisen dat (i) een aanbestedende overheid in het bestek aan de inschrijver duidelijk en op transparante wijze aangeeft welke gunningscriteria zij zal hanteren en wat de inhoud is die aan die criteria zal worden gegeven bij de beoordeling van de offertes; en (ii) ook vereisen dat deze toelichting uiteindelijk bij de beoordeling van de offertes zal worden toegepast, quod in casu non; en
> Terwijl het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat een aanbestedende overheid zich bij de evaluatie van de offertes en de toekenning van de punten beroept op zorgvuldig vastgestelde en in rechte en in feite draagkrachtige motieven, quod in casu non."

Beoordeling

10.1. De verzoekende partij bekritiseert het gegeven dat in het gunningsverslag als relevante meerwaarden worden beschouwd de bijkomende toepassingen die de LiDAR-gegevens bieden en de uitbreiding van de doelgroep buiten de deelnemers aan GDI-Vlaanderen.

10.2. In het gunningsverslag wordt inzake het subsubcriterium 'beeldendatabank' overwogen dat zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partijen met hun respectieve BAFO's aantonen dat de door hen

ingezette inwinningssystemen data zullen opleveren met een kwaliteit die beantwoordt aan de in het bestek vermelde specificaties. Beide inschrijvers garanderen de vereiste radiometrische en geometrische kwaliteit en besteden voldoende aandacht aan de manier waarop de privacygevoelige informatie uit het beeldmateriaal wordt verwijderd.

Vervolgens wordt in het gunningsverslag overwogen dat de verzoekende partij kosteloos eigen beeldmateriaal inbrengt en zorgt voor een versnelde aanmaak van de eerste actuele en gebiedsdekkende beeldendatabank. Dit is echter de enige meerwaarde die in het gunningsverslag wordt erkend als specifiek uitgaande van de verzoekende partij en zij beweert in het verzoekschrift niet dat de verwerende partij andere specifieke meerwaarden had moeten erkennen. Wat betreft die meerwaarde wordt in het gunningsverslag gesteld dat de positieve effecten ervan beperkt zijn tot het eerste jaar van de opdracht, wat ook niet wordt tegengesproken door de verzoekende partij.

Wat betreft de tussenkomende partijen wordt in het gunningsverslag overwogen dat zij meer relevante meerwaarde bieden, namelijk op de eerste plaats de hogere kwaliteit van het ingewonnen beeldmateriaal door een grotere beeldhoek en een fijnere resolutie, op de tweede plaats de gelijktijdige realisatie van een gebiedsdekkende LiDAR-opname die kosteloos wordt aangeboden en op de derde plaats de mogelijkheid kosteloos de beoogde doelgroep uit te breiden. De LiDAR-gegevens zorgen, aldus het gunningsverslag, voor gebruiksvriendelijkere en nauwkeurigere metingen met inbegrip van objecten die ver van de opnamepositie zijn gelegen en openen mogelijkheden om bijkomende toepassingen op te zetten en het gebruik van de data binnen de doelgroep te verbreden.

10.3. Op de eerste plaats moet aldus worden opgemerkt dat de kritiek van de verzoekende partij slechts over een eerder beperkt aspect van de door de verwerende partij aanvaarde meerwaarden lijkt te gaan. In die omstandigheden lijkt op het eerste gezicht het gegeven dat tevens wordt overwogen dat de LiDAR-gegevens mogelijkheden openen om bijkomende toepassingen op te zetten en dat de tussenkomende partijen aanbieden de beoogde doelgroep uit te breiden, niet weg te nemen dat de andere aanvaarde meerwaarden, namelijk de hogere

kwaliteit van het ingewonnen beeldmateriaal, de gelijktijdige realisatie van een gebiedsdekkende LiDAR-opname die nauwkeuriger metingen toelaat en toelaat het gebruik binnen de doelgroep te verbreden, volstaan om te oordelen dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen niet heeft geschonden door te stellen dat de tussenkomende partijen meer relevante meerwaarde aanbieden in vergelijking met de enige meerwaarde die de verzoekende partij aanbiedt die dan nog is beperkt tot het eerste jaar van de opdracht.

Voorts toont de verzoekende partij niet aan dat de geviseerde meerwaarden niet mochten worden beoordeeld onder het subsubcriterium 'beeldendatabank' aangezien er volgens het bestek van de inschrijver werd verwacht dat hij de kwaliteit van zijn bestek aantoonde aan de hand van het naar voor brengen van "de kenmerken, de kwaliteit en de beschikbaarheid". Ten slotte toont de verzoekende partij ook onvoldoende het belang bij haar middel aan aangezien de geviseerde meerwaarden, zo zij niet in rekening werden gebracht bij het subsubcriterium 'beeldendatabank', op het eerste gezicht mochten in rekening worden gebracht bij het subsubcriterium 'technische oplossingen ter ontsluiting', wat dus niet het geval is geweest; de verzoekende partij lijkt hier enkel de allocatie ten aanzien van de subsubcriteria in twijfel te trekken.

10.4. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

11. De verzoekende partij stelt dat "de verwerende partij […] bij de beoordeling van de BAFO van [de tussenkomende partijen] [is] afgeweken van de eigen beperkingen van het bestek, wat betreft het in aanmerking nemen van vrije opties". Zij voert de "schending [aan] van artikel 3.2, 5.3 en 9.2 van het Bestek juncto het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti', schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel".

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

> "Doordat de verwerende partij, bij de beoordeling van het sub-subgunningscriterium 'technologische oplossingen ter ontsluiting', onderdeel van het subgunningscriterium 'Kwaliteit van de totaaloplossing en toegepaste methodologie', rekening houdt met de door [de tussenkomende partijen] aangeboden vrije opties die niet geheel zonder tegenprestatie of vergoeding zijn, nu zij deze slechts voor een beperkt aantal licenties in de BAFO opneemt;
> Doordat de verwerende partij in de Bestreden Beslissing aangeeft alle vrije opties te lichten, en dus met inbegrip van voormelde vrije opties waaraan wel degelijk een meerprijs of tegenprestatie is verbonden voor het bekomen van de optie voor de volledige doelgroep;
> Doordat derhalve de verwerende partij voor het bekomen van de gebruikerslicentie van voormelde vrije opties voor de volledige doelgroep bijkomende licenties van [de tussenkomende partijen] zal moeten verwerven;
> Terwijl het Bestek, meer bepaald onder randnummers 3.2 en 9.2, voorziet dat de Opdracht betrekking heeft op een totaaloplossing die ten behoeve van alle deelnemers aan GDI-Vlaanderen (en hun dienstverleners) moet worden ter beschikking gesteld en alle voornoemden een niet-exclusief gebruiksrecht moeten bekomen op alle standaardcomponenten en specifieke ontwikkelingen;
> Terwijl in het Bestek, meer bepaald onder randnummer 5.3, uitdrukkelijk was voorzien dat aan de vrije opties geen meerprijs of een andere tegenprestatie verbonden mag zijn;
> Terwijl het beginsel 'patere legem quam ipse fecisti' vereist dat een aanbestedende overheid haar eigen besteksbepalingen naleeft; en
> Terwijl het materieel motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel vereisen dat een aanbestedende overheid zich bij de evaluatie van de offertes en de toekenning van de punten beroept op zorgvuldig vastgestelde en in rechte en in feite draagkrachtige motieven, quod in casu non."

Beoordeling

12.1. Voor het subsubcriterium 'technische oplossingen ter ontsluiting' dient voor ieder onder hoofdstuk 13.3 van het bestek vermelde ontsluitingskanaal te worden beschreven op welke manier deze door de gebruiker kan worden ingezet en welke documentatie hiervoor permanent zal worden aangeboden en dient een beknopte beschrijving te worden geboden van de aangeboden browserapplicatie.

Hoofdstuk 13.3 stelt dat de aangeboden technologische oplossingen voor de ontsluiting van de panoramische beelden enerzijds voorzien in een onlinebrowserapplicatie met de in het hoofdstuk vermelde functionaliteiten. Anderzijds wordt een API (*Application Programming Interface*) opgebouwd die het mogelijk maakt dezelfde functionaliteiten op de panoramische beelden uit te voeren binnen een andere softwareomgeving dan diegene die in het kader van deze opdracht wordt aangeboden.

12.2. In het gunningsverslag wordt gesteld dat zowel de verzoekende partij als de tussenkomende partijen aantonen dat zij de verschillende technologische oplossingen ter ontsluiting zullen aanbieden volgens de in het bestek gestelde vereisten. Ook de door beide inschrijvers aangeboden API en afzonderlijke webdiensten beantwoorden volgens het gunningsverslag aan de gestelde specificaties.

Er wordt niet ontkend dat de tussenkomende partijen in hun offerte aanbieden wat is vereist voor de vaste deelopdracht 'technologische oplossingen ter ontsluiting' met verwijzing naar hoofdstuk 13.3 van het bestek.

In hun offerte bieden de tussenkomende partijen echter ook nog softwareonderdelen aan die, zoals bepaald in de offerte, "geen vereisten van het bestek [zijn], en [ze] vallen dan ook niet onder de gestelde voorwaarden", waaronder een kosteloze add-in voor het pakket ArcMap enkel voor AGIV alsook een aantal gratis licenties voor drie andere toepassingen uit hun mobile mapping portfolio.

Zoals de verzoekende partij zelf erkent in haar verzoekschrift werd het vrijblijvend aanbieden van voormeld softwareonderdeel niet met punten gevaloriseerd door de verwerende partij. Het gegeven dat de aanbestedende overheid toch wenst gebruik te maken van het vrijblijvend aangeboden softwareonderdeel, kan op het eerste gezicht niet leiden tot de vaststelling dat dit zal leiden tot een meerprijs, omdat niet is vereist dat het vrijblijvend aangeboden softwareonderdeel wordt uitgebreid tot de andere deelnemers van de voorziene doelgroep. Dit niet-gevaloriseerde aanbod lijkt zich namelijk buiten de vereisten van het subsubcriterium 'technische oplossingen ter ontsluiting' te bevinden en de

in het bestek opgelegde gebruiksrechten waarnaar de verzoekende partij verwijst, zijn beperkt tot de standaardcomponenten en specifieke ontwikkelingen "in het kader van de opdracht".

12.3. Het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting

13. De verzoekende partij stelt dat "de verwerende partij […] bij het beoordelen van de offerte van de verzoekende partij en [de tussenkomende partijen] verschillende maatstaven [heeft] gehanteerd, minstens werden een aantal onderdelen van de offerte van de verzoekende partij niet in overweging genomen". Zij voert de "schending [aan] van het beginsel inzake de gelijke behandeling der inschrijvers, schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel".

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat voormelde beginselen werden geschonden:

> "Doordat de motivering voor puntentoekenning voor het sub-subgunningscriterium 'beeldendatabank', onderdeel van het subgunningscriterium 'Kwaliteit van de totaaloplossing en toegepaste methodologie', niet kan overtuigen; daar waar aan de BAFO van [de tussenkomende partijen] bepaalde meerwaardes worden toegekend voor toepassingen die ook voorzien zijn in de BAFO van de verzoekende partij; en dus moet worden vastgesteld dat de verwerende partij verschillende maatstaven heeft gehanteerd bij de beoordeling van de BAFO's;
> En doordat de verwerende partij bij de beoordeling van de BAFO van de verzoekende partij dus blijkbaar geen rekening heeft gehouden met bepaalde onderdelen die duidelijk zijn opgenomen in het aanbod van de verzoekende partij, en de beoordeling dus berust op een onzorgvuldige feitenvinding
> Terwijl op de verwerende partij de verplichting rust (i) haar gunningsbeslissing te steunen op motieven die in rechte en in feite aanvaardbaar zijn en die het resultaat zijn van een zorgvuldige

feitenvinding en afweging; en (ii) alle offertes te beoordelen aan de hand van dezelfde maatstaven en met dezelfde gestrengheid."

Beoordeling

14. Het middel wordt in het verzoekschrift ondersteund door de bevindingen van een "onafhankelijk expert". De citaten die de verzoekende partij aanhaalt, komen echter uit een bijlage bij het standpunt van de "onafhankelijk expert" die lijkt te zijn opgesteld door de verzoekende partij zelf. Het eigenlijke standpunt van de "onafhankelijk expert" lijkt beperkt tot het "onderschrijven en bevestigen" van "de in bijlage gevoegde kritieken op het gunningsverslag d.d. 29 april 2014 en de daarin opgenomen beoordeling". Tevens lijkt de "onafhankelijk expert" werkzaam te zijn geweest bij de verzoekende partij zelf, waardoor vragen kunnen rijzen bij het beweerde onafhankelijk karakter van deze expert en dienvolgens bij de grondslag van het middel in zoverre het erop is gesteund.

15.1. De verzoekende partij argumenteert in een eerste middelonderdeel aangaande het subsubcriterium 'beeldendatabank' dat het door haar aangeboden DCR9-opnamesysteem beter is dan de specificaties gevraagd in het bestek en dat de verwerende partij geen rekening heeft gehouden met het door haar aangeboden DCR10-opnamesysteem; voorts merkt zij op dat de overwegingen van de verwerende partij in het gunningsverslag dat het ingewonnen beeldmateriaal van de tussenkomende partijen van hogere kwaliteit is ingevolge de grotere beeldhoek en fijnere resolutie "wat meer detail geeft en een nauwkeuriger meting mogelijk maakt" technisch onjuist zijn.

15.2. Het feit dat het door de verzoekende partij aangeboden DCR9-opnamesysteem minstens in overeenstemming met de specificaties gevraagd in het bestek zou zijn, houdt niet in dat de verwerende partij niet van oordeel mocht zijn dat wat werd aangeboden door de tussenkomende partijen beter is dan wat werd aangeboden door de verzoekende partij.

Hoewel het DCR10-opnamesysteem in de offerte van de verzoekende partij wordt voorgesteld als een voorbeeld van innovatieve ontwikkelingen, waarbij wordt opgemerkt dat dit het nieuwe opnamesysteem van

de verzoekende partij “zal” worden, wordt in het deel ‘Beeldendatabank’ van de offerte van de verzoekende partij slechts gesproken over het reeds bestaande DCR9-opnamesysteem. Bovendien wordt enkel het DCR9-opnamesysteem in een bijlage van de offerte beschreven. Het lijkt er dan ook op dat de verwerende partij terecht geen rekening heeft gehouden met het niet concreet geoffreerde DCR10-opnamesysteem.

15.3. De grief dat de technische analyse inzake de beeldhoek en de resolutie en gevolgtrekking inzake de meting van de verwerende partij onjuist zijn, wordt in het verzoekschrift ondersteund door de bevindingen van de voormelde “onafhankelijk expert”. Er is echter reeds vastgesteld dat deze bevindingen op het eerste gezicht het middel niet kunnen ondersteunen. Overigens weerlegt de verwerende partij de aantijgingen op een *prima facie* afdoende wijze.

15.4. Het middelonderdeel is niet ernstig.

16.1. De verzoekende partij argumenteert in een tweede middelonderdeel aangaande hetzelfde subsubcriterium dat de toepassing van de LiDAR-technologie aangeboden door de tussenkomende partijen geen meerwaarde biedt ten aanzien van het bestek, minstens dat moet worden vastgesteld dat de toepassing van die technologie geen meerwaarde biedt ten aanzien van het aanbod van de verzoekende partij dat dezelfde performanties en nauwkeurigheden biedt door middel van fotogrammetrie.

16.2. Het komt niet toe aan de Raad van State om zich in de plaats te stellen van de aanbestedende overheid in de beoordeling of een bepaalde technologie, namelijk LiDAR, als een meerwaarde ten aanzien van fotogrammetrie moet worden beschouwd. De verzoekende partij argumenteert in het verzoekschrift dan wel dat de LiDAR-technologie van de tussenkomende partijen geen meerwaarde biedt in vergelijking met de door haar aangeboden fotogrammetrie, maar zij lijkt, tevens gelet op de voorafgaande opmerking bij het middel, op het eerste gezicht niet aan te tonen dat de vaststellingen of conclusies van de verwerende partij –waarvan mag worden aangenomen dat zij beschikt over enige deskundigheid ter zake– onzorgvuldig zijn, dermate dat haar deskundigheid in twijfel zou moeten worden getrokken. Overigens ondermijnt de verzoekende

partij zelf haar stelling door haar systeem gebaseerd op fotogrammetrie in de toekomst performanter te willen maken middels een aanvulling met een 3D-toepassing.

16.3. In de mate dat de verzoekende partij wijst op de huidige ontwikkeling van de 3D-toepassing en de doelstelling een grootschalig 3D-model te genereren, mag worden opgemerkt dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen beginselen niet lijkt te hebben geschonden door in de beoordeling van het subsubcriterium ‘beeldendatabank’ geen rekening te houden met het blijkbaar nog in ontwikkeling verkerende 3D-model met fotogrammetrische aanpak. De 3D-toepassing werd niet concreet door de verzoekende partij in haar BAFO aangeboden.

16.4. Het middelonderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Rechtsplegingsvergoeding

18. Er is grond om het door de verwerende partij gevorderde en niet door de verzoekende partij betwiste basisbedrag van 700 euro rechtsplegingsvergoeding aan de verwerende partij toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Grontmij Belgium en de bvba Teccon, samen vormend een tijdelijke handelsvennootschap, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juli 2014, 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**