

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 217.242 van 16 januari 2012
in de zaak A. 202.959/XII-6781**

In zake: de NV DZINE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hans-Kristof Carême
kantoor houdend te 3001 Heverlee
Industrieweg 4 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN (NMBS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Sebastien
Devos
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 december 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de NMBS van [9 december 2011] houdende de toewijzing van de opdracht voor levering en onderhoud van 5000 persoonlijke elektronische toestellen voor de treinbestuurders, in 1 lot, aan [de nv] Cronos [...], alsmede van de impliciete weigering om de hoger genoemde opdracht aan [de nv Dzine] toe te wijzen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 januari 2012, om 10.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hans-Kristof Carême, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Ian Arnouts, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De NMBS schrijft een overheidsopdracht van leveringen uit voor de aankoop van persoonlijke elektronische toestellen voor de treinbestuurders. Het betreft een raamovereenkomst met een looptijd van vier jaar.

De gunningswijze is de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De opdracht wordt geraamd op 10.000.000 euro (btw niet inbegrepen).

3.2. De opdracht wordt op 30 november 2010 aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Het voorwerp van de opdracht wordt in de aankondiging als volgt omschreven:

“De directie NMBS-Technics heeft beslist om informatie digitaal beschikbaar te maken en de distributie ervan naar de treinbestuurder te automatiseren, ten einde:

- de administratieve en fysieke last van de treinbestuurders te verminderen,
- de administratie- en distributiekosten te minimaliseren,
- een gedegen controle over de verspreiding van de officiële documenten in verschillende versies en onderdelen te verzekeren.

Het toestel moet betrouwbaar en schokbestendig zijn en kunnen functioneren in een industriële omgeving. Het moet ook voorzien zijn van een touch-screen. Het besturingssysteem moet minimum Windows XP embedded zijn.

In parallel aan de levering van deze toestellen wenst de directie NMBS Technics eveneens hun onderhoud te voorzien.”

3.3. Uit het proces-verbaal van de opening van de kandidaturen van 21 december 2010, blijkt dat zestien kandidaten een aanvraag tot deelneming indienen.

3.4. Vier kandidaten worden niet geselecteerd. De overigen worden uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.5. In het bestek met nummer C53/0000065241 worden de volgende gunningscriteria vermeld:

- 1) prijs van het toestel (50 %),
- 2) technische kwaliteit van de voorgestelde configuratie(s) (20 %),
- 3)
 - a) levertermijn (5 %),
 - b) minimum hoeveelheid te bestellen per deelbestelling (MOQ) (5 %),
- 4) het voorgestelde onderhoudscontract, de standaardgarantie en de bijkomende service die geboden wordt (20 %).

In bijlage 1 van het bestek wordt uiteengezet over welke technische specificaties de aangeboden toestellen minimaal moeten beschikken. Tevens wordt in bijlage bij het bestek een beoordelingsfiche gevoegd die door de inschrijvers moet worden ingevuld.

3.6. Uit het proces-verbaal van de opening van de inschrijvingen van 5 april 2011 blijkt dat negen inschrijvers een offerte indienen, waaronder de nv Dzine, huidige verzoekende partij, en de nv Cronos.

3.7. Bij brief van 11 april 2011 worden de verschillende inschrijvers gevraagd om, zoals voorzien in het bestek, één of meerdere toestellen ter beschikking te stellen zodat verwerende partij de toestellen kan testen.

3.8. Vervolgens worden de inschrijvers bij brief van 10 november 2011 verzocht om hun “beste prijs” op te geven tegen uiterlijk 21 november 2011, op basis van de technische specificaties en de nadien bezorgde wijzigingen en aanvullingen en rekening houdend met hetgeen verder in dit schrijven als volgt wordt uiteengezet:

“• Prijs van het toestel (verplichte varianten → een prijs dient verplicht te worden aangeboden, zoniet zal uw offerte niet als conform worden beschouwd):

- o De basisprijs;
- o De prijzen van de volgende opties, als het technisch mogelijk is om die in het apparaat te integreren:
 - ☐ GPS;
 - ☐ Badgelezer;
 - ☐ Fototoestel;
- o Installatie van de SIM kaart bij de leverancier;
- o Opladen van de NMBS ‘Image’ bij leverancier;
- o Opleiding van de ‘1st line support’:
 - ☐ 2 sessies moeten door u georganiseerd te worden in onze kantoren in Brussel → 1 in het Frans, 1 in het Nederlands;
 - ☐ +/- 20 personen zullen aanwezig zijn op elke sessie. Het doel is om de interne medewerkers aan te leren hoe zij basisreparaties kunnen uitvoeren m.n. het technische aspect van het toestel.
 - ☐ U zal de nodige handleiding moeten voorzien.

- De prijs van het onderhoudscontract, die aan de volgende eisen dient te voldoen:
 - o Minimumgarantie - garantie van het toestel en zijn accessoires (batterij, enz.) - voor de eerste 3 jaar:
 - ☐ Pick up & return (incl. transportkosten van en naar een centrale plaats NMBS te Brussel);
 - ☐ Dead-On-Arrival garantie voor 3 maanden;
 - ☐ Een defect toestel dient door u afgehaald, hersteld en teruggeleverd te worden na uiterlijk 7 kalenderdagen, volgend op de datum van vaststelling van het defect;
 - ☐ Indien een toestel niet meteen gebruikt wordt (in stock geplaatst na levering) moet de garantieperiode kunnen verlengd worden met maximaal 3 maanden.
 - o Verlenging van de minimum garantie – die na 3 jaar evaluatie jaarlijks door NMBS kan besteld worden en dit voor telkens 1 jaar, maximaal twee maal (garantiecoverage 3+2 in totaal);
- Gelieve een prijs aan te bieden voor de volgende vrije varianten :
 - ☐ Kleurkeuze van het toestel;
 - ☐ Diefstal/verlies garantie (per jaar, voor maximum 5 jaar);
 - ☐ Personalisering van het toestel - NMBS logo;
 - ☐ Forfaitaire prijs van een out-of-warranty herstelling (na 3 jaar).

Gelieve te bevestigen dat U in staat bent om de volgende leveringstermijnen te respecteren:

- Een eerste bestelling van 100 stuks begin 2012
→ leveringstermijn van 6 weken na ontvangst van de eerste deelbestelling;
- Daarna, gedeeltelijke bestellingen van +/- 400 stuks
→ leveringstermijn van 4 weken na ontvangst van de deelbestelling.”

Als bijlage bij dit schrijven is een tabel opgenomen die door de inschrijvers verplicht moet worden ingevuld.

3.9. In het gunningsverslag wordt, na beoordeling van de technische conformiteit van de offertes en de toetsing van de offertes aan de gunningscriteria, voorgesteld om de opdracht te gunnen aan de nv Cronos met het apparaat Panasonic CF-H2. Deze inschrijver behaalt een totaalscore van 94,1 op 100. Verzoekende partij behaalt een score van 92 op 100 en wordt als vijfde gerangschikt.

3.10. Het gunningsverslag wordt op 9 december 2011 goedgekeurd door de raad van bestuur van verwerende partij.

3.11. Met een fax en een aangetekend schrijven van 9 december 2011 wordt aan verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het volgens verwerende partij niet vertrouwelijk gedeelte van het gunningsverslag.

3.12. In een brief van 12 december 2011 uit verzoekende partij kritiek op de gunningsbeslissing. In essentie stelt zij dat de toegekende scores op het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit van de voorgestelde configuratie(s)” niet correct zouden zijn en dat de opdracht aan haar had moeten worden toegewezen.

3.13. Verwerende partij repliceert in een brief van 19 december 2011 dat haar toewijzingsbeslissing wel degelijk correct is. In dit schrijven wordt zowel de wijze van beoordeling van het tweede gunningscriterium, als de in het gunningsverslag opgenomen motivering nader geduid. Ter bijkomende staving wordt als bijlage een aangepaste versie van de gemotiveerde beslissing overgemaakt welke bijkomend ook de beoordeling van de andere conforme toestellen voor het tweede gunningscriterium bevat.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

4.1. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van de vordering ten aanzien van de tweede bestreden beslissing.

4.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

V. De schorsingsvoorwaarden

5.1. 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.

5.2. Evenwel is te dezen de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, 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.

VI. Onderzoek van het enig middel

Uiteenzetting van het middel

6.1. In een enig middel voert verzoekende partij de schending aan van artikel 110*bis* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers zoals afgeleid uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het Europees niet-discriminatie en transparantiebeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het materieel motiveringsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

6.2.1. In een eerste onderdeel worden meerdere grieven, die alle betrekking hebben op de beoordeling van het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit van de voorgestelde configuratie(s)” aangebracht.

6.2.1.1. In de eerste plaats betwist verzoekende partij de beoordelingsmethode die bij het tweede gunningscriterium werd gebruikt. Doordat in het gunningsverslag gekozen wordt voor een quoterings van dit gunningscriterium in schalen van 100 %, 90 %, 80%, 70 %, 60 %, 50 %, 40 %, 30 %, 20 %, 10 % en 0 %, bestaat er volgens verzoekende partij geen passend, proportioneel en evenredig verschil in quoterings. Zij merkt op dat quoterings van 10 % met de betekenis “quasi onbestaande kwaliteit”, laat staan van 0 % met de betekenis “geen kwaliteit” moeilijk kunnen worden gerijmd met het “besteksconform” bevinden van een inschrijving, te meer aangezien blijkt dat de loutere besteksconformiteit kennelijk met de score “voldoende” of 50 % wordt beloond.

6.2.1.2. Vervolgens voert zij aan dat voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium in het gunningsverslag een evaluatie van de technische kenmerken wordt uitgevoerd in functie van een niet vooraf bekendgemaakte lijst met technische kenmerken die “door de NMBS beoordeeld worden als erg

belangrijk, in het kader van het dagelijks gebruik van deze apparaten door de treinbestuurders bij het uitoefenen van hun functie”. Noch uit het bestek, noch uit de bij het bestek gevoegde beoordelingsfiche kon worden afgeleid dat de aanbestedende overheid voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium aan sommige technische kenmerken een hoger belang zou hechten “in het kader van het dagelijks gebruik van de apparaten”. Door alsnog een bijkomende weging voor de beoordeling van het tweede gunningscriterium op te nemen, schendt verwerende partij het transparantiebeginsel en het beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers.

6.2.1.3. Ten slotte bekritiseert verzoekende partij de effectief toegekende scores voor het tweede gunningscriterium.

Zij werpt op dat het gunningsverslag wat de beoordeling van het tweede gunningscriterium betreft niet motiveert hoe de verhouding tussen “sterke” en “zwakke” kenmerken in rekening zal worden gebracht in functie van de hoger beschreven quoterings in procentuele schalen. Aldus kan niet worden achterhaald waarom de nv Cronos 90 % scoort en verzoekende partij slechts 60 %. Evenmin kan op grond van deze motivering worden nagegaan welke de invloed is van opdeling in “sterke” en “zwakke” punten op de uiteindelijke quoterings.

In de mate dat in het gunningsverslag nog verwezen wordt naar bijlage 1, merkt verzoekende partij op dat - aangezien de nv Cronos in deze bijlage acht keer 50 % en drie keer 80 % krijgt, terwijl er voor de overige acht kenmerken geen scores worden uitgedeeld - onmogelijk kan worden ingezien hoe de optelsom van die scores “per technisch kenmerk” kan leiden tot een totale score van 90 %. De score 90 % of 18/20 voor het tweede gunningscriterium van de nv Cronos heeft derhalve geen grondslag in de gedetailleerde analyse in bijlage 1. In die mate zijn de bestreden beslissingen tegenstrijdig, minstens niet afdoende gemotiveerd en schenden zij bovendien het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, evenals het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

Voorts voert verzoekende partij aan dat, gelet op het stilzwijgen van verwerende partij in de gedetailleerde analyse in bijlage 1 voor technische kenmerken zoals “toestel moet functioneren tussen -5° en 40° C” of “bescherming van het apparaat”, er niet redelijk kan worden aangenomen dat de 90 % score van de nv Cronos zou kunnen worden verklaard door het feit dat die inschrijver een bijkomende “bescherming van het apparaat MIL-STD-810G” (United States Military Standard) en de mogelijkheid tot functioneren bij temperaturen van -29°C tot +60°C aanbiedt. Indien verwerende partij zou beweren dat de 90 % score van de nv Cronos zich wel verklaart door die bijkomende bescherming en de mogelijkheid tot functioneren bij zulke extreme temperaturen, dan dient te worden vastgesteld dat de puntentoekenning kennelijk onredelijk is. Het is volgens haar eveneens kennelijk onredelijk dat het in het gunningsverslag als een “zwak punt” wordt beschouwd dat de apparatuur aangeboden door verzoekende partij slechts zou functioneren bij temperaturen van -5°C tot +55°C aangezien de treinbestuurders zich van deze apparatuur bedienen in hun stuurcabine.

6.2.2. In een tweede en derde middelonderdeel betwist verzoekende partij de beoordeling van het derde respectievelijk het vierde gunningscriterium omdat, door alle inschrijvers de maximumscore toe te kennen, alle intrinsieke verschillen tussen de inschrijvers kennelijk zouden zijn weggegomd.

6.2.3. In een vierde en laatste onderdeel merkt verzoekende partij nog op dat bij gebrek aan kennisgeving van de prijzen waarmee de overige inschrijvers hebben ingeschreven, niet kan worden nagegaan in welke mate deze score een correcte toepassing uitmaakt van de door verwerende partij vooropgestelde lineaire puntentoekenning.

Beoordeling

Eerste onderdeel

7.1. Het bestek bevat geen omschrijving van de beoordelingsmethode van het tweede gunningscriterium “technische kwaliteit van de voorgestelde configuratie(s)”.

In het gunningsverslag wordt de beoordelingsmethode als volgt toegelicht:

“Voor het beoordelen van dit criterium is volgende schaal toegepast:

100 % = uitzonderlijke kwaliteit	50 % = voldoende kwaliteit
90 % = uitstekende kwaliteit	40 % = niet voldoende kwaliteit
80 % = zeer goede kwaliteit	30 % = zwakke kwaliteit
70 % = goede kwaliteit	20 % = zeer zwakke kwaliteit
60 % = meer dan voldoende kwaliteit	10 % = quasi onbestaande kwaliteit
	0 % = geen kwaliteit

De gedetailleerde analyse van de technische aspecten van elk apparaat bevindt zich in bijlage 1.

Volgende technische kenmerken worden door de NMBS beoordeeld als erg belangrijk, in het kader van het dagelijkse gebruik van deze apparaten door de treinbestuurders bij het uitoefenen van hun functie:

- De leesbaarheid van de documenten in alle omstandigheden, zelfs bij direct zonlicht;
- De snelheid van de Wi-Fi (snelle synchronisatie van de informatie op het draagbare toestel);
- De beschermingsnormen (index IP6 met name);
- De hoogte van de droptest waartegen het apparaat weerstand biedt (valrisico uit de besturingscabine bij voorbeeld);
- De temperatuurvork waarbinnen de apparaten kunnen gebruikt worden;
- Autonomie van de batterij;
- Het gewicht van het apparaat.

Voor sommige criteria zijn al de apparaten gelijkwaardig, zoals bijvoorbeeld de levensduur van de batterij.

Hierna bevindt zich een tabel per apparaat met overzicht van de sterke en de zwakke punten (met name op vlak van de technische kenmerken, die worden aanzien als de belangrijkste bij het door de bestuurders voorziene gebruik).

Legende:

- + Sterke punten :
Kenmerken, hoger dan het minimum vereiste van het bestek en/of die een toegevoegde waarde hebben voor de gebruikers (treinbestuurders).
- Zwakke punten
Kenmerken, die overeenstemmen met minimum vereisten van het bestek, maar minder performant zijn dan de andere modellen, in het gebruik, zoals voorzien voor de treinbestuurders.”

Vervolgens wordt een opsomming gegeven van de aangeboden toestellen met hun sterke en zwakke punten, evenals een globale puntentoeckenning overeenkomstig voormelde scoreschaal.

Wat het door verzoekende partij aangeboden toestel betreft luidt de beoordeling:

“Zineon 4.10

Dit apparaat voldoet aan de technische vereisten van het bestek en onderscheidt zich door :

- +
 - ☐ beschermingsnorm IP65
 - ☐ goede leesbaarheid van de documenten dankzij de grootte van het scherm van 10,4" i.p.v. de vereiste 7" minimum
 - ☐ WiFi : 802,11 a/b/g/n
- - ☐ gewicht voldoet aan de vereisten van het gebruik: 1,6 kg i.p.v. de toegelaten 2,5kg maximum, maar zwaarder dan andere modellen.
 - ☐ Minder goede leesbaarheid in het directe zonlicht, vergeleken met andere modellen
 - ☐ werkingstemperatuur: van –5°C tot +55°C

Met deze argumenten evalueren wij de kwaliteit van het apparaat als ‘meer dan voldoende’ (60%).”

De beoordeling van het apparaat dat door de nv Cronos wordt aangeboden luidt:

“Panasonic CF-H2

Dit apparaat voldoet aan de technische vereisten van het lastenboek en onderscheidt zich door :

+

- ☐ de beschermingsnorm IP65
- ☐ norm MIL-STD 810G
- ☐ goede leesbaarheid van de documenten dankzij de grootte van het scherm van 10,1" i.p.v. de vereiste 7" minimum
- ☐ goede leesbaarheid in het directe zonlicht, dankzij de ‘Transflectieve’ technologie
- ☐ droptest : 183 cm
- ☐ werkingstemperatuur : van -29°C tot +60°C
- ☐ WiFi : 802,11 a/b/g/n

—

- ☐ het gewicht is behoorlijk: 1,58kg i.p.v. de toegelaten 2,5kg maximum maar is zwaarder dan de andere modellen.

Met deze argumenten evalueren wij de kwaliteit van het apparaat als ‘uitstekend’ (90%).”

7.2. Het behoort tot de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid om 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 zijzelf in haar bestek heeft bepaald. De Raad van State mag niet in de plaats van het bestuur de beste beoordelingsmethode bepalen maar mag de gebruikte methode enkel op haar rechtmatigheid toetsen, meer bepaald betreffende de mate waarin ze de gelijke beoordeling van de offertes eventueel zou uitsluiten en dus het bepalen van de meest voordelige offerte onmogelijk zou maken.

7.3. Verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de hier door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek waarbij verschillende schalen worden toegepast in functie van de kwaliteit van het geboden toestel

onwettig is, noch dat deze methode in het kader van de voorliggende opdracht niet zou hebben geleid tot gunning aan de voordeligste regelmatige inschrijver. *Prima facie* lijkt deze methode op afdoende wijze de verschillen tussen de diverse offertes op kwalitatief vlak te vertalen.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij laat uitschijnen lijkt verwerende partij bij het hanteren van de gekozen methode evenmin het regelmatigheidsonderzoek en de vergelijking van de offertes met elkaar te hebben verward. Er blijkt immers dat eerst werd nagegaan of de aangeboden toestellen technisch conform waren (punt 2.1. van het gunningsverslag), en dat vervolgens de technische kwaliteit van de conform bevonden apparaten werd vergeleken (punt 2.2.2. van het gunningsverslag).

Voorts kan op het eerste gezicht hier worden aanvaard dat bij de beoordeling van een gunningscriterium inzake de kwaliteit van de offerte quoteringen van 0 % tot 100 % worden toegekend ondanks het feit dat deze offerte reeds eerder technisch conform werd verklaard.

7.4. Wat betreft de beweerde schending van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, rijst in de eerste plaats de vraag of er in deze zaak daadwerkelijk sprake is van achteraf vastgestelde subgunningscriteria en hun weging.

Een (sub)gunningscriterium is een beoordelingsnorm, een toetssteen, een kenmerk waaraan wordt afgemeten. Opdat daarvan sprake kan zijn, lijkt het te moeten gaan om een vooraf bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken. Niet elke specificatie bij of toevoeging met betrekking tot een gunningscriterium is echter noodzakelijk als een subgunningscriterium te beschouwen. Soms gaat het om niet meer dan een toelichting teneinde tegemoet te komen aan de verplichting om de gunningscriteria voldoende duidelijk en precies te omschrijven opdat alle inschrijvers er de juiste draagwijdte van kennen en ze op dezelfde manier interpreteren.

Te dezen lijkt het gunningsverslag in de motivering voor het gunningscriterium “technische kwaliteit van het voorgestelde apparaat” weliswaar diverse beoordelingselementen te bevatten, doch er wordt per apparaat slechts een opsomming gegeven van de plus- en minpunten in het licht van deze beoordelingselementen en vervolgens een globale score toegekend voor het tweede gunningscriterium. De offertes worden dus niet op elk van deze punten afzonderlijk gewaardeerd. Er lijkt dus alleszins geen sprake te zijn van een achteraf vastgestelde weging.

Bij de beoordeling van de vraag of er al dan niet sprake is van achteraf vastgestelde subcriteria dient ook rekening te worden gehouden met de omschrijving van de criteria in het bestek samen genomen met andere besteks-bepalingen waarnaar deze omschrijving mogelijk verwijst.

In dit verband dient te worden vastgesteld dat het bestek als tweede gunningscriterium slechts de “technische kwaliteit van de voorgestelde configuratie(s)” vermeldt, doch wat de technische voorwaarden betreft ook uitdrukkelijk verwijst naar bijlage 1 van het bestek. Op te merken valt dat alle beoordelingselementen die verwerende partij hanteert in het gunningsverslag bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium reeds uitdrukkelijk vermeld worden in de technische voorschriften in bijlage 1 bij de offerte, evenals in de bij het bestek gevoegde beoordelingsfiche. Op het eerste gezicht was het voor de inschrijvers dus voorzienbaar dat het tweede gunningscriterium aan de hand van voormelde beoordelingselementen zou worden beoordeeld. Zij dienden hiertoe overigens de ingevulde beoordelingsfiche bij hun offerte te voegen.

De kwestieuze elementen zijn door verwerende partij dus *prima facie* niet als niet in het bestek of de aankondiging van de opdracht vastgestelde subgunningscriteria gehanteerd.

Gelet op de verwijzing bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium naar de gedetailleerde technische analyse in bijlage 1 bij het

gunningsverslag, lijkt verwerende partij op het eerste gezicht wel degelijk alle technische kenmerken in haar beoordeling te hebben betrokken. Wel geeft zij in het gunningsverslag aan dat bepaalde technische kenmerken door haar worden beoordeeld als erg belangrijk, in het kader van het dagelijkse gebruik van deze apparaten door de treinbestuurders bij het uitoefenen van hun functie, en lijkt de opsomming van de positieve en zwakke punten van de apparaten vooral gerelateerd te zijn aan deze kenmerken.

Er blijkt echter nergens dat verwerende partij in strijd met het gelijkheidsbeginsel slechts bepaalde beoordelingselementen eruit gelicht zou hebben om een welbepaalde inschrijver te bevoordelen.

Evenmin toont verzoekende partij aan dat zij door het feit dat sommige van de 19 in het bestek en bijlage 1 bij het gunningsverslag opgesomde kenmerken niet lijken te zijn hernomen in het gunningsverslag bij de opsomming van de positieve en negatieve elementen van de offertes, zou zijn benadeeld ten opzichte van de nv Cronos. Uit bijlage 1 bij het gunningsverslag lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat, wat deze overige elementen betreft, ofwel de door verzoekende partij en door de nv Cronos geboden apparaten gelijkwaardig zijn, ofwel het door verzoekende partij geboden toestel een iets lagere kwaliteit of capaciteit biedt dan dit van de nv Cronos.

7.5. In de mate dat verzoekende partij opwerpt dat op grond van de motivering in het gunningsverslag niet kan worden achterhaald waarom de nv Cronos een score van 90 % krijgt en verzoekende partij slechts 60 % dient met verwerende partij op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat er in wezen vier elementen zijn te onderscheiden waarop de offerte van de nv Cronos duidelijk beter is dan die van verzoekende partij:

- 1) De leesbaarheid van het scherm, dankzij de transflectieve technologie;
- 2) De resistentie tegen meer extreme temperaturen, dankzij zowel de lagere als hogere temperaturen waartegen het toestel van Cronos bestand is;

- 3) De betere valbescherming, aangezien het toetstel van de nv Cronos een droptest tot 183 cm doorstaat, terwijl het apparaat van verzoekende partij slechts een droptest van 90 cm aankan;
- 4) De betere beschermingsnorm, zijnde de MIL-STD 810G.

De in het gunningsverslag aangehaalde motieven, zoals deze tevens verder werden verduidelijkt in het schrijven van 19 december 2011 van verwerende partij aan verzoekende partij, lijken dan ook van aard om het puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en de gekozen inschrijver voor het tweede gunningscriterium te kunnen schragen. In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, lijkt verwerende partij de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten te gaan door hierbij onder meer rekening te houden met het verschil tussen beide offertes inzake de temperatuurvork waarbinnen de apparaten kunnen worden gebruikt en de beschermingsgraad van de toestellen. Temperaturen onder -5°C lijken in België niet ongewoon, laat staan als extreem te kunnen worden aangemerkt en de argumentatie van verwerende partij dat de toestellen ook gebruikt moeten kunnen worden alvorens de trein is opgewarmd, komt niet onredelijk voor. Evenmin lijkt het een onzorgvuldige beoordeling de beschermingsnorm MIL-STD 810G als een pluspunt te beschouwen wanneer aldus een betere norm wordt aangeboden dan de minimale beschermingsnorm die wordt gevraagd.

In zoverre dat in het gunningsverslag nog wordt verwezen naar bijlage 1 en de motivering in het gunningsverslag om die reden tegenstrijdig zou zijn, lijkt met verwerende partij op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat de betrokken tabel niet de basis lijkt te zijn voor de puntenscore die werd opgenomen in het gunningsverslag.

7.6. Het eerste onderdeel van het enig middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

8.1. In het gunningsverslag wordt wat de beoordeling van het derde gunningscriterium “levertermijn” en “minimum hoeveelheid te bestellen per deelbestelling” betreft, het volgende opgemerkt:

“De na te leveren leveringstermijn, evenals de minimum te bestellen hoeveelheid per gedeeltelijke bestelling waren vermeld in onze aangetekende brief, verstuurd naar de firma’s op 10 november 2011.

Al de firma’s dienen een betere offerte in, die overeenstemt met onze vraag hieromtrent. Zij krijgen bijgevolg allen de hoogste score voor elk van de criteria, te weten 5/5.”

8.2. Verwerende partij licht in haar nota toe dat aangezien na het indienen van de basisoffertes bleek dat verschillende inschrijvers, waaronder verzoekende partij en de nv Cronos, niet in staat waren de in het bestek vereiste leveringstermijn van 4 weken na te leven, in een schrijven van 10 november 2011 aan alle inschrijvers daaromtrent het volgende werd gevraagd :

“Gelieve te bevestigen dat U in staat bent om de volgende leveringstermijnen te respecteren:

- Eerste bestelling van 100 stuks begin 2012 → leveringstermijn van 6 weken na ontvangst van de eerste deelbestelling.
- Daarna, gedeeltelijke bestellingen van +/- 400 stuks → leveringstermijn van 4 weken na ontvangst van de deelbestelling.”

Verwerende partij wijst er op dat alle inschrijvers bevestigend hebben geantwoord, zonder dat één van de inschrijvers heeft aangegeven een kortere leveringstermijn of lagere minimumhoeveelheid te bieden.

8.3. Aangezien er aldus op dit punt geen intrinsieke verschillen lijken te zijn tussen de offertes, lijkt verwerende partij niet onzorgvuldig tewerk te zijn gegaan door aan alle inschrijvers voor het derde gunningscriterium het maximum van de punten toe te kennen.

8.4. Voorts lijkt het voorgaande, in tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, wel degelijk door de inschrijvers uit het gunningsverslag te kunnen worden afgeleid.

8.5. De kritiek van verzoekende partij ter terechtzitting dat de handelwijze van verwerende partij het derde gunningscriterium uitholt, wordt niet aanvaard. De inschrijvers hadden op het eerste gezicht de mogelijkheid zich te onderscheiden in hun antwoord op de brief van 10 november 2011.

8.6. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

9.1. In het gunningsverslag wordt wat de beoordeling van het vierde gunningscriterium “het voorgestelde onderhoudscontract, de standaardgarantie en de bijkomende service die geboden wordt” betreft, het volgende opgemerkt:

“In onze aangetekende brief gedateerd van 10 november 2011 stipuleerden wij dat de minimale garantie van 3 jaar moet voldoen aan de volgende vereisten:

- Pick-up and return;
- Garantie Dead-On-Arrival van 3 maanden;
- Afhalen, herstelling of terugleveren van een defect toestel binnen de 7 kalenderdagen;
- Verlenging van de garantie van 3 maanden maximum wanneer het gekochte apparaat in stock wordt geplaatst.

Voor de bijkomende diensten hebben al de firma's equivalente elementen voorgesteld, om een optimale dienst te garanderen.

Met deze argumenten beantwoorden al de firma's aan de verwachtingen van de NMBS voor dit punt en krijgen zij bijgevolg allen dezelfde score voor dit criterium, te weten de hoogste score 20 / 20.”

9.2. Volgens verzoekende partij zou verwerende partij hierbij ten onrechte geen rekening hebben gehouden met het feit dat verzoekende partij onderhoud en garantie gedurende 3 jaar aanbiedt inbegrepen in de basisprijs,

terwijl de nv Cronos slechts een garantie van 2 jaar aanbiedt en nadien slechts tegen betaling.

9.3. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat verzoekende partij als dusdanig niet betwist dat de gekozen inschrijver evenzeer een garantie van drie jaar aanbiedt. Het feit dat het derde jaar garantie door de gekozen inschrijver slechts tegen betaling wordt verstrekt, lijkt in aanmerking te zijn genomen bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium inzake de prijs, zoals dit overigens werd aangekondigd door verwerende partij in haar schrijven van 10 november 2011. Dit aspect lijkt dus geen invloed te hebben op de standaardgarantie zelf die beoordeeld wordt in het kader van het vierde gunningscriterium.

9.4. Ook het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

10.1. Wat het vierde onderdeel betreft dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verzoekende partij niet de door verwerende partij gehanteerde methode voor de beoordeling van het prijscriterium lijkt te betwisten, doch enkel het feit dat zij bij gebrek aan kennis van de prijzen van de overige inschrijvers, niet kan nagaan in welke mate deze methode door verwerende partij correct werd toegepast.

10.2. In de versie van het gunningsverslag die door verwerende partij aan verzoekende partij werd bezorgd, worden echter wel degelijk de prijzen van de nv Cronos vermeld, alsook het feit dat de offerte van verzoekende partij de maximale score behaalde voor dit criterium. Verwerende partij lijkt hierbij terecht op te merken dat verzoekende partij op basis van deze gegevens wel degelijk kon nagaan of de punten van de nv Cronos voor het prijscriterium correct werden berekend.

10.3. Op het eerste gezicht lijkt verzoekende partij voorts in het licht van de gekozen beoordelingsmethode geen belang te hebben bij de kennisname van de prijzen van de overige inschrijvers. Een eventuele verkeerde berekening van de prijzen van de overige inschrijvers lijkt immers niet tot gevolg te kunnen hebben dat de offerte van verzoekende partij zou moeten worden gerangschikt vóór de offerte van de gekozen inschrijver.

10.4. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

VII. Besluit

11. Het enige middel is in al zijn onderdelen niet ernstig. 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 16 januari 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra, staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door

Silja Doms, griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Pierre Barra