

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 222.645 van 26 februari 2013
in de zaak A. 207.808/XII-7225**

In zake: de NV RAIL GOURMET BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim Rasschaert
kantoor houdend te 9420 Erpe-Mere
Ten Bos 30
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER BELGISCHE
SPOORWEGEN (NMBS)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Charles-Antoine Leunen en Lieve Swartenbroux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Brederodestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 januari 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van [de NMBS] om de overheidsopdracht ‘CT4/0000133719 – Organiseren van de logistieke diensten voor de bevoorrading van de catering aan boord van de hogesnelheidstrein van de NMBS en van Eurostar International Ltd’ [...] aan de inschrijver LSG SkyChefs te gunnen en om de opdracht aldus niet aan [de nv Rail Gourmet Belgium] te gunnen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 februari 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Wim Rasschaert, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Lieve Swartenbroux, 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. Verwerende partij beslist op 4 mei 2012 tot het uitschrijven van een “onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging” met het oog op het sluiten van een dienstencontract voor de logistieke diensten voor de bevoorrading van de catering aan boord van de hogesnelheidstreinen van de NMBS.

De opdracht bestaat uit twee posten als volgt omschreven :

“a) Post 1 : NMBS

Post 1 heeft betrekking op de bevoorrading, op kosten van NMBS Europe, van de Thalys- en TGV-treinen die vertrekken vanuit het station van Brussel-Zuid.

[...]

b) Post 2 : Eurostar International Ltd

Post 2 heeft betrekking op de bevoorrading, op kosten van Eurostar International Ltd, van de Eurostar-treinen die vertrekken vanuit het station van Brussel-Zuid.”

De goedgekeurde “vraag om goedkeuring van wijze van gunnen”, dus het voorstel tot het uitschrijven van deze onderhandelingsprocedure, bepaalt dat wordt geopteerd voor de opmaak van een gezamenlijk diensten-contract, waarbij de NMBS zal optreden als “lead-buyer”; de eerste post zal enkel door de NMBS worden genotificeerd en de tweede post enkel door EIL.

Uit het dossier blijkt dat er inzake de cateringdiensten aan boord van hogesnelheidstreinen een onderscheid is tussen de dienstverlener aan boord van de trein – de “On-board service” of “OBS” – en de dienstverlener die de logistiek van de bevoorrading van deze OBS aan boord verzekert, aangeduid als CAV (“Centre d’avitaillement”; bevoorradingscentrum). Dit laatste is het voorwerp van de voorliggende opdracht.

Thans worden volgens de nota van verwerende partij deze CAV-activiteiten voor de Eurostar- en Thalys-treinen, die in België vanuit het station Brussel-Zuid vertrekken, op basis van een contract dat afloopt op 30 juni 2013 verricht door verzoekende partij.

3.2. De aankondiging van de kwestieuze opdracht wordt op 8 mei 2012 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 11 mei 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.3. De kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in en op 30 mei 2012 wordt een lijst met de geselecteerde kandidaten waaronder verzoekende partij en LSG Sky Chefs, goedgekeurd.

3.4. Eveneens op 30 mei 2012 wordt een “Invitation to Negotiate (CT4/0000133719)”, dit is het bestek, goedgekeurd.

Dit bestek bepaalt de volgende gunningscriteria (deel A, art. 14):

“14. Awarding criteria

14.1 In evaluating the ITN Submissions from Bidders, SNCB and EIL will seek the most economically advantageous offer or offers, having regard to the following criteria:

Criteria	Sub Criteria / Question In Rfp	Weight
Pricing	Contract Value, cf. article 1.1 of Section C	27
	Suggested weighting of fixed and variable costs spread across SNCB/EIL fixed and variable activities e.g. by train or by pax	5
	Proposed price revision mechanism (for changes in product specification)	5
	Total 'Pricing' weight	37
Service Excellence	Quality and experience of key individuals and senior management	4
	Good track record in pro-active employee communications through robust internal communications structure between and amongst all employees	4
	Good track record in pro-active and customer-centric account management through robust external client interface structure	4
	Implementation plan must demonstrate the following: - smooth and timely transition - barriers to success identified and plans to avoid or mitigate - early engagement with employees - quality of previous references	10
	Total 'Service Excellence' weight	22
Product	Is the supplier able to propose creative or imaginative alternatives which are even more beneficial commercially; yet still fulfil our core business needs?	4
	Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements -including: - adequacy of proposed operational solution - transportation and loading functions - technological support - quality of previous references	13
	Total 'Product' weight	17
Strategic	Evidence of measuring carbon emissions or other	3

Alignment	evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability into its day to day operations	
	Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions	8
	Overall alignment of corporate objectives/goals	3
	Total 'Strategic Alignment' weight	14
Continuous Improvement	Gain Sharing plans: how Well thought out and through is the supplier in establishing means to deliver tangible process improvements/efficiencies and benefits over life of contract - this could be through price increase mitigation and price reductions	7
	Ability to deliver innovation to SNCB/EIL in terms of service improvements, lean processing techniques, cost solutions	3
	Total 'Continuous Improvement' weight	10

The indicated weight refers to the scoring mechanism and allows Bidders to understand how each criterion contributes to the final score of their proposal.”

Artikel 15 van het bestek bepaalt onder meer het volgende inzake de beoordelingsmethode:

“15. Scoring Mechanism/Methodology

15.1 SNCB and Eurostar will assess each ITN Submission against the above criteria and will be evaluated using the table below. Each (Sub-)Criteria will get a score that will then be weighted according to the table above in order to calculate a total weighted score. The proposal obtaining the highest weighted score will be considered the best.

Score	Meaning	Analysis Guidance
0	No answer provided	n/a
1	The Bidder has not demonstrated an ability to meet the requirement	The Reviewer must describe why the requirement is not met. This might include (but is not limited to) where the Bidder states it does not meet the requirement

		or the Bidder states it may meet the requirement in the future
2	The Bidder's proposed solution seems to meet the requirement but Eurostar cannot fully evaluate whether the requirement is met. SNCB/Eurostar needs further material information / proof to fully assess whether the requirement is met	The Reviewer must specify what further material information is required
3	The Bidder's Proposed solution meets the requirement but does not give us a high level of confidence in the Bidder's ability to deliver against the criteria or sub-criteria	The Reviewer must confirm how the requirement is materially satisfied and why the Reviewer has not yet a high level of confidence
4	The answer is so complete and detailed that it gives SNCB/Eurostar a high level of confidence In the Bidder's ability to deliver against the criteria or sub-criteria	The Reviewer must precisely indicate what elements of the answer provide such level of confidence
5	The answer is so complete and detailed that it gives SNCB/Eurostar a high level of confidence in the Bidder's ability to deliver against the criteria or sub-criteria and is the most complete and compelling response overall.	The Reviewer must precisely indicate what elements of the answer provide such level of confidence and how they are most competitive or robust proposal

[...]

15.3 Evaluation of the 'Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions' criteria

[...]

Negotiable Articles

The remaining clauses in the draft contract shall be regarded as ‘negotiable’. We do not expect the negotiable clauses to undergo substantial change; however we accept that some contractual articles may require negotiation or additional drafting based on Bidder’s offers.

For the avoidance of any doubt, Bidders are encouraged to offer improved terms to increase the competitiveness of their offer by amendments to the ‘non-negotiable’ and ‘negotiable’ articles. Where Bidders have offered improved terms they should provide brief reasons as to how the clause improves their offer to SNCB and Eurostar.”

De tabel met de gunningscriteria in dit artikel 14 wordt elders in het dossier in het Nederlands weergegeven als:

Criteria	Subcriteria	Gewicht
Tarificatie	Totale contractwaarde	27
	Verdeling van de vaste en variabele kosten tussen de vaste en variabele activiteiten van de NMBS/EIL	5
	Voorgestelde mechanisme van prijsherziening ten gevolge van wijzigingen in de productspecificatie.	5
	TOTAAL	37
Uitvoering van de dienst	Kwaliteit en ervaringen van de account manager(s) en het directiepersoneel	4
	Blijk van een proactieve communicatiecultuur met en tussen het personeel wegens interne communicatiestructuren	4
	Blijk van een proactief en doelgericht klantenbeheer middels een stevige structuur	4
	Het implementatieplan dient volgende elementen aan te tonen: - Vlotte transfers en binnen de termijnen - Identificatie van hindernissen tot hun oplossing en de genomen acties ter voorkoming of vermindering van hun impact - Vlotte uitwerking op het personeel - Kwaliteit van opgedane ervaringen	10
	TOTAAL	22
Product	Is de dienstverlener bekwaam om creatieve of alternatieve oplossingen voor te stellen met betrekking tot het lastenboek die een groot commercieel belang hebben voor NMBS/EIL rekening houdende met de in het lastenboek opgegeven noden.	4
	De algemene technische/operationele capaciteit	13

	van de dienstverlener en zijn bevattingvermogen van de basisvereisten, met inbegrip van: - de doeltreffendheid van de operationele voorgestelde oplossing - de transport- en ladingsactiviteiten - de technologische ondersteuning - de kwaliteit van de opgedane ervaringen (referenties/opdrachten)	
	TOTAAL	17
Strategische aanpassing	Mate waarin de dienstverlener zijn bezorgdheid toont op het vlak van het sociale en het milieu, en bezig is met duurzame ontwikkeling in zijn dagdagelijkse activiteiten.	3
	Respecteren van de 'terms and conditions' van de NMBS en EIL.	8
	Algemene aanpassing van de objectieven van de onderneming	3
	TOTAAL	17
Continue verbeteringen	Programma van gemeenschappelijke verbeteringen: In welke mate kan de inschrijver adequate en pertinente maatregelen voorstellen voor een continue verbetering van alle processen tijdens de contractduur en hoe worden deze verbeteringen gedeeld met de NMBS/EIL (door middel van verhoging/verlaging van de prijzen)	7
	Mate waarin de inschrijver vernieuwingen voorstelt met betrekking tot verbetering van de dienstverlening, procesvereenvoudiging en vermindering van kosten voor de NBMS/EIL	3
	TOTAAL	10

3.5. Vier van de geselecteerde kandidaten waaronder verzoekende partij en LSG Sky Chefs dienen een offerte in.

3.6. Deze offertes worden conform het bestek bevonden, regelmatig verklaard en getoetst aan de gunningscriteria. Dit leidt tot de volgende rangschikking:

Gunningscriteria	Avirail	LSG SkyChefs	NewRest	Rail Gourmet
Totaal:	40,56 / 100	77,41 / 100	44,24 / 100	59,54 / 100

3.7. De drie best gerangschikte inschrijvers krijgen op 22 en 23 oktober 2012 de gelegenheid hun offerte toe te lichten.

Met brieven van 25 oktober 2012 vraagt de NMBS deze inschrijvers om hun “beste offerte” in te dienen uiterlijk op 31 oktober 2012.

De drie inschrijvers dienen vervolgens een aangepaste offerte in.

3.8. De aangepaste offertes worden opnieuw getoetst aan de gunningscriteria en dit leidt tot de volgende rangschikking:

Gunningscriteria	LSG SkyChefs	NewRest	Rail Gourmet
Totaal:	77,62 / 100	53,59 / 100	62,36 / 100

Deze scores steunen op de volgende in het Engels gestelde beoordelingstabellen per inschrijver met een score en een beoordeling in woorden per (sub)gunningscriterium:

BIDDER NAME:	LSG Sky Chefs				
CRITERIA	SUB CRITERIA/QUESTION IN RFP	WEIGHT	Score	Result	Notes
PRICING	Total contract value by client and by total combined	27	26,74	26,74	
	Suggested weighting of fixed and variable costs spread across SNCB/EIL fixed and variable activities by train or by pax	5	2,67	2,67	
	Proposed price revision mechanism (for changes in product specification) and lifetime contract value	5	3,0	3,00	Specification changes ± New time measures by their value-points system, Firm quantified commitment to offset full indexation through CI
	Total 'Pricing' weight	37		32,42	
	Quality and experience of key individuals and senior management	4	4	3,2	Train logistics expertise, strong local structure

SERVICE EXCELLENCE	Good track record in pro-active employee Communications through robust internal Communications structure between and amongst all employees	4	4	3,2	Strong evidence of Investor in People principles, eg employee comms and pre-transition
	Good track record in pro-active and customer-centric account management through robust external client interface structure	4	4	3,2	Strong evidence of close attention to ITN requirements in detail, and client strategy development
	Implementation plan must demonstrate the following: - smooth and timely transition - barriers to success identified and plans to avoid or mitigate - early engagement with employees - quality of previous references	10	3	6	
					comprehensive plans with good detail
					risks & plans defined well
					clear plans in place
					somewhat limited rail clients,
	Total 'Service Excellence' weight	22		15,6	
PRODUCT	Is the supplier able to propose creative or imaginative alternatives which are even more beneficial commercially; yet still fulfil our core business needs?	4	5	4	HR/Staffing policy with mix of FTEs well planned; other OBS opportunities identified
	Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements-including: - adequacy of proposed operational solution - transportation and loading functions - technological support - quality of previous references	13	4	10,4	Clear operational model, defined in detail
					Clear t/port plans, with risks & solutions noted
					Existing IT systems
					Limited references
	Total 'Product' weight	17		14,4	
STRATEGIC ALIGNMENT	Evidence of measuring carbon emissions or other evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability into its day to day operations	3	5	3	Excellent green credentials, with practical local initiatives
	Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions	8	2	3,2	Little evidence in proposal
	Overall alignment of corporate objectives/goals	3	3	1,8	Commitment to developing rail catering sector, with comprehensive solutions

	Total 'Strategic Alignment' weight	14		8	
CONTINUOUS IMPROVEMENT	Gain Sharing plans: how well thought out and through is the supplier in establishing means to deliver tangible process improvements/efficiencies and benefits over life of contract, this could be through price and price reductions	7	3	4,2	Partial indexing commits to year on year CI;
	Ability to deliver innovation to SNCB/EIL in terms of service improvements, lean processing techniques, cost solutions	3	5	3	Numerous ideas for further service/process improvements
	Total 'Continuous Improvement' weight	10		7,2	

100

77,62

BIDDER NAME:	RGB				
CRITERIA	SUB CRITERIA/QUESTION IN RFP	WEIGHT	Score	Result	Notes
PRICING	Total contract value by client and by total combined	27	26,4	26,4	
	Suggested weighting of fixed and variable costs spread across SNCB/EIL fixed and variable activities by train or by pax	5	5,00	5,00	
	Proposed price revision mechanism (for changes in product specification) and lifetime contract value	5	0	0,0	No specifics
	Total 'Pricing' weight	37		31,4	
SERVICE EXCELLENCE	Quality and experience of key individuals and senior management	4	5	4	Strong experience in sector and in BRU, though not defined in full. Strong technical expertise of both clients
	Good track record in pro-active employee Communications through robust internal Communications structure between and amongst all employees	4	2	1,6	Nil/little demonstration of internal comms, and internal employee engagement to achieve goals/transition, eg flexibility
	Good track record in pro-active and customer-centric account management through robust external client interface structure	4	2	1,6	Most client references were UK, not BRU; no commitment noted for customer account management initiatives in BRU
	Implementation plan must demonstrate the following: - smooth and timely transition - barriers to success identified and plans to avoid or mitigate - early engagement with employees - quality of previous references	10	3	6	plans well thought through, and early impact beneficial
					reference to similar UK/NO projects; risks & actions well noted not evident in document, re redundancy plans & future HR plans

					few references re BRU team, links to UK family noted but not clear
	Total 'Service Excellence' weight	22		13,2	
PRODUCT	Is the supplier able to propose creative or imaginative alternatives which are even more beneficial commercially; yet still fulfil our core business needs? of previous references	4	3	2,4	Early transition benefits; some ideas on NPD and new logistics; new direct purchasing requirements not fully demonstrated
	Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements-including: - adequacy of proposed operational solution - transportation and loading functions - technological support - quality	13	2	5,2	valid options A & B confident that solutions follow existing practice but short on definition little evidence in proposal few references re BRU team, links to UK family noted but not clear
	Total 'Product' weight	17		7,6	
STRATEGIC ALIGNMENT	Evidence of measuring carbon emissions or other evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability into its day to day operations	3	3	1,8	Step by Step programme and wash changes noted; overall waste reduction planning & targets not clear
	Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions	8	2	3,2	little evidence in proposal
	Overall alignment of corporate objectives/goals	3	2	1,2	Cost reductions not new, most already planned or in place; little evidence of the knowledge of an incumbent towards new client goals
	Total 'Strategic Alignment' weight	14		6,2	
CONTINUOUS IMPROVEMENT	Gain Sharing plans: how well thought out and through is the supplier in establishing means to deliver tangible process improvements/efficiencies and benefits over life of contract, this could be through price and price reductions	7	2	2,8	Variable mgmnt fee noted; but full 100% of indexation proposed. Little evidence of progressive cost initiatives during contract term.
	Ability to deliver innovation to SNCB/EIL in terms of service improvements, lean processing techniques, cost solutions	3	2	1,2	Little evidence from long-standing incumbent tackling client future needs, eg future flexibility, new train planning.
	Total 'Continuous Improvement' weight	10		4	

		100		62,36	
BIDDER NAME:	Newrest				

CRITERIA	SUB CRITERIA/QUESTION IN RFP	WEIGHT	Score	Result	Notes
PRICING	Total contract value by client and by total combined	27	16,06	16,06	
	Suggested weighting of fixed and variable costs spread across SNCB/EIL fixed and variable activities by train or by pax	5	2,53	2,53	
	Proposed price revision mechanism (for changes in product specification) and lifetime contract value	5	1	1,0	Prices are completely fixed, no clear identified link with actual production
	Total 'Pricing' weight	37		19,59	
SERVICE EXCELLENCE	Quality and experience of key individuals and senior management	4	4	3,2	Presented detailed HR structure and requirements, without named individuals
	Good track record in pro-active employee communications through robust internal communications structure between and amongst all employees	4	4	3,2	Large emphasis on employee integration/development; further evidence required on internal comms processes
	Good track record in pro-active and customer-centric account management through robust external client interface structure	4	2	1,6	Reference to Ops Mgr being link between Client & Ops, out lack of evidence of current client interaction
	Implementation plan must demonstrate the following: - smooth and timely transition - barriers to success identified and plans to avoid or mitigate - early engagement with employees - quality of previous references	10	3	6	Evidence of project plan and timely delivery suggested, though feels generic
					Risks identified and solutions proposed
					Identified as important milestone
					Solid references with relevant experience in line with ITN
Total 'Service Excellence' weight	22		14		
PRODUCT	Is the supplier able to propose creative or imaginative alternatives which are even more beneficial commercially; yet still fulfil our core business needs?	4	2	1,6	Realistic proposals identified but insufficient detail
		13	3	7,8	clear, well thought-out operation
	process clearly identified				
	appears to be in line with basic requirements				
	Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements-including: - adequacy of proposed operational solution - transportation and loading functions - technological support - quality of previous references				solid references with TUPE experience

	Total 'Product' weight	17		9,4	
STRATEGIC ALIGNMENT	Evidence of measuring carbon emissions or other evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability into its day to day operations	3	3	1,8	Well defined policy in place, tho' no evidence of data collection
	Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions	8	3	3	General acceptance of T&Cs
	Overall alignment of corporate objectives/goals	3	3	1,8	No evidence to show alignment
	Total 'Strategic Alignment' weight	14		6,6	
CONTINUOUS IMPROVEMENT	Gain Sharing plans: how well thought out and through is the supplier in establishing means to deliver tangible process improvements/efficiencies and benefits over life of contract, this could be through price and price reductions	7	2	2,8	Little demonstrated; Total contract cost stays same, no reduction
	Ability to deliver innovation to SNCB/EIL in terms of service improvements, lean processing techniques, cost solutions	3	2	1,2	Top up/down suggestion attractive/innovative but not quantified
	Total 'Continuous Improvement' weight	10		4	
		100		53,59	

Er wordt aan de raad van bestuur voorgesteld de opdracht toe te wijzen aan LSG Sky Chefs die de hoogste score behaalt.

3.9. Op 11 januari 2013 keurt de raad van bestuur van de NMBS dit voorstel goed.

3.10. Met een aangetekende brief van 11 januari 2013 en met een faxbericht deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd gekozen. Volgens die brief en de nota wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing meegedeeld, maar zonder de raming van het budget en ook zijn de namen en scores van de andere kandidaten en inschrijvers weggelaten, behalve deze van de gekozen inschrijver en verzoekende partij zelf. Bijgevoegd zijn ook de beoordelingstabellen van verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

3.11. Bij schrijven van 24 januari 2013 vraagt Rail Gourmet UK Ltd., volgens de nota de zustermaatschappij van verzoekende partij, uitleg over de beoordeling van de offerte van verzoekende partij. Verwerende partij beantwoordt die vragen in een brief van 28 januari 2013.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4.1. Verwerende partij werpt op dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft om van de vordering kennis te nemen nu de bestreden beslissing geen handeling betreft die als zij als autonoom overheidsbedrijf gesteld heeft in de uitoefening van haar taken van openbare dienst. Zij gaat vervolgens nader in op de redenen waarom haar commerciële activiteiten in verband met internationaal reizigersvervoer niet tot haar opdracht van openbare dienst behoren, waarbij zij verwijst naar relevante wetgeving en het beheerscontract van de NMBS.

4.2. De Raad van State kan in een kort geding en a fortiori in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals het onderhavige, slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die zijn rechtsmacht betreffen. Hij kan een dergelijke exceptie pas aannemen indien dat beperkt onderzoek uitwijst dat ze een hoge graad van ernst vertoont.

Te dezen lijkt de ingeroepen exceptie geen dergelijke graad te vertonen onder meer gelet op de zeer uitgebreide pleidooien ter zitting over deze problematiek.

4.3. Bovendien bestaat er vooralsnog geen noodzaak om over deze exceptie inzake de rechtsmacht van de Raad van State 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. Te dezen is evenwel 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 door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is voor de schorsing van de thans bestreden beslissingen 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 beslissingen kunnen verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

6. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van artikel 65/8, §1, 3°, van die wet en van het algemeen verbod op machtsoverschrijding.

Zij betoogt daartoe samengevat dat zij bij de brief van 11 januari 2013 slechts in kennis werd gesteld van een niet-ondertekend voorstel tot gunning, waarvan niet vaststaat of dit door het bevoegde orgaan van verwerende partij werd aanvaard. Daarnaast werpt verzoekende partij op dat het schrijven van verwerende partij van 11 januari 2013 door R.D., in zijn hoedanigheid van General Manager en bij delegatie, werd ondertekend en dat de vereiste delegatie hiervoor niet voorligt.

Beoordeling

7.1. Uit het administratief dossier blijkt dat de raad van bestuur van verwerende partij op 11 januari 2013 kennis heeft genomen van het aan verzoekende partij bezorgde voorstel tot gunning en de gunning van de opdracht aan LSG Sky Chefs goedkeurde.

7.2. Op de terechtzitting verklaart verzoekende partij, na kennisname van de hier relevante stukken uit het administratief dossier, niet langer aan te dringen op het middel.

7.3. Wat de Raad van State betreft volstaat het voorgaande om het middel te verwerpen als niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

8.1. Verzoekende partij voert de schending aan van artikel 47, vierde lid, e), 52 en 55, eerste lid, van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van artikel 39 van de voornoemde wet van 24 december 1993, van artikel 16, 57, tweede lid, 5°, en 59, § 2, 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’ en van het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

8.2. In een eerste onderdeel voert zij aan dat zes van de door verwerende partij gehanteerde subgunningscriteria in werkelijkheid selectiecriteria vormen.

Zij somt deze criteria op en betoogt dat elk van de aangehaalde subcriteria, voor een totaal van minstens 15 punten, als doel hebben “referenties, ervaring en de interne organisatie van verzoekende partij als onderneming te beoordelen en [...] geenszins [zijn] toegespitst op het karakter van de specifieke opdracht”. Zij erkent dat dergelijke elementen toch een gunningscriterium kunnen uitmaken, doch enkel indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht op differentiërende wijze kan worden aangetoond. De aanbestedende overheid dient zulks dan aan te tonen, minstens moet duidelijk uit de dossierstukken blijken dat aan deze voorwaarden is voldaan. Dit is niet het geval en uit de “vage, nietszeggende motivering in de tabellen Bijlage 2 bij het gunningsverslag” kan verzoekende partij naar eigen zeggen onmogelijk opmaken wat het verband met de kwestieuze opdracht is.

Het feit dat aan deze criteria gezamenlijk een aanzienlijke puntenwaarde werd toegekend heeft als gevolg dat door de toepassing van deze criteria de gunningsprocedure in haar geheel is gevitieerd, zodat zij belang heeft bij een schorsing van de bestreden beslissing op grond van dit middel.

8.3. In een tweede onderdeel betoogt zij dat de twee in dat onderdeel vermelde gunningscriteria niet toelaten een uitspraak te doen over het economisch meest voordelig karakter van de offertes.

Het is volgens verzoekende partij onmogelijk om de draagwijdte en de betekenis van deze subcriteria te begrijpen nu het bestek daaromtrent geen nadere informatie verschaft. Verder werpt zij, met verwijzing naar de opsomming in artikel 55, eerste lid, a), van richtlijn 2004/17/EG, op dat de toegepaste criteria moeten zijn gerelateerd aan een economisch voordeel voor de aanbestedende overheid. De in dit onderdeel betwiste subcriteria die niet kunnen dienen tot het bepalen van de meest voordelige offerte, kunnen niet als gunningscriteria worden opgenomen. De gunningscriteria moeten daartoe ook met het voorwerp van de opdracht of de wijze waarop de opdracht wordt uitgevoerd, verband houden en op de specifieke opdracht zijn afgestemd.

Het gelijkheids- en transparantiebeginsel vereisen verder dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunning duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig in de aankondiging of het bestek zijn geformuleerd.

Beoordeling

9. Verzoekende partij beroept zich in dit middel op de schending van de Europese en Belgische rechtsregels en –beginselen inzake de gunning van overheidsopdrachten.

Op de vraag naar de toepasselijkheid van deze regels, die onder meer nauw verband houdt met de eerder geformuleerde exceptie van verwerende

partij inzake de rechtsmacht van de Raad van State, dient niet te worden ingegaan, nu, zoals hierna zal blijken, in elk geval geen van beide middelonderdelen ernstig lijken.

Eerste onderdeel

10.1. In de huidige stand van het geding wordt niet met de vereiste *prima facie* ernst aangetoond dat de in het eerste onderdeel betwiste criteria niet relevant kunnen zijn om de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht aan te tonen.

10.2. In de eerste plaats dient in het algemeen te worden opgemerkt dat verzoekende partij blijkbaar nooit opmerkingen heeft gemaakt bij of vragen gesteld bij het gebruik van deze criteria als gunningscriteria. Dit is minstens van aard het ingeroepen ernstig karakter van deze grieven te relativiseren.

Bij de beoordeling dienen de uitgangspunten van verwerende partij bij het uitschrijven de opdracht te worden betrokken, namelijk, in vergelijking met de bestaande toestand, het verkrijgen van een grotere flexibiliteit van werken, een geheel nieuwe invulling geven aan de CAV-dienstverlening en kostenbesparing.

10.3. Wat betreft de zes door verzoekende partij aangehaalde subgunningscriteria die volgens haar selectiecriteria zijn, merkt de Raad van State het volgende op.

10.3.1. Artikel 55.1, a), van de voormelde richtlijn 2004/17/EG vermeldt uitdrukkelijk de “klantenservice” als een mogelijk gunningscriterium, en er wordt door verzoekende partij niet *prima facie* aangetoond waarom het betwiste subgunningscriterium ‘good track record in proactive and customer centric account management through robust external client interface structure’ onder het

gunningscriterium ‘Service Excellence’, dus kwaliteit van de dienstverlening, niet kan slaan op klantenservice.

10.3.2. Op de terechtzitting merkt verzoekende partij op niet langer aan te dringen op haar kritiek met betrekking tot het subgunningscriterium ‘evidence of measuring carbon emissions or other evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability’.

10.3.3. In de mate dat verzoekende partij verwijst naar het subcriterium ‘quality and experience of key individuals en senior management’ van het gunningscriterium ‘Service Excellence’, lijkt dit criterium, zoals opgeworpen door verwerende partij, geen betrekking te hebben op het personeel of het management in het algemeen, maar op de sleutelfiguren binnen het bedrijf die geaffecteerd zullen worden aan de uitvoering van deze overeenkomst. Aldus lijkt de vraag welke personen/functies de inschrijver aanbood en welke de kwaliteit en ervaring van deze personen was, verbonden aan de manier waarop de dienst in kwestie zal worden uitgevoerd en niet aan de inschrijver in het algemeen. Het betreft dus de intrinsieke waarde van de offerte.

10.3.4. Ook het subcriterium ‘good track record in proactive employee communications through robust internal communications structure between and amongst all employees’ van het gunningscriterium ‘Service Excellence’ lijkt erop gericht om na te gaan in welke mate dat de communicatiecultuur binnen het bedrijf van de inschrijvers aangepast en proactief genoeg is om de doelstellingen van de opdracht te bereiken.

10.3.5. Het subcriterium ‘implementation plan must demonstrate the following: [...] quality of previous experiences’ als onderdeel van het derde gunningscriterium ‘Product’, lijkt evenzeer niet zozeer de bekwaamheid in het algemeen te beoordelen maar na te gaan in welke mate de inschrijver het implementatieplan ook effectief zou kunnen uitvoeren. Aldus lijkt dit wel degelijk

verbonden aan de specificiteit van de opdracht en met name de daarin verwachte transitie en dus als gunningscriterium in aanmerking te komen.

10.3.6. Het subcriterium ‘overall alignment of corporate objectives/goals’ van het gunningscriterium ‘Strategic alignment’ heeft, zo lijkt, betrekking op de manier waarop de inschrijvers hun uitvoering van de dienst zullen aligneren met de in het bestek omschreven doelstellingen van de operatoren, zoals een substantiële kostenreductie en een flexibele structuur, en dus ook op de specificiteit van de opdracht.

10.4. Ter terechtzitting geeft verzoekende partij geen inhoudelijke repliek op de nota van verwerende partij maar beperkt zij zich voornamelijk tot de stelling dat de verantwoording voor het feit dat voornoemde subcriteria toch gunningscriteria zouden zijn, niet voor het eerst mag blijken uit de procedurestukken voor de Raad van State.

Verzoekende partij maakt echter niet duidelijk op welke rechtsregel zij zich hierbij steunt.

10.5. Het eerste onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

11.1. Evenmin wordt door verzoekende partij *prima facie* aangetoond dat de in het tweede onderdeel betwiste twee subgunningscriteria van het gunningscriterium ‘strategic alignment’ niet zouden toelaten de economisch meest voordelige offerte te bepalen.

11.2. Wat betreft het subcriterium van de CO₂-uitstoot en van de integratie van maatschappelijke, milieu- en duurzaamheidsoverwegingen in het bedrijfsbeleid, eerste subcriterium van het vierde gunningscriterium, moet worden opgemerkt dat dit door de wetgever zelf expliciet is erkend als een mogelijk

gunningscriterium om de economisch meest voordelige offerte te kiezen (artikel 16 van de voormelde wet van 24 december 1993).

11.3. Inzake het tweede hier betwiste subcriterium ‘Overall alignment of corporate objectives/goals’ mag worden herhaald wat reeds onder randnummers 10.3. en 10.3.6. wordt opgemerkt, namelijk dat de twee hoofdobjectieven van de operatoren NMBS en EIL een substantiële kostenreductie en meer flexibiliteit zijn. Aldus lijkt dit subcriterium in de specifieke context van deze opdracht wel degelijk betrekking te hebben op de uitvoering van de dienst door de inschrijver, en op de voordelen geboden door zijn offerte.

11.4. In de mate dat verzoekende partij *in fine* van dit tweede onderdeel nog benadrukt dat duidelijk is dat de twee betrokken subcriteria geen enkel verband houden met de specifieke opdracht en allerm minst transparant zijn, leidt dergelijke algemene affirmatie niet tot een andere conclusie.

11.5. Bij dit alles moet, zoals ook opgemerkt bij het eerste onderdeel, worden vastgesteld dat verzoekende partij op de terechtzitting geen inhoudelijke repliek geeft op de nota van verwerende partij die het onderdeel weerlegt.

11.6. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

12. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

13. Verzoekende partij voert de schending aan van de “formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen van 29 juli 1991”, van de

materiële-motiveringsplicht en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

Vervolgens betoogt zij in de eerste plaats dat de motivering de beslissing maar zal kunnen schragen wanneer zij duidelijk, niet tegenstrijdig, juist, pertinent, concreet, precies en volledig is en dat de bestreden beslissing deze draagkrachtvereiste miskent. Een aantal motieven acht zij vervolgens onjuist, zowel in de feiten als in rechte, andere motieven acht zij onvolledig en nog andere motieven zijn volgens haar vaag, nietszeggend en vaak niet meer dan loutere stijlformules.

Daarnaast schendt de bestreden gunningsbeslissing de proportionaliteitsvereiste. De gunningscriteria hebben nagenoeg allemaal een open karakter en laten aan verwerende partij een ruime discretionaire beoordelingsbevoegdheid. Zij somt vervolgens een aantal subcriteria op die een uitermate subjectieve beoordeling mogelijk maken zodat op verwerende partij een versterkte motiveringsplicht rust. De motieven die in de bestreden gunningsbeslissing worden opgegeven, zijn “echter om de reeds aangehaalde redenen onvoldoende concreet en precies”.

Kortheidshalve zullen deze concrete grieven worden weergegeven bij de beoordeling van dit middel.

Beoordeling

14.1. In de eerste plaats moet ook hier worden vastgesteld dat verzoekende partij geen inhoudelijke repliek geeft op de nota.

Ter terechtzitting merkt verzoekende partij vooral op dat verwerende partij hier haar eigen besteksbepalingen niet heeft nageleefd, namelijk wat betreft de “scoring mechanism/methodology”. De Raad van State merkt

hierbij op dat deze kritiek niet in het verzoekschrift is geformuleerd en derhalve niet ontvankelijk is.

14.2. Ook moet bij de beoordeling van het middel worden bedacht dat verzoekende partij op 24 januari 2013, dit is meer dan 10 dagen nadat de bestreden beslissing met de beoordelingstabellen aan haar werden toegezonden, een brief aan verwerende partij heeft gericht waarin zij uitleg vroeg in verband met zekere “notes” (“opmerkingen”) bij de score van haar offerte op diverse gunningscriteria.

Verwerende partij heeft met een brief van 28 januari 2013, die verzoekende partij dezelfde dag heeft ontvangen en die zij bij haar verzoekschrift heeft gevoegd, verzoekende partij een omstandig antwoord gegeven. Ter terechtzitting verklaart verzoekende partij dat de antwoorden in deze brief van 28 januari 2013 duidelijk en begrijpbaar zijn en zij betwist bovendien niet de inhoud van deze brief.

15.1. Verzoekende partij voert in dit middel in de eerste plaats aan dat de motivering niet draagkrachtig is omdat een aantal van de opgegeven motieven onjuist zijn, zowel in feite als in rechte.

15.2. Zij betwist daarbij de score 0 op het subcriterium ‘proposed price revision mechanism (for change in product specification)’ van het gunningscriterium ‘pricing’. Volgens de bestreden beslissing leverde zij immers “no specifics” (“geen details”) voor dit subcriterium terwijl zij “in haar offerte wel degelijk in een aanzienlijke prijsvermindering voorzag, gesteund op toenames en afnames van productvolumes van +/- 20%”.

Verzoekende partij heeft in de brief van 28 januari 2013 omstandig uitleg gekregen over de betekenis van “no specifics” (“geen details”). Zoals opgemerkt stelt zij dat die uitleg duidelijk en begrijpbaar is en betwist zij deze niet.

15.3. Voorts betoogt zij dat de bestreden gunningsbeslissing op motieven steunt die in rechte onjuist zijn en het gelijkheidsbeginsel schenden doordat bij het derde subcriterium ‘good track record in proactive and customer centric account management through robust external client interface structure’ van het tweede gunningscriterium bij haar offerte wordt opgemerkt dat “Most client references were UK, not BRU; no commitment noted for customer accountmanagement initiatives in BRU” (“Merendeel van de referenties van cliënten waren UK, niet BRU; geen engagementen betreffende initiatieven inzake klantenbeheer in BRU”). Zij meent dat de aanbestedende dienst de Britse referenties niet als volwaardig zou aanvaarden en aldus het gelijkheidsbeginsel schendt dat elke discriminatie op grond van nationaliteit bestrijdt.

Deze commentaar kan echter, zo lijkt, ook zo gelezen worden dat wordt vastgesteld dat de door verzoekende partij voorgestelde referenties geen betrekking hadden op Rail Gourmet Belgium, de inschrijver, maar op haar zusterbedrijf Rail Gourmet UK, en dat van voorstellen hoe Rail Gourmet Belgium het pro-actief accountmanagement zou aanpakken in de offerte geen sprake is. Indien om deze reden de referenties in mindere mate in aanmerking genomen werden, lijkt dit te maken te hebben met de band tussen de inschrijver en deze referenties, van welk motief verzoekende partij de feitelijke juistheid niet betwist.

Ter zitting toont zij het tegendeel niet aan nu zij enkel herhaalt dat Britse referenties aldus als niet gelijkwaardig worden aanvaard.

16.1. Vervolgens acht zij de motivering onvoldoende draagkrachtig want onvolledig aangezien het uittreksel van de gemotiveerde beslissing geen melding maakt van de offerte van de derde kandidaat.

16.2. Verwerende partij antwoordt dat verzoekende partij geen belang heeft bij dit onderdeel van het middel, vermits ze als tweede gerangschikt werd, vóór de derde inschrijver.

16.3. Luidens het artikel 65/8, § 1, 3°, van de voornoemde wet van 24 december 1993 dient aan verzoekende partij als niet gekozen inschrijver de gemotiveerde beslissing meegedeeld. Op grond van artikel 65/5, 7°, van de wet van 24 december 1993 dient de gunningsbeslissing de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte te bevatten.

Verzoekende partij heeft in haar brief van 24 januari 2013 geen vragen gesteld over de beoordeling van de derde inschrijver. In dat licht en in deze omstandigheden, en nu verzoekende partij in ieder geval kennis kreeg van de beoordeling van haar offerte en van de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver, lijkt verzoekende partij haar belang bij deze grief niet afdoende aan te tonen.

17.1 Voorts acht verzoekende partij de motivering onvoldoende draagkrachtig want onvoldoende concreet en precies.

17.2. Zij citeert in de eerste plaats de motivering bij het eerste subcriterium ‘quality and experience of key individuals en senior management’ van het gunningscriterium ‘Service Excellence’, namelijk “strong experience in sector and in BRU, though not defined in full” (“ruime ervaring in de sector en in BRU, doch niet volledig gedefinieerd”), en merkt op dat niet wordt aangegeven welke informatie ontbreekt.

Verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij deze grief aangezien zij voor dit subcriterium 5 op 5 scoorde, wat volgens artikel 15 van deel A van het bestek gelijkstaat met ‘the answer is so complete and detailed that it gives SNCB/Eurostar a high level of confidence in the Bidder’s ability to deliver against the criteria or sub-criteria and is the most complete and compelling response overall’ (‘het antwoord is zo volledig en gedetailleerd dat het NMBS/Eurostar een hoge mate van vertrouwen geeft in de bekwaamheid van de kandidaat om te presteren overeenkomstig de criteria of subcriteria en is van alle kandidaten het meest volledige en het beste antwoord’).

17.3. Vervolgens verwijst verzoekende partij naar de commentaar “Confident that solutions follow existing practice but short on definition” (“Overtuigd dat oplossingen de bestaande praktijk volgen, maar gebrek aan definiëring”), bij het tweede subcriterium ‘Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements’ van het derde gunningscriterium en merkt zij opnieuw op dat niet wordt aan verduidelijkt wat ontbreekt.

Verzoekende partij heeft hier echter antwoord op gekregen in de voornoemde brief van 28 januari 2013 waarvan zij de inhoud thans niet betwist.

17.4. Daarna verwijst verzoekende partij naar de commentaar “Early transition benefits: some ideas on NPD and new logistics; direct purchasing requirements not fully demonstrated” (“Vroege overgangsvoordelen: enkele ideeën betreffende NPD en nieuwe logistiek; nieuwe directe aankoopvereisten niet volledig aangetoond”) bij het eerste subcriterium ‘Is the supplier able to propose creative or imaginative alternatives which are even more beneficial commercially; yet still fulfil our core business needs’ van het derde gunningscriterium ‘Product’.

Zij acht ook deze motivering niet voldoende, omdat niet verduidelijkt wordt welke van de nieuwe directe aankoopvereisten in haar offerte niet zouden zijn aangetoond. Zij lijkt er echter aan voorbij te gaan dat deze beoordeling alle nieuwe aankoopvereisten lijkt te betreffen.

17.5. Ook werpt verzoekende partij nog op dat de bestreden gunningsbeslissing tweemaal spreekt van een onduidelijkheid in haar offerte, zonder te specificeren welke aspecten opheldering zouden behoeven, zodat zij alleen maar kan gissen waarom de toelichting die zij in haar offerte heeft verschaft door de aanbestedende dienst onduidelijk werd bevonden.

17.5.1. Zij verwijst daarbij in de eerste plaats opnieuw naar de beoordeling van het vierde subcriterium ‘implementation plan must demonstrate the following: [...] quality of previous experiences’ van het tweede

gunningscriterium ‘Service Excellence’, namelijk “few references re BRU team, links to UK family noted but not clear” (“weinig referenties betreffende BRU team, banken met VK familie vermeld, maar niet duidelijk”).

Samengenomen met de door haar geleverde informatie in haar offerte, blijkt niet *prima facie* dat zij niet kon weten waarom de toelichting in de offerte onduidelijk werd bevonden, namelijk, zoals benadrukt in de nota, onvoldoende betrokken op Rail Gourmet Belgium.

Dit is blijkbaar de reden dat het volgens verwerende partij niet mogelijk was om na te gaan hoe geloofwaardig het is dat verzoekende partij er in zal slagen de implementatie op succesvolle wijze af te ronden. In dat licht blijkt niet dat voor verzoekende partij - die geacht wordt de inhoud van haar eigen offerte te kennen - deze vermelding aangaande de ontbrekende informatie niet afdoende duidelijk was.

17.5.2. Voorts verwijst verzoekende partij naar de volgende commentaar “Step by Step programme and wash changes noted; overall waste reduction planning & targets not clear” (“stapsgewijs programma en wijzigingen betreffende wasinrichting vermeld; algemene planning en doelstellingen inzake afvalvermindering niet duidelijk”) bij het eerste subcriterium ‘evidence of measuring carbon emissions or other evidence that demonstrates the suppliers integration of social, environmental and economic sustainability’ van het vierde gunningscriterium ‘strategic alignment’.

Ook deze commentaar lijkt echter samengenomen met de eigen offerte voldoende duidelijk om desgewenst inhoudelijk verweer mogelijk te maken.

Voor wat de doelstellingen inzake afvalvermindering betreft, vermeldt verzoekende partij, zoals opgemerkt in de nota, effectief in haar offerte dat zij ernaar streeft het gebruik van chemicaliën, energie en water bij de vaatwas

te verminderen en dat zij een programma heeft dat ernaar streeft om stapsgewijs haar ecologische voetafdruk te verminderen. Zij verwijst ook naar de ISO 14001 certificatie in Londen en naar de intentie om dat uit te breiden naar alle operationele vestigingen.

Zoals benadrukt in de nota lijkt een uitleg met betrekking tot de concrete doelstellingen van dat programma en de tijdslijn om deze objectieven te realiseren echter te ontbreken in de offerte van verzoekende partij.

17.6. Ten slotte werpt verzoekende partij in dit kader op dat de beoordeling van het tweede subcriterium ‘Bidders overall technical/operational competence and understanding of core requirements including’ van het derde gunningscriterium ‘Product’ en van het subcriterium ‘Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions’ van het vierde gunningscriterium ‘strategic alignment’ beperkt is tot de summiere opmerking “little evidence in proposal” (“weinig bewijs in de offerte”), wat onvoldoende zou zijn.

Deze commentaar met betrekking tot het tweede subcriterium van het derde criterium lijkt niet te slaan op de algemene technische en operationele bekwaamheid van de dienstverlener, maar wel op het deelaspect ‘technological support’ waarover in de offerte van verzoekende partij, volgens de nota, zo goed als niets voorkomt. Verzoekende partij weerspreekt de nota op dit punt niet. In die omstandigheden lijkt die voormelde beoordeling afdoende duidelijk.

In verband met het subcriterium ‘Compliance with SNCB and EIL Terms and Conditions’ vraagt het bestek de inschrijver om met betrekking tot de clausules van het ontwerp-contract die voor onderhandeling in aanmerking kwamen verbetervoorstellen te doen en daarbij te beschrijven op welke manier het voorstel tot wijziging van bepaalde clausules de offerte aan NMBS en Eurostar sterker maakt. De offerte van verzoekende partij bevat, volgens de nota, weinig of

niets van dergelijke commentaar en in die omstandigheden lijkt die voormelde beoordeling afdoende duidelijk.

18. Ten slotte acht verzoekende partij de motivering onvoldoende proportioneel aangezien de meeste gunningscriteria een open karakter hebben en aan verwerende partij een ruime beoordelingsvrijheid laten zodat een versterkte motiveringsplicht geldt. Dit geldt volgens haar onder meer voor het tweede subcriterium van het tweede gunningscriterium, het eerste subcriterium van het derde gunningscriterium, het derde subcriterium van het tweede gunningscriterium en het tweede subcriterium van het vijfde gunningscriterium.

Zij herhaalt vervolgens enkel dat de motieven die in de bestreden gunningsbeslissing worden opgegeven om de reeds aangehaalde redenen onvoldoende concreet en precies zijn.

Daargelaten de vaststelling dat zij eerder niet lijkt te zijn ingegaan op het vijfde gunningscriterium, valt deze grief samen met de reeds besproken grief dat de motivering onvoldoende draagkrachtig is. Er wordt niet aangetoond waarom deze grieven te dezen anders beoordeeld zouden moeten worden in het licht van het ingeroepen open karakter van deze criteria.

19. Het derde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

20. Geen van de 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 26 februari 2013, 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