

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 225.539 van 20 november 2013
in de zaak A. 210.544/XII-7492**

In zake: de NV VDL BUS ROESELARE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Koen De Maeyer
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de MIVB
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alain Francois, Neil Braeckevelt en Ward Van Rie
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 25 oktober 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing d.d. 9 oktober 2013 van de Maatschappij voor Intercommunaal Vervoer te Brussel [...] waarbij werd besloten beide percelen van de overheidsopdracht op basis van het Bestek AB-2012 ‘Standaard- en gelede autobussen’ aan EvoBus Belgium nv te gunnen [...] en derhalve niet aan [de nv VDL Bus Roeselare], alsook tegen de hiermee samenhangende voorbeslissing tot vaststelling van de bepalingen van het voormelde bestek die aan die gunningsbeslissing ten grondslag

ligt”, behalve voor zover de beslissing van 9 oktober 2013 de vorige gunningsbeslissing van 17 september 2013 intrekt.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 14 november 2013, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Alain François, Ward Van Rie, Jens Debièvre en Jürgen Vanpraet, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een opdracht uit voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de studie, de constructie, de levering, de inbedrijfstelling en het mogelijke onderhoud van bussen bestemd voor het stedelijk openbaar vervoer in Brussel. De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in het kader van een kwalificatiestelsel.

Het betreft een opdracht voor leveringen bestaande uit twee percelen, namelijk de levering van standaard dieselbussen (perceel 1) en de levering van gelede dieselbussen (perceel 2).

De duur van de raamovereenkomst bedraagt vijf jaar en de geraamde hoeveelheid te bestellen bussen over de duur van de overeenkomst bedraagt ongeveer 150 standaard dieselbussen en 225 gelede dieselbussen. In het bijzonder bestek getiteld “AB2012 Standaard en gelede bussen” wordt aangegeven dat een eerste bestelling betrekking zal hebben op een schijf van 97 standaard bussen en 75 gelede bussen binnen de kortst mogelijke termijn.

Het onderhoud van de voertuigen en van bepaalde elektronische boordapparatuur is volgens het bestek opgesplitst. Het onderhoud van de voertuigen vormt een optie, terwijl het onderhoud van bepaalde elektronische boordapparatuur in het voorwerp van de opdracht begrepen zit.

3.2. Met een e-mail van 26 oktober 2012 worden de kandidaten die geselecteerd werden via het kwalificatiestelsel uitgenodigd een offerte in te dienen tegen uiterlijk 21 december 2012. Op hetzelfde ogenblik wordt aan deze kandidaten het bestek “AB2012 Standaard en gelede bussen” bezorgd.

Ten aanzien van de gunningswijze wordt in het bestek vermeld:

“De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure. Deze procedure wordt gevolgd om het voor de inschrijvers goedkoper en efficiënter te maken en tevens de gelijkheid tussen de inschrijvers strikt te vrijwaren.

Tijdens de onderhandelingen kunnen inschrijvers gezamenlijk of afzonderlijk worden ontvangen door een delegatie van de MIVB, zij het altijd in vergelijkbare omstandigheden.

Op die eventuele vergaderingen:

- Krijgt de inschrijver de gelegenheid om de sterke punten van zijn offerte te benadrukken;
- Wordt de inschrijver in voorkomend geval verzocht om nadere toelichting te geven over de technische, administratieve en financiële aspecten van zijn offerte.

Tijdens deze vergaderingen zal de aanbestedende overheid de nadruk leggen op de belangrijkste elementen waarop de offerte eventueel nog vatbaar is voor verbetering.

Op elk moment behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om te kiezen voor de voortzetting van de onderhandelingen met alle of sommige inschrijvers, op basis van een shortlist, opgesteld op basis van de voorlopige resultaten van de onderhandelingen met dien verstande dat de onderhandelingen met andere inschrijvers op elk moment kunnen worden hervat.

De communicatie met de inschrijvers kan tijdens de onderhandelingen zowel schriftelijk, door verzending van een brief per post, per fax of langs elektronische weg verlopen.

Deze aanpak vloeit voornamelijk voort uit de wens om de inschrijvers en de aanbestedende overheid zware en onnodige kosten te besparen.”

Ten aanzien van de gunningscriteria wordt in het bestek vermeld:

“3.1. Gunningscriteria

De aanbestedende overheid zal na afloop van de procedure de regelmatige offerte kiezen die hij als de meest voordelige beschouwt op grond van de criteria en subcriteria die, tenzij anders vermeld, in afnemende volgorde van belangrijkheid worden opgesomd.

De weging van het eerste niveau komt als volgt tot stand en de gedetailleerde weging van de gunningscriteria van de opdracht wordt in een matrix gezet die vóór de publicatie van het bijzonder bestek bij de bedrijfsjurist werd neergelegd:

- de financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit (100 punten);
- de technische kwaliteit van de offerte (100 ptn).

De commerciële en technische kwaliteiten worden geëvalueerd op basis van:

- documenten die deel uitmaken van de offerte of eender welk ander contractueel document;
- bezoeken aan de installaties die door de inschrijver kosteloos voor de aanbestedende overheid worden georganiseerd, om deze laatste toe te laten het aangeboden materieel te beoordelen;
- een demonstratievoertuig en monsters die kosteloos ter beschikking worden gesteld van de aanbestedende overheid (zie hieronder).

De MIVB kiest de regelmatige offerte die zij als voordeligst beoordeelt in functie van de som van de punten die behaald werden voor de volgende gewogen criteria.

A. Financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit.

- Criteria met betrekking tot de financiële en commerciële kwaliteit
 - Het bedrag van de offerte, met inbegrip van de weerhouden varianten en opties, alle kosten inbegrepen in de toepassing van de TCO-berekening, berekend over 8 jaar (TCO omvat de aankoop van het voertuig, de waarde van het onderhoudscontract van het voertuig, de waarde van het onderhoudscontract van de elektronische boordapparatuur en de waarde van de terugname van de voertuigen na 8 jaar);
 - Het leveringsschema;
 - De naleving van de administratieve bepalingen voor de aankoop van de bussen en het onderhoudscontract;
 - De berekeningswijze van de toevoegingen en verwijderingen.
- Criteria met betrekking tot de kwaliteit van de organisatie:
 - De projectleider en het projectteam voor de aankoop van de bussen;
 - De analyse van de organisatorische risico's;
 - De kwaliteit van het productiesysteem (kwaliteitscontrole);
 - De kwaliteit van de logistieke ondersteuning van het onderhoudscontract;
 - De duidelijkheid van de offerte.

B. Technische kwaliteit.

- Criteria omtrent de kwaliteiten met betrekking tot de reizigers
 - De doorstroming voor de reizigers dankzij zo breed mogelijke vrije doorgangen tegenover de deuren en wielkasten;
 - Het aangeboden comfort dankzij een zo groot mogelijk aantal zitplaatsen (klapstoelen worden niet meegeteld), een zo klein mogelijk aantal zitplaatsen op verhogingen, zo laag mogelijke geluidsniveaus binnen, een zo laag mogelijk trilcomfort en een goed comfort van de klimaatregeling;
 - Toegankelijkheid die wordt gegarandeerd door de kleinst mogelijke tussenafstand tussen de vloer van het voertuig en de stoeprand, en een doelmatig oprijplaat voor PBM.
- Criteria omtrent de kwaliteiten met betrekking tot het onderhoud van het voertuig:
 - De aangeboden kwaliteiten voor onderhoudsniveau 1, die onder andere de beschikbaarheidsgraad, uitgebreide garanties, Tijdstippen van de belangrijkste herstelactiviteiten, het onderhoudsplan en de kwaliteiten van het onderhoudscontract inhouden;
 - De aangeboden kwaliteiten voor onderhoudsniveau 0, die onder andere de toegangspunten voor het bijvullen van vloeistoffen, toegangscontrole voor de controle van verbruiksartikelen en

voorzieningen voor het schoonmaken aan de binnen en buitenkant inhouden.

- Criteria omtrent de kwaliteiten met betrekking tot het milieu.
 - De externe geluidsniveaus onder verschillende omstandigheden de CO²-uitstoot en het percentage diester;
 - De kwaliteit van de athermische beglazing;
- Criteria omtrent de kwaliteiten met betrekking tot de bestuurders:
 - De ergonomie en veiligheid die de cockpit biedt en het comfort van de klimaatregeling;
 - De inschakeling in het netwerk met de kleinste externe draaicirkel en de kleinste aftastingsstraal.
- De criteria omtrent de kwaliteit met betrekking tot de operator;
 - Een zo groot mogelijke commerciële capaciteit, de grootste mogelijke capaciteit van het compartiment vooraan;
 - De kwaliteit van de boordelektronica (zo efficiënt en betrouwbaar mogelijk) en het eraan gekoppelde onderhoudscontract;
 - Een kwalitatieve binnenverlichting;
 - Voorlegging van een attest van het SORT-brandstofverbruik.”

3.3. Op 19 november 2012 wordt met elk van de kandidaten een gezamenlijk toelichtingsmoment gehouden.

3.4. Op 5 december 2012 wordt aan de kandidaten een e-mail gestuurd met de antwoorden op vragen gesteld met betrekking tot het bestek en naar aanleiding van het toelichtingsmoment, dit mede ter voorbereiding van de eerste offertes, die moeten worden ingediend tegen uiterlijk 21 december 2012.

3.5. Zes kandidaten dienen tijdig een offerte in:

1. Irisbus Benelux, enkel voor perceel 1;
2. Scania Bus Belgium, voor zowel perceel 1 als perceel 2;
3. VDL Bus Roeselare, voor zowel perceel 1 als perceel 2;
4. Van Hool, enkel voor perceel 1;
5. MAN, voor zowel perceel 1 als perceel 2;
6. EvoBus Belgium, voor zowel perceel 1 als perceel 2.

3.6. Van 7 januari 2013 tot 25 januari 2013 worden door elk van de inschrijvers demonstratiebussen ter beschikking gesteld.

3.7. Op 28, 29 en 30 januari 2013 wordt met elke van de inschrijvers een individuele vergadering gehouden waarop bijkomende verduidelijking en toelichting met betrekking tot hun offerte worden gegeven.

Per e-mail en brief van 5 februari 2013 laat Scania Bus Belgium weten zich terug te trekken uit de gunningsprocedure.

3.8. Tijdens een vergadering van het ‘program board’, de interne stuurgroep die binnen de structuur van de MIVB de opdracht opvolgt, wordt op 18 februari 2013 een *short list* (zie tabel hieronder) opgesteld van de resterende inschrijvers en wordt beslist de offerte van Irisbus “niet prioritair” te behandelen omdat zij ten vroegste in de tweede of derde maand van 2015 in staat zou zijn om de voertuigen te leveren.

Standaard bussen (post 1 van de opdracht)	Gelede bussen (post 2 van de opdracht)
<ul style="list-style-type: none">▪ MAN▪ EvoBus▪ VDL▪ Van Hool	<ul style="list-style-type: none">▪ MAN▪ EvoBus▪ VDL

3.9. Op 25, 26 en 28 februari 2013 en 25, 26 en 27 maart 2013 wordt met elk van deze vier inschrijvers een vergadering georganiseerd om bijkomende inlichtingen te krijgen omtrent hun offerte.

3.10. Op 19, 23, 29 en 30 april 2013 wordt met elk van de vier inschrijvers een onderhandelingsmoment georganiseerd. Met het oog op deze onderhandelingen bezorgt de verwerende partij aan de inschrijvers onder meer een samenvatting van hun offerte (met betrekking tot de eenheidsprijzen van de voertuigen, varianten, opties en onderhoud) ter nazicht en bespreking. Ten aanzien

van de verzoekende partij gebeurt dit per e-mail van 16 april 2013, ten aanzien van EvoBus per e-mail van 12 april 2013.

Bij de e-mail aan de verzoekende partij wordt door de verwerende partij voor wat betreft perceel 2 ook een ontwerpversie van de vergelijkende overzichtstabel gevoegd met daarin onder meer de meer gedetailleerde weging van de gunningscriteria, zoals die concreet zullen worden gescoord voor perceel 2. Volgens de nota van de verwerende partij gebeurde dit per vergissing.

Bij schrijven van 29 april 2013 geeft de verzoekende partij een aantal opmerkingen en bedenkingen inzake haar (technische) offerte en inzake de beoordelingsmethodiek die de verwerende partij zou hanteren.

3.11. Volgend op de onderhandelingsmomenten wordt door de verwerende partij een verslag opgesteld dat aan de inschrijvers wordt bezorgd met de vraag de openstaande vragen binnen bepaalde termijn te beantwoorden. De verschillende inschrijvers bezorgen de gevraagde antwoorden aan de verwerende partij. EvoBus bezorgt op vraag van de verwerende partij nog bijkomende verduidelijkingen.

3.12. Op 8 mei 2013, 13 mei 2013 en 21 mei 2013 dient de verzoekende partij verbeteringen aan haar offerte in. Deze verbeteringen hebben onder meer betrekking op de vrije breedte van de deuren, de commerciële capaciteit en de waarden van het binnen- en buitengeluid.

3.13. Op 22 mei 2013 wordt aan de inschrijvers gevraagd een BAFO-offerte in te dienen tegen uiterlijk 24 mei 2013 om 10.00 u. Tevens wordt aangegeven wat de uiteindelijke verdeling van het totale aantal voertuigen voor de eerste bestelling zal zijn: 93 standaard autobussen en 79 gelede autobussen.

3.14. Elk van inschrijvers dient tijdig op 24 mei 2013 een BAFO in.

De ingediende BAFO's worden door de verwerende partij beoordeeld en gescoord in een interne vergelijkingstabel. Geen van de offertes wordt geweerd.

Uit de beoordeling, zoals cijfermatig verwerkt in de vergelijkingstabellen, blijkt dat de offerte van EvoBus met een totaalscore voor perceel 1 van 164,510 punten en voor perceel 2 van 163,556 punten voor beide percelen van alle offertes de hoogste score krijgt en dus eerst gerangschikt staat.

3.15. Op 4 juni 2013 wordt door de verwerende partij een bijkomende en ultieme finale onderhandeling gevoerd met EvoBus teneinde “een verdere optimalisatie” van haar BAFO te bekomen. Deze bespreking resulteert onder meer in een verdere verlaging van de eenheidsprijs van de voertuigen.

3.16. Op 25 juni 2013 beslist de raad van bestuur van de MIVB de opdracht aan EvoBus te gunnen.

Tegen deze beslissing stelt de verzoekende partij een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in. Bij arrest nr. 224.462 van 6 augustus 2013 wordt de tenuitvoerlegging van deze beslissing geschorst.

3.17. Bij beslissing van 17 september 2013 van de raad van bestuur van de MIVB wordt de gunningsbeslissing van 25 juni 2013 ingetrokken en wordt een nieuwe gunningsbeslissing genomen waarbij de beide percelen opnieuw aan EvoBus worden gegund.

3.18. Tegen deze nieuwe gunningsbeslissing van 17 september 2013 stelt de verzoekende partij opnieuw een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, zaak gekend onder het rolnummer A.210.346/XII-7476. Bij arrest nr. 225.252 van 24 oktober 2013 wordt de vordering wegens gebrek aan voorwerp verworpen.

3.19. Bij beslissing van 9 oktober 2013 van de raad van bestuur van de MIVB wordt de gunningsbeslissing van 17 september 2013 ingetrokken en wordt een nieuwe gunningsbeslissing genomen waarbij de beide percelen opnieuw aan EvoBus worden gegund.

In deze beslissing wordt overwogen:

“B. Modaliteiten voor de vergelijking van de offertes

B.2. Op niveau brengen van de uitrustingen voor alle offertes

B.2.1. Verplichte varianten

De volgende uitrustingen waren een verplichte variant. Er werd beslist bepaalde verplichte varianten te behouden of weg te laten. Er wordt rekening gehouden met de weerhouden verplichte varianten in de BAFO's van elke inschrijver om ze op gelijke voet te kunnen vergelijken:

- weerhouden VV-01: de vierde deur voor de gelede bussen (enkel post 2) gelet op de voordelen die deze vierde deur biedt in termen van toegangstijd voor de reizigers en van betere bezetting van het binnencompartiment van de autobus;
- weerhouden VV-02: de zetels voor reizigers STER 4ME (posten 1 en 2) om te zorgen voor eenheid van het visueel beeld en voor standaardisering om het onderhoud te vergemakkelijken, omdat de vloot van de MIVB in zeer grote mate uitgerust is met dit zelfde type zetel;
- weerhouden VV-03: de bekledingsstof van de zetels die anders is voor de plaatsen die bestemd zijn voor de zwakke gebruikers (posten 1 en 2) en inspeelt op de wens om de zetels die voor de zwakke gebruikers bestemd zijn beter zichtbaar te maken;
- weerhouden VV-04: de chauffeurszetel USSC type G2A (posten 1 en 2) voor gelijk comfort op alle reeksen autobussen en voor standaardisering om het onderhoud te vergemakkelijken. Er bestaat ook een lopende raamovereenkomst tussen de MIVB en de firma USSC onder het nummer 46002101 voor de levering van dit type zetel afzonderlijk van deze opdracht die geldt van 15.10.2012 tot 14.10.2016;
- weerhouden VV-05: verf die bestand is tegen het afrukken (posten 1 en 2) teneinde de onderhoudskosten te drukken ingevolge beschadigingen bij het gebruik van buitenverf die niet bestand is tegen reclameaffiches. Er moet genoteerd worden dat deze verplichte variant niet geleid heeft tot enige prijsverhoging bij alle inschrijvers;
- weerhouden VV-06: afwerking van de deurlijsten uitzicht ‘perenhout’ (posten 1 en 2) op basis van de resultaten van de offertes die het kleven van een blad op de deurlijsten voorstellen en proeven gedaan tijdens de periode

van analyse van de offertes die het weinig overtuigend visueel effect tonen en de risico's van slechte bestendigheid in de tijd;

- weerhouden VV-07: de radioantenne Tetra (posten 1 en 2) met het oog op de geprogrammeerde technologische evolutie van de radiocommunicatie. In de loop van de analyse zijn de gewenste kenmerken geëvolueerd en is de keuze gevallen op de radioantenne Hybrid Procom GPS-C2/70;
- weerhouden VV-08: de banden van het merk Bridgestone R192 (posten 1 en 2) om te standaardiseren en inzake gemak qua onderhoud. Er bestaat ook een lopende raamovereenkomst tussen de MIVB en de firma Bridgestone onder het nummer 46001886 voor de levering van deze banden afzonderlijk van deze opdracht die geldig is van 5.10.2011 tot 4.10.2015. In de opdracht voor levering van banden was Bridgestone eerst gerangschikt bij de gunning, hetgeen de voorkeur voor Bridgestone verklaart tegenover Goodyear;
- weggelaten VV-09: banden van het merk Good Year UrbanMax MCA (posten 1 en 2) omdat gekozen werd voor VV-08 (luchtbanden van het merk Bridgestone R192);
- weggelaten VV-10: vernis tegen graffiti voor de wielkasten en de stukken onder de zijruiten (posten 1 en 2) in de mate dat waarin de in de offertes ingediende prijzen voor dat vernis geen voordelen bieden in vergelijking met de huidige kosten ingevolge vandalisme.

B.2.2. Verplichte opties

De volgende uitrustingen waren verplichte opties. Tijdens de analyse werd beslist bepaalde verplichte opties te aanvaarden of op te geven. Met de gekozen verplichte opties wordt rekening gehouden in de offertes van elke inschrijver om ze op gelijke voet te kunnen vergelijken.

- gekozen VO-01: onderhoudscontract voertuig (posten 1 en 2)

Het bestek bepaalde als verplichte optie een onderhoudscontract. Dat onderhoudscontract zal, indien de optie gelicht wordt op het ogenblik van de definitieve oplevering, ingaan op de dag van verlening van die definitieve oplevering van de voertuigen, namelijk na afloop van de waarborgperiode van twee jaar. De duur ervan is vastgesteld op 6 jaar.

De prijs van deze verplichte optie voor een duur van 6 jaar wordt in rekening gebracht voor de vergelijking van de offertes in het criterium betreffende de financiële en de commerciële kwaliteit, samen met de aankoopprijs van het voertuig;

- gekozen VO-02: terugname van de voertuigen na 8 jaar (posten 1 en 2)

Als verplichte optie voorzag het bestek in een offerte voor de terugname van de voertuigen na afloop van het onderhoudscontract van de voertuigen, of 8 jaar na de voorlopige oplevering. Als de optie zes maanden vóór de achtste verjaardag van de voorlopige oplevering gelicht wordt voor elk voertuig, wordt de terugname effectief.

Met de prijs van deze verplichte optie wordt rekening gehouden voor de vergelijking van de offertes in het criterium betreffende de financiële en de commerciële kwaliteit, samen met de aankoopprijs van het voertuig;

- weggelaten VO-03a: levering van de software Informatie Reizigers (posten 1 en 2)

Deze optie is weggelaten omdat de aanbestedende overheid gekozen heeft voor de optie VO-03b die het gedeelte hardware bevat.

- gekozen VO-03b: levering van de hardware en de software Informatie Reizigers (posten 1 en 2)

Deze optie werd gekozen op basis van de analyse van de offertes en betreft een systeem voor Reizigersinformatie Hanover Display zowel voor het deel hardware als voor dat van de software, omdat de MIVB niet beschikt over de nodige tijd om zelf de software te ontwikkelen, omdat het platform OBC dat het voorwerp is van een raamovereenkomst veel te groot is voor deze toepassing en omdat deze optie goedkoper is dan elke andere oplossing die toegepast zou worden buiten deze opdracht.

B.2.3. Toegevoegde uitrustingen

Na onderzoek van de demonstratievoertuigen werden tijdens de technische gelijkstelling de volgende uitrustingen toegevoegd die werden opgenomen in de offertes/BAFO van elke inschrijver:

- een vloerbekleding in namaak 'houten planken' (posten 1 & 2) om de esthetica te verbeteren;
- het aanbrengen op die vloerbekleding van logo's voor de identificatie van bepaalde zones: PBM'ers, zwakke gebruikers, enz (posten 1 & 2);
- de deurlijsten en laterale panelen geschilderd in grijs RAL 9006 of in melamine bleek hout volgens het constructietype van het voertuig om in de richting te gaan van een gemeenschappelijk visueel beeld tussen de drie exploitatiewijzen metro-tram-bus (posten 1 & 2);
- de kolommen in inox gedeeltelijk geschilderd om de esthetiek en de zichtbaarheid te verbeteren (posten 1 & 2).

C. Evaluatie van post 1: Standaardautobussen

C.1 Methode

De evaluatie van de offertes van de onderscheiden inschrijvers is gesteund op de gunningscriteria van de opdracht, die gedetailleerd beschreven zijn in hoofdstuk 3.1 van deel III (Bestelling) van de administratieve bepalingen van het bestek nr. AB2012/AL2099/SN/DK, en worden hierna opgesomd in dalende volgorde van belangrijkheid:

De financiële, commerciële en organisatorische kwaliteiten vertegenwoordigen 100 punten, verdeeld als volgt:

- De financiële en commerciële kwaliteiten: 80 punten;
- De organisatorische kwaliteit: 20 punten;

De technische kwaliteit vertegenwoordigt 100 punten, verdeeld als volgt:

- De kwaliteiten voor de reizigers: 28 punten;
- De kwaliteiten voor het onderhoud: 21 punten;
- De kwaliteiten voor het milieu: 18 punten;
- De kwaliteiten voor de chauffeur: 17 punten;
- De kwaliteiten voor de operator: 16 punten

Al deze criteria en subcriteria tot het 4e niveau werden gewogen, hetgeen gedetailleerd is weergegeven op de volgende bladzijden. De matrix is gevoegd als bijlage 1 van deze gemotiveerde beslissing.

De gedetailleerde weging en het systeem van becijfering van de criteria gebeurt overeenkomstig het principe van de methode die neergelegd is bij de bedrijfsjurist vóór de publicatie van het bestek (blz. 15/147 administratieve bepalingen).

De oorspronkelijke matrix werd marginaal bijgewerkt opdat zij volledig zou overeenstemmen met de bepalingen van het bestek, zonder dat er een wezenlijke wijziging uit resulteert.

Financiële kwaliteit (TCO):

- 100% van de punten wordt toegekend aan de laagste offerte;
- $100 - x\%$ van de punten wordt toegekend aan elke offerte, waarbij x de verhouding is tussen het verschil dat de beschouwde offerte scheidt van de laagste offerte, en de waarde van de laagste offerte.
- 0% van de punten wordt toegekend aan de offerte waarvan het bedrag het dubbele is van de laagste offerte.

Commerciële, organisatorische en technische kwaliteiten

Meetbare criteria

In het geval van een criterium waarvoor het bestek geen grensniveau bepaalt:

- Wordt 100% van de punten toegekend aan de meest performante offerte;
- Wordt 0% van de punten toegekend aan de minst performante offerte.

In het geval van een criterium waarvoor het bestek voorziet in een grensniveau:

- Wordt 100% van de punten toegekend aan de meest performante offerte, voor zover de grens van het bestek nageleefd wordt;
- Wordt 50% van de punten toegekend voor de offerte die het grensniveau van het bestek bereikt

Niet meetbare criteria

De punten worden gegeven op 100%: het aantal punten moet liggen tussen 50% en 100%. Als het cijfer lager ligt dan 50% krijgt de offerte voor het beschouwde criterium een cijfer gelijk aan 0.

Uiteindelijk om rekening te houden met alle kwalitatieve aspecten van de offertes, wordt het globaal cijfer berekend door alle voormelde cijfers op te

tellen. In de tabellen bevatten bepaalde cijfers aan onnauwkeurigheid in de laatste decimaal ingevolge afrondingen bij de berekening.

De maximumwaarde van het totaal cijfer bedraagt 200 punten. De uiteindelijke rangschikking van de offertes gebeurt op basis van dat totaal cijfer, en de voordeligste offerte is die met het hoogste totaal cijfer.

C.2. Evaluatie van de financiële en de commerciële kwaliteiten

C.2.1. Financiële kwaliteit (72 punten)

[...]

FINANCIELE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Totaal op 72 punten	72,00	63,179	67,325	70,941

De offerte van EvoBus is de laagste in de rangschikking

C.2.2. Commerciële kwaliteit (8,00 punten)

[...]

COMMERCEIELE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Planning	5,117	4,032	3,879	5,200
Naleving adm. bepal.	1,600	0,800	1,600	1,600
Transparantie kosten	1,200	0,600	0,600	0,900
Totaal op 8 punten	7,917	5,432	6,079	7,700

C.2.3. Totaal voor de financiële en de commerciële kwaliteiten (80,00 punten)

Samengevat ziet het totaal van de punten dat de evaluatie geeft van de financiële en de commerciële kwaliteiten eruit als volgt:

FINANCIELE en COMMERCEIELE KWALITEITEN	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Totaal op 80 punten	79,917	68,611	73,404	78,641

C.3. Evaluatie van de organisatorische kwaliteit (20 punten)

[...]

ORGANISATORISCHE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Projectleider	5,000	5,000	5,000	5,000
Analyse van de risico's	2,000	2,000	2,000	2,000
kwaliteitssysteem	2,000	2,000	2,000	2,000
Logistieke steun	4,000	2,800	2,800	2,000
Duidelijkheid van de offerte	3,000	0,000	3,000	1,800
Totaal op 20 punten	16,000	11,800	14,800	12,800

Als conclusie van wat voorafgaat, zien de cijfers voor de financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit van de standaardautobussen eruit als volgt, op 100 punten:

FINANCIELE en COMMERCIELE en ORGANISATORISCHE KWALITEITEN	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Financ. En Comm. kwaliteit	79,917	68,611	73,404	78,641
Organ. kwaliteit	16,000	11,800	14,800	12,800
Totaal op 80 punten	95,917	80,411	88,204	91,441

C.4. Evaluatie van de technische kwaliteit

TECHNISCHE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Techniek - reiziger	20,522	16,731	14,887	16,966
Techniek - onderhoud	15,953	16,966	16,349	13,926
Techniek - leefmilieu	13,652	3,097	10,313	9,177
Techniek - chauffeur	9,838	7,825	7,337	9,917
Techniek - operator	8,628	5,503	9,371	13,526
Totaal op 100 punten	68,593	50,123	58,256	63,514

C.1 Samenvatting

SAMENVATTING	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Financ., Comm. en organisatorische kwaliteit	95,917	80,411	88,204	91,441
Technische kwaliteit	68,593	50,123	58,256	63,514
Totaal op 200 punten	164,510	130,534	146,460	154,955

Uit deze vergelijking vloeit voort dat de offerte van EvoBus voor het model Citaro O530 de voordeligste is voor de standaardbussen.

Er werd een vergelijking van de offertes zonder onderhoudscontract voor het voertuig en zonder terugname na 8 jaar uitgevoerd omdat dat contract optioneel is. Ze geeft het volgende resultaat:

SAMENVATTING ZONDER ONDERHOUDSCONTRACT NOCH TERUGNAME	EvoBus Citaro O530	MAN Lion's City A21	Van Hool MAN A330	VDL Citea SLF 120/310
Financ., Comm. en organisatorische kwaliteit	94,917	83,122	89,144	88,817
Technische kwaliteit	68,856	51,225	58,781	64,431
Totaal op 200 punten	163,772	134,347	147,925	153,248

Zelfs in dit geval vloeit uit de vergelijking voort dat de offerte van EvoBus voor het model Citaro O530 de voordeligste blijft voor de standaardautobussen.

D. Evaluatie van post 2: gelede autobussen

D.2. Evaluatie van de financiële en de commerciële kwaliteiten

D.2.1. Financiële kwaliteit (72 punten)

[...]

FINANCIELE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A21	VDL Citea SLFA 180/360
Totaal op 72 punten	72,00	64,534	69,715

De offerte van EvoBus is de laagste in de rangschikking

D.2.2. Commerciële kwaliteit (8,00 punten)

[...]

COMMERCEIELE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Planning	5,200	3,369	4,055
Naleving adm. bepal.	1,600	0,800	1,600
Transparantie kosten	1,200	0,600	0,900
Totaal op 8 punten	8,000	4,769	6,555

D.2.3. Totaal voor de financiële en de commerciële kwaliteiten (80,00 punten)

Samengevat ziet het totaal van de punten dat de evaluatie geeft van de financiële en de commerciële kwaliteiten eruit als volgt:

FINANCIELE en COMMERCEIELE KWALITEITEN	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Totaal op 80 punten	80,00	69,302	76,270

D.3. Evaluatie van de organisatorische kwaliteit (20 punten)

[...]

ORGANISATORISCHE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Projectleider	5,000	5,000	5,000
Analyse van de risico's	2,000	2,000	2,000
kwaliteitssysteem	2,000	2,000	2,000
Logistieke steun	4,000	2,800	2,000
Duidelijkheid van de offerte	3,000	0,000	1,800
Totaal op 20 punten	16,000	11,800	12,800

Als conclusie van wat voorafgaat, zien de cijfers voor de financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit van de gelede autobussen eruit als volgt, op 100 punten:

FINANCIELE en COMMERCIELE en ORGANISATORISCHE KWALITEITEN	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Financ. En Comm. kwaliteit	80,000	69,302	76,270
Organ. kwaliteit	16,000	11,800	12,800
Totaal op 100 punten	96,000	81,102	89,070

D.4. Evaluatie van de technische kwaliteit

TECHNISCHE KWALITEIT	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Techniek - reiziger	17,828	10,362	22,644
Techniek - onderhoud	16,999	17,557	14,648
Techniek - leefmilieu	9,630	8,047	11,250
Techniek - chauffeur	9,036	11,188	11,128
Techniek - operator	14,063	5,592	11,675
Totaal op 100 punten	67,556	52,746	71,346

D.5 Samenvatting

SAMENVATTING	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Financ., Comm. en organisatorische kwaliteit	96,00	81,102	89,070
Technische kwaliteit	67,556	52,746	71,345
Totaal op 200 punten	163,556	133,848	160,415

Uit deze vergelijking vloeit voort dat de offerte van EvoBus voor het model Citaro geleed de voordeligste is voor de autobussen met onderhoudscontract.

Er werd een vergelijking van de offertes zonder onderhoudscontract voor het voertuig uitgevoerd omdat dat contract optioneel is. Ze geeft het volgende resultaat:

SAMENVATTING ZONDER ONDERHOUDSCONTRACT NOCH TERUGNAME	EvoBus Citaro O530G	MAN Lion's City A23	VDL Citea SLFA 180/360
Financ., Comm. en organisatorische kwaliteit	95,000	81,078	85,110
Technische kwaliteit	66,835	53,258	71,541
Totaal op 200 punten	161,835	134,336	156,651

Zelfs in dit geval vloeit uit de vergelijking voort dat de offerte van EvoBus voor het model Citaro O530 de voordeligste blijft voor de gelede autobussen.

E. Conclusie van de vergelijking van de offertes (BAFO d.d. 24/05/13)

De offerte van EvoBus is de voordeligste voor de standaardbussen.
De offerte van EvoBus is de voordeligste voor de gelede autobussen.

F. Finale onderhandeling

Gelet op het feit dat de offerte/BAFO van EvoBus economisch de voordeligste is voor de twee posten, heeft de MIVB nog finale onderhandelingen met die inschrijver aangevat om bijkomende voordelen te bekomen. Deze finale onderhandelingen hebben geleid tot een optimalisering ten bate van de aanbestedende overheid en wijzigen op generlei wijze de rangschikking van de offertes zoals hierboven bepaald.

G. Beslissing

Overwegende voor post 1 van de standaardautobussen, dat voor alle criteria voor de voertuigen en het onderhoudscontract (als optie) van die voertuigen, de offerte van EvoBus voor het model Citaro O530 164,510 punten op 200 heeft behaald (eerste gerangschikt), die van VDL voor het model Citea SLF120/310 154,955 punten op 200 heeft behaald (tweede gerangschikt), die van Van Hool voor het model A330 146,460 punten op 200 heeft behaald (derde gerangschikt) en die van MAN voor het model Lion's City A21 130,534 punten op 200 heeft behaald (vierde gerangschikt).

Overwegende dat de offerte voorgesteld door EvoBus voor post 1 voor de autobussen en het onderhoudscontract, het hoogste resultaat bekomt, en dan ook beschouwd moet worden als de voordeligste regelmatige offerte.

Overwegende voor post 2 van de gelede autobussen, dat voor alle criteria samen voor de voertuigen en het onderhoudscontract (als optie) van die autobussen de offerte van EvoBus voor het model Citaro O530G 163,556 punten op 200 bekomt (eerste gerangschikt), die van VDL voor het model Citea SLFA180/360 160,415 punten op 200 bekomt (tweede gerangschikt)

en die van MAN voor het model Lion' City A23 133,848 punten op 200 bekommt (derde gerangschikt).

Overwegende dat de offerte voorgesteld door EvoBus voor post 2, voor de autobussen en het onderhoudscontract, het hoogste resultaat bekommt, en dan ook beschouwd moet worden als de voordeligste regelmatige offerte.

Overwegende dat in het kader van de finale onderhandeling met EvoBus, waarbij onder meer de eenheidsprijzen teruggebracht worden tot 246.901 EUR voor een standaardautobus, of in totaal 22.961.793 EUR voor 93 autobussen in plaats van 23.891.786 EUR, en 338.119 EUR voor een gelede autobus, of in totaal 26.711.401 EUR voor 79 autobussen in plaats van 27.501.438 EUR.

Deze wijzigingen wijzigen op generlei wijze de rangschikking van de inschrijvers.

Dat het dan ook aangewezen is de offerte van te aanvaarden voor post 1 tegen de prijs van 22.961.793 EUR voor de levering van 93 standaardautobussen en van 489.645 EUR voor het contract van de boordelektronica van die 93 standaardautobussen.

Dat het dan ook aangewezen is de offerte van EvoBus te aanvaarden voor het onderhoudscontract als optie voor post 1 tegen de prijs van 6.980.258 EUR voor 93 standaardautobussen:

Dat het dan ook aangewezen is de offerte van EvoBus te aanvaarden voor post 2 tegen de prijs van 26.711.401 EUR voor de levering van 79 gelede autobussen en van 564.060 EUR voor het onderhoudscontract van de boordelektronica van die 79 gelede autobussen;

Dat het dan ook aangewezen is de offerte van EvoBus te aanvaarden voor het onderhoudscontract als optie voor post 2 tegen de prijs van 8.642.763 EUR voor 79 gelede autobussen;

Overwegende, betreffende het onderhoudscontract van die autobussen voor de twee posten, dat de optie eventueel gelicht zal worden op het einde van de waarborgperiode van de voertuigen;

Overwegende, betreffende de terugname na 8 (acht) jaar van die autobussen voor de twee posten, dat de optie eventueel gelicht zal worden op het einde uiterlijk 6 (zes) maanden vóór de achtste vervaldatum van de voorlopige oplevering van de voertuigen;

* *

Om al deze redenen,
Op voorstel van het Beheerscomité,
Beslist de Raad van Bestuur:

- zijn beslissing van 17.09.2013 voor de gunning van de opdracht aan EvoBus in te trekken;
- post 1 betreffende een raamovereenkomst met een duur van 5 jaar voor de studie, de constructie, de levering, de inwerkingstelling en het eventueel onderhoud van standaardautobussen van het model Citaro O530 te gunnen aan EvoBus;
- post 2 betreffende een raamovereenkomst met een duur van 5 jaar voor de studie, de constructie, de levering, de inwerkingstelling en het eventueel onderhoud van gelede autobussen van het model Citaro O530G te gunnen aan EvoBus;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van een opdracht betreffende 93 standaardautobussen van het model Citaro voor post 1 voor een totale prijs van 22.961.793 EUR, zonder btw;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen, tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van een opdracht betreffende 79 gelede autobussen van het model Citaro O530G voor een totale prijs van 26.711.401 EUR, zonder btw;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van het onderhoudscontract voor de boordelektronica voor 93 standaardautobussen voor een bedrag van 489.645 EUR;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen, tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van het onderhoudscontract voor de boordelektronica voor 79 gelede autobussen voor een bedrag van 564.060 EUR;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van het onderhoudscontract in optie voor 93 standaardautobussen voor een bedrag van 6.980.258 EUR;
- bij EvoBus bestelling te plaatsen, tegen de hiervoor gedetailleerde voorwaarden, van het onderhoudscontract in optie voor 79 gelede autobussen voor een bedrag van 8.642.763 EUR.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.20. Bij aangetekende brief gedateerd op 10 oktober 2013, worden alle inschrijvers individueel in kennis gesteld van de gunningsbeslissing.

IV. Ontvankelijkheid van de vordering

De excepties

4. De verwerende partij werpt drie excepties op voor zover het beroep gericht is tegen de beslissing tot vaststelling van de bepalingen van het bestek: een exceptie betreffende tijdigheid, een exceptie van onontvankelijkheid *ratione materiae* en een exceptie van gebrek aan belang.

In de exceptie *ratione temporis* wijst de verwerende partij er op dat de verzoekende partij in ieder geval op 26 oktober 2012 kennis kreeg van het bestek middels een e-mail van diezelfde datum. Bijgevolg zijn de termijn voor het instellen van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid op grond van artikel 65/23, § 3, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ alsook de termijn van 60 dagen voor het aanvechten van administratieve rechtshandelingen voor de Raad van State op grond van artikel 4 van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ ruimschoots overschreden.

Indien de verzoekende partij zich zou beroepen op de leer van de complexe rechtshandeling, wijst de verwerende partij er op dat op basis van deze leer een gebeurlijke onregelmatigheid in een eerdere voorbereidende beslissing kan worden ingeroepen in het kader van de aanvechting van de eindbeslissing zelf, maar dit geenszins met zich meebrengt dat de eerdere voorbeslissing zelf nog op ontvankelijke wijze mag worden aangevochten.

Beoordeling

5.1. Met de verwerende partij mag op het eerste gezicht worden aangenomen dat een annulatieberoep, en dienvolgens een vordering tot schorsing

van de tenuitvoerlegging, van het bestek niet tijdig is. De verzoekende partij heeft ten laatste op 21 december 2012, datum van indiening van haar offerte, kennis genomen van het bestek.

De exceptie vertoont de nodige mate van ernst om reeds in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid te worden aanvaard. Ter terechtzitting merkt de verzoekende partij trouwens op dat zij hierin wezen slechts de onwettigheid van het bestek aanvoert.

5.2. De overige excepties met betrekking tot de onontvankelijkheid van de vordering tegen de beslissing tot vaststelling van de bestreden besteksbepalingen dienen aldus niet te worden onderzocht.

V. De schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. Zoals reeds opgemerkt is te dezen evenwel de wet van 23 december 2009 nog 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 van het middel

7.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “de formele motiveringsplicht, zoals ook vervat in artikel 65/4 en 65/5 van de Overheidsopdrachtenwet, van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen van 29 juli 1991, van het materiële motiveringsbeginsel, van het patere legem quam ipse fecisti-beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel”. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat de verwerende partij in het kader van de beoordeling van de offertes voor beide percelen in het licht van het (onaangekondigde) subgunningscriterium ‘financiële kwaliteit’, het (onaangekondigde) subgunningscriterium ‘commerciële en organisatorische kwaliteit’ en het tweede gunningscriterium ‘technische kwaliteit’ slechts een zeer summiere woordelijke motivering opgeeft en de verzoekende partij niet kan verifiëren waarom aan haar offerte een bepaalde score werd toegekend, waarom aan de offertes van de andere inschrijvers (waaronder EvoBus Belgium nv) een bepaalde score werd toegekend en op welke wijze de puntenverschillen zouden kunnen worden gerechtvaardigd; en doordat het gunningsverslag behept is met fouten, inzonderheid doordat op bepaalde punten een manifest foutieve motivering is opgenomen voor wat betreft de beoordeling van de offertes van de verzoekende partij en waarden uit de offerte van de verzoekende partij verkeerd zijn opgenomen in het gunningsverslag, hetgeen een foutieve puntentoekenning tot gevolg heeft;

en doordat de verwerende partij op bepaalde punten in het gunningsverslag in geen geval de beoordelingsmethode en de -matrix die zij zelf heeft ingesteld en van toepassing heeft verklaard op de beoordeling van de offertes, toepast, maar bij de beoordeling een andere beoordelingswijze blijkt te hanteren;

terwijl op basis van de in de gunningsbeslissing weergegeven beoordelingsmethode en motivering, voor de inschrijvers moet vaststaan waarom een bepaalde score wordt toegekend en op welke wijze en op basis van welke motieven de puntenverschillen tussen de inschrijvers tot stand zijn gekomen;

en terwijl een aanbestedende overheid zoals de verwerende partij, op grond van haar materiële motiveringsplicht ertoe gehouden is om haar beoordeling van de ingediende offertes in het licht van de gunningscriteria te steunen op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn, en dit met de rechtens vereiste zorgvuldigheid moet doen;

en terwijl, een aanbestedende overheid ertoe gehouden is de mededinging en de gelijkheid tussen de inschrijvers te respecteren en de door haarzelf beweerd vastgestelde beoordelingsmethodes en beoordelingstabellen niet kan wijzigen, in geen geval wanneer wijzigingen van die aard kunnen zijn om de rangschikking van de offertes te beïnvloeden;

en terwijl een beoordelingsmethode –overeenkomstig het proportionaliteitsbeginsel– moet toelaten het werkelijk belang van de verschillen van de ingediende offertes te waarderen;

zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden.”

7.2. In de toelichting bij haar eerste middel wijst de verzoekende partij er in een eerste onderdeel op dat er manifeste fouten kunnen worden vastgesteld in de motivering die door de verwerende partij wordt opgenomen om de puntentoekenning van bepaalde criteria te motiveren. Zij wijst op zes pijnpunten.

7.2.1. Wat betreft het subsubgunningscriterium “commerciële capaciteit” van het subgunningscriterium “kwaliteiten betreffende de operator” merkt de verzoekende partij het volgende op.

Bij de beoordeling van perceel 2 vermeldt de verwerende partij dat de commerciële capaciteit van de vierdeurs gelede bus van de verzoekende partij in totaliteit 103 plaatsen zou betreffen, bestaande uit 40 zitplaatsen en 63 staanplaatsen. Deze weergave van de offerte van de verzoekende partij door de verwerende partij is onjuist. Op 8 mei 2013 bezorgde de verzoekende partij aan de

verwerende partij een opdrachtdocument, zijnde een nota met een plan van onder meer de vierdeurs gelede bus voor perceel 2, met een toelichtende nota, waaruit bleek dat deze bus een commerciële capaciteit heeft van 107 en niet 103 plaatsen zoals verkeerdelijk vermeld in het gunningsverslag. Het betreffen immers 40 zitplaatsen (zonder klapstoelen) vermeerderd met het aantal staanplaatsen, zoals berekend volgens het bestek ($\text{vrije aantal m}^2 \times 4 \text{ personen per m}^2 = 16,9 \text{ m}^2 \times 4 = 67 \text{ personen}$), dit is vermeerderd met 67, wat een totaal geeft van 107. Bijgevolg had de offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 voor het subsubgunnings-criterium “commerciële capaciteit”, de hoogste score dienen te behalen, dit is 4,320 punten en kon de offerte van EvoBus slechts 2,47 punten behalen.

Dientengevolge verkleint het verschil in totaal aantal punten tussen de offerte van de verzoekende partij en de offerte van EvoBus voor perceel 2 met 2,93 punten en wordt het puntenverschil tussen de beide offertes verkleind tot slechts 0,21 punten.

Er wordt dan ook een onjuiste motivering opgenomen in de bestreden beslissing als zou de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij hebben moeten corrigeren wat betreft het aantal zitplaatsen van 44 naar 40 plaatsen. Deze correctie was niet nodig aangezien het aantal zitplaatsen voor de vierdeurs gelede bussen zowel in de tekst als op basis van het plan en de toelichtende nota van 8 mei 2013, 40 bedraagt.

De verzoekende partij merkt op dat er mogelijks door de verwerende partij een vergissing is gebeurd tussen de beoordeling van de driedeurs en de vierdeurs gelede bussen van de verzoekende partij. Zij wijst verder ook op de vermelding in het gunningsverslag van een onjuist aantal klapstoelen ten aanzien van de offerte van MAN, waar vermeld wordt dat deze bussen geen klapstoelen hebben, terwijl uit de bestreden beslissing blijkt dat de bussen van MAN over drie klapstoelen beschikken.

7.2.2. Wat de terugkoopwaarde van de bussen betreft merkt de verzoekende partij op dat onjuiste gegevens werden opgenomen in het gunningsverslag. Op 24 mei 2013 bezorgde zij haar BAFO aan de verwerende partij waarbij zij bij de wijzigingen expliciet vermeldde dat zij de terugkoopwaardes voor het standaard voertuig opwaardeerde tot 45.000 euro in plaats van 40.200 euro en voor het geleed voertuig opwaardeerde tot 57.500 euro in plaats van 50.000 euro. Ook in de begeleidende e-mail bij haar BAFO maakte zij de verwerende partij attent op de “aangepaste TKW”. Uit de beoordeling van de financiële kwaliteit van de offertes blijkt echter dat deze aangepaste terugkoopwaarde niet in aanmerking werd genomen. Daardoor klopt de puntentoekenning aan de offerte van de verzoekende partij voor het criterium financiële kwaliteit niet.

Doordat de verwerende partij voor dit criterium bij de beoordeling een netto actuele waarde heeft bepaald, kan de verzoekende partij niet precies aangeven hoeveel extra punten zij had moeten krijgen door het ten onrechte niet in aanmerking nemen van de juiste terugkoopwaarde, maar zij voert aan dat dit voor perceel 2 in ieder geval meer zal bedragen dan het puntenverschil van 0,21 punten met de offerte van EvoBus, zodat zij haar offerte voor perceel 2 in ieder geval als de economisch meest voordelige offerte kwalificeert.

Voor zover de verwerende partij stelt dat zij met deze verbeterde terugkoopwaarde geen rekening kon houden omdat deze verbetering niet was voorzien in de *excel-sheet* die de inschrijvers dienden in te vullen in het kader van de BAFO, wijst de verzoekende partij er op dat de verwerende partij bij het opvragen van de BAFO niet heeft aangegeven dat het excel-bestand het enige relevante document is dat een inschrijver kon indienen in het kader van de BAFO. Dit zou ook ingaan tegen de idee van een BAFO waarbij een inschrijver zijn beste voorstel doet. Evenmin heeft de verwerende partij bezwaar gemaakt tegen de werkwijze van de verzoekende partij bij het indienen van de BAFO, noch wordt hieromtrent enige motivering opgenomen in het gunningsverslag. Mocht deze redenering van de verwerende partij worden gevolgd, zou ook rekening moeten

worden gehouden met het kortingsvoorstel van de verzoekende partij van 500.000 euro zoals geformuleerd in haar offerte en zou het puntenverschil van 0,21 punten in elk geval worden ingelopen.

7.2.3. Wat betreft het subsubgunningscriterium “statisch binnengeluid” van het subgunningscriterium “kwaliteiten inzake de reiziger” voor perceel 1 en 2 is de verzoekende partij van oordeel dat de offerte van EvoBus een onrealistische waarde opgeeft voor het aantal decibels, die vanuit technisch oogpunt onmogelijk blijkt. Reeds uit een vergelijking van de door EvoBus opgegeven waarden met de waarden van de andere inschrijvers blijkt dat de waarde van EvoBus onrealistisch is. De waarden van de andere inschrijvers liggen 10 tot 12 decibels hoger. De waarde voor statisch binnengeluid wordt bepaald op basis van drie meetpunten, zodat de door EvoBus opgegeven waarde op de drie meetpunten moet worden gehaald. Zelfs al zou EvoBus een lagere waarde behalen in de bestuurspost, zou de waarde niet worden gehaald op de andere meetpunten. De offerte van EvoBus had dan ook een score nul moeten krijgen op de respectieve subsubgunningscriteria. Nu blijkt dat de verzoekende partij voor perceel 1 het laagste aantal realistische decibels heeft opgegeven, had haar offerte voor perceel 1 het maximum van de punten moeten krijgen. Ook voor perceel 2 had haar offerte een hogere score moeten krijgen.

Dit geldt des te meer nu de verwerende partij een ongelijke houding zou hebben aangenomen ten aanzien van de verzoekende partij. Zij oordeelde immers dat de herstellingstijden in de offerte van de verzoekende partij onrealistisch waren en heeft deze zonder meer verworpen, zelfs zonder enige toelichting te vragen.

7.2.4. Wat het subsubgunningscriterium “duidelijkheid van de offerte” van het subgunningscriterium “organisatorische kwaliteit” voor perceel 1 en perceel 2 betreft merkt de verzoekende partij het volgende op.

Zij is van oordeel dat haar offerte ten onrechte de lage score van 60% (1,8 op 3) wordt toegekend omdat zij bemoeilijkend gewerkt zou hebben bij gevraagde verduidelijkingen en niet duidelijk zou zijn geweest omtrent haar kortingsvoorstel van 500.000 euro. Zij zou ook de enige offerte hebben ingediend waarvan het aantal zitplaatsen gecorrigeerd moest worden en waarin slechts voor één meetpunt het statisch buitengeluid werd opgegeven terwijl het bestek acht meetpunten vroeg. De verzoekende partij meent dat deze motivering onjuist is.

Zo merkt zij op dat bij de beoordeling van de BAFO's geen elementen betrokken kunnen worden uit het verloop van de voorafgaande onderhandelingsrondes. Zij ontkent ook bemoeilijkend gewerkt te hebben nu zij steeds binnen de gestelde termijn heeft geantwoord op de gestelde vragen. Dat er nadien nog bepaalde verduidelijkingen en rechtzettingen dienen te gebeuren is eigen aan een onderhandelingsprocedure.

Ten aanzien van haar kortingsvoorstel benadrukt zij dat zij nooit onduidelijk is geweest aangezien zij dit voorstel in haar offerte had opgenomen en hierdoor dus gebonden was. Bovendien wordt de verzoekende partij hiervoor twee maal gesanctioneerd aangezien haar kortingsvoorstel niet in aanmerking wordt genomen en zij ook een negatieve beoordeling krijgt bij de "duidelijkheid van de offerte". De verwerende partij neemt hierbij ook een dubbelzinnige houding aan omdat zij enerzijds stelt geen rekening te houden met een kortingsvoorstel aangezien dat niet werd opgenomen in de BAFO en anderzijds geen rekening houdt met een verhoogde terugkoopwaarde die expliciet in de BAFO was opgenomen.

Het argument dat enkel in de offerte van de verzoekende partij het aantal zitplaatsen moest worden gecorrigeerd is een vergezocht argument nu in het plan dat de verzoekende partij op 8 mei 2013 bijvoegde in ieder geval sprake is van 30 zitplaatsen.

Voor het statisch buitengeluid had de verzoekende partij slechts één waarde opgegeven omdat in het bestek werd aangegeven dat “de” waarde van het statisch buitengeluid diende te worden meegedeeld. De waarde dient hierbij te worden begrepen als één gemiddelde waarde die wordt bepaald op basis van acht meetpunten waarbij het bestek aangaf hoe deze waarde diende te worden bepaald op basis van acht meetpunten en hoe die zou worden gecontroleerd tijdens de technische keuringen. Het bestek bepaalde echter niet dat de acht meetpunten moesten worden meegedeeld en zeker niet dat de niet-mededeling daarvan aanleiding kon geven tot minpunten. Ook werd nooit tijdens de onderhandelingsprocedure gevraagd de acht meetpunten op basis waarvan de waarde werd bepaald, mee te delen.

7.2.5. Wat het subsubgunningscriterium “comfort trillingsniveaus” van het subgunningscriterium “kwaliteiten inzake de reiziger” voor perceel 1 en 2 betreft blijkt, aldus de verzoekende partij, dat de offerte van EvoBus voor één van de vier punten van metingen alsook voor het berekende gemiddelde het maximumniveau opgegeven in het bestek overschrijdt. Omdat er geen officiële norm inzake trillingsniveaus is, werd in het bestek een minimumeis opgenomen. De offerte wordt echter niet als substantieel onregelmatig uitgesloten. Nochtans dient een inschrijver die zich niet houdt aan een minimumeis, te worden geweerd als substantieel onregelmatig, minstens had moeten worden gemotiveerd waarom dit slechts aanleiding gaf tot een relatieve onregelmatigheid op basis waarvan de offerte niet geweerd diende te worden.

7.2.6. Wat het subsubgunningscriterium “tijd voor de voornaamste herstellingen” van het subgunningscriterium “kwaliteiten inzake onderhoud” voor perceel 1 en 2 betreft klaagt de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij als onrealistisch beoordeelt wegens abnormaal korte herstellingstijden zodat haar offerte slechts 50% van de punten krijgt. Dit betreft echter een ongestaafde stelling van de verwerende partij die enkel kan worden getoetst in de praktijk middels een feitelijke demontage en montage van de verschillende componenten. Zonder een dergelijke praktijktoetsing kan de

bewering geen stand houden en kan de offerte van de verzoekende partij op basis hiervan geen negatieve beoordeling krijgen. Dit geldt des te meer nu het onrealistisch karakter van de waarde van de decibels van EvoBus voor het statisch binnengeluid zonder meer wordt aanvaard door de verwerende partij.

7.3. In het tweede onderdeel van haar middel wijst de verzoekende partij er op dat de in bepaalde gevallen zeer summiere woordelijke motivering niet volstaat, zeker nu het op basis van het gunningsverslag niet steeds duidelijk is waarom aan haar offerte een bepaalde score werd toegekend, waarom aan de offertes van de andere inschrijver een bepaalde score werd toegekend, en op welke wijze de puntenverschillen zouden kunnen worden gerechtvaardigd.

Met betrekking tot het gunningscriterium “technische kwaliteit” laat de verwerende partij na te motiveren waarom er tussen de offertes van de verzoekende partij voor perceel 1 en 2 voor bepaalde beoordelingselementen, namelijk de reizigers en het milieu, een uiteenlopende beoordeling voor beide percelen voorligt. De verzoekende partij kan derhalve niet achterhalen waarom haar offerte voor perceel 2 voor wat betreft de “reizigers” de beste score van alle ingediende offertes krijgt, terwijl haar offerte voor perceel 1 niet meer als beste wordt aangemerkt en een score krijgt die meer dan vijf punten lager ligt en waarom haar offerte voor perceel 2 voor wat betreft “leefmilieu” de beste score behaalt, terwijl haar offerte voor perceel 1 de op één na slechtste score krijgt van alle ingediende offertes. Het concept van beide type bussen van de verzoekende partij is nochtans op identieke wijze opgebouwd. De toegekende score is aldus niet proportioneel met de door de verzoekende partij aangeboden kwaliteit.

De verwerende partij laat dan ook na om de offertes van de verzoekende partij en de andere niet-gekozen inschrijvers afdoende te beoordelen en hieromtrent een motivering te geven. Zij laat na de relatieve voordelen van de offertes van de inschrijvers toe te lichten. Hierdoor ontnemt zij de mogelijkheid aan de verzoekende partij om enerzijds de beoordeling van haar eigen offerte te

kennen of te verifiëren en anderzijds om de puntenverschillen tussen de inschrijvers te begrijpen en te controleren.

7.4. In een derde onderdeel wijst de verzoekende partij er op dat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen worden geschonden door in de gunningsbeslissing te stellen dat de beoordelingsmethode werd neergelegd bij de bedrijfsjurist voor de publicatie van het bestek en dat de oorspronkelijke matrix slechts marginaal zou zijn bijgewerkt. Zo blijkt uit de gunningsbeslissing dat voor de beoordeling van het financiële criterium een volledig andere beoordelingsmethode werd gehanteerd, namelijk de regel van drie. Ook de beoordelingsmethode voor het subgunningscriterium “commerciële, organisatorische en technische kwaliteiten” met objectieve en subjectieve criteria werd gewijzigd nu de beoordelingsmethode in de gunningsbeslissing uitgaat van meetbare en niet-meetbare criteria. Door te stellen dat het slechts zou gaan om een marginale bijwerking zonder toe te lichten waaruit die dan wel bestaat, schendt de verwerende partij de materiële motiveringsplicht.

De beoordelingstabellen zoals neergelegd bij de bedrijfsjurist werden nog substantieel gewijzigd na de indiening van de offertes. Er werden onverwacht criteria toegevoegd, die bovendien niet in het bestek werden aangekondigd. De verzoekende partij haalt als voorbeeld de beoordeling van het subgunningscriterium “chauffeur” aan. De subsubgunningscriteria “de ergonomie en veiligheid van de bestuurspost” en “klimatisch comfort van de bestuurspost” worden in de gunningsbeslissing nog verder onderverdeeld in niet-aangekondigde subsubsubcriteria waarbij enkel voor de klimaatregeling van de stuurpost een weging wordt meegedeeld.

7.5. In een vierde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het gunningsverslag op bepaalde punten afwijkt van de beoordelingsmatrix zoals die was vastgelegd en gehanteerd in het gunningsverslag van 9 oktober 2013.

Wat betreft het subsubgunningscriterium “helling PBM” van het subgunningscriterium “kwaliteiten inzake de reiziger” voor perceel 1 en perceel 2 wordt over de offerte van de verzoekende partij gesteld dat deze het beste beantwoordt aan de combinatie van die onderscheiden parameters in vergelijking met andere offertes, behalve voor het laadvermogen. Aangezien het gaat om een meetbaar criterium waarvoor het bestek geen grensniveau bepaalt, zou de meest performante offerte 100% van de punten moeten krijgen volgens de beoordelingsmatrix. De offerte van de verzoekende partij krijgt hiervoor echter maar 83,97% van de punten voor perceel 1 en 97,66% van de punten voor perceel 2. Doordat de verwerende partij aldus afwijkt van de door haar zelf aangehaalde matrix is er sprake van een schending van het *patere legem*-beginsel.

Beoordeling

8. De verwerende partij voert aan dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang zou beschikken bij dit middel aangezien de puntenscore die gelinkt is aan de beoordelingsfouten die de verzoekende partij in haar middel aanvoert, niet van aard zou zijn om de rangschikking tussen EvoBus en de verzoekende partij te wijzigen.

In zoverre deze exceptie al niet lijkt samen te vallen met het onderzoek naar de ernst van het middel, dient te worden opgemerkt dat het eerste middel, zoals hierna zal blijken, in geen van zijn grieven ernstig lijkt. Er is dan ook geen reden om nader in te gaan op de exceptie.

9. In zoverre in het middel de schending van de formele-motiveringsverplichting wordt aangevoerd mag, gelet op de zeer uitvoerige inhoudelijke kritieken die de verzoekende partij uit op de beoordeling van de offertes, op het eerste gezicht worden aangenomen dat de verzoekende partij niet aantoonbaar waarom de motivering zoals die werd opgenomen in de bestreden beslissing, haar niet in staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft

zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

Eerste onderdeel

10. Ten aanzien van het subsubgunningscriterium “commerciële capaciteit” wordt in de bestreden beslissing bij de beoordeling van de offertes voor perceel 2 vermeld dat de gelede bussen aangeboden door de verzoekende partij een commerciële capaciteit hebben van 103 plaatsen, bestaande uit 40 zitplaatsen en 63 staanplaatsen.

In het administratief gedeelte van het bestek, wordt omtrent de inhoud van de offerte onder meer bepaald:

“De offerte moet vergezeld zijn van de volgende documenten, genummerd en in de onderstaande volgorde:

2.3.1. Administratief dossier

[...]

2.3.2. Technisch dossier van het voertuig

[...]

31. De ingevulde fiche voor de gunningscriteria van de opdracht die opgenomen is in bijlage 5.”

Ten aanzien van de commerciële capaciteit van de bussen vermeldt het bestek, in het technische gedeelte onder punt 5.3. “aantal plaatsen (capaciteit)”:

“5.3.1. Commerciële capaciteit

de commerciële capaciteit wordt berekend op basis van de beschikbare oppervlakte naar rata van vier personen per m² overeenkomstig Richtlijn 2001/85/EG met de klapstoelen in opgeklapte toestand en zonder gebruik van de rolstoelruimte.

[...]

5.3.4. Aantal zitplaatsen

Het aantal zitplaatsen moet in de offerte vermeld worden door onderscheid te maken tussen:

enkele zetels (één zitplaats)

klapstoelen

[...]
aantal zitplaatsen
het aantal enkele zetels en klapstoelen wordt geteld.”

10.2. Bij e-mail van 8 mei 2013, bezorgt de verzoekende partij een aantal verduidelijkingen bij haar offerte aan de verwerende partij. Als bijlage bij deze e-mail voegt de zij onder meer een algemene tekst met bijkomende verduidelijkingen alsook een aangepaste bijlage 5 bij haar offerte, zijnde de fiche voor de gunningscriteria.

In de algemene tekst met bijkomende verduidelijkingen vermeldt de verzoekende partij onder meer ten aanzien van de interieur lay-out:

“Citea SLFA (18 m), 4 deuren
[...] aantal zitplaatsen (Tvoy07): 40, commerciële capaciteit (Top02): 107.”

Op de nieuwe bijlage 5 met de fiche voor de gunningscriteria, vermeldt de verzoekende partij echter:

“Top02	commerciële capaciteit 5.3.1.	63(st) + 44(zit)= 107 Pl
Tvoy07	totaal aantal zitplaatsen 5.3.4	44 Plaatsen.”

In haar nota stelt de verwerende partij dat zij de commerciële capaciteit van de gelede bussen van de verzoekende partij aangepast heeft van 107 plaatsen naar 103 plaatsen, doordat zij rekening heeft gehouden met 40 zitplaatsen in plaats van 44, vermeerderd met de in de bijlage 5 opgegeven 63 staanplaatsen. Zij wijst er op dat de verzoekende partij in de bijlage 5 ten onrechte bij de opgave van de commerciële capaciteit 44 zitplaatsen heeft opgegeven. In het bestek werd bepaald dat voor het berekenen van de commerciële capaciteit, bij de zitplaatsen geen rekening mocht worden gehouden met de klapstoelen. Uit de offerte van de verzoekende partij blijkt dat zij gelede bussen aanbiedt met 40 gewone zitplaatsen en vier klapstoelen, zodat deze vier klapstoelen van de commerciële capaciteit terug dienden te worden afgetrokken, aldus de verwerende partij.

Uit de stukken in het administratief dossier lijkt op het eerste gezicht inderdaad te kunnen worden afgeleid dat de verzoekende partij in de bijlage 5 met de gunningscriteria, ten onrechte 4 klapstoelen meegerekend heeft in het aantal zitplaatsen voor de berekening van de commerciële capaciteit.

Er is aldus op het eerste gezicht een tegenstrijdigheid op te merken in de gegevens vermeld op de bijlagen bij de e-mail van 8 mei 2013 van de verzoekende partij wat het aantal zitplaatsen bij de commerciële capaciteit betreft.

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht de offerte van de verzoekende partij niet op onrechtmatige wijze te hebben beoordeeld, gelet op de administratieve bepalingen van het bestek, door slechts rekening te houden met de gegevens vermeld op de bijlage 5, fiche voor de gunningscriteria.

Voorts lijkt de verwerende partij er ook te hebben mogen van uitgaan dat de gegevens die de verzoekende partij hierop vermeld had voor de commerciële capaciteit van de gelede bus onjuist waren in die zin dat ten onrechte 44 zitplaatsen werden gerekend voor de berekening van de commerciële capaciteit. Het lijkt in de eerste plaats aan een inschrijver toe te komen zijn offerte zorgvuldig voor te bereiden.

Zelfs in de mate dat er wordt van uitgegaan dat de aanbestedende overheid bij haar verbetering rekening had moeten houden met de werkelijke bedoeling van de inschrijver en daaromtrent eventueel uitleg had moeten vragen aan de inschrijver, lijkt in ieder geval te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partij zelf aangeeft dat het ernstig bevinden van deze kritiek alleen, niet kan leiden tot een wijziging in de rangschikking.

11. Wat de terugkoopwaarde van de bussen betreft bepaalt het bestek dat de inschrijvers een prijs dienen op te geven voor de terugkoopwaarde van de voertuigen na 8 jaar. Op grond van de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek zal de terugkoopwaarde mee in rekening worden gebracht bij het bepalen

van het bedrag van de offerte in de toepassing van de TCO-berekening (*Total Cost of Ownership*-berekening).

Bij het indienen van haar BAFO voegt de verzoekende partij een begeleidend schrijven waarin zij aangeeft de terugkoopwaarde van de bussen te verhogen ten opzichte van haar eerdere offerte. Voor het standaard voertuig geeft zij nu een waarde van 45.000 euro in plaats van 40.200 euro en voor het geleed voertuig geeft zij nu een waarde van 57.500 euro in plaats van 50.000 euro. Ook in de begeleidende e-mail bij haar BAFO maakte zij de verwerende partij attent op de “aangepaste TKW”.

Deze aangepaste terugkoopwaarde werd bij de beoordeling van de BAFO's niet in rekening gebracht. De verwerende partij stelt in haar nota dat de inschrijvers immers geen nieuwe terugkoopwaarde meer mochten opgeven in hun BAFO. De verwerende partij had immers bij de uitnodiging tot het indienen van een BAFO de mogelijkheid tot het verbeteren van de offerte uitdrukkelijk beperkt tot de prijselementen die waren opgenomen in het bijgevoegde Excel-bestand. Als zij de aangepaste terugkoopwaarde voor de offerte van de verzoekende partij wel in aanmerking zou hebben genomen, meent de verwerende partij dat zij het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden omdat de andere inschrijvers niet de kans zouden hebben gekregen hun offerte op dit punt te verbeteren.

In de e-mail van 22 mei 2013 waarbij de verwerende partij aan de inschrijvers vraagt een BAFO in te dienen, wordt vermeld:

“wij delen u mee dat de definitieve verdeling van de voertuigen de volgende is:

- post 1 (standaard autobus) 93 eenheden
- post 2 (gelede autobus) 79 eenheden

Wij verzoeken u ons uw Best And Final Offer (BAFO) te bezorgen, op basis van het bijgevoegde Excel-bestand en dit tegen vrijdag 24 mei om 10 uur.”

Op het eerste gezicht lijkt uit de formulering van de uitnodiging tot het indienen van de BAFO te kunnen worden afgeleid dat de verwerende partij de mogelijkheid voor de inschrijvers om hun offerte te verbeteren inderdaad heeft beperkt tot de prijselementen opgenomen in het Excel-bestand.

De verzoekende partij toont niet aan op grond van welke bepaling of welk beginsel de aanbestedende overheid de elementen waarover zij nog wenst te onderhandelen, niet zou mogen beperken.

In het Excel-bestand was geen mogelijkheid opgenomen om de prijs voor de terugkoopwaarde van de voertuigen nog aan te passen. Gelet hierop toont de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling is te buiten gegaan door geen rekening te houden met de door de verzoekende partij nog in haar BAFO verbeterde terugkoopwaarde.

12. Wat het subsubgunningscriterium “statisch binnengeluid” betreft bepaalt het technische bestek onder meer:

“5.4.4. Statisch binnengeluid

De inschrijvers vermelden in hun offerte de waarde van het statisch binnengeluid. Deze waarde wordt gegeven voor de hieronder beschreven gebruiksomstandigheden van het rijtuig:

- het statische binnengeluid wordt gemeten op drie punten binnen in het rijtuig onder twee gebruiksomstandigheden van het rijtuig met stationair draaiende motor en met de volgende hulpuitrustingen in dienst: binnenventilatie op volle kracht, motorventilator in geschakeld, airco ingeschakeld. Dit geldt als toekenningscriterium voor deze opdracht (Tvoy11);
- de meetpunten zijn als volgt verdeeld:
 - één punt in de stuurpost, 0,60 +/- 0,10 m boven de zitting van de chauffeurszetel;
 - twee meetpunten voor een standaardautobus liggen op de aslijn van het rijtuig, één in het midden van het compartiment, één aan het achtereinde. Beide punten liggen 1,60 +/- 0,10 m boven het vloeroppervlak.
 - twee meetpunten voor een gelede autobus liggen op de aslijn van het rijtuig, één in het midden van het compartiment van de eerste

wagenbak en één aan het achtereinde van de tweede wagenbak.
Beide punten liggen 1,60 +/- 0,10 m boven het vloeroppervlak

Het statisch binnengeluid op elk punt mag niet meer bedragen dan 69 dB(A).

[...]

Bij niet-naleving van het aangeboden niveau wordt de goedkeuring geweigerd. Zijn de omvang van de niet-naleving en de daaruit voortvloeiende gevolgen echter van zodanige aard dat de aanbestedende overheid in beperkte mate schade of nadeel daarvan ondervindt, dan kan de goedkeuring worden verleend mits de als volgt berekende boete wordt toegepast:

STATISCH BINNENGELUID	BOETE
het statische geluidsniveau wordt gemeten op drie punten. Het aangeboden niveau moet nageleefd worden op die drie punten.	500€ per dB(A) overschrijding en per rijtuig.

[...].”

In de bestreden beslissing wordt ten aanzien van de offerte van EvoBus rekening gehouden met een gemiddelde waarde voor het statisch binnengeluid van 57,83 dB(A). Dit vormt het gemiddelde van de drie meetpunten die EvoBus in haar offerte had opgenomen.

Voor de verzoekende partij bedraagt deze waarde 67,00 dB(A).

Op het eerste gezicht moet met de verwerende partij worden vastgesteld dat de verzoekende partij zich beperkt tot het poneren van de stelling dat de waarde die door EvoBus werd opgegeven onrealistisch zou zijn, zodat de offerte substantieel onregelmatig verklaard had moeten worden, zonder dat zij enig begin van bewijs voorlegt. Het loutere feit dat deze waarde ongeveer 10 dB afwijkt van de waarden van de drie andere inschrijvers lijkt op zich niet van aard om met een voldoende mate van ernst aan te tonen dat het zou gaan om een onrealistische waarde.

Bovendien geeft de verwerende partij aan dat deze waarde voor de offerte van EvoBus in sterke mate werd beïnvloed door de lage waarde gemeten in de stuurpost. Dit zou volgens de nota van de verwerende partij te verklaren zijn door de structuur van de bussen en de betere isolatie van de stuurpost. Zij wijst er op dat EvoBus voor de gelede bussen gebruik maakt van een motor die achteraan in het tweede gedeelte van de bus wordt geïnstalleerd, waardoor de geluidsbron dus veel verder verwijderd is van het eerste meetpunt: de stuurpost.

Gelet op het ontbreken van enige onderbouwing voor de stelling van de verzoekende partij en gelet op het verweer van de verwerende partij, lijkt de kritiek van de verzoekende partij op het eerste gezicht niet de graad van ernst te vertonen die vereist wordt van een dergelijk technisch middel.

13. Wat het subsubgunningscriterium “duidelijkheid van de offerte” betreft heeft de offerte van de verzoekende partij voor de beoordeling van voormeld criterium voor perceel 1 en perceel 2 een score gekregen van 60%. Voor perceel 1 wordt in de bestreden beslissing hieromtrent overwogen:

“Bepaalde documenten of inlichtingen konden niet bekomen worden bij MAN en bij VDL, ondanks herinneringen.... Voor VDL heeft de aanbestedende overheid geen document dat het deel gerecycleerde en gevaloriseerde materialen geeft volgens de norm ISO 26226:2002 zoals bepaald in de administratieve bepalingen van het bestek.

VDL heeft a posteriori e-mails als rechtzettingen gestuurd voor hetzelfde onderwerp, waardoor het proces van vergelijking van de offertes bemoeilijkt werd, zoals de e-mail van 21.05.2013 ter rechtzetting van die van 08.05.2013 inzake de capaciteit van het standaardvoertuig. VDL is ook niet duidelijk geweest omtrent (de voorwaarden van) de korting van 500.000 EUR voorgesteld in de op 21.12.2012 neergelegde offerte wanneer haar de beide posten zouden worden gegund en heeft die korting - zonder verdere toelichting niet meer herhaald/gehandhaafd in haar BAFO van 24.05.2013.

VDL is verder de enige inschrijver voor wie het aantal zitplaatsen door de aanbestedende overheid moest worden gecorrigeerd voor het evalueren van de offerte (voor post 1 werden de klapstoelen niet meegerekend in het aantal zitplaatsen, en wel voor post 2).

Voor het statisch buitengeluid werd door de aanbestedende overheid in het bestek... de waarden gevraagd op 8 meetpunten en door VDL slechts 1 waarde meegedeeld.”

Bij de beoordeling van perceel 2 worden gelijkaardige overwegingen hernomen, behalve wat betreft de rechtzetting in de e-mail van 21 mei 2013 die voor perceel 2 betrekking had op het aantal zitplaatsen. De opmerking dat voor VDL het aantal zitplaatsen door de aanbestedende overheid moest worden gecorrigeerd, wordt niet herhaald.

De verzoekende partij heeft tweemaal een offerte ingediend. Zij maakt niet duidelijk dat de verwerende partij voor dit criterium slechts mag rekening houden met de BAFO. Overigens diende de verwerende partij bij de beoordeling van de BAFO's op het eerste gezicht ook acht te slaan op gegevens die voorafgaand aan de BAFO's aan de verwerende partij werden bezorgd, nu de BAFO met bijgevoegd Excel-bestand slechts betrekking had op de prijzen, maar bijvoorbeeld de bijlage 5 met betrekking tot de waarden voor het beoordelen van de gunningscriteria niet opnieuw werd ingediend. Het lijkt dan ook niet onzorgvuldig dat de verwerende partij, bij het beoordelen van de duidelijkheid van de offerte in de fase van de BAFO, rekening houdt met mogelijke onduidelijkheden en problemen die zich hebben voorgedaan bij het verkrijgen van de verschillende waarden (aantal zitplaatsen, geluidsniveaus,...) op grond waarvan zij de gunningscriteria zou beoordelen in de BAFO-fase.

Wat betreft het feit dat de aanbestedende overheid met betrekking tot perceel 1 het aantal opgegeven zitplaatsen van de verzoekende partij heeft moeten verbeteren, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden vastgesteld dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift bevestigt dat de standaardbussen wel degelijk 30 zitplaatsen hebben, terwijl zij zelf op de bijlage 5 die zij per e-mail van 21 mei 2013 aan de verwerende partij bezorgde, nog steeds 27 zitplaatsen vermeldt. Het feit dat uit een bij de e-mail van 8 mei 2013 gevoegd plan zou kunnen worden afgeleid dat er wel 30 zitplaatsen zouden zijn, doet aldus niets af aan de verkeerde vermelding op de bijlage 5.

Ten aanzien van de kritiek van de verzoekende partij dat haar offerte ten onrechte negatief werd beoordeeld wegens het niet opgeven van de

waarden van acht meetpunten voor het statisch buitengeluid, kan worden vastgesteld dat het bestek in de technische bepalingen vermeldt:

“5.4.2. Statisch buitengeluid

De inschrijvers vermelden in hun offerte de waarde van het statisch buitengeluid; die waarde geldt als toekenningscriterium voor deze opdracht (Tenv06). Deze waarde wordt opgegeven voor de hieronder beschreven gebruiksomstandigheden van het rijtuig:

het statisch buitengeluid wordt gemeten door op acht (8) punten rond het rijtuig, volgens het onderstaande schema en op een afstand van 7,50 m van het koetswerk en 1,60 +/- 0,10 m boven het grondoppervlak, het geluidsniveau te meten dat wordt voortgebracht door het rijtuig met stationair draaiende motor zonder gebruik van hulpuitrustingen [...]

Bij de technische keuringen zal de aanbestedende overheid nagaan of de aangeboden niveaus nageleefd worden door de werkelijke statische buitengeluidsniveaus te meten.

[...]

STATISCH BUITENGELUID	BOETE
Het statisch buitengeluidsniveau wordt gemeten op acht punten. Het aangeboden niveau moet nageleefd worden op die acht punten	500€ per dB(A) overschrijding en per rijtuig

[...].”

Uit deze bepaling, waarin sprake is van het meten van het buitengeluid op 8 punten en waarin sprake is van “de aangeboden niveaus” lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat de inschrijvers in hun offerte de waarde van de meting op de verschillende meetpunten dienden mee te delen opdat een controle van de “aangeboden niveaus” nadien mogelijk zou zijn. Voorts lijken de andere inschrijvers ook allen de waarden van de acht meetpunten in hun offerte te hebben meegedeeld.

De verzoekende partij maakt dan ook op het eerste gezicht onvoldoende aannemelijk dat de verwerende partij bij de beoordeling van de duidelijkheid van de offerte geen rekening mocht houden met het feit dat de

verzoekende partij in haar offerte slechts de gemiddelde waarde van het statisch buitengeluid had opgegeven.

Voorts wijst de verwerende partij er ook terecht op dat daarnaast ook rekening werd gehouden met het gegeven dat de verzoekende partij geen document zou hebben bijgevoegd dat het deel van de gerecycleerde en gevaloriseerde materialen vermeldt volgens de norm ISO 26226:2002 zoals vereist volgens het bestek, gegeven door de verzoekende partij niet betwist.

Gelet op al deze onduidelijkheden toont de verzoekende partij dan ook in ieder geval niet aan dat, zelfs indien ten onrechte rekening zou zijn gehouden met de onduidelijkheid van haar initiële kortingsvoorstel, de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij op onzorgvuldige wijze beoordeelde door slechts een score van 60% toe te kennen voor duidelijkheid van de offerte.

14. Wat het subsubgunningscriterium “comfort trillingsniveaus” betreft merkt de verzoekende partij het volgende op.

Met betrekking tot het trilcomfort bepaalt het technische bestek:

“5.5. Trilcomfort

Het trilcomfort wordt bepaald door de verticale versnelling en de dwarsversnelling te meten op vier of zes punten, al naargelang het gaat om een standaardbus of een gelede bus die onbeladen rijdt met een constante snelheid van 40 km/h op het Paleizenplein in de stad Brussel.

De inschrijvers vermelden de trilcomfortniveaus in hun offerte. Die niveaus gelden als toekenningscriterium (Tvoy12). Hieronder staan ter informatie de versnellingswaarden voor standaard- en gelede bussen, die onder deze omstandigheden zijn opgemeten.

standaardautobussen

	Maximumwaarde
Stuurpost	1,23 m/s ²
Wielas 1	1,05 m/s ²
Wielas 2	1,45 m/s ²
Achteroverbouw	1,32 m/s ²

Het rekenkundig gemiddelde van die vier waarden moet kleiner zijn dan 1,26 m/s². Elke waarde moet kleiner zijn dan 1,45 m/s².

gelede autobus

	Maximumwaarde
Stuurpost	1,28 m/s ²
Wielas 1	0,98 m/s ²
Wielas 2	1,96 m/s ²
Vóór geleding	2,00 m/s ²
Wielas 3	1,00 m/s ²
Achteroverbouw	1,05 m/s ²

Het rekenkundig gemiddelde van die zes waarden moet kleiner zijn dan 1,38 m/s². Elke waarde moet kleiner zijn dan 2,00 m/s².

Bij de technische keuringen zal de verwerende partij nagaan of de aangeboden niveaus nageleefd worden door het werkelijke trilcomfortniveau te meten.

[...]

TRILCOMFORT	BOETE
Het trilcomfort wordt gemeten op elk meetpunt. Het voor elk put aangeboden niveau moet nageleefd worden.	500€ per begonnen schijf van 1,10 m/s ² overschrijding van de in de offerte vermelde waarde voor het punt met de grootste overschrijding en per rijtuig (0,10 m/s ² tolerantie)

In elk geval moet het niveau van de op de chauffeurs overgebrachte trillingen voldoen aan het Koninklijk Besluit van 7 juli 2005 betreffende de bescherming van de gezondheid en de veiligheid van de werknemers tegen de risico's van mechanische trillingen op het werk."

In de bestreden beslissing wordt met betrekking tot de beoordeling van het trilcomfort voor perceel 1 overwogen:

"Dit criterium, [...], valoriseert het trillingsniveau op verscheidene punten. 100% van de punten wordt toegekend aan de offerte die het laagste trillingsniveau voorstelt. 50% van de punten wordt toegekend aan de offerte die het vereist niveau van het bestek bereikt (gemiddelde maximum 1,26 m/s² - technische bepalingen hoofdstuk 5.5 blz. 48). 0% van de punten wordt toegekend aan de offerte die het maximumniveau bepaald in het bestek overschrijdt.

[...]

De offerte van EvoBus overschrijdt voor 1 punt van de metingen op 4, alsook voor het berekende gemiddelde, het referentieniveau van het bestek, opgelegd voor de beoordeling van dit gunningscriterium. De score van EvoBus is dan ook gelijk aan 0."

Met betrekking tot de beoordeling van het trilcomfort voor perceel 2 wordt overwogen:

"De offerte van EvoBus overschrijdt voor 1 punt van de metingen op 6, alsook voor het berekende gemiddelde, het referentieniveau van het bestek,

opgelegd voor de beoordeling van dit gunningscriterium. De score van EvoBus is dan ook gelijk aan 0.”

De verwerende partij wijst er in haar nota op dat het trilcomfort in het bestek als een gunningscriterium werd opgenomen, zodat een inschrijver die niet, of in mindere mate voldoet aan de opgegeven niveaus in het bestek slechter wordt beoordeeld in het kader van het gunningscriterium. Nergens wordt volgens de verwerende partij echter in het bestek bepaald dat elke offerte op straffe van onregelmatigheid diende te beantwoorden aan de opgegeven niveaus.

In de eerste plaats merkt de Raad van State op dat artikel 98, § 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’ met betrekking tot de onregelmatigheid van offertes niet van toepassing is in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, tenzij het bestek deze bepaling uitdrukkelijk van toepassing zou hebben verklaard, hetgeen hier niet het geval lijkt, minstens toont de verzoekende partij dat niet aan.

Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat in het bestek uitdrukkelijk wordt bepaald dat het trilcomfort een toekenningscriterium vormt: “De inschrijvers vermelden de trilcomfortniveaus in hun offerte. Die niveaus gelden als toekenningscriterium (Tvoy12)”.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht ook niet aan op grond van welke besteksbeepaling de waarden inzake het trilcomfort in het bestek op straffe van onregelmatigheid van de offerte zouden zijn opgelegd. Door in de betrokken besteksbeepaling te stellen dat het om een toekenningscriterium gaat, maar ook tegelijk grenswaarden te bepalen, lijkt deze besteksbeepaling op het eerste gezicht zo te moeten worden begrepen dat het niet voldoen aan de grenswaarden leidt tot een nulscore op dit gunningscriterium, eerder dan dat dit zou moeten leiden tot de onregelmatigheid van de offerte.

15. Wat het subsubgunningscriterium “tijd voor de voornaamste herstellingen” betreft overweegt de verwerende partij in de bestreden beslissing bij de beoordeling van het onderhoud - niveau L1-Tijd voor de voornaamste herstellingen:

“De herstellingstijden gegeven door EvoBus, MAN en Van Hool zijn vergelijkbaar met de bij de MIVB gekende herstellingstijden voor alle autobussen in de huidige vloot, waarvan VDL deel uitmaakt.

De offerte van VDL geeft abnormaal korte herstellingstijden. Die abnormaal korte herstellingstijden werden gemeld op de vergadering van 30.04.2013. VDL heeft haar tijden zeer beperkt herzien, maar heeft geen enkel bewijs geleverd dat die tijden realistisch zijn door een praktische demonstratie. Voor de verwerende partij blijven ze onmogelijk in de praktijk. Bovendien toont het demonstratievoertuig van VDL geen enkele bijzonderheid die laat denken aan een aanzienlijke verbetering van de tijden voor montage en demontage. De bereikbaarheid wordt integendeel minder goed beoordeeld in vergelijking met de andere inschrijvers (zie criterium bereikbaarheid).

Voorbeeld: de tijd om de versnellingsbak te demonteren, waarvan het merk en het type voor alle inschrijvers identiek zijn, ligt 40% lager voor VDL in vergelijking met de andere constructeurs. De tijd voor het demonteren van de transmissies ligt haast 80% lager dan die van de andere offertes. Het demonteren van de alternator duurt 75% minder lang dan bij de andere offertes, de tijd om de waterpomp te demonteren 50%, de tijd op de oliepomp te demonteren duurt meer dan 65% minder lang.

Verder is in absolute termen de voorgestelde demontagetijd van de transmissies van 15 minuten absoluut onhaalbaar en onrealistisch zelfs voor de meest ervaren monteurs van de MIVB, die vertrouwd zijn met het voorgestelde concept.

Bovendien was het geleverde demonstratievoertuig uitgerust met een Euro 5 DAF motor, een ZF versnellingsbak. Het in haar offerte voorgestelde voertuig is daarentegen uitgerust met een Euro 6 Fiat motor en een Voith versnellingsbak. Hierdoor kon de werkelijke montagetijd niet worden getoetst.

Gelet op het feit dat de hersteltijden abnormaal kort zijn en dat geen enkele voldoening schenkende toelichting hieromtrent werd gegeven door VDL, heeft de verwerende partij beslist aan VDL 50% van de punten toe te kennen.”

Bij de beoordeling van het perceel 2 wordt daar nog aan toegevoegd:

“Verder is in absolute termen de voorgestelde demontagetijd van de transmissies van 15 minuten absoluut onhaalbaar en onrealistisch zelfs

voor de meest ervaren monteurs van de MIVB, die vertrouwd zijn met het voorgestelde concept, en waarvoor er reeds 84 voertuigen met hetzelfde concept op het net rijden.”

Gelet op deze overwegingen in de bestreden beslissing wordt de kritiek van de verzoekende partij dat het zou gaan om een ongestaafde stelling van de verwerende partij, op het eerste gezicht niet bijgevalen. Uit de bestreden beslissing blijkt dat er wel degelijk een onderzoek is voorafgegaan aan deze stelling en dat de verwerende partij verschillende elementen heeft betrokken in dit onderzoek waaruit zij heeft afgeleid dat de hersteltijden niet realistisch zijn. Voor zover de verzoekende partij nu aanvoert dat deze stelling enkel kon worden getoetst door een feitelijke demontage en montage van de verschillende componenten, lijkt in ieder geval te moeten worden vastgesteld dat de verwerende partij opmerkt dat de verzoekende partij een demonstratievoertuig ter beschikking stelde met een andere motor en versnellingsbak dan het voertuig dat in de offerte werd aangeboden, zodat zij aldus zelf verhinderde dat een dergelijke feitelijke demontage en montage kon plaatsvinden. De verzoekende partij lijkt dit nu dan ook niet te kunnen verwijten aan de verwerende partij.

Bovendien mag ook worden vastgesteld dat de verzoekende partij blijkbaar reeds tijdens de onderhandelingen op de hoogte werd gesteld van deze stelling van de verwerende partij maar verder geen bewijs heeft geleverd van het realistisch karakter van de hersteltijden bij het indienen van haar BAFO. In de bestreden beslissing wordt immers gesteld: “Die abnormaal korte herstellingstijden werden gemeld op de vergadering van 30.04.2013. VDL heeft haar tijden zeer beperkt herzien, maar heeft geen enkel bewijs geleverd dat die tijden realistisch zijn door een praktische demonstratie”.

16. Het onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

17.1. In de bestreden beslissing wordt voor elk van de gunningscriteria en subgunningscriteria een tabel opgenomen met de puntenscores van de offertes voor alle subsubsubgunningscriteria en subsubgunningscriteria binnen de betreffende subgunningscriteria. Bij de tabellen met de puntenscores hoort tevens een woordelijke motivering.

Voorts wordt ook de toegepaste beoordelingsmethodiek in de bestreden beslissing toegelicht.

De verzoekende partij toont zoals reeds *sub* 9 opgemerkt niet aan waarom deze motivering haar niet staat stelde terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt.

17.2. Wat haar kritiek betreft dat het niet duidelijk is waarom er tussen de beoordeling van haar offertes voor beide percelen voor de criteria “reizigers” en “milieu” uiteenlopende verschillen bestaan, terwijl de aangehaalde aspecten van haar offerte meermaals identiek zijn voor beide type bussen, mag op het eerste gezicht het verweer in de nota worden bijgevalen. Zo wijst de verwerende partij er op dat de verschillende scores tussen de percelen enerzijds te verklaren zijn door de gehanteerde beoordelingsmethodiek waarbij de punten voor bepaalde subcriteria werden toegekend aan de hand van de best gerangschikte offerte, terwijl de overige offertes *pro rata* in functie van deze beste offerte een score kregen. Aangezien voor perceel 1 vier offertes werden beoordeeld en voor perceel 2 slechts drie, leidt dit op zich reeds tot verschillende scores. Bovendien hebben de subcriteria in de beide percelen niet altijd evenveel wegingselementen, zodat ook dit zijn invloed heeft op de toegekende scores.

Ook mist het middel feitelijke grondslag in zoverre dat wordt gesteld dat het concept van de bussen voor beide percelen steeds op identieke wijze

is opgebouwd, daar waar bijvoorbeeld de offertewaarden voor CO² uitstoot voor perceel 1 verschillend waren van de waarde opgegeven voor perceel 2.

17.3. Dit volstaat om in de huidige stand van het geding aan te nemen dat dit onderdeel van het middel niet ernstig is.

Derde onderdeel

18.1. Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat in de bestreden beslissing niet wordt gemotiveerd waarom een andere beoordelingsmethode werd gehanteerd dan de methodiek die bij de bedrijfsjurist werd neergelegd, toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan welk belang zij heeft bij deze kritiek, nu de beoordelingsmethode niet vooraf aan de inschrijvers ter kennis werd gebracht en zij er dus ook geen rekening konden mee houden bij het opstellen van hun offerte.

Voorts lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht terecht aan te voeren dat de e-mail aan de bedrijfsjurist met de beoordelingsmethode werd verstuurd voorafgaand aan de mededeling van het bestek. Het lijkt in dat opzicht niet uitgesloten dat het bestek op het moment van de e-mail aan de bedrijfsjurist, nog niet definitief vastgesteld was en dat er eventueel inderdaad nog aanpassingen nodig waren aan de beoordelingsmethode op grond van het definitief vastgestelde bestek.

18.2. Voorts lijkt het middel ook feitelijke grondslag te missen.

18.2.1. Wat betreft de beoordeling van het prijs criterium, werd in de oorspronkelijk bij de bedrijfsjurist gedeponeerde beoordelingsmethode bepaald dat 100% van de punten zou worden toegekend aan de offerte met het laagste prijsvoorstel en 0% van de punten aan de offerte met een prijsvoorstel gelijk aan het dubbel van het laagste prijsvoorstel. In de bestreden beslissing werd vervolgens de regel van drie toegepast. De verzoekende partij toont niet aan dat hier zomaar mag worden aangenomen dat de toepassing van de regel van drie een andere

beoordelingsmethode zou zijn dan de methode die eerder aan de bedrijfsjurist werd bezorgd nu er geen prijsvoorstel dat het dubbele van de laagste offerte is, werd ingediend. In de beoordelingsmethode die werd bezorgd aan de bedrijfsjurist werd ook niet uitdrukkelijk bepaald hoe de punten zouden worden toegekend voor de prijsvoorstellen die tussen de laagste en het dubbele van de laagste liggen. Zonder dit uitdrukkelijk te verwoorden, lijkt het niet uitgesloten dat reeds toen werd bedoeld dat op de overige offertes de regel van drie zou worden toegepast. De verzoekende partij toont in elk geval ook niet aan welke beoordelingsmethode, waarbij zij belang zou hebben, meer geschikt is.

18.2.2. Voor zover de verzoekende partij aanvoert dat in de bestreden beslissing niet wordt gemotiveerd waarom een andere beoordelingsmethode werd gehanteerd dan de methodiek die bij de bedrijfsjurist werd neergelegd, wat betreft de objectieve en subjectieve criteria die gehanteerd zouden worden bij de beoordeling van de commerciële, organisatorische en technische kwaliteiten, toont zij niet aan welk belang zij heeft bij deze kritiek, nu dit aspect van de beoordelingsmethode niet vooraf aan de inschrijvers ter kennis werd gebracht en zij er dus ook geen rekening konden mee houden bij het opstellen van hun offerte.

Voorts toont de verzoekende partij op het eerste gezicht ook niet aan waaruit deze wijziging zou bestaan, afgezien van het wijzigen van de titel objectieve en subjectieve criteria in de titel meetbare en niet-meetbare criteria. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe door een wijziging van deze titels, de beoordelingsmethodiek zou zijn gewijzigd.

18.2.3. Wat betreft de wijziging van de beoordelingstabellen na indiening van de offertes doordat onverwachte criteria zouden zijn toegevoegd met betrekking tot de bestuurspost binnen de beoordeling van de technische kwaliteit - chauffeur wordt het volgende opgemerkt.

In de bestreden beslissing wordt wat betreft de beoordeling van de ergonomie en veiligheid van de bestuurspost vermeld:

“Stuurpost - Ergonomie en veiligheid in de stuurpost (6,120 punten)

Dit criterium (Tcha03), vermeld in hoofdstuk 4.4.2 ‘Zetel van de chauffeur’ van het bestek, technische bepalingen blz. 31, valoriseert de kwaliteiten inzake ergonomie en veiligheid van de stuurpost volgens 13 parameters die gedetailleerd zijn in tabel 7 van bijlage 1. Het toegekend cijfer resulteert uit een beoordeling van de elementen uit de offertes en uit de demonstratievoertuigen.

VDL beschikt over de beste kwaliteit van het dashboard en de ruimte voorbehouden voor de console SAE. Voor de andere punten zijn de offertes gelijkwaardig en de scores derhalve zeer gelijklopend.

Stuurpost - Comfort en airco (4,080 punten)

Dit criterium (Tcha04), vermeld in hoofdstuk 5.7 ‘Airco stuurpost’ van het bestek, technische bepalingen blz. 98, valoriseert de kwaliteiten van het comfort en van de airco van de stuurpost volgens 4 meetbare criteria gedetailleerd in tabel 7 van bijlage 1 van de gemotiveerde beslissing.

EvoBus stelt de airco-installatie voor met hogere capaciteiten (vermogen) voor verwarming en koeling dan die van de concurrenten, heeft een afzonderlijke regeling en een relatief hoog installatiedebiet.

VDL scoort slecht op gebied van verwarming, tweede beste op gebied van koeling, heeft een afzonderlijke regeling, maar een iets lager debiet dan EvoBus.”

Uit de tabel 7 in bijlage 1 en 2 van de bestreden beslissing, blijkt dat de ergonomie en veiligheid van de bestuurspost werd beoordeeld aan de hand van volgende beoordelingselementen:

- instrumentenbord;
- plaatsing van de bedieningen;
- plaats tas van de chauffeur;
- toegang tot de post;
- betaaltafel;
- toegang tot de pedalen;
- bescherming van de stuurkolom;
- plaats console SAE;
- zonneklep;
- gezichtsveld achter de chauffeur;

- achteruitkijkspiegels binnen en buiten;
- gezichtsveld buiten langs de rechterkant;
- anti-agressie wand.

Het klimatisch comfort van de bestuurspost werd verder beoordeeld aan de hand van de beoordelingselementen:

- capaciteit van de verwarming (30%);
- capaciteit van de koeling (30%);
- aparte regelingen (10%);
- debiet (30%).

Daargelaten de vraag of deze elementen als subcriteria dienen te worden gekwalificeerd, maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat zij onmogelijk kon verwachten dat deze verschillende elementen zouden worden beoordeeld.

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 besteksbepalingen waarnaar deze omschrijving mogelijks verwijst. Daarbij mag te dezen dan ook worden verwezen naar de technische bepalingen van het bestek omtrent de chauffeur en de stuurpost onder artikel 4.4 van het technische bestek en omtrent de klimaatregeling in de bestuurspost onder artikel 5.7 van het technische bestek, waar deze elementen terug te vinden zijn. De verzoekende partij toont in dat opzicht ook niet aan dat bij de beoordeling van de offertes elementen werden gebruikt die, waren ze haar bekend geweest bij het opstellen van haar offerte, de inhoud van haar offerte hadden kunnen beïnvloeden. Evenmin toont zij aan dat de vermelde beoordelingselementen geen verband zouden houden met het gunningscriterium “ergonomie en veiligheid die de cockpit biedt en het comfort van de klimaatregeling”.

Er mag overigens worden vastgesteld dat er geen absoluut verbod is voor de verwerende partij om een criterium dat voorafgaandelijk aan de inschrijvers ter kennis werd gebracht, zoals de ergonomie van de bestuurspost en de klimaatregeling van de bestuurspost, meer in detail te specificeren en om hieraan een weging toe te kennen. Dit lijkt zeker zo te dezen, nu het gaat om een beoordeling op het niveau van sub-sub-sub-sub-criteria, te weten het vijfde niveau.

18.2.4. Dit onderdeel van het middel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

19.1. Ten aanzien van de beoordeling van de helling voor PBM (“Personen met een Beperkte Mobiliteit”) blijkt uit de bestreden beslissing dat dit criterium werd beoordeeld aan de hand van een aantal parameters of meetbare en niet-meetbare criteria. In de bestreden beslissing werd overwogen:

“De offerte van VDL beantwoordt het best aan de combinatie van die onderscheiden parameters in vergelijking met de andere offertes behalve voor het laadvermogen”.

Aldus lijkt de verzoekende partij in dit onderdeel van haar middel van een verkeerd uitgangspunt te vertrekken door te stellen dat het zou gaan om de beoordeling van één meetbaar criterium waarvoor de meest performante offerte het maximum van de punten verkrijgt, nu het criterium niet als één criterium werd beoordeeld en dus meetbaar zou zijn, maar beoordeeld werd aan de hand van een aantal beoordelingselementen of parameters op grond van de technische bepalingen in het bestek omtrent deze helling voor PBM waarvoor telkens een deelscore werd gegeven, waarna deze deelscores werden opgeteld. Uit de bestreden beslissing blijkt duidelijk dat de offerte van de verzoekende partij voor één van deze beoordelingselementen, namelijk het laadvermogen, niet goed werd beoordeeld, zodat deze offerte dus ook niet het maximum van de punten kreeg voor dit criterium.

Bijgevolg lijkt de verwerende partij de offerte van de verzoekende partij op dit punt niet te hebben beoordeeld in strijd met haar eigen beoordelingsmethodiek.

19.2. Dit onderdeel van het middel is evenmin ernstig.

20. Het volledige middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

21.1. De verzoekende partij voert de schending aan van “artikel 55 van de Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedure voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten, van artikel 110bis 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, van het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel en van artikel 3.1. van het bestek”. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat verwerende partij weliswaar in artikel 3.1. van het Bestek voor beide percelen twee gunningscriteria (‘financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit’ en ‘technische kwaliteit van de offerte’) met elk een weging van 100 punten aankondigt, maar in de bestreden gunningsbeslissing voor beide percelen het eerste gunningscriterium ‘financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit’ - geheel onaangekondigd - verder onderverdeelt in twee afzonderlijke subgunningscriteria, met name financiële kwaliteit en commerciële en organisatorische kwaliteit en het tweede gunningscriterium ‘technische kwaliteit’ - geheel onaangekondigd - verder onderverdeelt in vijf afzonderlijke subgunningscriteria, met name ‘reizigers’, ‘onderhoud’, ‘leefmilieu’, ‘chauffeur’ en ‘operator’;
en doordat, verwerende partij aan voormelde onaangekondigde subgunningscriteria een - vanzelfsprekend tevens onaangekondigde -

verregaand uiteenlopende weging toekent, zodat de verwerende partij aldus in het kader van de beoordeling van de ingediende offertes en in de bestreden gunningsbeslissing de uitlegging en invulling van de gunningscriteria ten opzichte van de vermelding in het bestek wijzigt; en doordat, verwerende partij de onaangekondigde subgunningscriteria in het gunningsverslag nog verder onderverdeelt in talrijke subsubgunningscriteria en subsubsubgunningscriteria waaraan verzoekende partij een onaangekondigde verregaand uiteenlopende weging toekent; terwijl een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande Europese bekendmaking, uitsluitend gunningscriteria en subgunningscriteria kan hanteren die in de opdrachtdocumenten werden aangekondigd; en terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande Europese bekendmaking, uitsluitend de weging voor (sub)gunningscriteria kan hanteren zoals aangekondigd in de opdrachtdocumenten; en terwijl, een aanbestedende overheid, zoals verwerende partij, in overeenstemming met het patere legem quam ipse fecisti beginsel, gehouden is om de regels die zij zelf vaststelt, zoals in casu de uitsluitend globale weging op 100 punten voor beide gunningscriteria zoals aangekondigd in het bestek, te respecteren en daarbij gedurende de gehele gunningsprocedure aan de aangekondigde gunningscriteria eenzelfde uitlegging en invulling moet geven; zodat de in dit middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen geschonden zijn”.

21.2. In de toelichting bij haar tweede middel zet de verzoekende partij in essentie uiteen dat de aangehaalde bepalingen en beginselen werden geschonden doordat in het bestek slechts twee gunningscriteria werden opgenomen, te weten “financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit” enerzijds en “technische kwaliteit” anderzijds waarbij aan beide criteria een weging van 100 punten werd toegekend. Dit was de enige weging die werd vermeld in het bestek. Op grond van de aankondiging en het bestek moest de verzoekende partij dan ook uitgaan van een globale beoordeling, zonder het gebruik van subgunningscriteria met een onderscheiden weging, van haar offerte voor beide percelen in het licht van deze gunningscriteria.

In de bestreden gunningsbeslissing verdeelde de verwerende partij echter het eerste gunningscriterium “financiële, commerciële en organisatorische kwaliteit” in twee subgunningscriteria en het tweede

gunningscriterium “technische kwaliteit” in vijf subgunningscriteria. De respectieve subgunningscriteria werden op hun beurt verder onderverdeeld in talrijke onaangekondigde subsubgunningscriteria en subsbubgunningscriteria. Daaraan wordt vervolgens een verregaand uiteenlopende weging toegekend.

Nochtans dient een aanbestedende overheid, in het kader van een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking, al de gunningscriteria en de subgunningscriteria die zij zal hanteren, in de opdrachtdocumenten aan te kondigen, inclusief de weging van deze (sub)gunningscriteria. Deze verplichting volgt rechtstreeks uit artikel 55 van de Richtlijn 2004/17/EG en uit artikel 110*bis*, tweede lid van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. Deze verplichting wordt ook meermaals bevestigd in de rechtspraak van het Hof van Justitie en van de Raad van State.

Ook het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel vereisen dat inschrijvers bij de voorbereiding van hun offerte kennis moeten krijgen van de criteria die in aanmerking zullen worden genomen ter bepaling van de economisch meest voordelige offerte en van het relatieve belang ervan.

Met betrekking tot de gunningscriteria wordt in het bestek bovendien geen beoordelingsmethode aangekondigd zodat de inschrijvers enkel een globale beoordeling in het licht van de aangekondigde en gewogen gunningscriteria verwachten.

Op een aanbestedende overheid rust ook de plicht om de gehanteerde gunningscriteria gedurende de gehele procedure op eenzelfde wijze uit te leggen. Door evenwel onaangekondigd in het kader van de beoordeling van de offertes de gunningscriteria verder onder te verdelen in afzonderlijke subgunningscriteria, geeft de verwerende partij een andere invulling aan de gunningscriteria.

Dit geldt volgens de verzoekende partij des te meer nu aan de subgunningscriteria een verregaand uiteenlopende en onverklaarbare weging werd gegeven. De gehanteerde weging is voor geen van de gunningscriteria logisch, laat staan proportioneel dan wel verhoudingsgewijs verklaarbaar.

21.3. Ten aanzien van de bewering dat de subgunningscriteria in het bestek werden opgenomen in afnemende volgorde van belang merkt de verzoekende partij op dat voor deze werkwijze geen motivering werd opgenomen in het bestek. Nochtans vereist artikel 110*bis* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 dat er bij het uitblijven van een specifieke weging aantoonbare redenen voorhanden moeten zijn die een vermelding in dalende volgorde van belang rechtvaardigen. Voorts werden de sub-(sub-sub)gunningscriteria ook niet aangekondigd in het bestek zodat niet valt in te zien hoe ze in dalende volgorde van belangrijkheid werden meegedeeld.

Bovendien gaat de verwerende partij er dan aan voorbij dat zij in het kader van het opstellen van het gunningsverslag weldegelijk in staat was om een puntentoekenning toe te kennen. De aantoonbare redenen die ertoe geleid hebben de sub-(sub-sub)gunningscriteria en hun weging niet op te nemen in het bestek waren toen in ieder geval niet meer voorhanden. Voor zover echter de criteria in dalende volgorde van belangrijkheid zouden moeten worden bepaald bij het opstellen van het bestek, geldt dit eveneens in het kader van de beoordeling van de offertes en het opstellen van het gunningsverslag.

De verwerende partij zou zichzelf ook tegenspreken nu de methodiek met inbegrip van de sub-(sub-sub)gunningscriteria en hun weging voorafgaand aan het opstellen van het bestek op 4 oktober 2012 werd neergelegd bij de bedrijfsjurist en de verwerende partij aldus in staat was de weging te bepalen.

Beoordeling

22. Met een e-mailbericht van 16 april 2013 van de verwerende partij heeft de verzoekende partij, weze het onbedoeld en als enige inschrijver, kennis gekregen van de matrix met de diverse gunningscriteria en een weging. In die omstandigheden heeft zij voorafgaand aan het indienen van haar BAFO kennis kunnen nemen van alle criteria. In dit licht kan de verzoekende partij op het eerste gezicht moeilijk staande houden dat zij geen weet had van de diverse criteria. Aan de opmerking ter terechtzitting van de verzoekende partij dat zij meende dat het document zelf onjuist was, wordt geen geloof gehecht. Voorts poogt de verzoekende partij ook niet aan te tonen dat bij een globale beoordeling met een gelijke weging van alle aangewezen beoordelingselementen bij de twee hoofdgunningscriteria de rangschikking in haar voordeel zou worden gewijzigd. Aldus toont de verzoekende partij hier haar belang bij het middel onvoldoende aan en is het middel niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

23. De verzoekende partij voert de schending aan van “de artikelen 65/4 en 65/5 van de Overheidsopdrachtenwet, van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het transparantiebeginsel, het mededingingsbeginsel, de materiële motiveringsplicht en van de bepalingen van het bestek”. Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat, eerste onderdeel, verwerende partij finale onderhandelingen met de inschrijver EvoBus heeft gevoerd, en verzoekende partij van deze finale onderhandelingen heeft uitgesloten, zonder dat een formele beslissing tot aanduiding van een voorkeursbieder werd genomen en gecommuniceerd en dat evenmin duidelijk is welke elementen in de finale onderhandelingen met EvoBus nog aan bod zijn gekomen;
en doordat, het bestek niet voorziet in de mogelijkheid om tot aanduiding van een voorkeursbieder over te gaan en de verwerende partij aan de niet-gekozen inschrijvers, waaronder de verzoekende partij, nooit ter kennis heeft gebracht dat de inschrijver EvoBus als voorkeursbieder werd aangeduid en dat zij in de wachtkamer werden geplaatst;

en doordat, verwerende partij tijdens de finale onderhandelingen met de inschrijver EvoBus uitsluitend aan deze inschrijver de mogelijkheid heeft geboden om zijn offerte voor wat betreft ‘de terugbrenging van de eenheidsprijzen’ te wijzigen;

en doordat, tweede onderdeel, verwerende partij de offertes voor perceel 1 en perceel 2 van de inschrijver MAN Truck & Bus nv niet onregelmatig heeft verklaard hoewel in de bestreden beslissing voor wat betreft beide percelen wordt bevestigd dat deze inschrijver de door de verwerende partij opgelegde forfaitaire straf van 2.500.000 EUR met betrekking tot de planning, zoals aan het Bestek door de verwerende partij toegevoegd tijdens de onderhandelingen, niet heeft aanvaard (en hieromtrent aldus een voorbehoud heeft geformuleerd);

en doordat, verwerende partij de offerte van EvoBus voor perceel 1 en perceel 2 niet onregelmatig heeft verklaard hoewel in de bestreden gunningsbeslissing voor wat betreft de beide percelen wordt bevestigd dat de offerte van EvoBus voor 1 van de 4 punten van metingen inzake de trillingsniveau’s en voor het berekende gemiddelde het maximumniveau opgegeven in het bestek overschrijdt (en de offertes van EvoBus derhalve niet aan de essentiële technische vereisten van het bestek beantwoorden);

en doordat, verwerende partij de offerte van EvoBus voor perceel 1 en perceel 2 niet onregelmatig heeft verklaard hoewel in de bestreden gunningsbeslissing voor wat betreft beide percelen wordt bevestigd dat in de offerte van EvoBus een onrealistische en technisch onmogelijke waarde voor de decibels voor het ‘statisch binnengeluid’ wordt opgegeven;

en doordat, derde onderdeel, verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing een lijst van gekozen varianten en gelichte opties geeft zonder daarbij te motiveren waarom bepaalde varianten wel of niet werden gekozen en waarom bepaalde opties wel of niet werden gelicht;

terwijl, een aanbestedende overheid zoals verwerende partij, slechts tot de aanduiding van een voorkeursbieder en finale onderhandelingen met deze voorkeursbieder kan overgaan voor zover deze werkwijze in het bestek werd aangekondigd en voor zover een formele beslissing van de aanbestedende overheid hieromtrent voorligt, minstens dat inzage moet worden gegeven in de elementen die tijdens de finale onderhandelingen werden besproken en desgevallend gewijzigd;

en terwijl, een aanbestedende overheid zoals verwerende partij, dient te motiveren waarom bepaalde (verplichte) varianten wel of niet worden gekozen en waarom bepaalde opties wel of niet worden gelicht omdat deze keuze bepalend voor de rangschikking van de ingediende offertes kan zijn;

en terwijl verwerende partij de niet-bestekconforme offertes van de inschrijver MAN Truck & Bus nv voor perceel 1 en perceel 2 en de niet-besteksconforme offertes van de inschrijver Evobus als substantieel onregelmatig moest aanmerken, gelet op respectievelijk het voorbehoud (de niet-aanvaarding) met betrekking tot de forfaitaire boeteclausule van 2.500.000 EUR en het niet-voldoen aan de essentiële technische vereisten van het bestek;

zodat de in het middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden.”

24.1. In de toelichting bij het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat uit de bestreden beslissing blijkt dat uitsluitend met EvoBus finale onderhandelingen werden gevoerd. In de eerste intussen ingetrokken gunningsbeslissing werd nog vermeld dat aan inschrijver EvoBus de kans werd gegeven om zijn offertes voor beide percelen aan te passen aan een gewijzigd betalingsplan. Hiervan is echter geen sprake meer in de bestreden gunningsbeslissing en ze geeft op geen enkele wijze aan op welke wijze de verbeterde prijzen tot stand zijn gekomen.

De verwerende partij heeft EvoBus als voorkeursbieder aangeduid en de verzoekende partij in de wachtkamer geplaatst waardoor zij geen kans kreeg haar offerte verder te optimaliseren. Het bestek voorziet echter niet in de mogelijkheid een voorkeursbieder aan te duiden. In het bestek wordt enkel bepaald dat de verwerende partij de mogelijkheid heeft een *shortlist* op te stellen. De verwerende partij ging echter reeds eerder over tot het opstellen van een *shortlist*.

Bovendien nam de verwerende partij geen formele beslissing waarbij EvoBus als voorkeursbieder werd aangeduid en om uitsluitend met deze inschrijver nog finale onderhandelingen te voeren en de andere inschrijvers in de wachtkamer te plaatsen. Er ligt aldus geen beoordeling en rangschikking van de ingediende offertes voor op grond waarvan de verwerende partij meende te kunnen besluiten EvoBus als voorkeursbieder aan te duiden.

De verwerende partij heeft geen gelijke kansen geboden aan alle inschrijvers in het kader van de onderhandelingen en heeft daardoor het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel geschonden.

De vaststelling in de bestreden beslissing dat de wijzigingen aan de offerte van Evobus op grond van de finale onderhandelingen op geen enkele manier de rangschikking van de inschrijvers veranderen, kan niet worden gecontroleerd. Ze kan ook niet worden gevolgd aangezien de andere inschrijvers niet de mogelijkheid werd geboden om hun offertes aan het gewijzigde betalingsplan aan te passen.

24.2. In het tweede onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij de offerte van MAN en EvoBus voor beide percelen had moeten weren. Uit de bestreden gunningsbeslissing blijkt dat de inschrijver MAN de bestekbepaling inzake de forfaitaire boeteclausule van 2.500.000 euro niet heeft aanvaard. Evenwel werden de offertes van deze inschrijver voor verdere beoordeling in aanmerking genomen. In de bestreden beslissing wordt ook uitdrukkelijk tot de regelmatigheid van alle ingediende offertes besloten. Door de niet-aanvaarding van een besteksbepaling die betrekking heeft op de prijs en op de termijnen, formuleert MAN een niet-toegelaten voorbehoud aangaande een essentiële besteksbepaling.

Voorts bevestigt de bestreden gunningsbeslissing dat de offerte van EvoBus voor één van de vier punten van metingen inzake trillingsniveaus en het berekende gemiddelde, het maximumniveau opgegeven in het bestek overschrijdt. Er blijkt ook dat het aantal decibels dat wordt vermeld in de offertes voor perceel 1 en 2 wat betreft het subsubgunningscriterium “statisch binnengeluid” van het subgunningscriterium “kwaliteiten inzake de reiziger” als onrealistisch kan worden beoordeeld. De offertes van EvoBus beantwoorden bijgevolg niet aan de essentiële technische vereisten van het bestek. De offerte diende dan ook als substantieel onregelmatig te worden geweerd.

Een aanbestedende overheid dient eerst de regelmatigheid van de offertes te beoordelen waarna enkel de regelmatige offertes voor inhoudelijke beoordeling in aanmerking komen. Door onregelmatige offertes mee in de

beoordeling te nemen, manipuleert de verwerende partij de rangschikking van de offertes.

24.3. In het derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat in de bestreden gunningsbeslissing wel een opsomming wordt gegeven van de varianten die worden gekozen en de opties die worden gelicht, maar dat niet wordt toegelicht waarom bepaalde varianten wel of niet werden gekozen, noch waarom bepaalde opties wel of niet werden gelicht. Nochtans kan die keuze een invloed hebben op de rangschikking aangezien dit zowel gevolgen heeft voor de prijzen als voor de kwalitatieve aspecten. Deze werkwijze schendt het transparantiebeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel, motiveringsbeginsel en gelijkheidsbeginsel. Het belang van de verzoekende partij bij deze kritiek bestaat erin dat de keuze voor de ene of de andere variant of optie een onmiddellijke impact heeft op de puntentoekening waarbij het mogelijk is dat de keuze voor de ene of andere variant of optie de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij benadeelt.

De verwerende partij handelt ook onwettig door voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling van de offertes bepaalde verplichte varianten in aanmerking te nemen en andere weg te laten. Een dergelijke werkwijze impliceert dat waar de verplichte variëte werd gekozen, de basisofferte niet werd beoordeeld en waar de verplichte variëte niet werd gekozen, enkel de basisofferte werd beoordeeld. Wanneer een aanbestedende overheid echter verplichte varianten oplegt, dient zij zowel de basisofferte als de verplichte varianten te beoordelen. Dit resulteert dan in één enkele rangschikking waarbij zowel de basisofferte als de varianten worden opgenomen en waaruit vervolgens de beste offerte wordt gekozen. Het is een aanbestedende overheid niet toegelaten vrij te kiezen voor de oplossing van de basisofferte dan wel voor de oplossing van de verplichte variant. Hoewel de artikelen 101 en 103 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 *sensu stricto* niet van toepassing zijn op een onderhandelingsprocedure, dient een aanbestedende overheid een dergelijke werkwijze naar analogie toe te passen in het kader van een onderhandelingsprocedure teneinde de vergelijkbaarheid tussen de

ingediende offertes te garanderen, overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, namelijk het gelijkheidsbeginsel.

Beoordeling

Eerste onderdeel

25.1. Een onderhandelingsprocedure met bekendmaking wordt gekenmerkt door haar flexibel kader waarbinnen de verwerende partij met de inschrijvers mag onderhandelen en een grotere vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Het komt aldus bij de onderhandelingsprocedure in principe aan de verwerende partij toe te bepalen hoe deze zal verlopen en de Raad van State beschikt daarbij slechts over een marginale toetsingsbevoegdheid. Bij het organiseren van de onderhandelingsprocedure dient de verwerende partij wel het transparantiebeginsel en de gelijke behandeling van de kandidaten te vrijwaren zoals die van toepassing zijn bij de gunning van overheidsopdrachten.

Daarnaast is de verwerende partij op grond van het *patere legem*-beginsel er tevens toe gehouden om de regels die ze in haar eigen bestek heeft opgelegd te eerbiedigen.

25.2. Te dezen werd in het bestek ten aanzien van het verloop van de onderhandelingsprocedure bepaald:

“De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure. Deze procedure wordt gevolgd om het voor de inschrijvers goedkoper en efficiënter te maken en tevens de gelijkheid tussen de inschrijvers strikt te vrijwaren. Tijdens de onderhandelingen kunnen inschrijvers gezamenlijk of afzonderlijk worden ontvangen door een delegatie van de MIVB, zij het altijd in vergelijkbare omstandigheden. Op die eventuele vergaderingen:

- Krijgt de inschrijver de gelegenheid om de sterke punten van zijn offerte te benadrukken;

- Wordt de inschrijver in voorkomend geval verzocht om nadere toelichting te geven over de technische, administratieve en financiële aspecten van zijn offerte.

Tijdens deze vergaderingen zal de verwerende partij de nadruk leggen op de belangrijkste elementen waarop de offerte eventueel nog vatbaar is voor verbetering.

Op elk moment behoudt de verwerende partij zich het recht voor om te kiezen voor de voortzetting van de onderhandelingen met alle of sommige inschrijvers, op basis van een shortlist, opgesteld op basis van de voorlopige resultaten van de onderhandelingen met dien verstande dat de onderhandelingen met andere inschrijvers op elk moment kunnen worden hervat.

De communicatie met de inschrijvers kan tijdens de onderhandelingen zowel schriftelijk, door verzending van een brief per post, per fax of langs elektronische weg verlopen.

Deze aanpak vloeit voornamelijk voort uit de wens om de inschrijvers en de verwerende partij zware en onnodige kosten te besparen.”

De verwerende partij ging na het indienen van de oorspronkelijke offertes op 18 februari 2013 over tot het opstellen van een *shortlist* voor de beide percelen, waar de verzoekende partij voor beide percelen deel van uitmaakte. Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, werd in het bestek niet bepaald dat een formele beslissing zou worden genomen met betrekking tot het opstellen van deze *shortlist*.

Met elk van de inschrijvers die voorkwamen op de *shortlist* werden onderhandelingen georganiseerd waarna de inschrijvers nog de kans kregen verbeteringen aan te brengen aan hun offerte. Vervolgens vroeg de verwerende partij op 22 mei 2013 aan de betreffende inschrijvers om uiterlijk tegen 24 mei 2013 een BAFO in te dienen.

Uit de stukken van het administratief dossier en de bestreden gunningsbeslissing blijkt op het eerste gezicht dat de ingediende BAFO's door de verwerende partij werden beoordeeld aan de hand van de verschillende gunningscriteria en dat de verwerende partij op basis van deze BAFO's een eindrangschikking opstelde. Op grond van deze vergelijking heeft de verwerende partij vervolgens met de eerste gerangschikte inschrijver na het beoordelen van de BAFO's nog finale onderhandelingen gevoerd teneinde “de contractsvoorwaarden

te optimaliseren” alvorens over te gaan tot het nemen van de formele beslissing tot gunning van de opdracht.

Deze werkwijze lijkt op het eerste gezicht niet in strijd te zijn met de bepalingen van het bestek. Het bestek laat aan de verwerende partij uitdrukkelijk de mogelijkheid om op elk moment te kiezen voor de voortzetting van de onderhandelingen met alle of sommige inschrijvers op basis van een *shortlist* opgesteld op basis van de voorlopige resultaten van de onderhandelingen. Er valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom het bestek zou hebben uitgesloten dat de verwerende partij finaal nog met één kandidaat zou onderhandelen. Daarbij dient ook te worden vastgesteld dat op het eerste gezicht de verwerende partij na indiening van de eerste offertes, de verzoekende partij betrokken heeft bij de onderhandelingen en de mogelijkheid heeft geboden verbeteringen alsook een BAFO in te dienen. De verzoekende partij mag worden geacht er van op de hoogte te zijn dat wanneer haar een “best and final offer” wordt gevraagd, op grond hiervan de uiteindelijke begunstigde van de opdracht zal worden gekozen en dat zij aldus om daarvoor in aanmerking te komen, haar beste voorstel diende in te dienen.

Het lijkt aldus op het eerste gezicht niet onzorgvuldig van de verwerende partij om in deze fase van de procedure een eindrangschikking op te stellen en vervolgens enkel met de eerste gerangschikte inschrijver nog finale onderhandelingen ter optimalisering van de contractvoorwaarden te voeren.

25.3. Voorts toont de verzoekende partij niet aan op grond van welke reglementaire bepaling de verwerende partij gehouden zou zijn, na het opstellen van een eindrangschikking en voorafgaand aan het nemen van de formele gunningsbeslissing een formele beslissing tot aanduiding van de eerste gerangschikte inschrijver te moeten nemen, die moet worden meegedeeld aan de overige inschrijvers opdat de verwerende partij nog finale optimalisatie-onderhandelingen zou kunnen voeren met deze eerste gerangschikte inschrijver.

Ook het bestek lijkt dergelijke verplichting niet op te leggen.

25.4. Wat de finale onderhandelingen betreft lijkt op het eerste gezicht uit de bestreden beslissing niet te kunnen worden afgeleid of er nog wijzigingen zijn aangebracht aan de offerte van EvoBus, andere dan de aanpassing van de eenheidsprijzen. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat met EvoBus werd onderhandeld over het aanpassen van het betalingsplan.

25.5. Ten slotte mag de verzoekende partij ter ondersteuning van dit onderdeel van haar derde middel ook niet dienstig verwijzen naar het arrest van de Raad van State GEAC, nr. 141.201 van 24 februari 2005 aangezien de omstandigheden van die zaak in belangrijke mate verschillen van huidige zaak. In de zaak die aanleiding gaf tot het arrest GEAC bezorgde de verwerende partij voorafgaand aan het vergelijken van de offertes na een tweede onderhandelingsronde, aan één van deze inschrijvers een lijst met opmerkingen en hield ze met deze inschrijver een nieuwe werkbijeenkomst waarna dan de gewijzigde offertes werden vergeleken en gerangschikt. Te dezen werd echter aan alle inschrijvers, voorafgaand aan het indienen van de BAFO dezelfde informatie bezorgd, en hebben ze gelijke kansen gekregen bij het voorbereiden van deze BAFO en werd een uiteindelijke rangschikking opgesteld op basis van deze BAFO's. Het is slechts nadat EvoBus reeds als beste werd gerangschikt op grond van de BAFO's dat met EvoBus nog finale onderhandelingen werden gevoerd.

25.6. Het onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

26. In de eerste plaats wordt vastgesteld, wat betreft de kritiek van de verzoekende partij dat de offerte van MAN als onregelmatig had moeten worden geweerd, dat zij enkel opwerpt dat het onterecht betrekken van deze offerte in de beoordeling zijn invloed heeft op de rangschikking, zonder dat zij enige poging onderneemt om aannemelijk te maken dat de beoordeling van haar offerte hierdoor

negatiever uitgevallen is en zij van het betrekken van deze offerte in de beoordeling, meer hinder ondervonden heeft dan EvoBus zodat de rangschikking tussen hen beide aldus zou wijzigen.

Wat de kritiek inzake het niet weren van de offerte van EvoBus betreft kan korthedshalve worden verwezen naar de bespreking onder randnummer 14.

Het onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

27.1. Te dezen moet worden vastgesteld dat de verzoekende partij onvoldoende concreet aantoont wat haar belang is bij dit onderdeel van haar middel. Overigens lijken de inschrijvers al met een e-mailbericht van april 2013 door de verwerende partij in kennis te zijn gesteld van welke varianten en opties zij definitief verkoos; tijdens een onderhandelingsprocedure lijkt er voor een aanbestedende overheid ook ruimte te zijn om het voorwerp van de opdracht nader te bepalen.

27.2. Verder kan in ieder geval het volgende worden opgemerkt:

Het bestek bepaalt ten aanzien van de varianten:

“Verplichte varianten

De onderstaande lijst somt de verplichte varianten op waarvoor de inschrijvers een prijs moeten overmaken:

- VO-01: Post 2: gelede bus met 4 deuren (technische bepalingen 4.1.4);
- VO-02: Posten 1 & 2: passagiersstoel STER 4 ME (technische bepalingen 4.3.8.);
- VO-03: Posten 1 & 2: Kenmerkende ‘zwakke gebruiker’-bekledingsstof voor de ‘zwakke gebruiker’-passagiersstoelen (technische bepalingen 4.3.8);
- VO-04: Posten 1 & 2: USSC type G2A bestuurdersstoel (technische bepalingen 4.4.2);

- VO-05: Posten 1 & 2: buitenverf met hoge hechtsterkte (technische bepalingen 6.3.18);
- VO-06: Posten 1 & 2: ‘perenhouten’ afwerking van de gewelfplaten (technische bepalingen 5.9.1);
- VO-07: Posten 1 & 2: Tetra-radioantenne (technische bepalingen 5.6.22);
- VO-08: Posten 1 & 2: Bridgestone R192 banden (technische bepalingen 6.1.7);
- VO-09: Posten 1 & 2: Good Year UrbanMax MCA banden (technische bepalingen 6.1.7);
- VO-10: Posten 1 & 2: antigraffitilak voor wielkasten en delen onder de zijramen (technische bepalingen 6.3.11);

Verplichte opties

- OO-01: Onderhoudscontract [...]
- OO-02: Overnamebod na 8 jaar [...]
- OO-03: Levering van reizigersinformatiesoftware van de OEM [...]
- OO-03b: Levering van hardware en reizigersinformatiesoftware van de OEM [...]

Vrije varianten:

- VL-01: Posten 1 en 2: bussen met hybridemotor
- VL-02: Posten 1 en 2: bussen met een CNG-motor

Elke andere variant met toegevoegde waarde zal worden onderzocht”.

In de bestreden beslissing wordt over vier bladzijden uitdrukkelijk vermeld om welke reden welke varianten en opties in aanmerking werden genomen.

Het middelonderdeel mist in dat opzicht dan ook manifest feitelijke grondslag. De in de bestreden beslissing opgenomen motivering omtrent de gekozen varianten en opties wordt door de verzoekende partij inhoudelijk op geen enkele wijze betwist, zodat de verzoekende partij dan ook op geen enkele wijze aantoont hoe de materiële motiveringsplicht zou zijn geschonden.

27.3. Het onderdeel van het middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

28. De verzoekende partij voert de schending aan van “het beginsel patere legem quam ipse fecisti, het transparantiebeginsel, de formele motiveringsplicht zoals vervat in de artikelen 65/4 en 65/5 van de Overheidsopdrachtenwet en de artikelen 2 en 3 van de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen van 29 juli 1991, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het materiële motiveringsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel en van artikel 1.4. van het bestek”.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“doordat, verwerende partij op pagina 6 van het bestek aankondigt dat een inschrijver kortingsvoorstellen en verbeteringsvoorstellen mag formuleren in het geval beide percelen aan eenzelfde inschrijver zouden worden gegund, maar de verwerende partij de korting die de verzoekende partij in toepassing van voormelde besteksbepaling heeft geformuleerd, niet in overweging neemt in de bestreden gunningsbeslissing; terwijl, het formele motiveringsbeginsel en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vereisen dat het onderzoek en de beoordeling van de offertes steunt op motieven die feitelijk juist of in rechte aanvaardbaar zijn en die in de gunningsbeslissing zijn weergegeven en dat op grond van de beoordeling van de ingediende offertes voor de inschrijvers moet vaststaan dat de bestekbepalingen door de verwerende partij werden nageleefd; zodat de in het middel aangehaalde bepalingen en rechtsbeginselen zijn geschonden.”

In de toelichting bij haar middel zet de verzoekende partij uiteen dat de verwerende partij in het bestek toepassing heeft gemaakt van de mogelijkheid voor inschrijvers om kortingsvoorstellen en verbeteringsvoorstellen te formuleren voor het geval meerdere percelen aan dezelfde inschrijver zouden worden gegund, zoals voor de offerteaanvraag bepaald is in artikel 89, tweede lid, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996. De verwerende partij is dan ook gebonden door deze besteksbepaling.

In toepassing hiervan heeft de verzoekende partij effectief een kortingsvoorstel geformuleerd in haar offerte en dit werd gedurende de gehele gunningsprocedure gehandhaafd.

Ondanks dit duidelijk en uitdrukkelijk kortingsvoorstel, beoordeelt de verwerende partij dit kortingsvoorstel niet in de bestreden gunningsbeslissing. Er wordt enkel in het kader van de beoordeling van het subsusubgunningscriterium “duidelijkheid van de offerte” geoordeeld dat de verzoekende partij niet duidelijk zou zijn geweest omtrent de voorwaarden van de korting van 500.000 euro voorgesteld in de offerte en dat de verzoekende partij zonder verdere toelichting die korting niet meer zou hebben herhaald of gehandhaafd in haar BAFO van 24 mei 2013.

Deze beoordeling kan geen stand houden aangezien het kortingsvoorstel vanzelfsprekend onverminderd van toepassing was, ook in het kader van de BAFO.

Beoordeling

29. In haar initiële offerte heeft de verzoekende partij het volgende vermeld bij de invulling van de prijzen:

“Indien de bestelling van beide loten aan VDL wordt toegewezen, willen wij voorzien in een totale korting van 500.000,- euro op de totale bestelling.”

Zoals reeds besproken lijkt te moeten worden vastgesteld dat de verwerende partij bij de uitnodiging tot het indienen van de BAFO aan de inschrijvers uitdrukkelijk had gevraagd de BAFO in te dienen op basis van het bijgevoegde Excel-bestand.

Het Excel-bestand had betrekking op de nieuw op te geven eenheidsprijzen voor verschillende onderdelen van de opdracht, zoals de opgave van een nieuwe totale aankoopprijs voor de rijtuigen. De verwerende partij lijkt dan ook niet onrechtmatig te hebben geoordeeld door geen rekening meer te houden met het algemene kortingsvoorstel dat in de eerste offerte werd geformuleerd, nu de prijzen van de offerte geacht moeten worden te zijn vervangen door de nieuwe prijzen vermeld op de bij de BAFO ingediende Excel-tabel en de verzoekende partij daarin nergens melding maakt van een kortingsvoorstel.

De beoordeling van de verwerende partij lijkt des te meer voor de hand liggend nu de in de BAFO gerealiseerde vermindering van de prijzen voor perceel 1 418.000 euro en voor perceel 2 474.000 euro bedraagt, wat de initiële korting op de totale bestelling ruim lijkt te overschrijden.

Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

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

Bij gebrek aan ernstig middel is er geen reden om in te gaan op de belangenafweging die de verwerende partij voorstelt.

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 20 november 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