

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 226.058 van 14 januari 2014
in de zaak A. 211.039/XII-7527**

In zake: de NV COFELY FABRICOM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MB Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV VAN PUBLIEK RECHT INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Filip Lahaye
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 16 december 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van [de nv van publiek recht Infrabel] van 26 november 2013, waarbij werd beslist om de opdracht van werken: ‘opdracht TR 012363 – Uitrustingen van de spoorverbinding Schuman – Josaphat: fase 2’ te gunnen aan de thv Cegelec-Putman-Spie voor een verbeterd bedrag van € 19.510.426,97 exclusief btw en om de offerte van [de nv Cofely Fabricom] voor een verbeterd bedrag van € 16.900.049,05 exclusief [btw] niet te weerhouden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 januari 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bettina Poelemans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Filip Lahaye, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. De nv van publiek recht Infrabel schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als benaming “Project TR 012363 - Uitrustingen van de spoorverbinding Schuman-Josaphat: fase 2”.

De opdracht wordt gegund bij wijze van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 februari 2013 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 13 februari 2013.

3.3. Er worden zeven kandidaatstellingen ingediend, waarvan er zes worden geselecteerd.

3.4. Het bijzonder bestek TR 012363 bepaalt dat vrije varianten niet zijn toegestaan.

3.5. Vier inschrijvers dienen, met een evaluatiematrix die de technische gegevens van de offertes betreft, de volgende laatste en beste financiële offertes in :

	Inschrijvers	Bedrag van de offerte (na verbetering van rekenfouten)
1	Cofely Fabricom nv (Brussel)	16.900.049,05 euro
2	THV Systrim (Merelbeke)	18.480.940,98 euro
3	THV Cegelec-Putman-Spie (Brussel)	19.510.426,97 euro
4	THV Heijmans Civiel – Van den berg – Jacobs (Schelle)	20.168.547,99 euro

3.6. Het gunningsverslag vermeldt het volgende resultaat van de beoordeling van deze laatste offertes:

“Het resultaat van de financiële evaluatie was als volgt:

	Inschrijvers	Score C F,I (maximum 1)
1	Cofely Fabricom nv (Brussel)	1
2	THV Systrim (Merelbeke)	0,91
3	THV Cegelec-Putman-Spie (Brussel)	0,87
4	THV Heijmans Civiel – Van den berg – Jacobs (Schelle)	0,84

Het resultaat van de technische evaluatie is als volgt:

	Inschrijvers	Score C T,I (maximum 71)
1	THV Cegelec-Putman-Spie (Brussel)	46,75
2	THV Heijmans Civiel – Van den berg – Jacobs (Schelle)	40,00
3	Cofely Fabricom nv (Brussel)	38,50
4	THV Systrim (Merelbeke)	36,00

De offerte van Cofely Fabricom nv krijgt twee quoteringen die lager dan 0,50 zijn voor de volgende criteria van de technische evaluatiematrix:

- Criterium 29 - Geplande LS- en HS-Installaties: ‘De inschrijver vermeldt in de hoofding dat een droge transformator voorzien wordt maar de gedetailleerde technische fiche vermeldt een vloeistof gekoelde transformator, wat niet in overeenstemming is met het bestek.’
- Criterium 31 –Planning van de deeltermijn 3 (terbeschikkingstelling SCCIT en branddetectiecentrales): ‘De voorgestelde planning stemt niet

overeen met de deeltermijn 3. De terbeschikkingstelling van de installatie is verplicht voorzien na 460 kalenderdagen (dwz begin april 2015). De planning van Cofely Fabricom nv vermeldt dat de installatie pas tegen half oktober 2015 ter beschikking zal worden gesteld, wat de indienststelling van de lijn met ten minste 6 maanden vertraagt.’

[...]

Het globaal resultaat is als volgt:

	Inschrijvers	Totale score C F,I X C T,I (maximum 71)
1	THV Cegelec-Putman-Spie (Brussel)	40,67
2	THV Heijmans Civiel – Van den berg – Jacobs (Schelle)	33,60
3	Cofely Fabricom nv (Brussel)	Niet weerhouden [1]
4	THV Systrim (Merelbeke)	Niet weerhouden [1]

[1] Conform artikel 109 van deel 1 van het bestek, worden de offertes uitgesloten die –na onderhandelingen- op één of meerdere vragen, vermeld in de evaluatiematrix, minder dan de helft van de maximumscore behalen”.

Voorts vermeldt het gunningsverslag het volgende globaal resultaat, enkel rekening houdend met de twee in aanmerking genomen offertes:

	Inschrijvers	Totale score C F,I X C T,I (maximum 71)
1	THV Cegelec-Putman-Spie (Brussel)	46,75
2	THV Heijmans Civiel – Van den berg – Jacobs (Schelle)	38,80

Vastgesteld wordt dat de voordeligste regelmatige inschrijving werd ingediend door de THV Cegelec-Putman-Spie.

3.7. Op 26 november 2013 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om de opdracht overeenkomstig het gunningsverslag te gunnen aan de thv Cegelec-Putman-Spie voor een verbeterd bedrag van 19.510.426,97 euro, btw niet inbegrepen.

3.8. Met een e-mailbericht en aangetekend schrijven van 29 november 2013 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat haar offerte niet werd gekozen.

Als bijlage wordt een afschrift gevoegd van de beslissing van de raad van bestuur van 26 november 2013, met het gunningsverslag.

IV. De schorsingsvoorwaarden

4. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

5. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ 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 beslissing kunnen verantwoorden.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

6. Het eerste en enige middel is genomen uit de schending van artikel 65/4, 5°, en artikel 65/5, 6° en 7°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, van “de materiële motiveringsplicht, van het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel, van het transparantiebeginsel en van het ‘patere legem quam ipse fecisti’-beginsel”.

De verzoekende partij voert daartoe aan “dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes van de verzoekende partij en/of de gekozen inschrijver THV Cegelec-Putman-Spie op grond van het tweede gunningscriterium ‘Technische evaluatie’ één of meerdere van de in het middel aangehaalde beginselen en/of wettelijke bepalingen schendt, in het bijzonder dient dit prima facie te worden vastgesteld wat betreft de beoordeling van de antwoorden op de vragen/subcriteria 9, 10, 23, 26, 29 en 31 van de technische evaluatiematrix”.

In een eerste middelonderdeel stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij in het licht van het subcriterium 29 en het subcriterium 31, ten onrechte aan de offerte van de verzoekende partij twee quoterings gegeven heeft die lager zijn dan 0,50 op 1, namelijk slechts een score van 0,25 op 1, en heeft zij aldus geoordeeld, conform de beoordelingsmethodiek van artikel 109 van deel I van het bestek, dat de antwoorden in de BAFO van de verzoekende partij op deze twee subcriteria onvoldoende en niet conform de bestekvoorschriften zijn.

Inzake de beoordeling van subcriterium 29 merkt de verzoekende partij op dat, zoals ook blijkt uit de bij de offerte gevoegde detailberekeningen van de prijs, zij reeds vanaf haar eerste offerte de vereiste droge transformatoren heeft aangeboden, doch inderdaad verkeerde technische fiches had toegevoegd, namelijk betreffende met vloeistof gekoelde transformatoren. Zij wijst er op dat de verwerende partij betreffende dit subcriterium tijdens de eerste

onderhandelingsronde ontbrekende technische fiches heeft opgevraagd, doch geen enkele opmerking heeft gemaakt betreffende de verkeerde technische fiche voor de transformatoren. Nochtans was het volgens de verzoekende partij precies de bedoeling van de onderhandelingen om eventuele onduidelijkheden, onvolledigheden en/of niet-conformiteiten weg te werken.

In de per 9 oktober 2013 aan de verzoekende partij bezorgde evaluatiematrix ter beoordeling van de tweede ingediende offerte, werd vervolgens aan de offerte van de verzoekende partij voor het subcriterium 29 een score toegekend van 0,50 op 1 en werd opnieuw geen enkele opmerking gemaakt of vraag gesteld aangaande de gevoegde - per vergissing verkeerde- technische fiches van de transformatoren. Kennelijk oordeelde de verwerende partij alsdan dat inderdaad droge transformatoren door de verzoekende partij werden aangeboden, en aldus dat de offerte en het antwoord van de verzoekende partij voor subcriterium 29 conform is met de besteksvoorschriften.

Bij de uiteindelijke beoordeling van de BAFO van de verzoekende partij werd evenwel plots een gewijzigde beoordeling en score aan de offerte van de verzoekende partij op het subcriterium 29 gegeven, want nog slechts een score van 0,25 op 1. Volgens de verzoekende partij kan de verwerende partij onmogelijk op basis van exact dezelfde gegevens en informatie in de offerte van 18 september 2013 en de BAFO van 16 oktober 2013 de ene keer oordelen dat de offerte en het antwoord op dit subcriterium 29 conform de besteksvoorschriften is en aldus een score van 0,50 op 1 toekennen, en de andere keer dat de offerte en het antwoord niet conform de besteksvoorschriften zou zijn en slechts een score van 0,25 op 1 toekennen.

Dergelijke intern tegenstrijdige motivering kan volgens de verzoekende partij niet worden aanvaard, is deugdelijk noch draagkrachtig, en schendt de materiële motiveringsplicht. Evenzeer houdt deze beoordeling een duidelijke schending in van het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel aangezien uit de offerte van de verzoekende partij duidelijk blijkt dat zij wel degelijk droge transformatoren zal leveren en installeren, en geen met vloeistof gekoelde transformatoren. Minstens verplicht het zorgvuldigheidsbeginsel de aanbestedende overheid, indien zij toch twijfelde aan de juistheid van het aanbod

en aan de medegedeelde gegevens, en mocht er voor haar toch een onduidelijkheid zijn, om deze twijfel en onduidelijkheid van meet af aan te signaleren en de verzoekende partij toe te laten de correcte technische fiches mee te delen. Door bij sommige inschrijvers alle onregelmatigheden weg te (laten) werken en deze bij de verzoekende partij beweerde onregelmatigheid, zonder enige objectieve reden, niet te signaleren, komt ook de gelijke behandeling in het gedrang en wordt het gelijkheidsbeginsel geschonden. Tot slot werden eveneens het *patere legem*-beginsel en het besteksvoorschrift van artikel 109 van deel I van het bestek geschonden, nu blijkt dat de offerte van de verzoekende partij voor subcriterium 29 van de evaluatiematrix wél conform is aan de besteksvoorschriften.

Vervolgens betwist de verzoekende partij de beoordeling van subcriterium 31 :“Beschrijf aan de hand van een nota (voorafgaande aan de toekomstige veiligheidsplannen van de ondersystemen) de strategie die zal gebruikt worden om te beantwoorden aan de veiligheidseisen van de bijlage 3 van het bestek”.

Aldus werd de offerte van de verzoekende partij volgens haar ten onrechte uitgesloten met toepassing van artikel 109 van deel 1 van het bestek.

Beoordeling

7. Wat de aangevoerde schending betreft van de formelemotiveringsplicht vervat in de artikelen 65/4, 5° en 65/5, 6° en 7°, van de voormelde wet van 24 december 1993, moet worden vastgesteld hetgeen volgt.

Overeenkomstig het ingeroepen artikel 65/4, 5°, van die wet dient een aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op te stellen wanneer ze een opdracht gunt. Artikel 65/5, 6°, van dezelfde wet bepaalt dat deze gemotiveerde beslissing dient te bevatten, “de namen van de inschrijvers van wie de offerte onregelmatig is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering. Deze motieven hebben met name betrekking op het abnormale karakter van de prijzen en, in voorkomend geval, op de beslissing dat de voorgestelde oplossingen niet gelijkwaardig zijn aan de technische specificaties of dat ze niet voldoen aan de vastgestelde prestatie- of functionele eisen”.

Artikel 65/4, 7°, van dezelfde wet bepaalt voorts dat de beslissing de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen dient te bevatten en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben.

De door de verzoekende partij ingeroepen formelemotiveringsplicht strekt ertoe de afgewezen inschrijvers de nodige informatie te verschaffen over de redenen waarom hun offerte werd afgewezen, zodat zij met kennis van zaken zouden kunnen oordelen of het zin heeft zich tegen de afwijzing te weren en in rechte voor hun belangen op te komen. Dit houdt in dat zij uit de weergegeven motieven moeten kunnen afleiden waarom hun offerte werd geweerd.

De formele motivering van de bestreden beslissing is vervat in de bestreden beslissing van de raad van bestuur van 26 november 2013, evenals in het gunningsverslag waarnaar wordt verwezen en de bijgevoegde evaluatiematrix met betrekking tot elk van de inschrijvers.

Op het eerste gezicht valt niet in te zien waarom de aanbestedende overheid haar beslissing meer diende te motiveren dan zij al deed. De geboden motivering lijkt, zowel in rechte als in feite, aan de verzoekende partij voldoende duidelijkheid te verschaffen omtrent de determinerende motieven van het weren van haar offerte, hetgeen overigens ook blijkt uit het feit dat zij in het eerste onderdeel van haar enige middel ook de deugdelijkheid van deze motivering betwist. Het doel van de formelemotiveringsplicht lijkt aldus in ieder geval te zijn bereikt en de schending ervan lijkt niet aangetoond.

8.1. Wat de rechtmatigheid van de motieven zelf betreft, valt op te merken dat de in het geding zijnde opdracht wordt gegund bij onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Bij die procedure kan de grote beleidsvrijheid van de aanbestedende overheid wel beperkt zijn onder meer door de regels die de aanbestedende overheid zelf in het bestek heeft opgelegd.

Te dezen wordt in artikel 109 van deel I van het bestek uitdrukkelijk bepaald dat de offertes die op een of meerdere vragen vermeld in evaluatiematrix minder dan de helft van de maximum score behaalden, na de eventuele onderhandelingen worden uitgesloten.

Uit de omschrijving van de gunningscriteria in het bestek blijkt tevens dat de helft van de punten (0,50 op 1) wordt toegekend indien het antwoord op de betrokken vraag conform de besteksvoorschriften is. Een score lager dan 0,50 houdt aldus op het eerste gezicht de vaststelling in dat niet aan de besteksvoorschriften is voldaan.

8.2. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan bestekbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden, ingeval het afdoen van een middel noopt tot dergelijke controles.

8.3. Uit het gunningsverslag blijkt dat de offerte van de verzoekende partij met toepassing van de voormelde bepaling in artikel 109 van deel I van het bestek wordt geweerd op grond van de volgende motivering:

“De offerte van Cofely Fabricom nv krijgt twee quoterings die lager dan 0,50 zijn voor de volgende criteria van de technische evaluatiematrix:

- Criterium 29 - Geplande LS- en HS-Installaties: ‘De inschrijver vermeldt in de hoofding dat een droge transformator voorzien wordt maar de gedetailleerde technische fiche vermeldt een vloeistof gekoelde transformator, wat niet in overeenstemming is met het bestek.’
- Criterium 31 –Planning van de deeltermijn 3 (terbeschikkingstelling SCCIT en branddetectiecentrales): ‘De voorgestelde planning stemt niet overeen met de deeltermijn 3. De terbeschikkingstelling van de installatie is verplicht voorzien na 460 kalenderdagen (dwz begin april 2015). De planning van Cofely Fabricom nv vermeldt dat de installatie pas tegen half oktober 2015 ter beschikking zal worden gesteld, wat de indienststelling van de lijn met ten minste 6 maanden vertraagt”.

Op het eerste gezicht dient te worden aangenomen dat elk van beide motieven op zichzelf voldoende draagkrachtig is om de bestreden beslissing

te schragen. De verzoekende partij lijkt overigens niet te betwisten dat zij om elk van die motieven mocht worden geweerd, indien deze motieven in rechte deugdelijk waren. Zij voert echter aan, in het hier besproken eerste onderdeel van het middel, dat deze beide motieven in rechte niet deugdelijk zijn. Aldus lijkt zij op het eerste gezicht enkel te beschikken over het rechtens vereiste belang bij dit middel indien zij erin zou slagen aan te tonen dat beide motieven onrechtmatig zijn.

8.4. De grieven inzake de beoordeling aan de hand van subcriterium 29 worden in het mondelinge advies ter terechtzitting door het auditoraat niet aanvaard, en zulks wordt onder meer als volgt verwoord:

- Criterium 29 wordt in de evaluatiematrix gevoegd bij het bestek, zoals gewijzigd bij terechtwijzend bericht van 5 juli 2013, als volgt omschreven: “Technische beschrijving en fiches van de voorziene LS en HS installaties”.

De door de inschrijvers aan te bieden installaties omvatten onder meer transformatoren die gebruikt zullen worden voor de elektrische voeding van onder meer rookgasventilatoren, rookextractors, verlichting, stopcontacten enzovoorts.

Uit de samenvattende meetstaat gevoegd bij het bestek blijkt dat tweemaal in een “droge transformator 11 kV/690 V + N-1000 kVA – pertes réduites” dient te worden voorzien, evenals tweemaal in een “droge transformator 11 kV/400 V + N-630 kVA – pertes réduites”.

Beide types van transformatoren worden nader omschreven in technisch artikel 9 van deel 4 van het bestek, zoals toegevoegd door verbeteringsbericht nr. 1 van 5 juli 2013. Ook uit deze technische specificaties blijkt duidelijk dat het bestek het gebruik van “droge” transformatoren voorschrijft, wat door de verzoekende partij overigens ook niet wordt betwist.

- De verwerende partij verduidelijkt in haar nota dat de noodzaak om het gebruik van een droge transformator als eis voorop te stellen in hoofdzaak ingegeven is door veiligheidseisen. Wegens het feit dat deze installaties ondergronds moeten worden opgesteld, mogen volgens haar geen oliegekoelde installaties worden gebruikt teneinde de risico's op brand en brandverspreiding te beperken bij mogelijke defecten/problemen met de installatie. Bijgevolg is het gebruik van dit type transformatoren volgens de verwerende partij essentieel in het geheel van de installatie.

- Vastgesteld dient te worden dat de verzoekende partij in haar eerste offerte in antwoord op vraag 29 “technische beschrijving en fiches van de voorziene LS en HS installaties” onder meer het volgende vermeldt:

“29.1. Transformatoren

29.1.1. Droge transformator 11 kV/690 V + N-1000 kVA
Technische specificaties zie bijlage

29.1.2 Droge transformator 11 kV/400 V + N-630 kVA
Technische specificaties zie bijlage”

De technische fiches waarnaar verwezen wordt vermelden echter “Algemene karakteristieken betreffende de driefazige transformatoren - met vloeistof afgekoeld”. Daarnaast wordt onder de hoofding “Opmerkingen” in de eerste technische fiche onder meer vermeld “Transformator volgens het lastenboek Infrabel”.

In haar tweede offerte voegt de verzoekende partij een aantal technische fiches toe die in haar eerste offerte ontbraken en die door de verwerende partij waren opgevraagd. Daarnaast herneemt zij voormelde beschrijving uit haar eerste offerte wat de transformatoren betreft en voegt zij opnieuw dezelfde technische fiches toe betreffende met vloeistof afgekoelde transformatoren.

Ook in haar BAFO-offerte herneemt de verzoekende partij voormelde beschrijving uit haar eerste offerte wat de transformatoren betreft en voegt zij opnieuw dezelfde technische fiches toe betreffende met vloeistof afgekoelde transformatoren.

- De verzoekende partij betwist als dusdanig niet dat de door haar bij haar offerte gevoegde technische fiches betrekking hebben op met vloeistof gekoelde transformatoren, noch dat dergelijke transformatoren afwijken van essentiële besteksvoorschriften.

Zij voert echter aan dat uit haar offerte blijkt dat zij wel degelijk droge transformatoren heeft aangeboden, doch slechts een verkeerde technische fiche heeft toegevoegd. Zij is van oordeel dat de verwerende partij bij haar de juiste technische fiche had moeten opvragen. Minstens diende de verwerende partij volgens haar, in geval zij toch twijfelde omtrent de juistheid van het aanbod deze twijfel en onduidelijkheid van meetaf aan te signaleren en de verzoekende partij toe te laten de correcte technische fiches mee te delen.

- Daarbij dient in de eerste plaats te worden benadrukt dat zowel uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie als van de Raad van State blijkt dat er bij het opstellen van hun offertes ook op de inschrijvers een zorgvuldigheidsplicht rust. Op het eerste gezicht lijkt de

verzoekende partij hieraan manifest tekort geschoten te zijn door maar liefst driemaal – naar eigen zeggen – verkeerde technische fiches toe te voegen aan haar offerte.

Voorts lijkt het standpunt van de verzoekende partij dat uit haar offerte duidelijk blijkt dat droge transformatoren worden aangeboden, op het eerste gezicht niet te kunnen worden gevolgd.

Zij herneemt in haar offerte immers louter de besteksomschrijvingen “29.1.1. Droge transformator 11 kV/690 V + N-1000 kVA” en “29.1.2 Droge transformator 11 kV/400 V + N-630 kVA”, en verwijst hieronder meteen wat de technische specificaties ervan betreft naar de als bijlage gevoegde technische fiches. Deze fiches vermelden echter “transformatoren - met vloeistof afgekoeld”.

Ook in haar detailberekening bij de eenheidsprijzen wordt louter de besteksomschrijving overgenomen.

- Terecht lijkt de verwerende partij er aldus op te wijzen dat het voor haar niet mogelijk was om met zekerheid uit te maken of de verzoekende partij bij het opstellen van haar offerte, alsook bij haar prijszetting, wel degelijk rekening had gehouden met droge transformatoren. Uit de omschrijving van het subgunningscriterium blijkt bovendien duidelijk dat de technische beschrijving én de fiches van de voorziene LS en HS installaties dienden te worden beoordeeld.

- De vraag rijst dan of de verwerende partij, zoals de verzoekende partij suggereert, ertoe gehouden was om de onduidelijkheid van meetaf aan te signaleren en de verzoekende partij toe te laten eventueel andere technische fiches mee te delen.

Dienaangaande valt op te merken dat voor de Raad van State reeds meermaals de vraag is gerezen of de hoorplicht en rechten van verdediging gelden alvorens tot technische onregelmatigheid van de offerte te besluiten.

Deze vraag werd door de Raad negatief beantwoord.

De verwerende partij merkt in haar nota overigens op dat zij de niet-conformiteit van de offerte van de verzoekende partij op het punt van de door het bestek voorgeschreven “droge transformatoren” pas bij de finale beoordeling heeft opgemerkt.

Zij voert aan dat zij geoordeeld heeft een score lager dan 0,50 te moeten toekennen gelet op (i) de strakke planning van deze opdracht, alsook (ii) het feit dat de verantwoordelijkheid voor het toevoegen van correcte documentatie in de offerte in eerste instantie bij de verzoekende partij ligt, én er diende te worden van uitgegaan dat de verzoekende partij reeds meermaals de gelegenheid had gekregen om de correctheid van de

toegevoegde technische fiches te verifiëren, alsook op (iii) het feit dat het voor de verwerende partij niet mogelijk was om met zekerheid uit te maken of de verzoekende partij bij het opstellen van haar offerte, alsook bij haar prijszetting, al dan niet rekening had gehouden met droge transformatoren.

- Op het eerste gezicht lijkt de verwerende partij er niet toe gehouden om in de gegeven omstandigheden opnieuw over te gaan tot onderhandelingen om de verzoekende partij alsnog toe te laten haar offerte aan te passen wat de aangeboden transformatoren betreft.

Daarbij valt – zeker in het licht van recente rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie – overigens te betwijfelen of het überhaupt toelaatbaar zou zijn voor de verwerende partij om in het kader van de onderhandelingsprocedure de betrokken niet- conformiteit “weg te (laten) werken” zoals de verzoekende partij suggereert althans in de mate dat ze betrekking heeft op dwingende eisen van de technische specificaties. De verwerende partij stelt in haar nota immers zelf dat dit type transformatoren essentieel is in het geheel van de installatie, wat door de verzoekende partij niet wordt betwist.

Door de offerte van de verzoekende partij uit te sluiten met toepassing van voormeld artikel 109 van deel I van het bestek op grond van de motivering “De inschrijver vermeldt in de hoofding dat een droge transformator voorzien wordt maar de gedetailleerde technische fiche vermeldt een vloeistof gekoelde transformator, wat niet in overeenstemming is met het bestek”. lijkt de verwerende partij op het eerste gezicht dan ook de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten te zijn gegaan.

- Anders dan wat de verzoekende partij betoogt, lijkt in deze stand van de procedure de handelwijze van de verwerende partij tijdens de onderhandelingsprocedure – namelijk het feit dat de verwerende partij betreffende andere elementen wel nog technische fiches heeft opgevraagd, doch nagelaten heeft om bij de verzoekende partij de juiste technische fiche op te vragen enerzijds en het feit dat de verwerende partij op dit subcriterium eerder een tussentijdse evaluatie van 0,50 had toebedeeld - niet tot een ander besluit te leiden.

Op het eerste gezicht kan het opvragen van ontbrekende technische fiches niet zonder meer worden gelijkgesteld met het opvragen van andere technische fiches in geval van tegenstrijdigheid tussen de bewoordingen van de offerte en de bijgevoegde technische fiches.

Voorts blijkt dat de score van 0,50 die de verzoekende partij op dit subcriterium had behaald na de tweede onderhandelingsronde ook slechts een voorlopige score te betreffen, die bovendien slechts werd toegekend “onder voorbehoud van het opsturen van de technische fiche van de scheidingskoffer Booster en de aftakdoos verlichting conform NBN 713-020 ADO3”.

- Wat ten slotte de beweerde ongelijke behandeling van de inschrijvers betreft, dient op het eerste gezicht te worden vastgesteld dat de verwerende partij aan alle inschrijvers op gelijke wijze de ontbrekende technische fiches heeft opgevraagd. Op het eerste gezicht blijkt verder niet dat de verwerende partij een andere inschrijver zou hebben toegelaten om een vergelijkbare onregelmatigheid te regulariseren.
- De eerste grief aangevoerd in het eerste middelonderdeel van het middel is niet ernstig.

8.5. Deze vaststellingen worden door de Raad van State bijgevallen. De verzoekende partij heeft niet aangetoond dat het besproken motief, een van de twee motieven op grond waarvan haar offerte is geweerd, onrechtmatig is. De verzoekende partij heeft aldus geen belang meer bij haar grief betreffende het andere motief, inzake subcriterium 31, nu deze grief een overtollig motief betreft.

VI. Besluit

9. Uit wat voorafgaat volgt dat de verzoekende partij dient te worden beschouwd als een inschrijver die een onregelmatige offerte indiende, zodat zij geen belang heeft om de gunning aan een concurrerende inschrijver aan te vechten, nu zij ook niet aantoont of zelfs maar poogt aan te tonen dat de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund.

Aldus is de vordering niet ontvankelijk.

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 14 januari 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest