

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 228.016 van 8 juli 2014
in de zaak A. 212.700/XII-7678**

In zake: de nv SIEMENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Jolijn Weytjens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NMBS, nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Arne Carton
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

De tussenkomende partij:

de nv ALSTOM BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Lore Derdeyn
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86c bus 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 juni 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de gunningsbeslissing van de NMBS meegedeeld bij brief van de NMBS van 26 mei 2014 aan Siemens waarbij de NMBS de opdracht met nummer C71/0000152305 voor de levering en de indienstneming van de uitrusting die noodzakelijk is voor de integratie van de functionaliteiten ETCS niveau 2 in 449 NMBS-stellen evenals het

onderhoud van die uitrusting gedurende een periode van 10 jaar, toekent aan Alstom Belgium Transport”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 19 juni 2014 heeft de nv Alstom Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 juli 2014, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans en Jolijn Weytjens, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Frederik Vandendriessche en Arne Carton, die verschijnen voor de verwerende partij en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (hierna: NMBS) schrijft een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking voor de levering (aankoop) van goederen uit met als voorwerp ‘C71/0000152305 –

Integratie van ETCS uitrusting v.2.3.0.d niveau 2 in 449 NMBS stellen en onderhoudscontract voor 10 jaar’.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 november 2012 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 30 november 2012.

3.2. De opdracht wordt beheerst door het bijzonder bestek nr. C71-0000152305. Er zijn twee gunningscriteria, zijnde prijs (60%) en techniek (40%).

Met het gunningscriterium ‘techniek’ worden de volgende gegevens beoordeeld: (1) technische kwaliteit van de aangeboden uitrusting met inbegrip van de documentatie, (2) kwaliteit van de oplossing inzake de gekozen locatie, (3) kwaliteit van het onderhouds- en gebruiksgemak met inbegrip van de documentatie, (4) duurzaamheid van de aangeboden oplossingen, (5) statuut van de certificatie van de aangeboden uitrusting verleend door ISA, DeBo, NoBo, of NSA, en (6) kwaliteit van de dienst na verkoop.

Het bestek legt bovendien verplichte varianten op, waaronder de integratie van de functionaliteiten ETCS niveaus 0, 1 en 2 (Baseline 3 in plaats van v.2.3.0.d).

In de algemene voorwaarden van het bestek wordt inzake de treinstellen AM96bi bepaald dat de geleverde uitrusting in Frankrijk moet kunnen rijden met de functionaliteit STM France. In het technisch gedeelte van het bestek wordt verduidelijkt dat voor vervoer in Frankrijk, STM de nationale functionaliteiten RPS en KVB (*Contrôle de Vitesse par Balises*) moet ondersteunen.

3.3. Naast vier andere inschrijvers stellen de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst zich respectievelijk bij brief van 4 januari 2013 en 7 januari 2013 kandidaat voor deelname aan de opdracht.

3.4. De verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst worden bij brief van 3 mei 2013 op de hoogte gebracht van hun selectie en zij worden verzocht hun voordeligste offerte in te dienen in overeenstemming met het bij de brief bijgesloten bestek. De uiterste datum van indiening van de offerte is 15 juli 2013 om 15 u.

3.5. Vervolgens worden de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst op de hoogte gebracht van enkele wijzigingen aangebracht aan het bestek, namelijk :

- bij brief van 27 mei 2013, dat de periode van de algemene technische garantie wordt verduidelijkt;
- bij brief van 4 juli 2013, dat de uiterste datum van indiening van de offerte wordt verplaatst naar 20 augustus 2013 om 15 u ;
- en bij brief van 12 juli 2013, dat bepaalde technische specificaties worden gewijzigd.

3.6. Bij brief van 15 juli 2013 meldt Infrabel aan de NMBS dat het passend is om bij de aanbesteding van de boordapparatuur in het kader van het masterplan ETCS onmiddellijk in Baseline 3 te voorzien.

3.7. Bij brief van 18 juli 2013 maakt de verzoekende partij melding van enkele moeilijkheden inzake de installatie van KVB op de uitrusting van het type AM96bi. In deze brief maakt de verzoekende partij onder meer melding van de vrees om niet tijdig een offerte te ontvangen van de verzoekende partij tot tussenkomst voor de KVB-functionaliteit.

3.8. De verzoekende partij tot tussenkomst maakt op 21 juli 2013 een 'Product Offer STM KVB to Siemens' op.

3.9. De verwerende partij antwoordt bij brief van 26 juli 2013 op de opmerkingen van de verzoekende partij. Zij wijst er onder meer op dat om te kunnen blijven rijden op het Franse spoornetwerk de uitrusting nog steeds moet

beschikken over de KVB-functionaliteit. Tevens wijst zij erop dat de inschrijvers, teneinde te voldoen aan het besteksvereiste van het bieden van een oplossing STM-KVB, dit zelf of via een onderaannemer kunnen ontwikkelen.

3.10. De verwerende partij vraagt op 30 juli 2013 aan de *Autorité française de sécurité ferroviaire* of er een tijdschema bestaat inzake het opheffen van de verplichting van een KVB-uitrusting om te rijden op het Franse spoornetwerk en, indien niet, tot welke datum KVB is vereist.

3.11. De verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst dienen op 20 augustus 2013 hun offerte in.

3.12. De *Autorité française de sécurité ferroviaire* antwoordt bij brief van 17 september 2013 ontkennend op de vraag inzake een tijdschema, maar stelt dat een oplossing STM-KVB in ontwikkeling is.

3.13. Bij brief van 20 september 2013 laat de verwerende partij weten dat bepaalde aspecten van de offerte van de verzoekende partij onvoldoende duidelijk zijn, waarop zij wordt uitgenodigd voor een vergadering op 23 oktober 2013 waarna zij een nieuwe offerte zal moeten indienen.

3.14. De verzoekende partij bezorgt bij brief van 14 oktober 2013 antwoorden aan de verwerende partij.

3.15. Bij brief van 20 november 2013 krijgt de verzoekende partij een verslag van de vergadering van 23 oktober 2013 toegestuurd. Ook wordt haar meegedeeld dat er een wijziging is aan het bestek.

3.16. De verzoekende partij dient op 2 december 2013 een aangepaste offerte in. In de begeleidende brief wijst zij op de drie mogelijkheden die worden aangeboden: een versie met KVB-STM en twee alternatieven.

Ook de verzoekende partij tot tussenkomst dient op 2 december 2013 een aangepaste offerte in.

3.17. De verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst worden bij brief van 16 januari 2014 verzocht bijkomende informatie te geven, wat zij vervolgens doen.

3.18. In een verslag van 20 maart 2014 worden de technische kwaliteiten van de offertes geëvalueerd.

3.19. Bij brief van 20 maart 2014 worden de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkomst verzocht hun beste offerteprijs te bezorgen tegen uiterlijk 7 april 2014. Tevens laat de verwerende partij weten dat zij heeft beslist de verplichte variëteit inzake de integratie van de functionaliteiten ETCS niveaus 0, 1 en 2 Baseline 3 te lichten.

3.20. De verzoekende partij vraagt bij brief van 25 maart 2014 om de uiterste indieningsdatum van de offertes te verplaatsen naar 9 mei 2014, waarop de verwerende partij echter niet ingaat.

3.21. De verwerende partij vraagt bij brief van 2 april 2014 dat, ten gevolge opmerkingen gemaakt door bepaalde inschrijvers inzake de integratie van de uitrusting KVB teneinde ETCS te laten functioneren op het niveau STM France, prijzen worden opgegeven voor (1) uitrusting KVB per stel, (2) installatie-uren per stel, (3) werktuigen en (4) andere (te preciseren), met als doel een prijzenverificatie mogelijk te maken.

3.22. Bij e-mail van 3 april 2014 vraagt de verzoekende partij of de verwerende partij de delen KVB en ETCS splitst en of rekening zal worden gehouden met de prijzen die worden geboden voor het systeem KVB. De verzoekende partij is de mening toegedaan dat met KVB geen rekening meer mag worden gehouden, gelet op de marktsituatie en het gegeven dat de verzoekende partij tot

tussenkost geen marktconforme prijzen hanteert ten aanzien van de verzoekende partij.

3.23. De verwerende partij antwoordt bij e-mail van 3 april 2014 dat er geen splitsing is van de delen KVB en ETCS zoals verwoord door de verzoekende partij, en dat zij op de hoogte is van de marktsituatie inzake KVB wat de reden is voor het opgeven van onderscheiden prijzen zodat zij kan overgaan tot een controle van de prijzen.

3.24. Van 4 tot en met 6 april 2014 grijpt tussen de verzoekende partij en de verwerende partij e-mailverkeer plaats inzake de verplichte variante Baseline 3. In een laatste e-mail vraagt de verzoekende partij dat door alle inschrijvers wordt bevestigd dat de prijs voor de realisatie van de hardware voor Baseline 3 is opgenomen in de posten *Investissement initial*.

3.25. De verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkost dienen op 7 april 2014 hun beste offerteprijs in.

3.26. De verzoekende partij vraagt bij een ter post aangetekende brief van 16 april 2014 dat de verwerende partij verifieert dat de inschrijvers de kosten van de implementatie van de hardware/software voor de migratie naar Baseline 3 hebben opgenomen.

3.27. Bij brief van 22 april 2014 vraagt de verwerende partij om verduidelijkingen bij de offertes van de verzoekende partij en de verzoekende partij tot tussenkost, die worden bezorgd bij brieven van respectievelijk 5 mei en 30 april 2014.

3.28. Het hoofd van het project ETCS besluit op 7 mei 2014 dat de verkregen verduidelijkingen geen invloed hebben op de technische evaluatie van 20 maart 2014.

3.29. Op 15 mei 2014 wordt door de interne audit van de NMBS voorgesteld dat de raad van bestuur van de NMBS, via het directiecomité van de NMBS, de opdracht toewijst aan de verzoekende partij tot tussenkomst voor een totaal bedrag van 69.909.686 euro.

3.30. De raad van bestuur beslist op 23 mei 2014 om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij tot tussenkomst. Dit is de bestreden beslissing.

3.31. Bij brief van 26 mei 2014 wordt de verzoekende partij op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

3.32. De verzoekende partij bezorgt bij een ter post aangetekende brief van 3 juni 2014 opmerkingen bij de gunningsbeslissing en het hierbij gevoegde gunningsverslag waarin passages onleesbaar zijn gemaakt.

3.33. De verwerende partij antwoordt bij brief van 5 juni 2014. Tevens wordt een kopie van de gunningsbeslissing bezorgd waarin het merendeel van de passages leesbaar zijn gemaakt.

3.34. Bij e-mail van 5 juni 2014 vraagt de verzoekende partij dat een volledige versie wordt bezorgd van de gunningsbeslissing, wat wordt geweigerd door de verwerende partij.

IV. Tussenkomst

4. De nv Alstom Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Vertrouwelijke stukken

5.1. Op de vraag van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid van “alle gegevens uit de gunningsbeslissing die nog niet in leesbare vorm zijn meegedeeld aan Siemens” te lichten, kan in de huidige stand van het geding niet worden ingegaan.

5.2. Het lijkt niet raadzaam om reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten van gegevens die werden bezorgd aan de verwerende partij door de tussenkomenende partij en inschrijvers die niet zijn betrokken in onderhavige procedure, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen. Daarenboven blijkt de verzoekende partij over de totaalprijzen van alle inschrijvers alsook over de deelprijzen geboden door de tussenkomenende partij te beschikken. Tevens is het verzoek om de vertrouwelijkheid te lichten van “alle gegevens uit de gunningsbeslissing die nog niet in leesbare vorm zijn meegedeeld aan Siemens” moeilijk te rijmen met de vaststelling dat de verzoekende partij wel de vertrouwelijkheid inroept van haar eigen offertes.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de aangevochten beslissing *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

6.2. Te dezen is evenwel nog de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de

rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten' van toepassing.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, tweede lid, is de verzoekende partij verplicht 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 kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting

7. Een eerste middel is genomen uit de schending van “artikel 10 en 11 van de Grondwet, van het beginsel van de vrije mededinging inzake overheidsopdrachten en van de zorgvuldigheidsplicht”.

In het verzoekschrift betoogt de verzoekende partij dat voormelde bepalingen en beginselen werden geschonden:

“Doordat de NMBS ervoor gekozen heeft de gehele opdracht als één perceel aan te besteden en geen afzonderlijke percelen te voorzien voor enerzijds de uitrusting voor de treinen die het voorwerp moeten uitmaken van een KVB-STM systeem en anderzijds de uitrusting voor de andere treinen voor deze opdracht,

Dat slechts 49 treinen van de 449 treinen voor deze opdracht moeten uitgerust worden met een KVB-STM systeem (hetzij nog geen 11% van het aantal treinen voor deze opdracht), met het oog op het gebruik op het Franse spoorwegnet,

Dat Alstom een bijzonder bevoorrechte positie heeft wat betreft de toekomstige installatie van de KVB-STM systemen; dat Alstom de enige is die thans over een homologatie beschikt wat betreft haar huidige KVB systeem in Frankrijk,

Dat er overigens voor het KVB-STM systeem nog geen wettelijk kader bestaat, zoals bevestigd werd door de Franse regulator inzake veiligheid van het spoornet, de EPSF,

Dat Alstom uiteraard heeft geïnvesteerd in het bestaand KVB-systeem en uiteraard zal investeren in de ontwikkeling van het KVB-STM systeem gelet op haar positie op de Franse markt, die haar historische thuismarkt is waar zij inzake het KVB-systeem 95% van het Franse spoornetwerk in handen heeft,

Dat een dergelijke investering voor de concurrenten van Alstom geenszins evident is,

Dat de NMBS er perfect van op de hoogte was dat de andere mogelijke kandidaten of inschrijvers (of toch velen onder hen) enkel op Alstom beroep zouden kunnen doen voor de levering van de KVB-STM systemen,

Dat de NMBS, door de gehele opdracht in één groot perceel onder te brengen de gelijkheid van de (mogelijke) kandidaten en inschrijvers heeft geschonden aangezien dergelijke handelwijze Alstom een disproportioneel voordeel biedt, waarvoor geen enkele redelijke grondslag bestaat; dat een andere oplossing voorhanden was die de rechten en belangen van andere (mogelijke) kandidaten en inschrijvers minder zouden schaden; dat hierdoor het beginsel van de vrije mededinging inzake overheidsopdrachten is geschaad en dat de NMBS de zorgvuldigheidsplicht heeft geschonden;

Terwijl een aanbestedende overheid alle (mogelijke) kandidaten en inschrijvers gelijk moet behandelen, de vrije mededinging moet respecteren en zorgvuldig moet afwegen of een opdracht in percelen moet worden opgedeeld of niet, zonder dat hierbij kandidaten of inschrijvers een disproportioneel voordeel hebben”.

Beoordeling

- 8.1. Het komt in beginsel aan de aanbestedende overheid toe te oordelen of een opdracht in percelen wordt onderverdeeld.

Te dezen werd één opdracht uitgeschreven.

- 8.2. De verwerende partij wijst erop dat het “alternatief” waarvoor de verzoekende partij pleit in de toelichting bij het middel - namelijk de uitrusting van de 49 betrokken treinstellen waarvoor het op Frankrijk gericht KVB-STM systeem nodig is, in een afzonderlijk perceel onder te brengen - tot gevolg zou hebben dat

dit perceel zeker aan Alstom zou moeten worden gegund en zulks volgens de argumentatie van de verzoekende partij zelf, die betoogt dat de inschrijvers, andere dan Alstom, voor dat perceel niet met Alstom konden concurreren, omdat laatstgenoemde over een disproportioneel voordeel beschikt wat het betrokken perceel betreft.

Voorts wijst de verwerende partij op de nadelige economische gevolgen van een dergelijke opsplitsing die zou kunnen leiden tot verschillende opdrachtnemers en dus het aanleveren van documentaties, opleidingen voor de montage, onderhoudsprocedures, stockbeheer, die alle verschillend zouden zijn.

Ten slotte brengt de verwerende partij veiligheidsrisico's in herinnering die een dergelijke opsplitsing zou kunnen meebrengen, nu bij identieke treinstellen (type AM96) alsdan verschillende remmechanismes en -procedures zouden moeten worden gevolgd.

8.3. Dit verweer lijkt niet zonder grond. Het doet niet enkel twijfelen aan het belang voor de verzoekende partij bij het middel, maar leidt *prima facie* de Raad van State ook tot de conclusie dat de keuze om niet in een opsplitsing van percelen te voorzien, niet onzorgvuldig is gemaakt.

De – in eerste orde gelijke – behandeling van de inschrijvers die uit die keuze voortvloeit leidt ertoe dat het vereiste inzake de functionaliteit STM France voor alle inschrijvers van de opdracht zonder enig onderscheid geldt.

Er is voorts niet aangetoond dat in de concrete omstandigheden van de zaak het mogelijke voordeel dat Alstom uit die optie haalt voor een relatief beperkt aantal treinstellen, niet verantwoord is in het licht van het gelijkheidsbeginsel, in zoverre dit ook oplegt dat ongelijke toestanden niet gelijk mogen worden behandeld zonder deugdelijke verantwoording. Uit het verweer is, in de huidige stand van de procedure, hiervoor immers gebleken dat niet is aangetoond,

zoals de verzoekende partij in de toelichting bij het middel doet gelden, dat voor de betrokken niet-opsplitsing “geen enkele redelijke grondslag bestaat”.

8.4. Die conclusie lijkt ook te worden ondersteund door het feit dat naast de verzoekende en de verzoekende partij tot tussenkomst nog drie andere inschrijvers een offerte hebben ingediend, waarbij alvast één andere inschrijver heeft gekozen voor een eigen ontwikkeling en homologatie van een KVB-STM systeem, hetgeen blijkt uit het vertrouwelijk deel van het administratief dossier.

8.5. Uit het voorgaande volgt ook dat de verwerende partij niet onzorgvuldig lijkt te hebben gehandeld door de opdracht niet in percelen te splitsen, noch tekort is gekomen aan de beginselen van gelijkheid en vrije mededinging.

Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

9. Een tweede middel is “afgeleid uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, uit de verplichting dat de NMBS als aanbestedende overheid de offertes van de inschrijvers betreffende de uiteindelijk gekozen oplossing grondig moet evalueren en onafhankelijk van een oorspronkelijke basisoplossing die uiteindelijk niet gekozen werd, alsook uit het ontbreken van de rechtens vereiste juiste feitelijke grondslag”.

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

“Doordat de NMBS bij brief van 20 maart 2014, dus na het indienen van de technische offertes maar vóór het indienen van de commerciële offertes door de inschrijvers, beslist heeft om van baseline 3 (oorspronkelijk een verplichte variante) de basisoplossing te maken en om de oorspronkelijke basisoplossing (baseline 2) te schrappen en doordat de gunningsbeslissing

stelt dat na het indienen van de commerciële offertes (waarbij baseline 3 de basisoplossing is geworden) de technische evaluatie niet moet gewijzigd worden;

Dat, in de technische evaluatie door de NMBS van 20 maart 2014, geen onafhankelijke en grondige evaluatie is gebeurd van de verplichte variëte (baseline 3) die later de uiteindelijke basisoplossing is geworden, maar dat die ‘baseline 3 oplossing’ slechts zeer summier is geëvalueerd en enkel is geëvalueerd ten opzichte van de oorspronkelijke basisoplossing (baseline 2) die uiteindelijk niet gekozen is;

Dat de gunningsbeslissing manifest feitelijke grondslag mist en op onzorgvuldige wijze is genomen aangezien zij stelt dat na het indienen van de commerciële offertes (waarbij baseline 3 de basisoplossing is geworden) de technische evaluatie niet moet gewijzigd worden;

Dat die manifeste onjuistheden en onzorgvuldigheden onder meer blijken uit de omstandigheid dat de inschrijvers Alstom en GE voor wat betreft subcriterium ‘B3 en base’ (vrij vertaald: ‘B3 in de basisoplossing’) van het vierde aspect (critérium: ‘pérennité des solutions’, vrij vertaald: ‘duurzaamheid van de oplossingen’) een score krijgen van ‘+++’ waardoor zij elk 15 punten 15 meer krijgen, terwijl Siemens hier geen enkele ‘+’ krijgt en dus geen enkel bijkomend punt krijgt, terwijl Siemens uiteraard in de uiteindelijke basisoplossing zoals gekozen door de NMBS wél baseline 3 aanbiedt;

Dat hieruit alleen al duidelijk blijkt dat de NMBS op onzorgvuldige wijze een technische evaluatie én een technische quotering van de oorspronkelijke basisoplossing (baseline 2) heeft gehanteerd om de uiteindelijk door haar gekozen basisoplossing (baseline 3) te evalueren; dat de gunningsbeslissing de rechtens vereiste juiste feitelijke grondslag mist doordat quoteringen worden gehanteerd die betrekking hebben een offerte ingediend op het moment waarop de NMBS baseline 2 nog als basisoplossing vereiste, terwijl de NMBS vervolgens voor baseline 3 als basisoplossing heeft gekozen;

Terwijl de NMBS een zorgvuldige en onafhankelijke evaluatie had moeten uitvoeren van de uiteindelijk gekozen basisoplossing (baseline 3) en niet kon volstaan met een eenvoudige vergelijking ten opzichte van een niet-gekozen vorige basisoplossing, zeker niet nu de oorspronkelijke technische evaluatie manifeste onjuistheden bevat in het licht van de nieuw gekozen basisoplossing”.

Beoordeling

10.1. In het advies ter terechtzitting heeft het auditoraat dit middel als volgt beoordeeld :

“Na de indiening van een eerste offerte (technisch en commercieel gedeelte) werden de inschrijvers bij brief van 20 november 2013 gevraagd een aangepaste technische offerte in te dienen, waarbij werd verzocht om uiterlijk op

2 december 2013 een technische beschrijving te geven van de voorgestelde oplossingen inzake de verplichte varianten.

Het is uiteindelijk die aangepaste technische offerte die het voorwerp is geweest van de technische analyse van de verwerende partij.

De oplossingen voorgesteld in de aangepaste technische offertes hebben geleid tot de brief van 20 maart 2014 waarbij de inschrijvers werden verzocht hun beste offerteprijs mee te delen en tevens werd meegedeeld dat de verplichte variante Baseline 3 zou worden gelicht.

Uit de analyse van de offerte van 2 december 2013 van de verzoekende partij volgt dat zij het systeem Trainguard 200 heeft voorgesteld dat toepasselijk is voor ETCS niveaus 1 en 2, en waarbij wordt opgemerkt dat het kan evolueren naar Baseline 3. Uit de analyse van de offerte van 7 april 2014 van de verzoekende partij blijkt op het eerste gezicht niet dat de verwerende partij niet met de vereiste zorgvuldigheid heeft vastgesteld dat de verzoekende partij nog steeds opteert voor een transitie naar Baseline 3. Terecht lijkt de verwerende partij op te merken dat ook het antwoord van 5 mei 2014 op haar brief van 22 april 2014 met een verzoek om verduidelijkingen inzake onder meer Baseline 3, niet tot een andere conclusie heeft moeten leiden.

Er zijn dan ook geen aanwijzingen die de vereiste *prima facie* ernst hebben om te oordelen dat de verwerende partij de in het middel ingeroepen beginselen heeft geschonden doordat zij op 7 mei 2014 heeft geoordeeld dat de verkregen informatie geen invloed heeft op de technische evaluatie van 20 maart 2014. De grief dat er moest worden overgaan ‘tot het herzien van de technische evaluatie op diverse punten’ lijkt op het eerste gezicht dus niet te kunnen worden bijgevalen”.

10.2. De Raad van State sluit zich aan bij deze vaststellingen en conclusies. Het middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

11. Een derde middel is genomen uit de schending van “het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van essentiële besteksbepalingen voor deze opdracht, te weten artikel 4.2.3.1 (zoals desgevallend gewijzigd) en artikel 4.2.3.2.1 (oorspronkelijk bestek), van het bestek, alsook van het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

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

“Doordat, eerste onderdeel, de NMBS de offertes van Alstom en GE regelmatig heeft verklaard c.q. heeft aanvaard,
Terwijl die inschrijvers als oorspronkelijke basisoplossing niet de door de NMBS gevraagde baseline 2 hebben aangeboden doch baseline 3,
En doordat, tweede onderdeel, de NMBS de offerte van Alstom regelmatig heeft verklaard terwijl die een bedrag vooropstelt van 22.401.100 euro voor de post ‘installatie’,
Terwijl uit de besteksbepalingen kan afgeleid worden dat de NMBS aan de inschrijvers een minimumbedrag voor de installatie oplegt van 22.988.800 euro,
Zodat de offertes van Alstom en GE substantieel onregelmatig zijn en geweerd moeten worden, of minstens behept zijn met een niet-substantiële onregelmatigheid die redelijkerwijze niet kan gedekt worden, en zodat de NMBS haar eigen besteksbepalingen schendt als zij die offertes regelmatig verklaart of aanvaardt”.

Beoordeling

Eerste onderdeel

12.1. In de technische specificaties van het bestek wordt bepaald dat de inschrijver moet leveren: de vereiste uitrustingen voor de integratie van het systeem ETCS niveaus 0, 1 en 2 met een minimumversie 2.3.0d. Tevens moet in de offerte de strategie worden omschreven voor de overgang naar Baseline 3, waarbij moet worden aangegeven welke delen van de levering reeds compatibel zijn met Baseline 3 en welke delen aanpassingen vereisen.

Nu het bestek zelf aangeeft dat een minimumversie Baseline 2 v.2.3.0.d moet worden aangeboden, lijkt het niet in strijd met de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen om meer dan de minimumversie aan te bieden, zijnde Baseline 3 dat volgens het ‘Memorandum of Understanding between the European Commission, the European Railway Agency and the European Rail sector Associations (CER – UIC – UNIFE – EIM – GSM-R Industry Group – ERFA) concerning the strengthening of cooperation for the management of

ERTMS' – een document dat door de verzoekende partij uitdrukkelijk werd aanvaard – compatibel dient te zijn met Baseline 2 v.2.3.0d.

12.2. Aldus wordt niet ingezien om welke reden de verwerende partij verplicht zou zijn geweest offertes met een aanbod van Baseline 3 om die reden onregelmatig te verklaren.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

13.1. Daargelaten de vraag naar het belang bij het middelonderdeel omdat het enkel is gericht tegen de offerte van de tussenkomende partij, en de verzoekende partij slechts als derde gerangschikte staat, lijkt te moeten worden vastgesteld dat het cijfermatig onderbouwde verweer van de verwerende en de tussenkomende partij op het eerste gezicht overtuigt. Onder meer wordt hierin uiteengezet, dat het mogelijk is een planning van installatie op te maken waarbij bijvoorbeeld twee personen bezig zijn met de installatie van de antennes onder de vloer en twee personen met de installatie van de antennes op het dak wat leidt tot een kleiner aantal dagen immobilisatie, dan dat de verzoekende partij voor haar berekeningen aanneemt.

Er lijkt dan ook een andere berekening mogelijk dan die opgesteld door de verzoekende partij, waardoor het feitelijk uitgangspunt van het middelonderdeel niet kan worden bijgevalen, bijgevolg onzeker is en aldus in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid het middel niet het vereiste ernstig karakter kan verlenen.

13.2. Het middelonderdeel is niet ernstig.

13.3. In een faxbericht van 30 juni 2014, als pleitnota aan te merken, vult de verzoekende partij haar derde middel aan als volgt:

“In ondergeschikte orde is het middel afgeleid uit de schending van de in het middel aangehaalde beginselen en bepalingen alsook uit het zorgvuldigheidsbeginsel,

Doordat, eerste onderdeel, de NMBS de offerte van Siemens niet heeft herberekend of heeft laten herberekenen,

terwijl het voor de NMBS duidelijk was of behoorde te zijn dat de immobilisatiekost voorgesteld door Siemens diende verminderd te worden met een bedrag van 5.747.200 euro,

En doordat, tweede onderdeel, Alstom voor de andere installatiekosten slechts een bedrag aanreken van 5.159.500 euro (te weten 22.401.100 euro – 17.241.600 euro), hetgeen een abnormaal (minstens uitzonderlijk) lage prijs is aangezien bijvoorbeeld verzoekende partij hiervoor een bedrag voorziet van 19.041.176,03 euro (42.029.976,03 euro – 5.747.200 euro – 17.241.000 euro), hetzij bijna het viervoud,

Terwijl de NMBS als zorgvuldig handelende aanbestedende overheid verplicht was de offerte van Alstom te weren, minstens zich vragen diende te stellen bij het abnormaal laag karakter van dit onderdeel en Alstom hierover diende te ondervragen”.

13.4. Hieromtrent overwoog het auditoraat in het advies ter terechtzitting wat volgt:

“Eerste onderdeel: zelfs indien volledig wordt meegegaan in de redenering van de verzoekende partij wat dit middelonderdeel betreft en zelfs indien het standpunt van de verzoekende partij zou worden bijgevalen zoals omschreven in het vierde middel, dan zou dit leiden tot de volgende herberekening van het eerste gunningscriterium: $97.789.951 / (149.223.137 - 5.747.200) * 60 = 40,894641865973$ op 60. Voeg hierbij de volgens de beoordeling van het vierde middel herberekende score op het tweede gunningscriterium, zijnde 20,83 op 40, wat een totaal maakt van 61,724641865973 op 100. Dus nog altijd ruim onder de tussenkomen de partij alsook de tweede gerangschikte. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij het eerste middelonderdeel.

Tweede onderdeel: de kritiek in het verzoekschrift bij de prijs inzake installatie opgegeven door de tussenkomen de partij betrof het feit dat die prijs 587.700 euro te laag was. Met haar fax van 30 juni 2014 voegt de verzoekende partij nu in wezen toe dat de prijs geboden door de tussenkomen de partij inzake installatie abnormaal laag is in vergelijking met de door de verzoekende partij geboden prijs. Deze grief had echter reeds in het verzoekschrift kunnen worden geformuleerd, waardoor de betrokken grief geformuleerd bij fax van 30 juni 2014 onontvankelijk is, daargelaten de vraag of zij ook wel belang heeft bij die grief die enkel is gericht tegen de tussenkomen de partij en niet tegen de tweede gerangschikte. Bovendien

maakt de verzoekende partij in haar fax van 30 juni 2014 niet duidelijk om welke ‘andere installatiekosten’ het nu wel gaat”.

13.5. De Raad van State sluit zich aan bij deze vaststellingen en conclusies.

Uit de pleitnota blijkt geen ontvankelijk of ernstig middel.

D. Vierde middel

Uiteenzetting

14. Een vierde middel is genomen uit de schending “van het verbod op willekeur voortvloeiend uit de artikelen 10 en 11 van de Grondwet alsook van het zorgvuldigheidsbeginsel en, ondergeschikt, van de formele motiveringsplicht, zoals onder meer vervat in de artikelen 65/4 en 65/5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van de bestuurshandelingen en van de verplichting dat de motivering afdoende moet zijn”.

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

“Doordat de NMBS bij de evaluatie van het tweede gunningscriterium, te weten het technisch criterium, willekeurig en onzorgvuldig te werk is gegaan, dat de motivering ontbreekt, feitelijke grondslag mist of niet afdoende is;

Dat de NMBS voor een ‘+’ nu eens 5 punten, dan weer 2,5 punten en soms nog een ander aantal punten toekent en voor een ‘-’ nu eens 5 dan weer 2,5 en soms nog een ander aantal punten aftrekt;

Dat de NMBS in subcriterium 1 geen punten toekent betreffende de documentatie, terwijl dit subcriterium in het bestek wél uitdrukkelijk verwijst naar de documentatie; dat de NMBS willekeurig handelt door dit vervolgens wel te doen in subcriterium 3;

Dat de NMBS in subcriterium 3 volstrekt willekeurig en zonder motivering aan Alstom ‘++++’ toekent voor het louter meedelen van documentatie,

zonder dat deze quoterings verder toegelicht wordt en zonder dat de documentatie geëvalueerd wordt;

Dat de NMBS in subcriterium 4 (duurzaamheid van de oplossing) aan GE en Alstom ‘+++’ en 15 bijkomende punten toekent wegens het aanbieden van baseline 3 als basisoplossing en niets aan Siemens terwijl Siemens ook baseline 3 als basisoplossing aanbiedt;

Dat de NMBS in subcriterium 5 aan Alstom een ‘+’ toekent voor het subsubcriterium ‘NSA’ wegens het overleggen van verslagen van vergaderingen terwijl er nog geen vergaderingen geweest kunnen zijn aangezien het project nog niet is opgestart;

Dat de NMBS in subcriterium 6 (dienst na verkoop) enkel een criterium ‘nabijheid’ opneemt en hiervoor aan Alstom en GE een ‘+’ en dus vijf bijkomende punten toekent, terwijl een dienst na verkoop toch vele andere aspecten omvat; dat Siemens niet inziet wat ‘nabijheid’ te maken heeft met kwaliteit van dienst na verkoop;

Terwijl elke aanbestedende dienst moet handelen zonder willekeur, op een transparante en zorgvuldige wijze, en met naleving van alle vereisten inzake de formele motiveringsplicht”.

Beoordeling

15.1. In het advies ter terechtzitting beoordeelde het auditoraat dit middel als volgt:

“Het gunningscriterium ‘technisch criterium’ wordt beoordeeld op 40% en bestaat uit: (1) technische kwaliteit van de aangeboden uitrusting met inbegrip van de documentatie, (2) kwaliteit van de oplossing inzake de gekozen locatie, (3) kwaliteit van het onderhouds- en gebruiksgemak met inbegrip van de documentatie, (4) duurzaamheid van de aangeboden oplossingen, (5) statuut van de certificatie van de aangeboden uitrusting verleend door ISA, DeBo, NoBo, of NSA, en (6) kwaliteit van de dienst na verkoop.

De tussenkomende partij had hierop volgende cijfers behaald: (1) 30, (2) 10, (3) 20, (4) 40, (5) 30 en (6) 25, zijnde een totaal van 25,83/40.

De verzoekende partij had hierop volgende cijfers behaald: (1) 35, (2) 10, (3) 10, (4) 20, (5) 25 en (6) 20, zijnde een totaal van 20/40.

Wat betreft de grief inzake het vierde beoordelingselement (‘duurzaamheid van de aangeboden oplossingen’) wordt verwezen naar het eerste middel (waarschijnlijk wordt bedoeld het tweede middel) in het verzoekschrift. Nu dat middel niet ernstig werd bevonden, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling ervan om de grief niet ernstig te bevinden.

Wat betreft de overige beoordelingselementen dient het volgende te worden vastgesteld:

- het eerste beoordelingselement ('technische kwaliteit van de aangeboden uitrusting met inbegrip van de documentatie'): de verzoekende partij doet gelden dat haar 5+ moet worden gelijkgesteld met 40 punten in plaats van 35 punten en dat geen punten werden gegeven voor documentatie. Zij bekritiseert de score van de tussenkomen de partij niet;
- het tweede beoordelingselement ('kwaliteit van de oplossing inzake de gekozen locatie') wordt door de verzoekende partij niet betwist;
- het derde beoordelingselement ('kwaliteit van het onderhouds- en gebruiksgemak met inbegrip van de documentatie'): de verzoekende partij betoogt dat volstrekt willekeurig en zonder motivering aan de tussenkomen de partij 4+ (20 bijkomen de punten) wordt gegeven voor het louter meedelen van documentatie zonder enige verdere toelichting. De verzoekende partij stelt niet dat zij meer had moeten behalen op dit subcriterium noch dat de tussenkomen de partij minpunten had moeten verkrijgen;
- het vijfde beoordelingselement ('statuut van de certificatie van de aangeboden uitrusting verleend door ISA, DeBo, NoBo, of NSA'): de verzoekende partij stelt dat aan de tussenkomen de partij een + (vijf bijkomen de punten) wordt toegekend wegens het voorleggen van verslagen en vergaderingen, terwijl er nog geen vergaderingen kunnen zijn aangezien het project nog niet is opgestart. de verzoekende partij stelt niet dat zij meer had moeten behalen op dit subcriterium noch dat de tussenkomen de partij minpunten had moeten verkrijgen;
- het zesde beoordelingselement ('kwaliteit van de dienst na verkoop'): de verzoekende partij betoogt dat de tussenkomen de partij en GE een + (vijf bijkomen de punten) kregen voor 'nabijheid', terwijl de verzoekende partij niet inziet wat dit te maken heeft met de kwaliteit van de dienst na verkoop. De verzoekende partij stelt niet dat zij meer had moeten behalen op dit subcriterium noch dat de tussenkomen de partij minpunten had moeten verkrijgen.

Zelfs indien het standpunt van de verzoekende partij volledig zou worden bijgeval len, zou dit tot volgende aanpassingen leiden wat betreft het technisch gunningscriterium:

- het eerste beoordelingselement: de verzoekende partij verkrijgt 5 punten extra;
- het derde beoordelingselement: de tussenkomen de partij verliest 20 punten;
- het vijfde beoordelingselement: de tussenkomen de partij verliest 5 punten;
- het zesde beoordelingselement: de tussenkomen de partij en GE verliezen elk 5 punten.

Dit zou op het gunningscriterium het volgende resultaat geven voor de verzoekende partij: (1) 40, (2) 10, (3) 10, (4) 20, (5) 25 en (6) 20, zijnde een totaal van 20,83/40.

De tussenkomende partij zou op het gunningscriterium verkrijgen: (1) 30, (2) 10, (3) 0, (4) 40, (5) 25 en (6) 20, zijnde een totaal van 20,83/40.

Gelet op het feit dat de tussenkomende partij op het gunningscriterium ‘prijs’ 60/60 behaalde en de verzoekende partij 38,113372861207/60, dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar middel omdat zij nog steeds onder de gekozen inschrijver zou worden gerangschikt”.

15.2. De Raad van State maakt deze vaststellingen en conclusies tot de zijne.

Het middel is niet ernstig.

E. Vijfde middel

Uiteenzetting

16. Een vijfde middel is genomen uit “de schending van artikel 11, § 2 van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en uit de onbevoegdheid van de steller van de gunningsbeslissing”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift dat die schending voorhanden is:

“Doordat uit geen enkel document of verwijzing blijkt dat het bevoegde orgaan van de NMBS de gunningsbeslissing zou hebben genomen noch op welke datum dat zou gebeurd zijn, zodat noch de verzoekende partij noch Uw Raad ervan kunnen uitgaan dat het bevoegde orgaan dergelijke beslissing heeft genomen,
Terwijl elke administratieve beslissing, met inbegrip van een gunningsbeslissing, moet genomen worden door de rechtens bevoegde persoon of het rechtens bevoegde orgaan, bij gebreke waarvan dergelijke beslissing manifest onwettig is”.

Beoordeling

17.1. Artikel 11, § 2, van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’ luidt:

“De opdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten worden gegund bij of krachtens beslissing van de raad van bestuur van het overheidsbedrijf. De raad van bestuur duidt de opdrachten aan waarvan de gunning behoort tot de uitsluitende bevoegdheid van het directiecomité alsmede de opdrachten waarvoor de beslissing door het comité mag worden gesubdelegeerd.
[...]”.

17.2. Op 15 mei 2014 wordt door de interne audit van de NMBS voorgesteld dat de raad van bestuur van de NMBS, via het directiecomité van de NMBS, de opdracht gunt aan de tussenkomende partij voor een totaalbedrag van 69.909.686 euro.

De raad van bestuur beslist vervolgens op 23 mei 2014 om de opdracht te gunnen aan de tussenkomende partij.

17.3. De grief dat niet “blijkt dat het bevoegde orgaan van de NMBS de gunningsbeslissing zou hebben genomen noch op welke datum dat zou gebeurd zijn”, lijkt bijgevolg feitelijke grondslag te missen.

17.4. Het middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Rechtsplegingsvergoeding

19.1. De verwerende partij vraagt dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld in de kosten, inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro in het voordeel van de verwerende partij.

19.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro.

In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

19.3. Er is aldus grond om met toepassing van deze bepaling te dezen het door de verwerende partij gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Alstom Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 juli 2014, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
bijgestaan door

Vera Wauters, griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Dierk Verbiest