RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 231.262 van 19 mei 2015
in de zaak A. 215.638/XII-7865

In zake: de BV LLOYD'S REGISTER RAIL EUROPE, vennootschap
naar Nederlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Neil Braeckevelt en Alex De Visscher
kantoor houdend te 8000 Brugge
Ezelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leen De Vuyst en Jole Carlé
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de GmbH SCHENCK PROCESS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Frank Judo
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 20 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van Infrabel dd. 30 maart 2015 waarbij de opdracht voor de levering van

15 systemen voor dynamische meting (perceel 2) wordt gegund aan de firma Schenck Process".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 30 april 2015 heeft de GmbH Schenck Process gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 mei 2015, om 10.30 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Neil Braeckevelt, en advocaat Frede Van In, deze laatste loco advocaat Alex De Visscher, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Leen De Vuyst en Jole Carlé, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Stijn Maeyaert, die loco advocaat Frank Judo verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest andersluidend 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 Infrabel schrijft een overheidsopdracht bij wijze van onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uit voor de levering van goederen met als voorwerp 'Dynamisch weegsysteem'. De opdracht wordt

beschreven als: “Levering van dynamisch weegsysteem voor wegen van treinen in beweging”.

In de technische bepaling T-07-I bij het bestek wordt de opdracht als volgt verduidelijkt:

> “Deze technische bepaling (TB) betreft de levering van meetsystemen voor het meten van statische en dynamische wielkrachten van spoorvoertuigen op de rails van het spoor toegepast op het spoorwegnet van INFRABEL. Ook meten en berekenen van geluid- en trillingsemissie van het rollend materieel is toegevoegd.”

De opdracht, die twee percelen omvat, wordt geraamd op 6.800.000 euro en wordt beheerst door het bijzonder bestek met nr. 6000059705. De opdracht wordt bekendgemaakt op 26 november 2010 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 23 november 2010 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie.

3.2. Er worden op 3 januari 2011 zeven vragen tot deelneming ontvangen, waaronder die van de verzoekende partij en de GmbH Schenck Process. Zij ontvangen het bestek.

In dit bestek wordt onder meer het volgende vermeld:

> “HOEVEELHEDEN
> Twee identieke LOTEN 1: een installatie (prototype),
> LOT 2: 15 installaties. […]
> UITVOERINGSMODALITEITEN
> INFRABEL zal uit de verschillende aanbiedingen, op basis van het technisch dossier en de aangeboden prijzen, de 2 beste offerten kiezen.
> Deze 2 inschrijvers zullen de fabricatie van een prototype (lot 1) toegekend krijgen, zij zullen vergoed worden op basis van de aangeboden prijzen in hun offerte voor dit lot.
> Deze evaluatie van de offerte zal gebeuren op basis van volgende criteria:
> - Prijs
> - Kwaliteit van de geleverde meetresultaten
> - Gebruikskosten en onderhoudskosten
> Deze systemen zullen worden onderworpen aan 4 evaluaties: na installatie, na 3 maanden, na 6 maanden, en na 1 jaar.
> Deze evaluaties zijn beschreven in onderhavige technische bepaling.

Na de evaluatie van deze prototypes, zal het lot 2 toegekend worden conform aan de vermelde criteria blz. 3 (gunningscriteria). Indien de inschrijver dit wenst, kan hij aanwezig zijn tijdens de proeven.
Het technisch dossier moet ingediend worden samen met de offerte.
UITERSTE DATUM VOOR HET INDIENEN VAN DE OFFERTEN
13.12.2011 [...]
WIJZE VAN GUNNEN VAN DE OPDRACHT
Onderhandelingsprocedure met bekendmaking
De inschrijvers worden verzocht om in hun offerte reeds hun beste prijs aan te bieden omdat Infrabel zich het recht voorbehoudt om gedurende de eventuele onderhandelingen deze, al dan niet over de prijs, mogelijks uitsluitend te voeren met de inschrijver(s) die het best is (zijn) gerangschikt. […]
GUNNINGSCRITERIA
Infrabel kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met al de hierondervermelde gunningscriteria:
1) de prijs (groot belang)
2) de kwaliteit van de meetresultaten (groot belang)
3) gebruikskosten en onderhoudskosten (middelmatig belang) [...]
KEURING
Zie rubriek 3 “PROEVEN” in de bijlage ‘TECHNISCHE BEPALING T-07-1’
[…]
BIJKOMENDE VERMELDINGEN
1) De TECHNISCHE BEPALING T 07 1 (09/2011) in bijlage is van toepassing.
[…]
5) ONDERHOUDSCONTRACT
De inschrijver zal in zijn offerte de jaarlijkse prijs per installatie voor de instandhouding van het aangeboden materiaal vermelden. De te realiseren prestaties in het kader van dit onderhoudscontract zijn dezelfde als deze voorzien gedurende de waarborgstermijn.
Dit onderhoudscontract is een optie, Infrabel behoudt zich het voorrecht het onderhoudscontract niet toe te kennen.
De duur van het onderhoudscontract zal 10 jaar zijn.”

In de technische bepaling T-07-1 van het bestek wordt onder meer het volgende vermeld:

“1.1 Toepassingsgebied
Deze technische bepaling (TB) betreft de levering van meetsystemen voor het meten van statische en dynamische wielkrachten van spoorvoertuigen op de rails van het spoor toegepast op het spoorwegnet van INFRABEL. Ook meten en berekenen van geluids- en trillingsemissie van het rollend materieel is toegevoegd.

Deze TB bepaalt de eisen waaraan alle elementen moeten voldoen, evenals de proeven die toelaten om hun eigenschappen te controleren. Tenslotte bepaalt ze de procedures die de fabrikant moet doorlopen om tot een kwalificatie te komen.
Het INFRABEL netwerk wordt gekenmerkt door volgende parameters:
a) Spoorstaafprofiel: 50E2 (EB50T) of 60E1 (UIC60)
b) Snelheden treinverkeer: $\leq$ 330 km/h
c) Aslast: $\leq$ 30 ton/as […]"

en

"A. Objectief
Het meetsysteem heeft als doel het automatisch registreren van zowel de statische als de dynamische aslasten van het rollend materieel (zowel goederen als passagierstreinen) dat ter hoogte van de meetlocatie (steeds dubbel spoor) passeren, op een zodanig wijze dat INFRABEL in staat is de geregistreerde treinnummers te linken met deze aslasten en passagesnelheid. Zowel het meten van specifieke aslasten en/of eventuele overbelastingen per as, meten van dynamische krachten, als het detecteren van wielfouten moet tot de mogelijkheden van het systeem behoren. […]
B. Minimale eisen […]

- Meetdata van een trein bestaande uit 215 assen moet in 30 seconden na passage beschikbaar zijn
- Het meetsysteem moet tot 2400 assen per uur kunnen registreren
- Precisie statische last: minimum +/- 5% op het totale treingewicht, +/- 5% op het asgewicht 10% op wiellasten onderling voor passagesnelheid begrepen tussen 30 en 120 km/h […]
- Lijst van parameters ter beschikking te stellen per treinpassage:
  - Uur van de passage (eerste as)
  - Snelheid van de passage (km/h)
  - Lijn/Spoor
  - Rijrichting (Km +/-)
  - Wagon detectie met aanduiding van assen per wagon
    - As nummer
    - Gewicht per as (daN)
    - Gewicht per wiel met indicatie van gewichtsverdeling
    - Dynamische krachten per wiel […]"

Wat de proeven betreft wordt in deze technische bepaling vermeld:

"3.1. Kwalificatieproeven bij indienstname
Om de kwaliteit en vooral om de procentuele fout van het systeem te kunnen testen worden een aantal proeven met bestaand rollend materieel uitgevoerd, waarbij inzicht moet verkregen worden betreffende de invloed van de gebruikte kalibratieprocedure op de uiteindelijke meetresultaten. Hiervoor wordt zowel het bestaand treinverkeer als speciaal ingelegde locomotieven en kalibratierijtuigen gebruikt. Deze proeven gebeuren op de locatie waar Infrabel het systeem wenst te installeren. Alle opgemeten parameters en tijdssignalen tijdens de testen moeten in elektronisch formaat ter beschikking gesteld worden van Infrabel. Door Infrabel wordt een testtrein met gekende aslast (en wielfout) ingelegd. De dynamische krachten moeten worden opgemeten en bepaald bij meerdere testsnelheden.
Eén week na installatie worden volgende proeven georganiseerd:
a) Bepalen dynamische en statische aslasten

- Gedetailleerde monitoring van speciaal ingelegde rijtuigen met gekende aslast en systematische kalibratie na elke passage. (bv. 10 passages)
- Kalibratie of autokalibratie van het meetsysteem op basis van deze passages
- Analyse van bijkomende passages van dezelfde voertuigen en analyse van procentuele afwijking op de aslasten. De resultaten moeten binnen +/- 5% meetfout blijven
- Analyse van bijkomende passages, maar bij verschillende snelheden, van dezelfde voertuigen en analyse van afwijking op de aslasten
- Analyse van bijkomende passage zonder interventie voor herkalibratie, en bij sterke temperatuurvariaties ('s morgens en 's avonds), waarbij door Infrabel de railtemperatuur in detail zal gemeten worden. De resultaten moet binnen +/- 5% meetfout blijven

b) Geluids-en trillingsemissie
De opgemeten parameters en tijdssignalen (acceleratie ifv de tijd en geluidsdruk ifv de tijd) tijdens de testen moeten op een harddisk van min. 4 TB in (binair) elektronisch formaat ter beschikking gesteld worden van Infrabel.
3.2. Proeven na 3 maanden
Dezelfde proeven als bij de indienstname worden herhaald. Resultaten moeten binnen +/- 5% blijven van de resultaten bij indienststelling.
3.3. Proeven na 6 maanden
Dezelfde proeven als bij de indienstname worden herhaald. Resultaten moeten binnen +/- 5% blijven van de resultaten bij indienststelling.
3.4. Proeven na 12 maanden

> Dezelfde proeven als bij de indienstname worden herhaald. Resultaten moeten binnen +/- 5% blijven van de resultaten bij indienststelling."

3.3. Bij e-mail van 7 december 2011 stelt de verzoekende partij de volgende vraag:

> "[ref blz 3, Gunningscriteria] Blijft de beoordeling van de kwaliteit van de meetresultaten als genoemd onder de gunningscriteria op blz 3 beperkt tot de in paragraaf 1.3 onder B genoemde minimale eisen?"

De verwerende partij antwoordt: "Uiteraard zijn ook, en vooral de resultaten van de kwalificatieproeven van belang".

3.4. De opening van de offertes vindt plaats op 23 december 2011. Er werden zes offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en die van de GmbH Schenck Process.

3.5. De verzoekende partij en de GmbH Schenck Process worden bij brief van 24 januari 2012 verzocht hun offerte tegen 31 januari 2012 te verbeteren, wat zij doen.

3.6. De verzoekende partij en de GmbH Schenck Process worden bij brief van 14 juni 2012 verzocht hun offertes tegen 29 juni 2012 "te verbeteren rekening houdend met de in bijlage 1 vermelde wijzigingen en aanvullingen".

In die bijlage is onder meer te lezen:

> "Infrabel organiseert kwalificatieproeven d.m.v. een testtrein bij indienstname zoals gespecificeerd in §3.1 van de TB (één week na oplevering, na 3, 6 en 12 maanden). Deze testtrein wordt ingelegd na de oplevering, en is niet ter beschikking tijdens installatie."

3.7. De verzoekende partij en de GmbH Schenck Process dienen een "finale offerte" in waarbij zij respectievelijk 9/10 en 8/10 krijgen als score voor de kwaliteit van de geleverde meetresultaten. Zij worden bij brief van 5 juni 2013 op de hoogte gebracht van de beslissing hun de beide loten 1 te gunnen.

3.8. Tot 3 september 2014 zijn er 32 interventies en/of software-aanpassingen vereist bij het meetsysteem van de verzoekende partij terwijl er bij het meetsysteem van de GmbH Schenck Process een zestal interventies nodig zijn.

De verzoekende partij bezorgt op 10 juli 2014 aan de verwerende partij een notitie inzake de analyse van de testritten op 25 mei 2014. Betreffende de oorzaak van het gemeten verschil in gewicht stelt de verzoekende partij dat "passende maatregelen genomen worden teneinde het verschil tussen beide sporen te beperken" en betreffende de verschillen in gemeten piekkrachten is te lezen: "[i]ndien nodig zullen we passende maatregelen treffen om verschil in de gemeten krachten tussen beide sporen te reduceren".

In een notitie van 28 oktober 2014 inzake de analyse van de testritten op 28 september 2014 wordt betreffende de dynamische krachten opgemerkt: "Lloyd's Register werkt inmiddels aan een kleine aanpassing van de software waarmee het probleem dat in deze notitie beschreven is opgelost wordt". In een notitie van 10 november 2014 worden de softwareaanpassingen verduidelijkt.

3.9. Op 19 november 2014 wordt inzake de kwalificatieproeven 'Analyse installatie, 1 jaar gebruik en van proeven met Kalibratietesttrein' in een evaluatierapport van de ingenieur-expert van de verwerende partij gesteld:

"In totaal zijn er 4 testen georganiseerd met de testtrein.
Onderstaande Tabel 1 geeft overzicht van de 4 testdagen:

TEST	Datum	railtemperatuur	geteste snelheden(km/h)	Treincombinatie (richting op de sporen-locomotieven wagens)
1	22/12/2013	6°C - 11°C	20-40-60-80	S loc 6207 2G 0G 4G 5G loc6291 N
2	23/02/2014	5°C	10-20-10-20	S loc 6207 2G 0G 4G 5G loc6291 N
3	25/05/2014	21°C - 28°C- 30°C	20-40-60-80	S loc 6291 2G 0G 4G 5G loc6207 N
4	28/09/2014	11°c-30°C	20-40-60-80	S loc 6291 2G 0G 4G 5G loc6330 N

Tabel 1 overzicht van testritten
Data van test 2 kan niet in rekening genomen worden wegens de te lage testsnelheid.
a) Bepalen van statische en dynamische aslasten
a1) Afwijking op statische aslasten
Onderstaand tabel telt het aantal as metingen met overschrijding van kriterium +/- 5% fout op statische aslast bij snelheden hoger dan 30 km/h.

Aantal overschrijdingen van lastenboek +/-5% op aslast criterium	LLOYD'S	SCHENCK
Test1	7	0
Test2		

Test3	5	4
Test4	15	2
Totaal aantal op 288 astesten (%)	9.4%	2%

Het aantal overschrijdingen is kleinst bij Schenck.

a2) Variatie op totaal treingewicht

Vervolgens wordt gekeken naar de spreiding van de resultaten van de totale testtrein

Variatie op éénzelfde totaal treingewicht	LLOYD'S	SCHENCK
Test1	3.38%	2.8%
Test2		
Test3	3.6%	1.1%
Test4	4.0%	1%
gemiddeld(%)	3.66%	1.63%

Het Schenck systeem vertoont de kleinste spreiding

a3) Afwijking op dynamische lasten

Onderstaande tabel toont de maximale variatie van de piekkrachten bij 80km/h voor al de testritten van de 16 wielen van de testcombinatie.

	LLOYD'S	SCHENCK
Test1	36kN	20kN
Test2		
Test3	42kN	78kN
Test4	68kN	25kN
Gemiddelde	48.6kN	41kN

Variatie van de piekkrachten per as

De gemiddelde variatie op de gemeten piekkrachten is kleinst bij Schenck

b) Analyse van geluid en trillingen

De analyses van geluid en trillingen zijn uitgevoerd op de binaire data (headbinfiles) zoals aangeleverd conform het lastenboek. Dit betreft analyse van ruwe meetsignalen van zowel geluid als trillingen. Deze analyses zijn enkel uitgevoerd voor test 3 & 4 gezien voor testen 1&2 nog formaataanpassingen aan de gang waren bij beide systemen.

Beide leveranciers voldoen aan het lastenboek.

c) Conclusie

Het meetsysteem van Schenck scoort het best qua kwaliteit en procentuele fout bij de kwalificatieproeven, ongeacht spoor en rijrichting."

3.10. In het voorstel tot gunnen van de opdracht is inzake de analyse van de offertes te lezen:

"Conform het bestek moet de met het perceel 2 (15 installaties) overeenstemmende reeks worden gegund aan de firma die een prototype conform de vereisten heeft geleverd en die het meest beantwoord aan de gunningscriteria, namelijk:

- De prijs (van groot belang);
- De kwaliteit van de geleverde meetresultaten (van groot belang);
- De gebruiks- en onderhoudskosten (van middelmatig belang).

- De geboden prijs (van groot belang):

Lloyd's Register	Schenck Process
210.000 €/stuk	319.900 €/stuk

De offerte van de firma Lloyd's Register is de beste offerte volgens het criterium 'geboden prijs'.

- Kwaliteit van de geleverde meetresultaten (van groot belang):
  Het evaluatierapport met betrekking tot de op de 2 prototypes uitgevoerde tests bevindt zich in bijlage 2 van dit rapport.
  Uit de resultaten van de evaluatie blijkt dat de offerte van de firma Schenck Process de beste offerte is volgens het criterium 'kwaliteit van de geleverde meetresultaten'.
- Gebruiks- en onderhoudskosten (van middelmatig belang)

Lloyd's Register	Schenck Process
10.070 €/stuk per jaar	5.930 €/stuk per jaar

  De offerte van de firma Schenk Process is de beste offerte volgens het criterium 'gebruiks- en onderhoudskosten'.
- Besluit:

De offerte van de firma Schenck Process is dus de beste offerte volgens 1 criterium van groot belang en volgens 1 criterium van middelmatig belang, terwijl de offerte van de firma Lloyd's Register de beste offerte is volgens slechts 1 criterium van groot belang.
Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de offerte van de firma Schenck Process een offerte van eerste rang is voor de levering van het perceel 2. Het totale bedrag van de offerte voor de levering van de reeks van 15 systemen voor dynamische meting is 4.798.500 € (met 319.900 €/stuk)."

Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de GmbH Schenck Process omdat deze inschrijver "een offerte van eerste rang" biedt.

3.11. De raad van bestuur van de verwerende partij beslist op 30 maart 2015 de opdracht voor de levering van 15 systemen voor dynamische meting onder de vorm van een raamovereenkomst te gunnen aan de GmbH Schenck Process voor een bedrag € 4.798.500. Dit is de bestreden beslissing.

3.12. De verzoekende partij wordt bij e-mail en brief van 3 april 2015 op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing.

IV. Tussenkomst

4. De GmbH Schenck Process blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

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

5.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel, eerste en tweede onderdeel

Uiteenzetting van het middel

6. Het middel wordt omschreven als “schendingen bij de vaststelling van de subcriteria van de gunningscriteria en het toepassen van de beoordelingsmethodiek”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift:

> “Schending: artikel 110bis, tweede lid van het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en post-diensten (‘KB 10 januari 1996’) en richtlijnconform geïnterpreteerd, het transparantiebeginsel zoals afgeleid uit art. 28, 49 en 56 VWEU, het ‘patere legembeginsel’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en voorts ook de materiële motiveringsplicht
> Doordat: (1) verwerende partij (i) in de opdrachtdocumenten achteraf niet in het Bestek voorziene (sub)criteria heeft toegevoegd of gehanteerd bij de beoordeling van de (vaag omschreven en gewogen) gunningscriteria en anderzijds geen rekening hield met parameters waarvan wel kon worden verwacht dat zij mee zouden worden beoordeeld en (ii) slechts één subcriterium daadwerkelijk kwalitatief heeft beoordeeld en vergeleken en het andere criterium louter als (niet-onderscheidend) regelmatigheids-criterium heeft aangewend en (2) verwerende partij ook kennelijk geen vooraf bekendgemaakte beoordelingsmethodiek hanteerde bij de evaluatie van de beoordelingscriteria en (3) […]
> Terwijl: (1) verwerende partij ertoe gehouden was in de opdrachtdocumenten de subcriteria van elk gunningscriterium expliciet te vermelden en ook volledig te beoordelen, en (2) verwerende partij ertoe gehouden was om een beoordelingsmethodiek te hanteren die vooraf bekend was bij de inschrijvers en (3) […]
> Zodat: verweerder voormelde rechtsregels en -beginselen heeft geschonden.”

Zij vat het middel als volgt samen:

> “- Wat het eerste middelonderdeel betreft – niet bekend maken in het Bestek van (sub)subgunningscriteria:

o verwerende partij hanteerde bij de beoordeling (sub)subgunningscriteria die hetzij niet in het Bestek vermeld stonden of zelfs maar eruit konden worden afgeleid;
o verwerende partij vermeldde in het Bestek (sub)subgunningscriteria of technische parameters die zij niet hanteerde in haar beoordeling;
o nergens een weging voor de (sub)subcriteria wordt voorzien

- Wat het tweede middelonderdeel betreft – niet bekend maken in het Bestek van de beoordelingsmethodiek van de (sub)subgunningscriteria:
o verwerende partij voorzag in het bestek geen enkele indicatie over de beoordelingstechniek hoewel de prijzen na gunning van het eerste lot bekend waren; bijgevolg liet deze onvoorwaardelijke keuzevrijheid toe het enig overblijvende (kwalitatieve) criterium te sturen richting eindresultaat door een beoordelingsmethodiek naar goeddunken te nemen."

Beoordeling

7.1. De verzoekende partij argumenteert bij het eerste middelonderdeel dat bij de beoordeling van het gunningscriterium 'kwaliteit van de meetresultaten', de verwerende partij heeft gebruikgemaakt van de subcriteria 'bepalen van statische en dynamische aslasten' en 'analyse van geluid en trillingen', waarbij het eerste subcriterium nog nader werd onderverdeeld in de subsubcriteria 'afwijking op statische aslasten', 'variatie op treingewicht' en 'afwijking op dynamische lasten'.

Haar uitgangspunt, namelijk dat er sprake is van subcriteria en subsubcriteria, wordt niet aanvaard.

Uit het bestek vloeit voort dat er drie gunningscriteria zijn, namelijk de prijs, de kwaliteit van de meetresultaten en de gebruiks- en onderhoudskosten.

Wat het gunningscriterium "de kwaliteit van de meetresultaten" betreft wordt in de technische bepaling bij het bestek uitdrukkelijk als het doel van het meetsysteem vooropgesteld "het automatisch registreren van zowel de statische als de dynamische aslasten van het rollend materieel" en wordt vermeld dat het toepassingsgebied ervan ook het meten en berekenen van dat materieel

inhoudt. Bovendien wordt in het deel ‘Proeven’ van de technische bepaling uitdrukkelijk bepaald dat de volgende proeven worden georganiseerd: a) bepalen dynamische en statische aslasten en b) geluids- en trillingsemissie.

De proeven die de verwerende partij georganiseerd heeft en waarvan de resultaten weergegeven worden in het evaluatierapport van 19 november 2014, lijken geen subcriteria maar elementen die de toetsing van het gunningscriterium uitmaken zonder dat de resultaten van elke proef in een onderscheiden waardering resulteert. Er lijkt hier dan ook geen sprake van een voorafgaande meldingsplicht voor deze proeven.

Andere vraag is in hoeverre deze proeven relevant zijn voor het gunningscriterium. Binnen de contouren van de huidige procedure en de keuzevrijheid van de aanbestedende overheid wordt vooralsnog aangenomen dat de door de aanbestedende overheid in aanmerking genomen proeven peilen naar de kwaliteit van het systeem en afdoende zijn om dit criterium te beoordelen; minstens toont de verzoekende partij het tegendeel niet aan.

Overigens valt op te merken dat op het eerste gezicht het voor de inschrijvers voorzienbaar was dat het gunningscriterium “kwaliteit van de meet-resultaten” aan de hand van proeven zoals aangekondigd in de technische bepaling zou worden beoordeeld. De verzoekende partij toont hier ook niet aan dat niet relevante elementen door de proeven werden nagegaan.

De verzoekende partij wordt ook niet gevolgd in haar bewering dat andere vereisten, vermeld als minimale eisen van het meetsysteem, moesten worden betrokken in de beoordeling van de kwaliteit van het meetsysteem. Uit de technische bepaling volgt dat de kwaliteit van de systemen die alle moeten voldoen aan de minimale eisen, dient te blijken uit de proeven. Voorts toont de verzoekende partij niet aan dat de aanbestedende overheid haar beleidsvrijheid is te buiten gegaan door zich in het licht van het doel van de opdracht te focussen op de precisie van het meten zelf.

Wat de bewering van de verzoekende partij betreft inzake de geluids- en trillingsemissie, namelijk dat het hier gaat om een subcriterium dat louter als een niet-onderscheidend regelmatigheidscriterium is aangewend, moet worden opgemerkt dat er, zoals hoger aangenomen, geen subcriteria zijn; overigens toont de verzoekende partij niet aan dat deze proef een bepalende rol heeft gespeeld bij de beoordeling van het gunningscriterium “kwaliteit van de meetresultaten”.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

7.2. Wat het tweede middelonderdeel betreft waarin de verzoekende partij in wezen betoogt dat de verwerende partij nagelaten heeft vooraf bekend te maken hoe de gunningscriteria zouden worden beoordeeld, volstaat het bij dit middelonderdeel op te merken dat de verzoekende partij vooralsnog onvoldoende aannemelijk maakt op welke gronden de door de aanbestedende overheid gehanteerde beoordelingsmethodiek in dit geval vooraf diende te worden bekendgemaakt.

Het middelonderdeel is niet ernstig.

B. Eerste middel, derde onderdeel en tweede middel

Standpunt van de partijen

8.1. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift wat het derde onderdeel van het eerste middel betreft:

> “Schending: artikel 110bis, tweede lid van het K.B. van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten (‘KB 10 januari 1996’) en richtlijnconform geïnterpreteerd, het transparantiebeginsel zoals afgeleid uit art. 28, 49 en 56 VWEU, het ‘patere legembeginsel’, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en voorts ook de materiële motiveringsplicht
> Doordat: […] (3) de uiteindelijk gehanteerde beoordelingsmethodiek onredelijk is en niet toelaat op afdoende wijze de verschillen tussen de

diverse offertes te vertalen (met enkel ‘alles of niets’ afwegingen, zonder waardeverschillen mee te nemen) en ook op onredelijke en onvoorzienbare wijze afwijkt van de methodiek die eerder voor het eerste perceel (met nochtans identieke gunningscriteria) werd gehanteerd
Terwijl: […] (3) verwerende partij ertoe gehouden was bij toepassing van welkdanige beoordelingsmethodiek minstens een voorzienbare methodiek te hanteren die van aard is om op afdoende wijze de relatieve verschillen tussen de diverse offertes te vertalen zodat de meest voordelige offerte kan worden gekozen én die aansloot op de methodiek die voor het eerste perceel (met nochtans identiek gunningscriteria) werd gehanteerd.
Zodat: verweerder voormelde rechtsregels en -beginselen heeft geschonden.”

Zij vat dit onderdeel samen:

“- Wat het derde middelonderdeel betreft – de door verwerende partij gehanteerde beoordelingsmethodiek laat niet toe de kwalitatieve verschillen tot uiting te brengen en laat bijgevolg niet toe de economisch voordeligste offerte te kiezen:

- o verwerende partij door een ‘alles of niets’ beoordelingsmethode te hanteren, verhinderde op afdoende wijze de diverse offertes op hun economische totaalwaarde te beoordelen;
- o spijts nochtans verwerende partij wel een gedifferentieerde waardeschaal van 1-10 hanteerde voor de beoordeling van de offertes voor lot 1
- o in de beoordeling bovendien volledig arbitrair wordt gedifferentieerd en beoordeeld, waarbij voor het ene (niet-gewogen) subcriterium wel een kwalitatieve vergelijking wordt uitgevoerd en voor het andere (niet-gewogen) subcriterium dan weer niet, hetgeen uiteraard het resultaat kan beïnvloeden.”

In een toelichting merkt de verzoekende partij op dat de verwerende partij voor de drie gunningscriteria “uiteindelijk gewerkt heeft met een ‘alles of niets’ scoringsmethode. “Er wordt één ‘winnaar’ per gunningscriterium aangeduid (waardoor per gunningscriterium één inschrijver per definitie het maximum behaalt en de andere inschrijver een 0 score). Concreet was verzoekende partij de beste voor het eerste gunningscriterium ‘prijs’ (van groot belang), terwijl de firma Schenck de beste bleek voor het tweede gunningscriterium ‘kwaliteit van de meetresultaten’ (groot belang) en ‘gebruikskosten en onderhoudskosten’ (middelmatig belang).” “Als gevolg van dergelijke beoordelingsmethode kunnen grote verschillen – hetzij in ‘prijs’, hetzij in ‘kwaliteit meetresultaten’ – niet

omgezet worden volgens hun relatief gewicht. Nochtans kan het te beoordelen gewicht in ‘prijs’ beduidend hoger zijn dan het gewicht in ‘kwaliteit meetresultaten’ wanneer bv. de ‘prijs’ een beduidend verschil in min toont, terwijl het verschil in ‘kwaliteit meetresultaten’ verwaarloosbaar is tot zelfs niet-relevant in het licht van het voorwerp van de opdracht (tot zelfs statistisch insignificant). Omgekeerd kan het gewicht in kwaliteit beduidend hoger zijn dan het gewicht in prijs (wanneer bv. de prijs slechts één euro verschilt), maar de kwaliteit van de hogere inschrijver zwaar excelleert tegenover die van de lagere inschrijver (met één euro verschil).”

Uit de rechtspraak van de Raad van State mag worden afgeleid, zo vervolgt de verzoekende partij, dat de gehanteerde beoordelingsmethode op afdoende wijze de verschillen tussen de diverse offertes op kwalitatief vlak moet kunnen vertalen en aldus mogelijk maken om de meest voordelige offerte te kunnen bepalen. Er is volgens de verzoekende partij niet geweten of het economisch voordeel als gevolg van de “prijs” van de verzoekende partij al dan niet hoger is dan het economisch voordeel dat Schenck Process zou halen uit de “kwaliteit meetresultaten”. “Ten overvloede” voegt de verzoekende partij hier aan toe “dat uit de beoordeling/vergelijking door de verwerende partij van het criterium ‘kwaliteit van de meetresultaten’ niet in het minst kan afgeleid worden of de verschillen in de testresultaten […] tussen beide inschrijvers – wiens beider inschrijvingen werden aanvaard als voldaan aan de strenge vereisten van het bestek – enige substantiële economische meerwaarde bieden in, laat staan een dergelijke meerwaarde die de economische meerwaarde die verzoekende partij haalde inzake totale kostprijs (‘prijs’ en ‘gebruiks- en onderhoudskosten’) overstijgt.”

8.2. Het tweede middel wordt omschreven als een “schending van de motiveringsplicht en het gelijkheidsbeginsel”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift:

> “Schending van de formele motiveringsplicht, zoals onder meer vervat in de artikelen 4, 8° en 5, 9° Rechtsbeschermingswet (voorheen 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 in de wet van 29 juli 1991 betreffende de

formele motivering van de bestuurshandelingen, de materiële motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in artikel 10 en 11 van de Grondwet, en het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheids-, redelijkheids- en vertrouwensbeginsel
Doordat: de beoordeling van het tweede gunningscriterium beperkt blijft tot enerzijds – voor de statische en dynamische aslasten – een quasi loutere weergave van cijfergegevens en percentages en anderzijds – voor de analyse van geluid en trillingen – de vaststelling dat beide leveranciers aan het lastenboek voldoen en aldus niet afdoende de verschillen tussen de beide offertes motiveert
Terwijl: de beoordeling van een gunningscriterium overeenkomstig voormelde beginselen moet berusten op voldoende draagkrachtige en voorzienbare motieven en moet gebeuren met de vereiste zorgvuldigheid en controleerbaarheid en op een wijze die de gelijke behandeling niet in het gedrang brengt
Zodat: de ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden."

In een toelichting stelt de verzoekende partij dat de schending van de ingeroepen rechtsregels en -beginselen zich in hoofdzaak situeert in de afwezigheid van motivering van de beoordeling van het gunningscriterium "Kwaliteit van de meetresultaten". "Er kan hierbij meteen worden vastgesteld", zo vervolgt de verzoekende partij, "dat de motivering in het voorstel tot gunning hieromtrent zeer summier is en men zich hoofdzakelijk beperkt tot de weergave van een aantal cijfergegevens."

9.1. De verwerende partij beklemtoont wat het derde onderdeel van het eerste middel betreft dat zij zelf op een discretionaire wijze bepaalt welke beoordelingsmethode zij zal hanteren binnen de contouren van het bestek en de beginselen van behoorlijk bestuur. Zij stelt dat de kwaliteitsverschillen in de offerte samen met het verschil in prijs bij het onderhoud de meerprijs van de aankoop van het toestel van de gekozen inschrijver meer dan compenseert. De verzoekende partij vraagt volgens de verwerende partij in wezen een mathematische benadering doch er bestaat voor een aanbestedende overheid geen verplichting om een gewicht in cijfers op te geven in het bestek. Aan de vereiste dat er een gewicht aan een criterium wordt toegekend, is te dezen voldaan doordat het bestek erin voorziet dat woordelijk is uitgedrukt dat de eerste twee gunningscriteria van groot belang zijn en het derde gunningscriterium van middelmatig belang. De verwerende partij beklemtoont dat de gekozen inschrijver beter scoorde op twee van de drie gunningscriteria.

Wat het tweede gunningscriterium betreft merkt de verwerende partij op dat de resultaten van de proeven aantonen dat er aanzienlijke kwaliteitsverschillen zijn waarbij "[b]ij drie van deze elementen […] de kwaliteit van de meetresultaten van verzoekende partij inferieur [was] aan die van [de gekozen inschrijver]". Alsdan geeft de verwerende partij een nadere interpretatie van de meetresultaten van de proeven waarbij zij besluit dat de keuze voor het meetsysteem van de gekozen inschrijver "geheel gerechtvaardigd" is aangezien de meetsystemen niet enkel moeten instaan voor de materiële bewaring van het spoor maar ook voor de veiligheid op en rondom het spoor. Zij concludeert: "Gezien het gebrek aan zekerheid omtrent de kwaliteit van de door verzoekende partij geleverde producten, is de extra prijs voor het systeem van Schenck dan ook duidelijk gerechtvaardigd en niet kennelijk onredelijk".

9.2. Wat het tweede middel betreft wijst de verwerende partij er onder andere op dat de verzoekende partij met kennis van zaken haar vordering kon indienen; wat het tweede gunningscriterium betreft is er trouwens een afzonderlijke bijlage bij het voorstel tot gunning gevoegd die de resultaten van de proeven weergeeft.

10.1. De tussenkomende partij merkt wat het derde onderdeel van het eerste middel betreft in de eerste plaats op dat aangezien het tweede middelonderdeel niet ernstig is het derde dit ook niet kan zijn. Voorts betoogt zij dat "de vaststelling dat instrument alfa beter (en zelfs veel beter) zou meten dan instrument omega, alleszins 'enige substantiële economische waarde' heeft". Ook wijst zij op de proefresultaten inzake het tweede gunningscriterium waaruit zou blijken dat er "een duidelijk, en zelfs groot, verschil [is] qua kwaliteit". De beslissing zou niet onredelijk zijn en "grosso modo" logisch.

10.2. Wat het tweede middel betreft merkt de tussenkomende partij onder andere op dat inzake het tweede gunningscriterium de aanbestedende overheid zich heeft gesteund op de cijfermatige gegevens van de meetresultaten. "Het ligt voor de hand, en is minstens niet kennelijk onredelijk, dat", zo vervolgt zij, "op die manier het best kan worden nagegaan wat de resultaten van die testen waren, en welke de verschillen tussen de verschillende instrumenten. Weliswaar had ook voor een 'minder cijfermatige' en meer 'verbale' methode kunnen worden

gekozen, door aan te duiden dat de test voor deze of gene oefening ‘goed’ was, en soms ‘beter’, ‘excellent’, ‘ondermaats’, ‘uiterst slecht’, enzovoort. Een dergelijke methode is echter merkelijk minder objectief en is dan ook terecht niet aangewend.”

Beoordeling

11.1. In het bestek worden voor perceel 2 drie gunningscriteria opgegeven, namelijk de prijs (groot belang), de kwaliteit van de meetresultaten (groot belang) en de gebruikskosten en onderhoudskosten (middelmatig belang). Er lijken geen aanduidingen te worden gegeven over de beoordelingsmethodiek.

11.2. Wat de gegeven motivering in verband met de toetsing van de gunningscriteria betreft zoals opgenomen in het voorstel tot gunnen, waarmee de verwerende partij kortweg lijkt in te stemmen, wordt er geen gerangschikte verhouding of een bepaalde waarde gegeven aan en tussen de offertes per criterium doch wordt enkel per criterium eenvoudigweg zonder nadere toelichting geconcludeerd dat deze of gene inschrijver de beste offerte voor dit bepaald criterium heeft ingediend.

In dit voorstel wordt de analyse van de offertes als volgt afgesloten:

> “Besluit:
> De offerte van de firma Schenck Process is dus de beste offerte volgens 1 criterium van groot belang en volgens 1 criterium van middelmatig belang, terwijl de offerte van de firma Lloyd’s Register de beste offerte is volgens slechts 1 criterium van groot belang.
> Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de offerte van de firma Schenck Process een offerte van eerste rang is voor de levering van het perceel 2. Het totale bedrag van de offerte voor de levering van de reeks van 15 systemen voor dynamische meting is 4.798.500 € (met 319.900 €/stuk).”

Bij dit voorstel tot gunnen is het zogenaamde evaluatierapport van 19 november 2014, dat twee bladzijden beslaat, gevoegd dat de resultaten in tabelvorm geeft van drie proeven inzake het bepalen van statische en dynamische aslasten waar bij elke tabel een zin gevoegd is waarin enkel vermeld wordt dat het

systeem van de gekozen inschrijver voor die proef het best scoort. Wat de analyse van geluid en trillingen betreft wordt gesteld dat de uitgevoerde analyses leiden tot de vaststelling dat de beide leveranciers voldoen aan het lastenboek.

Het evaluatierapport wordt als volgt afgesloten:

> "c) Conclusie
> Het meetsysteem van Schenck scoort het best qua kwaliteit en procentuele fout bij de kwalificatieproeven, ongeacht spoor en rijrichting."

11.3. Uit het voorstel tot gunnen blijkt dat de aanbestedende overheid ervan uit is gegaan dat de gekozen inschrijver de beste offerte heeft ingediend omdat zij de beste offerte had voor het tweede en derde gunningscriterium terwijl de verzoekende partij slechts de beste offerte had voor het eerste gunningscriterium, met andere woorden, de aanbestedende overheid lijkt in dit voorstel tot haar conclusie te komen door eenvoudigweg te oordelen dat de best presterende in twee gunningscriteria (één van groot belang en één van middelmatig belang) sowieso de beste in één gunningscriterium (van groot belang) overvleugelt. De werkelijke verhouding tussen de offertes per criterium lijkt niet aan bod te komen.

Deze werkwijze wordt in dit geval niet aanvaard. Het lijkt hier in wezen een draagwijdte te geven aan de besteksvoorwaarden inzake de gunningscriteria die het noodzakelijk onderscheidend karakter van een gunningscriterium ten aanzien van de offertes onderling miskent. Door geen rekening te houden met de werkelijke onderlinge verhouding tussen de offertes voor een bepaald criterium, en ook gelet op de aard van de criteria en de opdracht, lijkt deze handelwijze de draagwijdte van de gunningscriteria zelf te miskennen en lijkt ze in dit geval strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

In haar verweer voegt de aanbestedende overheid er merkwaardig snel aan toe dat zelfs rekening houdend met de verschillen tussen de offertes per gunningscriterium de offerte van de verzoekende partij geen kans maakt. Zo meent zij dat aangezien de offerte van de gekozen inschrijver kwalitatief beter is "het dan ook geheel gerechtvaardigd [is] dat verzoekende partij de opdracht niet bekomt, en dit ondanks het prijsvoordeel dat haar offerte inhoudt".

De verwerende partij geeft hierbij zelfs de indruk dat zij wel degelijk rekening zou hebben gehouden met de werkelijke verschillen tussen de offertes per criterium.

Deze overweging blijkt echter nergens (expliciet) ten grondslag te liggen aan de bestreden beslissing. Minstens is er hier dan een schending van de formelemotiveringsplicht. Dit klemt des te meer omdat op het eerste gezicht de offerte van de verzoekende partij veel beter lijkt te scoren op het eerste gunningscriterium terwijl wat het tweede gunningscriterium betreft het evaluatierapport noch het voorstel tot gunnen enige duiding van de proefresultaten lijkt te bevatten.

11.4. In die omstandigheden lijkt het derde onderdeel van het eerste middel samengenomen met het tweede middel ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

12. Het middel wordt omschreven als “schendingen bij de beoordeling van het tweede gunningscriterium”.

De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift:

> “Schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in zonderheid de materiële motiveringsplicht, het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, alsook het transparantiebeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*,
> Doordat: de beoordeling van het tweede gunningscriterium ‘de kwaliteit van de meetresultaten’ door verwerende partij op manifest arbitraire en onzorgvuldige wijze gebeurd is, op basis van gegevens die niet representatief, dienend of volledig zijn voor de beoordeling van dit gunningscriterium, mede in het licht van de gegevens van het Bestek,
> Terwijl: de beoordeling van een gunningscriterium overeenkomstig voormelde beginselen moet berusten op voldoende draagkrachtige en voorzienbare motieven en moet gebeuren met de vereiste zorgvuldigheid en controleerbaarheid, waarbij de beoordelingsvrijheid ook beperkt wordt door hetgeen zijzelf in haar bestek heeft bepaald.
> Zodat: de ingeroepen bepalingen en beginselen zijn geschonden.”

De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

"Voormelde talrijke tekortkomingen en onregelmatigheden nopen tot de vaststelling dat de eerder aangehaalde rechtsprincipes door verwerende partij geschonden werden.
• Zo werd in essentie de materiële motiveringsplicht niet nageleefd: verwerende partij liet haar beslissing omtrent het tweede gunningscriterium 'kwaliteit van de meetgegevens' steunen op gegevens die niet tot een dergelijke beoordeling kunnen leiden, onder meer door met een tekort aan gegevens te werken, door essentiële zaken niet mee in rekening te brengen, door irrelevante parameters te hanteren, enzovoort.
• Verwerende partij ging daarbij meermaals in tegen de redelijkerwijze en logischerwijze te verwachten motieven en parameters die zouden in rekening worden gebracht, zo onder meer waar zij voor de testtrein incomplete – en van het eerder door verzoekende partij ingediende specificaties die onderdeel uitmaakten van het voorstel dat met 9 gequoteerde is afwijkende – specificaties hanteerde voor de proeven, alzo het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel schendend.
• Ook het *patere legem-beginsel* wordt geschonden, waar verwerende partij onder meer meermaals de normen uit haar eigen bestek niet als basis hanteerde voor de beoordeling van de kwaliteit van de meetgegevens.
• Door ten slotte de werkelijke waarden van de gemeten zaken niet mee te delen in haar beslissing, en voorts ook omtrent het vierde element 'geluid en trillingen' geen enkele details of data mee te delen, schendt verwerende partij ook het transparantiebeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel (naast het feit dat ook dit een schending van de materiële motiveringsplicht uitmaakt), nu verzoekende partij op geen enkele wijze in staat is de door verwerende partij naar voren geschoven data te toetsen en controleren.
Elk van deze tekortkomingen apart, en a fortiori samen beschouwd, kunnen een (manifeste) invloed hebben op de gemaakte beoordeling en kunnen derhalve van aard zijn om de rangschikking te wijzigen, gelet op de gehanteerde beoordelingsmethodiek. Immers, indien verzoekende partij toch als beste zou worden gerangschikt voor het kwalitatieve gunningscriterium (van groot belang), dan zou haar offerte als economisch meest voordelige moeten worden beschouwd. Verzoekende partij heeft aldus ook een duidelijk belang bij het ingeroepen middel."

Beoordeling

13.1. Op de eerste plaats dient bij dit middel te worden opgemerkt dat het een technisch karakter vertoont waardoor het zich minder goed lijkt te lenen tot een beoordeling in het kader van de huidige voorlopige procedure.

Ook moet worden vastgesteld dat in de mate dat de verzoekende partij in dit middel uitgaat van subcriteria en subsubcriteria de Raad dit uitgangspunt in het eerste middelonderdeel van het eerste middel niet is bijgevallen.

13.2. De kritiek van de verzoekende partij dat zij de door de verwerende partij geregistreerde percentages “louter voor waar [moet] aannemen”, leidt hier niet tot de vaststelling dat de materiëlemotiveringsplicht werd geschonden noch dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld. Er zijn te dezen geen aanwijzingen dat de aanbestedende overheid niet zou beschikken of geen gebruik zou hebben gemaakt van technische deskundigheid om de statische en dynamische aslasten van spoorvoertuigen te bepalen. Dat de verwerende partij de technische specificiteiten van de testtrein niet vrijgeeft, ook niet na de proeven, lijkt aanvaardbaar gelet op het uitzonderlijke karakter van de gunningsprocedure en de testtrein. In elk geval lijkt de geloofwaardigheid van de verwerende partij niet in het gedrang te komen.

13.3. Wat het ontbreken van de resultaten van test 2 betreft argumenteert de verwerende partij dat ten gevolge van de uitloop van werken aan de betrokken sporen, er om veiligheidsredenen enkel aan lagere snelheden dan de in het bestek voorziene snelheden kon worden gereden. De verzoekende partij maakt niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat het “zeker niet onoverkomelijk of disproportioneel [is] om de testen opnieuw te doen op een andere dag” gelet op het verweer dat een nieuwe test door “de organisatie van en drukke verkeer op het Belgische spoorwegnet […] zo goed als onmogelijk is”. Het feitelijke uitgangspunt van de kritiek lijkt bijgevolg in de huidige stand van het geding niet aangetoond.

13.4. De verzoekende partij overtuigt evenmin wanneer zij betoogt dat er, ten onrechte zo lijkt, geen proeven met gewoon treinverkeer maar wel met een testtrein werden georganiseerd. Zij slaagt er niet in de relevantie van de door de verwerende partij afgenomen proeven met een testtrein fundamenteel in vraag te stellen. Hierbij mag er trouwens worden gewezen op een brief van de verwerende partij van juni 2012 waarbij de verzoekende partij werd ingelicht over het feit dat een testtrein zou worden ingelegd bij de proeven en op het feit dat in het bestek wordt vermeld dat de inschrijver zo hij dit wenst, mag aanwezig zijn tijdens de

proeven; de verzoekende partij lijkt geen wezenlijke opmerkingen – zoals zij die nu maakt – over deze werkwijze of tijdens te proeven te hebben gemaakt.

13.5. De verzoekende partij beweert dat er “in totaal ruim 1000” testresultaten zijn, maar zij toont niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat verspreid over de testdagen met de geteste snelheden er geen totaal van 288 astesten zou zijn. De kritiek dat data niet onderbouwd werden weggelaten, is op het eerste gezicht niet aangetoond, gelet op het verweer onder meer dat de wielassen van de locomotieven niet werden meegenomen in de metingen wegens het gebrek aan objectief gewicht.

Hetzelfde geldt voor de kritiek op het bepalen van de afwijking op statische aslasten. De verwerende partij heeft voor de afwijking op statische lasten het aantal asmetingen met overschrijding van het criterium +/- 5 % fout bij snelheden hoger dan 30 km/h geteld, terwijl voor de variatie op totaal treingewicht werd gekeken naar de spreiding van de resultaten van de totale testtrein en voor de afwijking op dynamische lasten de maximale variatie van de piekkrachten per as bij 80 km/h voor al de testritten van de 16 wielen van de testcombinatie werd gemeten. Hiermee is op het eerste gezicht geenszins gezegd dat, binnen het geheel van uitgevoerde proeven, het meten van de statische aslasten in functie van het aantal overschrijdingen zonder rekening te houden met de mate van afwijking en de manier van meten van de afwijking op dynamische lasten “inadeqaat” en dus niet passend, niet toereikend en bijgevolg ongeschikt is om de kwaliteit van het meetsysteem te testen, laat staan dat de verzoekende partij aantoont dat deze werkwijze willekeur en manipulatie van de resultaten toelaat.

13.6. De verzoekende partij betoogt voorts in essentie dat met ‘variatie op totaal treingewicht’ een irrelevant element wordt beoordeeld omdat blijkbaar niet het juiste gewicht van de trein wordt gemeten maar wel of bij elke passage eenzelfde gewicht wordt gemeten.

De verzoekende partij slaagt er ook hier niet in aan te tonen dat het nagaan van deze parameter vreemd zou zijn aan het beoordelen van de kwaliteit van het meetsysteem.

13.7. Inzake de maximale variatie van de piekkrachten – afwijking op dynamische lasten – betoogt de verzoekende partij dat wat hier door de aanbestedende overheid wordt gemeten irrelevant is omdat niet de juiste waarde van de dynamische aslast wordt gemeten maar enkel wordt nagegaan of navolgende metingen eenzelfde waarde opleveren, dat er een manifest tekort aan data is en dat er gewag wordt gemaakt van 16 wielen terwijl de testtrein er 32 heeft.

De verwerende partij merkt hiertegenover op dat de beide prototypes de piekkrachten in voldoende mate detecteren doch dat zij bij de beoordeling de nadruk heeft gelegd op de verschillen in de vaststelling van eenzelfde prototype; zij merkt voorts op dat mocht rekening worden gehouden met de metingen van het toestel van de verzoekende partij ten aanzien van de sensoren van de verwerende partij op de trein dan zou moeten worden vastgesteld dat de kritiek de verzoekende partij weinig zal opleveren omdat bij quasi iedere meting de resultaten van de verzoekende partij minder precies waren dan die van de gekozen inschrijver. De verwerende partij heeft de snelheid van 80 km/h als referentie genomen omdat bij die snelheid de piekkracht het hoogst is. Ten slotte merkt zij op dat er met de wielen van de locomotieven geen rekening is gehouden omdat hun gewicht niet vaststaand was.

Dit verweer lijkt in de huidige stand van het geding te kunnen worden bijgevallen, minstens heeft de verzoekende partij ter terechtzitting het niet op een evidente wijze kunnen weerleggen.

13.8. Ten slotte bekritiseert de verzoekende partij het gebrek aan cijferbasis wat betreft de analyse van geluid en trillingen. De verwerende partij merkt hiertegenover op dat er thans geen specifieke geluidsnormen zijn voor het treinverkeer en zij zich met deze proef enkel wenste voor te bereiden op eventuele toekomstige vereisten. Er kan dan ook niet worden ingezien wat bijkomend zou moeten worden gemotiveerd bij de vaststelling dat de opgemeten parameters en tijdssignalen tijdens de testen op een harddisk van minimum 4 TB in binair elektronische formaat ter beschikking worden gesteld, zoals vereist in de technische bepaling bij het bestek en dit vanuit de optiek dat de beide systemen wat dit aspect betreft zich niet relevant van elkaar onderscheiden.

13.9. Het middel is niet ernstig.

VII. Besluit

14. Het derde onderdeel van het eerste middel samengenomen met het tweede middel zijn in de aangegeven mate ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden ingewilligd. De kosten worden om die reden in beraad gehouden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de GmbH Schenck Process tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de nv Infrabel van 30 maart 2015 waarbij de opdracht voor levering van een dynamisch weegsysteem voor treinen – bijzonder bestek met nummer 6000059705 – wordt gegund aan de GmbH Schenck Process.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 mei 2015, 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**