

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 231.497 van 9 juni 2015
in de zaak A. 215.815/XII-7879**

In zake:

1. de NV BUHLMANN
2. de NV LOUIS STEVENS & CO
3. de THV BUHLMANN-STEVENSON
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Yves Schneider
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terkamerenlaan 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NATIONALE MAATSCHAPPIJ DER
BELGISCHE SPOORWEGEN (NMBS), nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV SIEMENS
2. de NV COFELY FABRICOM
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Siemens-Fabricom
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans en Jolijn Weytjens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 mei 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing - van onbekende datum - genomen door de naamloze vennootschap van publiek recht NMBS in het dossier TR 121301 – CD5/0000173740 ‘Industriële seinpost voor de Tractiewerkplaatsen van Kinkempois, Hasselt en Melle’, om de offerte van de tijdelijke handelsvennootschap Buhlmann Stevens niet te weerhouden omdat deze niet conform zou zijn aan de vereisten van het bestek, meegedeeld per fax van 27 april 2015 en per aangetekende brief van 28 april 2015, en tegen de eventuele beslissing om de overheidsopdracht toe te wijzen aan een andere onbekende inschrijvende onderneming”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 mei 2015 hebben de nv Siemens en de nv Cofely Fabricom, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Siemens-Fabricom gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 29 mei 2015, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Arne Vandaele, die loco advocaat Yves Schneider verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten William Timmermans en Jolijn Weytjens, die verschijnen voor de tussenkommende partijen, zijn gehoord.

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

‡AJGPLBIDA-BCAJCFV‡

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

III. Feiten

3.1. De nv van publiek recht NMBS schrijft een overheidsopdracht uit voor de aanneming van werken voor een industriële seinpost voor de tractiewerkplaatsen van Kinkempois, Hasselt en Melle (TR 121301 – CD5/0000173740). De opdracht omvat hoofdzakelijk de levering, de installatie en de indienststelling van een seinpost van type SIL 2, met het oog op een geautomatiseerd beheer van de sporen die toegang geven tot de Elektrische Tractiewerkplaatsen van Kinkempois, Hasselt en Melle met inbegrip van de naburige bundels.

De opdracht wordt door de aanbestedende overheid gekwalificeerd als een opdracht met betrekking tot de “nutssectoren” en gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 18 juli 2013 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 23 juli 2013.

3.3. Er worden drie aanvragen tot deelneming ingediend.

3.4. Op 12 mei 2014 beslist de verwerende partij om de drie kandidaten te selecteren.

3.5. Het bestek met nr. TR 121301 - CD5/0000173740 van 7 maart 2014 vermeldt in deel 1 de volgende gunningscriteria:

“De opdracht wordt toegewezen, na eventuele onderhandelingen, aan de inschrijver die de economisch voordeligste niet uitgesloten offerte heeft ingediend vanuit het standpunt van de aanbestedende overheid op grond van de volgende gunningscriteria:

1. Financieel criterium

Totale prijs (maximum te behalen punten $C_{F,max} = 129$ punten)

De laagste niet uitgesloten offerte met prijs P_{min} ontvangt het maximum van de punten $C_{F,max}$

De overige niet uitgesloten offertes met prijs P_i ontvangen een quotering $C_{F,i}$ waarbij $C_{F,i} = C_{F,max} \times P_{min}/P_i$

2. Andere criteria

Evaluatiematrix (maximum te behalen punten $C_{T,max} = 71$ punten)

De evaluatiematrix is een document opgesteld onder de vorm van een lijst van vragen. Door schriftelijk te antwoorden op deze vragen, duiden de inschrijvers duidelijk aan hoe zij het project, de constructie en het onderhoud van het project begrijpen.

A) De beoordeling van elk antwoord van de evaluatiematrix voor de criteria 1 tot en met 19 en de criteria 23, 24 en 31 zal als volgt gebeuren:

Antwoord geeft een duidelijk bewezen en aanvaarde meerwaarde: 1,00

Antwoord geeft een potentiële meerwaarde: 0,75

Antwoord is conform de bestekvoorschriften: 0,50

Antwoord onvoldoende en moet verbeterd worden: 0,25

Antwoord is totaal onvoldoende, ontwijkend, houdt mogelijke veiligheidsrisico's in of kan aanleiding geven tot claims: 0,00

B) De beoordeling van elk antwoord van de evaluatiematrix voor de criteria 20 tot en met 22 en de criteria 25 tot en met 30 en 32 zal als volgt gebeuren:

- Afhankelijk van de vraag zal het beste resultaat als teller of als noemer gebruikt worden van de breuk. Ingeval het antwoord met een hogere waarde beter is zal de beste waarde als noemer gebruikt worden, in geval het beste resultaat de laagste waarde is zal het beste resultaat de teller zijn van de breuk.

- Voor het geval de betere resultaten een hogere waarde hebben: vragen 20, 21 en 22: $A_{j,i} / A_{j,best}$

- Voor het geval de betere resultaten een lagere waarde hebben: vragen 25 tem 30 en 32: $A_{j,best} / A_{j,i}$

Aan elke vraag van de 'evaluatiematrix' wordt een gewicht toegekend teneinde rekening te houden met het belang ervan.

Het totale aantal punten ($C_{T,i}$) dat wordt toegekend aan een offerte wordt verkregen door eerst de aan elke vraag toegekende punten te

vermenigvuldigen met het gewicht van de vraag en door er vervolgens deze punten bij op te tellen voor het geheel van de vragen van de ‘evaluatiematrix’.

De inschrijver zal elke vraag als totaal onafhankelijk behandelen en geen verwijzingen gebruiken naar antwoorden op andere vragen. In voorkomend geval wordt een gedeelte van een antwoord herhaald voor de vraag in kwestie. Alle antwoorden worden gebundeld in een map of folder met aparte tabbladen voor elke vraag, met een duidelijk verwijzing in de kolom ‘antwoorden’ van de evaluatiematrix. Elk antwoord dient strikt beperkt te worden tot 10 bladzijden inclusief schema’s. Technische bijlagen mogen enkel en alleen toegevoegd worden als de inschrijver dit absoluut nodig acht of indien de vraag om technische documenten verzoekt.

Maximum aantal te behalen punten: $C_{F,max} + C_{T,max} = 200$

De voordeligste offerte is degene die het hoogste aantal finale punten heeft en wordt als volgt bepaald:

Finale punten $i = C_{F,i} + C_{T,i}$

Voorbehoud

Na de eventuele onderhandelingen worden de offertes die op een of meerdere criteria vermeld in punt 2 deel A hierboven (Andere criteria) minder dan de helft van de punten behaalden uitgesloten”.

Het verloop van de onderhandelingen wordt in het bestek in artikel 108 toegelicht als volgt:

“De aanbestedende overheid maakt een voorlopig klassement op van de ingediende offertes, rekening houdend met de criteria hernomen onder artikel 106.

Op basis van dit klassement nodigt zij een of meerdere inschrijvers uit op de onderhandelingen.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om zonder onderhandeling over te gaan tot de toewijzing of om slechts met deze inschrijver (s) te onderhandelen die de best gerangschikte offerte(s) heeft (hebben) ingediend.

Bijgevolg worden de inschrijvers dan ook verzocht om met hun offerte de beste prijs in te dienen.

De aanbestedende overheid beslist vrij over welke onderwerpen zij wenst te onderhandelen.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om tijdens de onderhandelingen af te wijken van niet-essentiële bepalingen van het huidige bestek”.

In deel 1 van het bestek worden tevens de documenten opgesomd die de offerte minstens moet omvatten, waaronder ook de ingevulde evaluatiematrix en de bijhorende gevraagde documenten of aanvullende documenten met inbegrip van een seinrichtingsplan per site worden vermeld. Het bestek bepaalt dienaangaande uitdrukkelijk dat de aanbestedende overheid “elke offerte, waarbij deze documenten niet gevoegd werden, nietig [kan] verklaren”.

3.6. Vervolgens worden in een “verbeterbericht nr. 1.” van 27 juni 2014 nog een aantal besteksbepalingen gewijzigd. De wijziging heeft onder meer betrekking op voormelde gunningscriteria. De termijn voor het indienen van de offertes wordt tevens verdaagd van 22 augustus 2014 naar 12 september 2014. Het verbeterbericht bevat als bijlage de “algemene contractuele bepalingen” en “deel 1” van het bestek met “track changes”, evenals een geconsolideerde versie van het bestek.

3.7. Op 28 augustus 2014 deelt de verwerende partij een tabel met vragen en antwoorden mee aan de inschrijvers.

3.8. Drie inschrijvers dienen tijdig een offerte in, waaronder de verzoekende partijen.

3.9. Na onderhandelingen met de drie inschrijvers, deelt de verwerende partij op 6 november 2014 een tweede lijst van vragen en antwoorden mee aan de inschrijvers.

3.10. Bij aangetekende brief van 20 november 2014 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partijen tevens de voorlopige beoordeling van hun offerte mee na onderhandelingen onder de vorm van een evaluatiematrix.

Tevens wordt gevraagd om in de evaluatiematrix antwoorden te formuleren in de daartoe beschikbare kolom en om deze toe te voegen aan de aanvullende offerte.

3.11. Vervolgens worden in een “verbeterbericht nr. 2” van 24 november 2014 nogmaals een aantal besteksbepalingen gewijzigd en wordt de uiterste datum voor het indienen van de aangepaste offertes bepaald op 17 december 2014.

Het verbeterbericht bevat als bijlage de “algemene contractuele bepalingen”, de delen 1, 2, 3A en 3C van het bestek, de “samenvattende opmeting”, de bijlagen 16 tot 19, waarin de wijzigingen telkens met “track changes” worden aangemerkt, evenals een geconsolideerde versie van het bestek van 17 november 2014.

Onder meer het tweede gunningscriterium wordt hierbij nog gewijzigd.

3.12. Op 17 december 2014 dienen de drie inschrijvers tijdig een tweede offerte in.

3.13. Na nieuwe onderhandelingen met de inschrijvers, deelt de verwerende partij bij aangetekende brief van 19 januari 2015 aan de verzoekende partijen de nieuwe voorlopige boordeling van hun tweede offerte mee onder de vorm van een evaluatiematrix.

3.14. Op 23 januari 2015 deelt de verwerende partij een derde tabel met vragen en antwoorden mee aan de inschrijvers.

3.15. Vervolgens worden in een “verbeterbericht nr. 3” van 29 januari 2015 nogmaals een aantal besteksbepalingen gewijzigd en wordt de uiterste datum voor het indienen van een beste en laatste offerte (BAFO) bepaald op 5 februari 2015.

Het verbeterbericht bevat als bijlage de delen 1, 2, 3B en 3C van het bestek en de “samenvattende opmeting”, waarin de wijzigingen telkens met “track changes” worden aangemerkt, evenals een geconsolideerde versie van het bestek van 26 januari 2015.

3.16. De drie inschrijvers dienen tijdig een BAFO in.

3.17. Vervolgens beslist de verwerende partij op 24 april 2015 om de offerte van de verzoekende partijen en van de nv Strukton Rail uit te sluiten aangezien hun offerte op diverse criteria van de evaluatiematrix een score behaald heeft van minder dan de helft van de punten en om de opdracht te gunnen aan de THV Siemens-Fabricom.

Uit de in bijlage gevoegde evaluatiematrix blijkt dat de verzoekende partijen voor het volgende criterium vermeld in punt 2 deel A, minder dan de helft van de punten behaalden:

“- criterium 19: punten = 0 en totaal (gewicht x gewogen punten) = 0
Motivering: “Er is geen antwoord gegeven op de vragen gesteld in de onderhandelingsronde 2 voor criteria 19. Er is geen bijkomende informatie gegeven welke een antwoord geeft op de gestelde vragen in vorige onderhandelingsrondes naar schema's, figuren of andere gegevens welke verklaren hoe dit gerealiseerd zal worden”.

3.18. Bij fax van 27 april 2015 en aangetekende brief van 28 april 2015 wordt de beslissing tot onregelmatigverklaring van hun offerte aan de verzoekende partijen meegedeeld als volgt:

“Ingevolge uw laatste aangepaste offerte dd 05/02/2015 betreffende ‘dossier TR 121301 - CD5/0000173740: Industriële seinpost voor de Tractiewerkplaatsen van Kinkempois, Hasselt en Melle’ moeten we u, in toepassing van artikel 65/8, § 1 van de wet van 24/12/1993, meedelen dat uw offerte niet conform is aan de vereisten van het bestek.

De motieven van niet conformiteiten zijn af te leiden aangezien uit de in bijlage meegestuurde evaluatiematrix. Uw offerte heeft op één of meerdere criteria van de evaluatiematrix een score behaald heeft van minder dan de helft van de punten.

De offerte werd beoordeeld op grond van de in het bestek vermelde gunningscriteria (zie artikel 106 van deel 1), zijnde het financieel criterium en de evaluatiematrix. Artikel 106 van deel 1 van het bestek stipuleert ‘Na de eventuele onderhandelingen worden de offertes die op een of meerdere criteria vermeld in punt 2 deel A hierboven (Andere criteria) minder dan helft van de punten behaalden, uitgesloten’.

Uw offerte werd bijgevolg niet weerhouden voor het vervolg van de procedure.

Indien u niet akkoord kunt gaan met deze beslissing en haar motieven, kunt u, overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van

State alsook de artikelen 65/14, 65/15, 65/23 en 65/24 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, tegen deze beslissing een beroep tot schorsing en/of vernietiging bij de Raad van State.”

IV. Tussenkoms

4. De tussenkomsde partijen blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Zowel de beide leden van de tijdelijke handelsvennootschap als de vennootschap zelf blijken op te treden als verzoekende partijen. De vraag naar de ontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de derde verzoekende partij dient in de huidige stand van het geding niet te worden onderzocht, gelet op de klaarblijkelijke ontvankelijkheid van het beroep in hoofde van de eerste en tweede verzoekende partijen.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

7. Een eerste middel is geput uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van de mededinging, van de artikelen 5, 53 en 56, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van de artikelen 52, § 2, 54, § 2, 106 en 108, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van het algemeen beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen’ en van het motiveringsbeginsel, door een kennelijk onjuiste beoordeling en machtsafwending”.

Eerste onderdeel

8. In wat als een eerste onderdeel van dit middel kan worden beschouwd, voeren de verzoekende partijen aan dat de ingeroepen bepalingen en principes de aanbestedende overheid verbieden om over de gunningscriteria en de

opdrachtvoorwaarden te onderhandelen en ze te wijzigen. Het voorwerp van de onderhandelingen is volgens hen beperkt tot de inhoud van de offertes.

Te dezen heeft de aanbestedende overheid volgens hen maar liefst drie maal (Verbeterberichten nr. 1, 2, 3) de voorschriften van het bestek gewijzigd, waaronder de gunningscriteria van de opdracht, met overtreding van artikel 108 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012. Al op grond van deze enige grief is het eerste middel volgens hen ernstig.

Beoordeling

9. Er dient te worden vastgesteld dat het eerste verbeterbericht reeds dateert van 27 juni 2014 en dus van ruimschoots vóór de datum van indiening van de eerste offertes. De verzoekende partijen tonen hier dan ook niet aan op welke wijze de verwerende partij hiermee de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden.

10. Wat de overige twee verbeterberichten betreft, moet worden opgemerkt dat de in het geding zijnde opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij toepassing van de regelgeving inzake de speciale sectoren, wat door de verzoekende partijen niet wordt betwist.

Overeenkomstig artikel 108 van het voormelde koninklijk besluit van 16 juli 2012 onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over hun offertes om de beste offerte te kiezen vanuit haar oogpunt.

In het verslag aan de Koning wordt deze bepaling toegelicht als volgt:

“Art. 108. Dit artikel is een nieuwe bepaling volgens dewelke de onderhandelingen over de ingediende offertes tot doel hebben de beste offerte te kiezen vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid. Hierbij moet worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot wat bepaald is in artikel

30, 2, van Richtlijn 2004/18/EG, Richtlijn 2004/17/EG, die toepasselijk is in de hier bedoelde sectoren, de mogelijkheid om over de voorwaarden van de opdracht te onderhandelen niet beperkt tot de inhoud van de offertes bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking waarvoor een voorafgaande Europese bekendmaking verplicht is. Zelfs in dat geval kunnen de vooraf bepaalde voorwaarden van de opdracht in de loop van de onderhandelingen worden aangepast overeenkomstig de beginselen vermeld in artikel 5 van de wet.”

Aldus lijkt het, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partijen betogen, in het kader van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de speciale sectoren niet uitgesloten dat bepaalde voorwaarden van de opdracht in de loop van de onderhandelingen worden aangepast. Overeenkomstig de beginselen vermeld in artikel 5 van de voormelde wet van 15 juni 2006 dienen bij dergelijke wijzigingen de aanbestedende overheden de aannemers, de leveranciers en de dienstverleners wel op “gelijke, niet-discriminerende en transparante wijze” te behandelen.

11. Het middelonderdeel faalt in de besproken mate op het eerste gezicht dan ook naar recht en is dus niet ernstig.

Tweede onderdeel

12. In wat als een tweede onderdeel van dit middel kan worden beschouwd, voeren de verzoekende partijen aan dat de aanbestedende overheid in elk geval aan de inschrijvers een voldoende termijn diende toe te kennen om hun toe te laten hun respectieve offertes aan de besliste wijzigingen aan te passen.

Te dezen werd het verbeterbericht nr. 3, waarbij verschillende onderdelen van het bestek alsnog werden gewijzigd, aan de inschrijvers pas doorgestuurd op 29 januari 2015, terwijl zij hun BAFO (“best and final offer”) ten laatste op 5 februari 2015 dienden in te leveren. Volgens de verzoekende partijen diende de verwerende partij overeenkomstig artikel 52, § 2, van het meer vermeld koninklijk besluit van 16 juli 2012 een termijn van minstens 15 dagen toe te kennen aan de inschrijvers om hun BAFO te bezorgen. In elk geval diende hun een

voldoende termijn te worden toegekend. Een minimum termijn van 24 dagen – of zelfs van maar 10 dagen – werd te dezen evenwel niet gerespecteerd.

Zij wijzen er in dat verband ook op dat de aanbestedende overheid bij verbeterbericht nr. 3 het gunningscriterium nr. 19 heeft aangepast aangezien de optie “bidirectionele interface” werd geschrapt. De “bidirectionele interface” is zodoende de basiskeuze geworden van de aanbestedende overheid, in plaats van en ter vervanging van de unidirectionele interface. De offerte van de verzoekende partijen werd echter uitgesloten wegens de quotering van 0 punten die werden toegekend voor het gunningscriterium nr. 19. Zij voeren aan dat, indien zij over een voldoende termijn hadden kunnen beschikken om hun BAFO aan te passen aan de tussengekomen wijzigingen, zij een meer volledig en gedetailleerd antwoord hadden kunnen geven op de vragen van de aanbestedende overheid.

Beoordeling

13. Op het eerste gezicht lijken de verzoekende partijen niet aan te tonen dat de in artikel 52, § 2, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 vermelde termijnen voor het indienen van de offertes, zeker geldend voor eerste offertes, zonder meer zouden moeten worden getransponeerd wat het indienen van nadien aangepaste offertes in het kader van de onderhandelingsprocedure betreft.

14. Wat dan een “voldoende” termijn betreft, lijkt te moeten worden aangenomen dat inschrijvers minder tijd behoeven om een offerte aan te passen dan om een eerste offerte op te stellen.

Voor de beoordeling van de complexiteit van de opdracht en de nodige voorbereidingstijd van de BAFO-offertes dient voorts op het eerste gezicht ook rekening te worden gehouden met de voorbereidingstijd die de inschrijvers reeds hebben gekregen voor het indienen van de eerste en tweede offertes enerzijds en de omvang en het belang van de laatste bestekswijzigingen anderzijds.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt vervolgens dat de wijzigingen door de aanbestedende overheid duidelijk werden aangegeven via “track changes” en als dusdanig duidelijk herkenbaar waren.

De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht ook niet aan dat deze bestekswijzigingen van die aard waren dat zij tot fundamentele aanpassingen van de offertes noopten.

Wat het schrappen van de optie “bidirectionele interface” betreft, waardoor dit nu een basiskeuze van de aanbestedende overheid zou geworden zijn, valt op het eerste gezicht niet in te zien waarom dit een belangrijke aanpassing van de offerte zou vereisen. Het betrof immers reeds een verplichte optie (H.10.1.3) in het oorspronkelijke bestek zodat de verzoekende partijen deze reeds van bij de eerste offerte hadden moeten uitwerken. Aan de inhoud ervan werd op het eerste gezicht ingevolge verbeterbericht nr. 3 ook niets gewijzigd. Deze optie wordt immers beschreven in deel 3A van het bestek, welk deel door verbeterbericht nr. 3 niet wordt gewijzigd.

Bovendien blijkt op het eerste gezicht uit het administratief dossier dat de verzoekende partijen reeds geruime tijd vóór de mededeling van het verbeterbericht nr. 3 van 29 januari 2015, onder andere naar aanleiding van de onderhandelingen van 20 november 2014 en de mededeling van de evaluatiematrix met voorlopige beoordeling bij aangetekende brief van 19 januari 2015, op de hoogte waren van het feit dat het deel van de offerte met betrekking tot de bi-directionele interface nadere uitwerking vereiste.

Tevens dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partijen bij ontvangst van het verbeterbericht nr. 3 blijkbaar geen opmerkingen of bezwaren tegen de termijn hebben geuit, noch om een langere termijn blijken te hebben gevraagd.

15. In het licht van het voorgaande tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht dan ook niet aan dat de betrokken termijn van zeven kalenderdagen voor het indienen van de BAFO voor hen niet voldoende zou zijn geweest en aldus niet verenigbaar zou zijn met de in het middel geschonden geachte bepalingen en beginselen.

Ook het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

16. Een tweede middel is geput uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheidsbeginsel en “het beginsel van mededinging”, van de artikelen 5, 53 en 56, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van Deel 3A van het bestek, onder andere de artikelen 6 en 7, uit de schending van het gunningscriterium nr. 19, van de artikelen 52, § 2, 54, § 2, 106 en 108, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van het artikel 8 van de wet 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het algemeen beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen’ en van het motiveringsbeginsel, de vergissing of de tegenstrijdigheid van de motieven, door een kennelijk onjuiste beoordeling en machtsafwendings”.

Het middel wordt door de verzoekende partijen opgesplitst in vier onderdelen.

Eerste onderdeel

17. De verzoekende partijen vatten een eerste onderdeel samen als volgt:

“Doordat de aanbestedende overheid aan de offerte van verzoekende partijen een uitsluitingsquotering van 0 punten heeft gegeven in het kader van het gunningscriterium 19 ‘bidirectionele interface met SAP’ (cfr. Evaluatie matrix) voor de enige volgende reden: ‘er is geen antwoord gegeven op de vragen gesteld in de onderhandelingsronde 2 voor criteria 19. Er is geen bijkomende informatie gegeven welke een antwoord geeft op de gestelde vragen in vorige onderhandelingsrondes naar schema’s, figuren, of andere gegevens welke verklaren hoe dit gerealiseerd zal worden’;

Terwijl het gunningscriteria nr. 19 geenszins voorziet dat de offertes zouden geëvalueerd worden op basis van schema's of figuren of althans uitsluitend op basis van schema's en figuren zouden worden geëvalueerd."

Beoordeling

18. De grieven van de verzoekende partijen hebben uitsluitend betrekking op de beoordeling aan de hand van gunningscriterium 19 dat in de evaluatiematrix wordt omschreven als volgt:

"19. bidirectionele interface met SAP

Omschrijf en detailleer de technische en functionele oplossing van de implementatie van de ontwikkeling van de bidirectionele interface met het SAP systeem (fysieke interface, het protocol, de uitgewisselde gegevens, functionaliteiten, voorstelling en afbeelding, integratie in de mens/machine interface van de operator). Beschrijf in detail de bijkomende functies ten opzichte van de unidirectionele interface."

De wijze van beoordeling van dit gunningscriterium wordt zoals hoger reeds gezien in het bestek toegelicht als volgt:

"2. Andere criteria

Evaluatiematrix [...]

A) De beoordeling van elk antwoord van de evaluatiematrix voor de criteria 1 tot en met 19 en de criteria 23, 24 en 31 zal als volgt gebeuren:

Antwoord geeft een duidelijk bewezen en aanvaarde meerwaarde: 1,00

Antwoord geeft een potentiële meerwaarde: 0,75

Antwoord is conform de bestekvoorschriften: 0,50

Antwoord onvoldoende en moet verbeterd worden: 0,25

Antwoord is totaal onvoldoende, ontwijkend, houdt mogelijke veiligheidsrisico's in of kan aanleiding geven tot claims : 0,00

[...]

Voorbehoud

Na de eventuele onderhandelingen worden de offertes die op een of meerdere criteria vermeld in punt 2 deel A hierboven (Andere criteria) minder dan de helft van de punten behaalden uitgesloten".

Uit de evaluatiematrix na de eerste onderhandeling, van 21 oktober 2014, blijkt reeds dat de eerste offerte van de verzoekende partijen een nulscore had behaald op dit criterium op grond van de volgende motivering:

“Nergens is terug te vinden hoe de bidirectionele interface zal gebeuren. De info die wordt gegeven is beknopt, oppervlakkig en er zou meer in detail uitgelegd moeten worden hoe de bi-directionele interface met SAP zal werken.”

Ook de tweede offerte van de verzoekende partijen behaalde na de onderhandeling van 19 januari 2015 volgens de evaluatiematrix nog steeds een nulscore op grond van de volgende motivering:

“Er is een korte beschrijving dat er een interface zal uitgewerkt worden in overeenstemming met de NMBS. Er zijn verder geen schema's, geen figuren of details meegegeven hoe dit zal gerealiseerd worden.”

Ten slotte blijkt dat ook de BAFO van de verzoekende partijen nog steeds een nulscore behaalt op dit criterium op grond van de volgende motivering:

“Er is geen antwoord gegeven op de vragen gesteld in de onderhandelingsronde 2 voor criteria 19. Er is geen bijkomende informatie gegeven welke een antwoord geeft op de gestelde vragen in vorige onderhandelingsrondes naar schema's, figuren of andere gegevens welke verklaren hoe dit gerealiseerd zal worden.”

19. Op het eerste gezicht dient te worden vastgesteld dat het gunningscriterium nr. 19 zoals omschreven in het bestek vereist dat de inschrijvers de “bidirectionele interface met SAP” dienen te omschrijven én detailleren. Uit voormelde beoordeling en de stukken van het dossier blijkt dat de verzoekende partijen in de loop van de onderhandelingsprocedure aan hun offerte een korte beschrijving hebben toegevoegd, doch geen schema's, figuren of details hebben meegegeven van de manier waarop zulks zal worden gerealiseerd. Op het eerste gezicht lijkt dit als een gebrek aan de gevraagde detaillering te kunnen worden beschouwd. Ondanks het feit dat deze gebreken aan de verzoekende partijen werden meegedeeld, blijken zij hieraan op het eerste gezicht ook in hun BAFO niet tegemoet te zijn gekomen.

20. Uit de motivering van de bestreden beslissing lijkt dan ook niet te mogen worden afgeleid dat de verwerende partij de offerte wat het

gunningscriterium 19 betreft enkel op grond van het gebrek aan schema's en figuren zou hebben geëvalueerd, zoals verzoekende partijen betogen.

Bovendien werd in het bestek reeds uitdrukkelijk vermeld dat indien aangaande dit gunningscriterium het antwoord “totaal onvoldoende of ontwijkend” zou zijn, “mogelijke veiligheidsrisico's” zou inhouden of “aanleiding kan geven tot claims”, een nulscore zou worden toegekend.

Het middelonderdeel lijkt aldus feitelijke grondslag te missen en is niet ernstig.

Tweede onderdeel

21. Een tweede onderdeel vatten de verzoekende partijen samen als volgt:

“Doordat de aanbestedende overheid aan de offerte van verzoekende partijen een uitsluitingsquotering van 0 punten heeft gegeven in het kader van het gunningscriterium 19 ‘bidirectionele interface met SAP’ (cfr. Evaluatie matrix) voor de volgende reden: ‘er is geen antwoord gegeven op de vragen gesteld in de onderhandelingsronde 2 voor criteria 19. Er is geen bijkomende informatie gegeven welke een antwoord geeft op de gestelde vragen in vorige onderhandelingsrondes naar schema's, figuren, of andere gegevens welke verklaren hoe dit gerealiseerd zal w[o]rden’;

Terwijl het bestek bepaalt dat (i) ‘Voor de verschillende interfaces dienen XSD schema's opgesteld te worden, deze worden opgesteld door de NMBS in samenwerking met de opdrachtnemer’ en (ii) ‘De exacte implementaties/voorstellen kunnen besproken worden, de opsomming van de onderstaande functionaliteiten is niet limitatief en kan eventueel nog door de NMBS of opdrachtnemer van de ISP aangevuld worden. Het geeft als het ware een indicatie weer over de complexiteit van de gewenste ISP’, zodat de hierbij aangehaalde bepalingen en principes werden miskend.”

De verzoekende partijen benadrukken dat volgens de termen zelf van het bestek de schema's en figuren dienden te worden opgesteld en klaarge-maakt door de aanbestedende overheid, in samenwerking met de inschrijvers, en niet enkel door de inschrijvers alleen. De door de aanbestedende overheid ingeroepen motivering om de quotering van 0 punten voor gunningscriterium 19 te

rechtvaardigen is volgens hen dan ook volledig in strijd met het voorschrift 7.4 van Deel 3A van het bestek. Voorts is de motivering van de bestreden beslissing volgens hen inadequaat of onvoldoende aangezien zij niet begrijpen welke schema's of welke inlichtingen in hun offerte zouden ontbreken.

Beoordeling

22. Artikel 7.4 van deel 3A van het bestek bepaalt:

“Voor de verschillende interfaces dienen XSD schema's opgesteld te worden, deze worden opgesteld door de NMBS in samenwerking met de opdrachtnemer.”

Op het eerste gezicht lijkt voormelde bepaling echter verband te houden met het voorwerp van de opdracht wat betreft de optie “ontwikkeling van een bidirectionele SAP-Interface” zoals omschreven in deel 3a van het bestek en de prestaties die de inschrijvers dienen te verrichten in het kader van de uitvoering van de opdracht.

Nergens blijkt *prima facie* dat de verwerende partij met de motivering in de evaluatiematrix aangaande criterium 19, dat geen bijkomende informatie werd gegeven inzake schema's, figuren of andere gegevens, reeds de voorlegging in de offerte van voormelde XSD schema's bedoeld zou hebben.

Op dit punt lijkt het middelonderdeel dan ook feitelijke grondslag te missen.

23. Voorts moet de formele motivering van de bestreden beslissing, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partijen lijken af te leiden uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

De verzoekende partijen tonen niet aan waarom zij niet in de mogelijkheid waren om, op grond van het schrijven van 28 april 2015 waarbij de motieven voor de uitsluiting van hun offerte werden meegedeeld en de evaluatiematrix, waarvan zij in ieder geval kennis kregen vóór het indienen van het verzoekschrift, de bestreden beslissing met kennis van zaken te betwisten zodat voldaan lijkt aan de formelemotiveringsplicht, minstens aan de *ratio legis* ervan. Het tegendeel blijkt overigens uit dit middel waarin zij de motieven van de bestreden beslissing uitvoerig betwisten.

Uit de evaluatiematrix bij de door de verzoekende partijen ingediende offertes blijkt op het eerste gezicht afdoende duidelijk dat de verwerende partij met de verwijzing naar het ontbreken van schema's, figuren of andere gegevens doelt op het gebrek aan detaillering van de offerte wat dit gunningscriterium betreft.

24. Ook het tweede onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

Derde onderdeel

25. De verzoekende partijen vatten een derde onderdeel samen als volgt :

“Doordat de aanbestedende overheid haar verbintenis om ‘verdere details’ te geven op de vraag die verzoekende partijen hebben gesteld op 28 augustus 2014 omtrent de (bidirectionele) interface naar SAP, niet heeft nageleefd;

Terwijl de in het middel aangehaalde bepalingen en principes de tegenpartij nochtans verplichtten om nuttig gevolg te geven aan de vraag van verzoekende partijen daar waar deze overheid zich ertoe verbonden had om gevraagde verduidelijkingen en inlichtingen te geven.”

De verzoekende partijen verduidelijken dat, indien andere inschrijvers toch bij machte zouden zijn geweest om meer details op te geven in hun offerte met betrekking tot de bidirectionele interface – gunningscriterium nr. 19 – daaruit volgens de verzoekende partijen niet kan worden geconcludeerd dat de gevraagde bijkomende informatie niet nodig waren om de verzoekende partijen in de mogelijkheid te stellen om hun offerte op complete wijze op te

stellen, doch heeft dit enkel te maken met het feit dat bepaalde concurrenten eerder reeds gelijkaardige aanbestedingen gedaan hebben en werken hebben uitgevoerd voor hetzij de NMBS, hetzij voor Infrabel.

Beoordeling

26. Vastgesteld dient te worden dat de verzoekende partijen aan de verwerende partij de volgende vraag hebben gesteld: “zijn er verdere technische details over de uitvoering van de ESB-interface naar SAP-systeem beschikbaar?”.

Deze vraag werd door de verwerende partij als volgt beantwoord: “verdere details zijn nog niet beschikbaar, deze zullen in een latere fase worden besproken (samen met specialist YPTO).”

In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat het antwoord op hun vraag noodzakelijk was om schema’s of figuren te kunnen opmaken en dat de in het bestek verstrekte informatie hiertoe niet voldeed, valt op te merken dat deze grief zich niet leent tot de snelle en *prima facie* toetsing die in het kader van een administratief kort geding in uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verwacht, aangezien het een interpretatie lijkt te vereisen van technische besteks-bepalingen.

Een technisch middel kan pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek. In het licht van de vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en van de opmerkingen van verwerende partij, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, is dit in de voorliggende zaak op het eerste gezicht niet het geval.

Bovendien lijkt de verwerende partij, in tegenstelling tot wat de verzoekende partijen betogen, als antwoord op voormelde vraag vanwege de verzoekende partijen wel bijkomende informatie dienaangaande aan de inschrijvers te hebben verstrekt door middel van de lijst van vragen en antwoorden van 23 januari 2015.

27. Ten slotte blijkt op het eerste gezicht uit de stukken van het administratief dossier dat de overige twee inschrijvers, in tegenstelling tot de verzoekende partijen, op grond van de in het bestek verstrekte informatie, wel meer gedetailleerde informatie in hun offerte hebben opgenomen.

De verzoekende partijen tonen op het eerste gezicht niet aan dat de overige inschrijvers hier ingevolge eventuele voorgaande opdrachten over bevoorrechte informatie beschikten. Dit wordt in elk geval met klem betwist door de verwerende partij en de tussenkomende partijen. Volgens de verwerende partij zijn het zelfs de verzoekende partijen die eerder een vergelijkbare opdracht, namelijk een industriële seinpost voor de tractiewerkplaats te Charleroi, zouden hebben uitgevoerd.

28. Wat de ter terechtzitting nieuw aangevoerde grief betreft, dat de gekozen inschrijver het welbepaald aantal bladzijden zou hebben overschreden in de betrokken beschrijving, moet worden opgemerkt dat zulks niet het geval lijkt, nog daargelaten de vraag of deze nieuwe grief, mondeling ter terechtzitting aangebracht, ontvankelijk is.

Ook het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

29. De verzoekende partijen vatten het onderdeel samen als volgt:

“Doordat de aanbestedende overheid enerzijds aan de offerte van verzoekende partijen een voldoende quotering van 0,5 punten heeft toegekend voor gunningscriterium nr 18 ‘unidirectionele interface met SAP’ om een uitsluiting van de offerte te vermijden, maar anderzijds een uitsluitingsquotering van 0 punten heeft gegeven voor gunningscriterium nr 19 ‘bidirectionele interface met SAP’ (cfr. Evaluatie matrix);

Terwijl de aan de inschrijvers ter beschikking gestelde informatie om deze twee interfaces te beschrijven totaal gelijkaardig zijn (zowel in aantal als in verduidelijking), zodat (i) verzoekende partijen materieel slechts een gelijklopend antwoord konden geven voor deze twee gunningscriteria (nr 18 en 19), en (ii) de aanbestedende overheid niet, zonder een manifeste appreciatievergissing te begaan en de in het middel ingeroepen bepalingen

en principes te overtreden, enerzijds een voldoende quotering kon toekennen op de offerte van verzoekende partijen voor gunningscriterium nr 18 en anderzijds een uitsluitingsquotering voor gunningscriterium nr 19.”

Beoordeling

30. In de evaluatiematrix gevoegd als bijlage bij de bestreden beslissing wordt de score van 0,5 die de offerte van de verzoekende partijen behalen op gunningscriterium 18 verantwoord als volgt: “Evaluatie is voor elke inschrijver op 0,5 gezet gezien in het verbeterbericht 3 de definitieve keuze gemaakt is voor de bidirectionele interface”.

Op het eerste gezicht biedt voormelde motivering, die door de verzoekende partijen eveneens gekend was en niet wordt betwist, een verantwoording voor voormeld scoreverschil.

Er lijkt op het eerste gezicht dan ook geen sprake van een tegenstrijdige motivering.

In de mate dat ter terechtzitting door de verzoekende partijen nog wordt aangevoerd dat de offertes van de andere inschrijvers eventueel onregelmatig zijn, wordt hier een niet-ontvankelijke nieuwe grief aangebracht, aangezien de betrokken onrechtmatigheid niet dermate evident lijkt dat ze in een tegensprekelijk debat door de partijen kan worden behandeld en beoordeeld onder meer in het auditorsadvies.

31. Ook het vierde onderdeel van het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

32. Een derde middel is geput uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van mededinging, van de artikelen 5, 53 en 56, van de wet ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006’, van het bestek, van het artikel 94, §§ 1 tot 4, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012

‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’, van het artikel 8 van de wet 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’, van het algemeen beginsel *patere legem quam ipse ficisti*, “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van [de] bestuurshandelingen en van het motiveringsbeginsel, door een kennelijk onjuiste beoordeling en machtsafwendings”.

Het middel wordt door de verzoekende partijen onderverdeeld in drie onderdelen.

Eerste onderdeel

33. De verzoekende partijen vatten dit onderdeel samen als volgt:

“Doordat de aanbestedende overheid de offerte van verzoekende partijen heeft vergeleken met onregelmatige offertes;
Terwijl de in het middel ingeroepen bepalingen en principes de aanbestedende overheid ertoe verplichten om eerst de onregelmatige offertes te verwijderen vooraleer over te gaan tot een evaluatie en vergelijking van de offerte.”

Beoordeling

34. Op het eerste gezicht lijken de verzoekende partijen, anders dan de verwerende partij en de tussenkomen partijen doen gelden, wel belang te hebben bij dit middelonderdeel aangezien indien de offertes van de beide overige inschrijvers eveneens onregelmatig zouden zijn, de opdracht aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig kon worden gegund.

35. De voorliggende opdracht omvat volgens het bijzonder bestek hoofdzakelijk de levering, de installatie en de indienststelling van een seinpost van type SIL 2, met het oog op een geautomatiseerd beheer van de sporen die toegang geven tot de Elektrische Tractiewerkplaatsen van Kinkempois, Hasselt en Melle met inbegrip van de naburige bundels.

36. In de mate dat de verzoekende partijen aanvoeren dat uit de aan de verzoekende partijen toegekende quoteringen voor de gunningscriteria nr. 20, 21 en 22 valt af te leiden dat minstens één andere inschrijver “een seinpost van type SIL4” zou hebben voorgesteld, moet worden opgemerkt dat deze grief zich niet leent tot de snelle en *prima facie* toetsing die in het kader van een administratief kort geding in uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verwacht, aangezien deze toetsing wiskundige berekeningen vergt en een interpretatie lijkt te vereisen van technische besteksbepalingen.

Een middel van een dergelijke aard kan pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en *prima facie* onderzoek. In het licht van de vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en van de opmerkingen van verwerende partij en de verzoekende partijen tot tussenkomst, niet tegengesproken door de verzoekende partijen, is dit in de voorliggende zaak op het eerste gezicht niet het geval.

Dienaangaande dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij opmerkt dat de SIL-categorisering niets te maken heeft met de beschikbaarheid, die beoordeeld wordt bij de gunningscriteria 20, 21 en 22, doch wel met veiligheidseisen.

De verzoekende partijen tot tussenkomst betogen van hun kant dat zij een SIL-2 systeem hebben aangeboden. Hoofdstuk 7 van het technisch luik van hun BAFO vermeldt immers “SIL2 productcertificaat MSR32 sturing” en verwijst hiervoor terug naar de eerste offerte.

Voorts lijkt het grote puntenverschil op het eerste gezicht verklaard te kunnen worden door een verschil van beschikbaarheid. Volgens de verwerende partij kan het systeem van de tussenkomende partijen, dat volledig automatisch en redundant is, veel langer werken zonder hoofdstoring dan het systeem van de verzoekende partijen. Bij een eenvoudig en willekeurig defect, zal het systeem van de tussenkomende partijen nog steeds bruikbaar zijn, doordat automatisch op andere elementen (back-up) wordt overgeschakeld.

Ook de tussenkomende partijen lichten toe dat zij een oplossing hebben voorgesteld waarbij een aantal kritische systeemonderdelen van het signalisatiesysteem dubbel uitgerust werden en dat wanneer één van die kritische onderdelen defect is, zijn functie automatisch wordt overgenomen door het andere “redundante” onderdeel.

Ter terechtzitting wordt niet betwist dat de verzoekende partijen daarentegen een manueel systeem aanboden.

37. Het middelonderdeel lijkt op het eerste gezicht dan ook feitelijke grondslag te missen. Het eerste onderdeel van het derde middel is dus niet ernstig.

Tweede onderdeel

38. De verzoekende partijen vatten het onderdeel als volgt samen:

“Doordat de aanbestedende overheid offertes heeft vergeleken die technisch niet vergelijkbaar zijn, en niet aan alle inschrijvers een gelijke kans heeft gegeven om tijdens de onderhandelingen hun respectievelijke offertes te verbeteren;

Terwijl de in het middel ingeroepen bepalingen en principes de aanbestedende overheid verplichten om alle aanbieders op een voet van strikte gelijkheid te behandelen en verzoekende partijen derhalve de mogelijkheid te bieden om hun offerte te verbeteren gelet op gunningscriteria nrs 20, 21 en 22.”

Beoordeling

39. Op het eerste gezicht hebben de verzoekende partijen als onregelmatige inschrijver, geweerd op grond van een beoordeling met gunningscriterium 19, geen belang bij dit middelonderdeel dat slechts betrekking lijkt te hebben op de beoordeling met de gunningscriteria 20, 21 en 22, op grond waarvan de offerte van de verzoekende partijen niet is uitgesloten.

Wat het tweede onderdeel van het derde middel betreft, lijkt de betrokken exceptie van gebrek aan belang zoals opgeworpen door de verwerende en de tussenkomende partijen dus gegrond.

Derde onderdeel

40. Dit wordt als volgt samengevat door de verzoekende partijen:

“Doordat de aanbestedende overheid een ‘regel van drie’ heeft toegepast om de offertes te quoteren ten aanzien van gunningscriteria 20, 21, et 22;

Terwijl de aanbestedingsdocumenten aan de ingeschreven aanbieders de mogelijkheid hebben gegeven om ‘SIL’ systemen met zeer variabele technische prestaties voor te stellen, met als gevolg dat het objectief onmogelijk was om de ontvangen offertes op basis van een ‘regel van drie’ te vergelijken zonder de in het middel ingeroepen bepalingen en principes te schenden.”

41. Op het eerste gezicht hebben de verzoekende partijen als onregelmatige inschrijver evenmin belang bij dit middelonderdeel dat slechts betrekking lijkt te hebben op de beoordeling in de bestreden beslissing van de gunningscriteria 20, 21 en 22.

42. Ook wat het derde onderdeel van het derde middel betreft, lijkt de exceptie van gebrek aan belang zoals opgeworpen door de verwerende partij en de tussenkommende partijen gegrond.

VIII. Besluit

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

IX. Kosten

44. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, aan de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping

van de vordering tot schorsing als de in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Siemens en de nv Cofely Fabricom, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Siemens-Fabricom, tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 600 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 9 juni 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest