RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

nr. 264.231 van 19 september 2025
in de zaak A. 245.509/XIV-39.860

In zake: 1. de GMBH SIEMENS MOBILITY,
vennootschap naar Duits recht
2. de NV SIEMENS MOBILITY
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten William Timmermans, Elisabeth Robbroeckx en François Lambert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C, bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkomende partijen:

1. de SA CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR FERROCARRILES (CAF),
vennootschap naar Spaans recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Elise Descheemaeker
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de NV ALSTOM BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Kris Lemmens, Robin Beck en Ellen Gerits
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 127A, bus b1
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door

advocaat Sophie Bleux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Regentschapstraat 58, b8
3. de VZW GLOBALIZE SOLIDARITY
4. de VZW STUDIE- EN INFORMATIECENTRUM VOOR INTERNATIONALE POLITIEK, VREDES- EN ONTWIKKELINGSPROBLEMATIEK (VREDE VZW)
5. de VZW AL-HAQ HUMAN RIGHTS ORGANISATION EUROPE (VZW AL-HAQ EUROPE)
6. de VZW 11.11.11, KOEPEL VAN INTERNATIONALE SOLIDARITEIT (11.11.11)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Buelens, Rosalie Daneels, Laura Adriaensens en Lies Michielsen
kantoor houdende te 2018 Antwerpen
Lange Van Ruusbroecstraat 76-78
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Johan Geerts
kantoor houdend te 2140 Antwerpen
Turnhoutsebaan 139A

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 6 augustus 2025, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de gemotiveerde beslissing van de raad van bestuur van de NMBS van 23 juli 2025 'tot aanwijzing van een voorkeursbieder met het oog op de toewijzing van de opdracht' voor de AM30-treinen in zoverre die beslissing (i) CAF als Voorkeursbieder aanwijst; (ii) de economische operatoren Alstom en Siemens in de wachtkamer plaatst, en (iii) zijn goedkeuring verleent voor het starten van onderhandelingen betreffende de contractuele documenten met de Voorkeursbieder […]".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij beschikking van 7 augustus 2025 werd de procedurekalender vastgesteld.

De verwerende partij heeft een nota met opmerkingen en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 augustus 2025 heeft de sa Construcciones Y Auxiliar Ferrocarriles (hierna: sa CAF) gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 22 augustus 2025 heeft de nv Alstom Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met een verzoekschrift van 21 augustus 2025 hebben de vzw Globalize Solidarity, de vzw Studie- en Informatiecentrum voor internationale politiek, vredes- en ontwikkelingsproblematiek, de vzw Al-Haq Human Rights Organisation Europe en de vzw 11.11.11, Koepel van Internationale Solidariteit, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Met toepassing van artikel 90, § 1, vierde lid, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is de zaak verwezen naar een kamer met drie leden.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 september 2025, om 14.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaten William Timmermans, Elisabeth Robbroeckx en François Lambert, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser, Gauthier Vlassenbroeck en Daan Degrande, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaten Nathanaëlle Kiekens, Ian Arnouts en Elise Descheemaeker, die verschijnen voor de eerste tussenkomende partij, advocaten Kris Lemmens, Robin Beck, Sophie Bleux en Thomas Mathieu, die verschijnen voor de tweede tussenkomende partij, en advocaten Jan Buelens en Laura

Adriaensens, die verschijnen voor de derde tot zesde tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor leveringen uit met als voorwerp 'Raamovereenkomst voor de aankoop van elektrische motorrijtuigen (EMU's) en motorrijtuigen aangedreven met batterijtechnologie (BEMU's).

Als plaatsingsprocedure wordt met toepassing van artikel 120 van de wet van 17 juni 2016 'inzake overheidsopdrachten' (hierna: de wet van 17 juni 2016) gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging.

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

3.2. In de aankondiging wordt de opdracht als volgt omschreven:

> "De Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen (NMBS) wenst een raamovereenkomst af te sluiten voor de ontwikkeling, productie en levering van EMU's (Electric Multiple Unit) en BEMU's (Battery Electric Multiple Unit). In totaal gaat het om een raamovereenkomst voor een vloot van maximaal 170.000 zitplaatsen. Deze motorrijtuigen type 'AM30' zullen worden ingezet voor de exploitatie van voorstedelijke/lokale (S/L) en InterCity (IC) verbindingen, en dit zowel met varianten met hoge capaciteit als met varianten met lage capaciteit.
> […]

De opdracht zal gesloten worden onder de vorm van een raamovereenkomst (RO) met een looptijd van 12 jaar. Dit tijdsbestek is, gelet op de complexiteit en de leveringsduur van de leveringen, nodig voor het plaatsen van gespreide bestellingen die de NMBS-behoefte aan AM30-(B)EMU's volledig dekken."

3.3. Het bijzonder bestek dat op deze opdracht van toepassing is, bestaat uit drie delen: 'Conditions générales' (Algemene voorwaarden), 'Guide d'attribution du Cahier spécial des charges' (Gunningsleidraad van het bijzonder bestek; hierna: gunningsleidraad) en 'Spécifications techniques' (Technische specificaties).

Het verloop van de plaatsingsprocedure wordt in deze gunningsleidraad omschreven als volgt:

"4.1 DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE DE PASSATION
La procédure de passation se présente comme suit :
4.1.1 Phase 1 : Envoi du Cahier Spécial des Charges * ACTUEL *
La SNCB envoie le Cahier Spécial des Charges aux candidats sélectionnés. Il leur est demandé de remettre une offre au plus tard à la date et à l'heure déterminées au paragraphe 7.1 du présent Guide d'Attribution.
Les candidats sélectionnés ont l'occasion de poser des questions écrites à propos du Cahier Spécial des Charges.
[…]
Les réponses aux questions et les éclaircissements sont communiqués à tous les candidats sélectionnés sans mention de l'identité du demandeur. Certaines précisions peuvent donner lieu à des modifications au Cahier Spécial des Charges.
4.1.2 Phase 2 : La phase de dépôt des (premières) offres
Le soumissionnaire doit déposer son offre au plus tard à la date et à l'heure mentionnées au paragraphe 7.1 du présent Guide d'Attribution. Les pièces et documents à introduire sont précisées au paragraphe 7.4.
4.1.3 Phase 3 : La phase d'évaluation
(i) Vérification de la régularité
La SNCB examinera, avant tout, si les offres déposées sont complètes et régulières.
La SNCB vérifiera donc si l'offre contient tous les documents qui doivent obligatoirement y être joints en vertu du présent Guide d'Attribution.
Conformément à l'article 147, § 1, alinéa 1, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la SNCB peut, sans y être obligée, interroger le soumissionnaire, lorsque les informations ou les documents de son offre sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants.
La SNCB vérifiera en outre si la première offre satisfait aux exigences de forme essentielles du Guide d'Attribution.

En outre, la SNCB vérifiera si les offres ne dérogent pas au Cahier Spécial des Charges d'une manière qui serait de nature à offrir au soumissionnaire un avantage discriminatoire, à engendrer une distorsion de concurrence, à entraver l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou sa comparaison avec les autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire en vue de l'exécution du marché dans les conditions imposées.
La SNCB aura le droit de permettre aux soumissionnaires de régulariser les éventuelles irrégularités substantielles de leur offre. Ceci sera également le cas pour l'offre affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, donnent lieu à une irrégularité substantielle.
Une telle régularisation ne sera possible pour autant que les conditions suivantes soient respectées :

- l'offre ne constitue pas l'offre finale ;
- la régularisation est effectuée avant d'entamer les négociations.

Il sera également procédé à un examen du prix dans le cadre de l'évaluation de la régularité des offres.
(ii) Evaluation sur la base des critères d'attribution
Seules les offres régulières (telles qu'éventuellement régularisées) seront évaluées et classées sur la base des critères d'attribution.
La SNCB décidera

- soit d'attribuer immédiatement le marché au soumissionnaire le mieux classé,
- soit de désigner le soumissionnaire le mieux classé comme Soumissionnaire Préférentiel,
- soit d'entamer des négociations avec les soumissionnaires les mieux classés,
- soit d'entamer des négociations avec tous les soumissionnaires.

Dans la première hypothèse (attribution immédiate du marché), les phases 4 et 5 ne s'appliqueront pas et la SNCB procèdera immédiatement à la phase 6.
Dans la deuxième hypothèse (désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel), la phase 4 ne s'appliquera pas et la SNCB procèdera immédiatement au phase 5.
Dans la première et la deuxième hypothèse, les premières offres régulières (éventuellement après régularisation) seront considérées comme les offres finales. Il s'ensuit que les premières offres doivent déjà comprendre tous les éléments exigés et nécessaires pour l'exécution du marché, y compris les meilleurs prix.
Dans la troisième hypothèse (négociations), la SNCB invitera – en principe – les trois soumissionnaires les mieux classés à participer aux négociations.
Néanmoins, s'il est constaté :

- que les différences entre les trois soumissionnaires les mieux classés et les autres soumissionnaires sont limitées, la SNCB peut élargir le nombre de soumissionnaires qui ont déposé une première offre régulière et qui sont invités à participer aux négociations ;
- qu'il existe des différences significatives entre les trois soumissionnaires les mieux classés, la SNCB peut limiter encore plus

le nombre de soumissionnaires qui ont déposé une première offre régulière et qui sont invités à participer aux négociations.

Toutefois, lorsque le nombre de soumissionnaires qui ont déposé une première offre régulière est inférieur à trois, la SNCB peut poursuivre la procédure avec les soumissionnaires concernés.

Les soumissionnaires qui ont déposé une première offre régulière et qui ne sont pas invités à participer aux négociations, sont placés en section d'attente et ne sont donc pas encore définitivement exclus. La SNCB se réserve le droit d'inviter ces soumissionnaires à participer aux négociations dans une phase ultérieure de la procédure et/ou de les inviter à déposer une ou plusieurs offres améliorées.

Dans la quatrième hypothèse (négociations), la SNCB invitera – en principe – tous les soumissionnaires à participer aux négociations.

4.1.4 Phase 4 : * OPTIONNEL * : La phase de négociation, dépôt et évaluation des offres améliorées

Si la SNCB décide d'entamer des négociations, l'objectif de ces négociations est de parvenir à l'amélioration des premières offres déposées par les soumissionnaires les mieux classés ou tous les soumissionnaires.

L'initiative des négociations repose sur la SNCB. Les négociations peuvent être menées par oral ou par écrit.

Les soumissionnaires concernés peuvent formuler des suggestions sur les sujets abordés pendant les négociations. La SNCB décide cependant librement des sujets qu'elle souhaite négocier.

La SNCB peut organiser plusieurs tours de négociations et peut faire suivre ou non chacun des tours de négociations par l'introduction des offres améliorées. L'invitation à introduire une offre améliorée peut être accompagnée d'un Cahier Spécial des Charges modifié.

Ensuite, les offres améliorées régulières seront évaluées et classées sur la base des critères d'attribution.

Après l'évaluation des dernières offres améliorées (ci-avant et ci-après : 'offres finales'), la SNCB décidera soit d'attribuer le marché au soumissionnaire le mieux classé, soit de désigner le soumissionnaire le mieux classé comme Soumissionnaire Préférentiel.

Dans la première hypothèse (attribution du marché), la phase 5 ne s'appliquera pas et la SNCB procèdera immédiatement à la phase 6.

Dans la deuxième hypothèse (désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel), la phase 5 sera d'application.

4.1.5 Phase 5 : * OPTIONNEL * : Désignation du Soumissionnaire Préférentiel

Préalablement à la décision d'attribution formelle, la SNCB peut désigner comme soumissionnaire préférentiel le soumissionnaire dont l'offre finale régulière est identifiée comme économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution (ci-avant et ci-après : 'Soumissionnaire Préférentiel').

A la demande de la SNCB, des négociations finales au sujet des documents contractuels peuvent être menées, dans le respect de la règlementation des marchés publics, avec le Soumissionnaire Préférentiel, pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans son offre finale en arrêtant les clauses du marché.

Les soumissionnaires qui ont déposé une offre finale régulière et qui ne sont pas désignés comme Soumissionnaire Préférentiel, sont placés en section d'attente et ne sont donc pas encore définitivement exclus. Si les négociations avec le Soumissionnaire Préférentiel n'aboutissent pas à un résultat favorable, la SNCB peut décider d'à nouveau impliquer dans la procédure les soumissionnaires placés en section d'attente, ou de désigner comme Soumissionnaire Préférentiel le soumissionnaire qui est le mieux classé parmi les soumissionnaires placés en section d'attente.
4.1.6 Phase 6 : La phase d'attribution et la conclusion du marché
La SNCB attribuera le marché au soumissionnaire ayant présenté l'offre finale régulière économiquement la plus avantageuse par rapport aux critères d'attribution (ou selon le cas, au Soumissionnaire Préférentiel).
Il ne sera question de la conclusion du marché, et donc d'un lien contractuel entre la SNCB et l'adjudicataire, qu'à partir de la signature par les parties de l'ensemble des documents contractuels finaux, sur le contenu desquels il existera un accord entre eux."

Vrij vertaald:
"4.1. VERLOOP VAN DE PLAATSINGSPROCEDURE
De aanbestedingsprocedure is als volgt:
4.1.1 Fase 1: Verzenden van het Bijzonder Bestek * ACTUEEL *
De NMBS stuurt het bijzonder bestek naar de geselecteerde kandidaten. Zij worden verzocht een inschrijving in te dienen uiterlijk op de datum en het tijdstip die zijn bepaald in paragraaf 7.1 van deze Gunningsleidraad.
Geselecteerde kandidaten hebben de mogelijkheid om schriftelijke vragen te stellen over het Bijzonder Bestek.
[…]
Antwoorden op vragen en verduidelijkingen worden verstrekt aan alle geselecteerde kandidaten zonder enige vermelding van de identiteit van de sollicitant. Bepaalde verduidelijkingen kunnen aanleiding geven tot wijzigingen in het Bijzonder Bestek.
4.1.2 Fase 2: De (eerste) offertefase
De inschrijver moet zijn inschrijving uiterlijk op de in punt 7.1 van deze Gunningsleidraad vermelde datum en tijd indienen. De in te dienen documenten zijn gespecificeerd in paragraaf 7.4.
4.1.3 Fase 3: de evaluatiefase
(i) Controle van de regelmatigheid
De NMBS zal in de eerste plaats nagaan of de ingediende offertes volledig en regelmatig zijn.
De NMBS zal daarom controleren of de offerte alle documenten bevat die in het kader van deze Gunningsleidraad moeten worden bijgevoegd.
Overeenkomstig artikel 147, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 betreffende de overheidsopdrachten kan de NMBS de inschrijver ondervragen, maar is daartoe niet verplicht, wanneer de informatie of documenten in zijn inschrijving onvolledig of onjuist zijn of lijken te zijn, of wanneer bepaalde documenten ontbreken.
De NMBS zal ook nagaan of de eerste inschrijving voldoet aan de essentiële formele vereisten van de Gunningsleidraad.

Daarnaast zal de NMBS nagaan of de inschrijvingen niet afwijken van het Bijzonder Bestek op een wijze die de inschrijver een discriminerend voordeel zou kunnen opleveren, tot verstoring van de mededinging zou kunnen leiden, de beoordeling van de inschrijving van de inschrijver of de vergelijking ervan met andere inschrijvingen zou kunnen belemmeren, of de niet-bestaande, onvolledige of onzekere verbintenis van de inschrijver om de uitvoering van de overeenkomst onder de opgelegde voorwaarden.
De NMBS heeft het recht om bieders toe te staan substantiële onregelmatigheden in hun offerte te regulariseren. Dit zal ook het geval zijn voor de inschrijving waarop verschillende niet-substantiële onregelmatigheden betrekking hebben die door de cumulatie of cumulatie ervan tot een aanzienlijke onregelmatigheid leiden.
Een dergelijke regularisatie is alleen mogelijk als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de offerte vormt niet de finale offerte;
- de regularisatie wordt uitgevoerd vóór het begin van de onderhandelingen.

In het kader van de evaluatie van de regelmatigheid van de offertes zal ook een prijsherziening worden uitgevoerd.
ii) Beoordeling op basis van de gunningscriteria
Enkel de regelmatige offertes (desgevallend na regularisatie) worden beoordeeld en gerangschikt op basis van de gunningscriteria.
De NMBS zal beslissen

- hetzij de opdracht onmiddellijk te gunnen aan de best gerangschikte inschrijver;
- ofwel de best gerangschikte inschrijver aan te wijzen als Voorkeursbieder,
- ofwel onderhandelingen aan te knopen met de best gerangschikte inschrijvers,
- of om in onderhandeling te treden met alle inschrijvers.

In de eerste hypothese (onmiddellijke gunning van de opdracht) zijn fases 4 en 5 niet van toepassing en gaat de NMBS onmiddellijk over naar fase 6.
In de tweede hypothese (aanwijzing van een voorkeursbieder) is fase 4 niet van toepassing en gaat de NMBS direct over naar fase 5.
In de eerste en tweede hypothese worden de eerste regelmatige offertes (desgevallend na regularisatie) beschouwd als de finale offertes. Hieruit volgt dat de eerste offertes reeds alle voor de uitvoering van de opdracht vereiste en noodzakelijke elementen moeten bevatten, met inbegrip van de beste prijzen.
In de derde hypothese (onderhandelingen) zal de NMBS – in principe – de drie hoogst gerangschikte inschrijvers uitnodigen om deel te nemen aan de onderhandelingen.
Als echter wordt vastgesteld:

- dat de verschillen tussen de drie hoogst gerangschikte inschrijvers en de andere inschrijvers beperkt zijn, kan de NMBS het aantal inschrijvers verhogen die een eerste regelmatige offerte hebben ingediend en die worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingen;

- dat er aanzienlijke verschillen zijn tussen de drie hoogst gerangschikte inschrijvers, kan de NMBS het aantal inschrijvers dat regelmatig een eerste offerte heeft ingediend en wordt uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingen, verder beperken.

Evenwel, wanneer het aantal inschrijvers dat een eerste regelmatige offerte heeft ingediend minder dan drie bedraagt, kan de NMBS de procedure met deze betrokken inschrijvers voortzetten.

Inschrijvers die een eerste regelmatige offerte hebben uitgebracht en die niet worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingen, worden in de wachtkamer geplaatst en zijn dus nog niet definitief uitgesloten. De NMBS behoudt zich het recht voor om deze bieders in een later stadium van de procedure uit te nodigen om deel te nemen aan de onderhandelingen en/of hen uit te nodigen om één of meerdere verbeterde offertes in te dienen.

In de vierde hypothese (onderhandelingen) zal de NMBS – in principe – alle inschrijvers uitnodigen om deel te nemen aan de onderhandelingen.

4.1.4 Fase 4: * OPTIONEEL *: de onderhandelings-, indienings- en evaluatiefase van de verbeterde offertes

Indien de NMBS besluit onderhandelingen te starten, is het doel van deze onderhandelingen tot een verbetering te komen van de eerste offertes die zijn ingediend door de hoogst gerangschikte inschrijvers of alle inschrijvers.

Het initiatief voor de onderhandelingen berust bij de NMBS. Onderhandelingen kunnen mondeling of schriftelijk worden gevoerd.

De betrokken inschrijvers kunnen suggesties doen over de onderwerpen die tijdens de onderhandelingen worden besproken. De NMBS is echter vrij om te beslissen over welke onderwerpen het wil onderhandelen.

De NMBS kan verschillende onderhandelingsrondes organiseren en kan al dan niet elk van de onderhandelingsrondes laten volgen met de indiening van verbeterde offertes. De uitnodiging tot het indienen van een verbeterde offerte kan vergezeld gaan van een gewijzigd Bijzonder Bestek.

Daarna worden de regelmatige verbeterde offertes geëvalueerd en gerangschikt op basis van de gunningscriteria.

Na de evaluatie van de laatste verbeterde offertes (hiervoor en hierna: ‘Finale offertes’), zal de NMBS beslissen om de opdracht te gunnen aan de hoogst gerangschikte inschrijver of om de hoogst gerangschikte inschrijver aan te wijzen als de Voorkeursbieder.

In de eerste hypothese (gunning van de opdracht) is fase 5 niet van toepassing en gaat de NMBS direct over naar fase 6.

In de tweede hypothese (aanwijzing van een Voorkeursbieder) is fase 5 van toepassing.

4.1.5 Fase 5: *OPTIONEEL*: Aanduiding van de Voorkeursbieder

Voorafgaand aan het formele gunningsbesluit kan de NMBS als voorkeursinschrijver aanduiden de inschrijver wiens finale regelmatige offerte op basis van de gunningscriteria als de economisch meest voordelige wordt aangemerkt (hiervoor en hierna: ‘de Voorkeursbieder’).

Op verzoek van de NMBS kunnen definitieve onderhandelingen over de contractuele documenten worden gevoerd met de Voorkeursbieder, in overeenstemming met de regelgeving inzake overheidsopdrachten, om de financiële verplichtingen of andere voorwaarden die in zijn finale offerte zijn opgenomen, te bevestigen door de clausules van het contract goed te keuren.

Inschrijvers die een regelmatig finale offerte hebben uitgebracht en die niet als Voorkeursbieder zijn aangewezen, worden in de wachtkamer geplaatst en zijn dus nog niet definitief uitgesloten. Indien de onderhandelingen met de Voorkeursbieder niet tot een gunstig resultaat leiden, kan de NMBS besluiten de in de wachtkamer geplaatste inschrijvers opnieuw bij de procedure te betrekken, of om de inschrijver aan te duiden die het hoogst is gerangschikt onder de inschrijvers die in de wachtkamer zijn geplaatst.
4.1.6 Fase 6: De gunningsfase en het sluiten van de overeenkomst
De NMBS zal de opdracht gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige regelmatige finale offerte heeft ingediend met betrekking tot de gunningscriteria (of, in voorkomend geval, aan de Voorkeursbieder).
Er zal slechts sprake zijn van het sluiten van het contract, en dus van een contractuele band tussen de NMBS en de gekozen inschrijver, vanaf de ondertekening door de partijen van het geheel van de definitieve contractuele documenten, waarover inhoudelijk een akkoord tussen hen zal bestaan."

De gunningscriteria en de beoordelingsmethode worden in de gunningsleidraad beschreven als volgt:

"6.1 CRITÈRES D'ATTRIBUTION
La SNCB attribuera le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière jugée comme étant économiquement la plus avantageuse d'après un classement au regard des critères d'attribution mentionnés ci-dessous :

Critère	**Poids**	**Evaluation**
		L'évaluation des offres est basée sur les quantités présumées suivantes : […]
Valeur technique	36%	La qualité technique des solutions offertes, conformes à la Spécification Technique, et des informations fournies avec l'offre, sera évaluée, en particulier la plus-value / moins-value pour la SNCB pour ce qui concerne les éléments visés au paragraphe 6.3.2 du présent Guide d'Attribution tout au long de la durée de vie de 35 ans du matériel.
Valeur financière	50%	[…]
Générale T&C et planning de livraison	7%	[…]
Consommation énergétique	7%	[…]

6.2 EXIGENCES DE CONFORMITÉ (RÉGULARITÉ DE L'OFFRE)
[…]

6.3 MÉTHODE D'ÉVALUATION DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION
Les critères d'attribution seront calculés comme suit :
6.3.0 Général
[…]
6.3.1 Critère 'Valeur Financière'
[…]
6.3.2 Critère 'Valeur Technique'
La valeur technique de l'offre est évaluée globalement compte tenu des éléments suivants (liste non- exhaustive) :

1. Fonctionnalités, sécurité, fiabilité et maintenabilité des Automotrices, ses équipements, les outils et la qualité de la documentation ;
2. Degré de maturité technique des équipements offerts ;
3. Qualité du design et de la solution d'implantation offerte ;
4. Pérennité des solutions offertes ;
5. Statut des certificats des équipements offerts émis par ISA, DeBo, NoBo ou NSA ;

Cette liste des éléments d'appréciation n'est pas exhaustive. En outre, une très mauvaise ou très bonne prestation pour un ou plusieurs éléments d'appréciation peut nettement influencer l'évaluation globale du critère 'Valeur Technique'.
L'objectif est que, sur base des documents soumis, la SNCB ait suffisamment d'information pour pouvoir juger dans quelle mesure la solution offerte représente une plus-value pour la SNCB. Des offres proposant des solutions par rapport aux exigences de la Spécification Technique qui constituent une plus-value pour la SNCB, obtiendront une note élevée pour le critère.
Le résultat en points pour ce critère est arrondi à deux chiffres après la virgule.
6.3.3 Critère 'Générale T&C et planning de livraison'
Sur base du questionnaire en annexe 2 du Guide d'attribution, la SNCB attribuera un score global sur 7 points. Au moins tous les sujets, mentionnés par question, sont à traiter obligatoirement.
Il y a 6 questions à répondre.
Le résultat en points pour ce critère est arrondi à deux chiffres après la virgule.
6.3.4 Critère 'Consommation énergétique'
[…]."

Vrij vertaald:
"6.1 GUNNINGSCRITERIA
De NMBS gunt de opdracht aan de inschrijver die de regelmatige inschrijving heeft ingediend die volgens een rangschikking op basis van de hierna vermelde gunningscriteria economisch voordelig wordt geacht.

Criterium	**Gewicht**	**Beoordeling**
		De beoordeling van de offertes is gebaseerd op de volgende veronderstelde hoeveelheden: […]
Technische	36%	De technische waarde van de voorgestelde

waarde		oplossingen, conform met de Technische Specificatie, en de informatie die bij de offerte gevoegd worden, zal geëvalueerd worden, in het bijzonder de meerwaarde / minwaarde voor de NMBS voor wat betreft de elementen vermeld in paragraaf 6.3.2 van de huidige Gunningsleidraad, doorheen de hele levensduur van 35 jaar van het materieel.
Financiële waarde	50%	[…]
T&C en planning	7%	[…]
Energieverbruik	7%	[…]

6.2 CONFORMITEITSEISEN (REGELMATIGHEID VAN DE OFFERTE)
[…]
6.3. BEOORDELINGSMETHODE VAN DE GUNNINGSCRITERIA
De gunningscriteria worden als volgt berekend:
6.3.0 Algemeen
[…]
6.3.1 Criterium 'Financiële waarde'
[…]
6.3.2 Criterium 'Technische waarde'
De technische waarde van de offerte wordt globaal beoordeeld op basis van de volgende elementen (niet-exhaustieve lijst):

1. Functionaliteit, veiligheid, betrouwbaarheid en onderhoudbaarheid van de rijtuigen, hun uitrusting, gereedschap en de kwaliteit van de documentatie;
2. De mate van technische maturiteit van de aangeboden uitrusting;
3. Kwaliteit van de aangeboden ontwerp- en implementatieoplossing;
4. Duurzaamheid van de aangeboden oplossingen;
5. Status van apparatuurcertificaten uitgegeven door ISA, DeBo, NoBo of NSA;

Deze lijst met beoordelingselementen is niet exhaustief. Bovendien kan een zeer slechte of zeer goede prestatie in een of meerdere beoordelingselementen een duidelijke invloed hebben op de algemene beoordeling van het criterium 'Technische waarde'.
Het is de bedoeling dat de NMBS op basis van de ingediende documenten over voldoende informatie beschikt om te kunnen beoordelen in welke mate de aangeboden oplossing een toegevoegde waarde heeft voor de NMBS. Offertes die oplossingen voorstellen met betrekking tot de eisen van de Technische Specificatie die een meerwaarde betekenen voor de NMBS, zullen een hoge score voor dit criterium ontvangen.
Het resultaat in punten voor dit criterium wordt afgerond op twee cijfers na de komma."

3.4. Vier kandidaten dienen een aanvraag tot deelneming in, onder wie de verzoekende partijen en de eerste en tweede tussenkomende partijen.

De verwerende partij selecteert deze vier kandidaten bij beslissing van 13 april 2023. Deze beslissing wordt hen ter kennisgegeven op 18 april 2023, samen met het bestek en de uitnodiging om een eerste offerte in te dienen tegen 1 september 2023. De kandidaten krijgen de gelegenheid om vragen te stellen die door de verwerende partij worden beantwoord. Naar aanleiding daarvan wordt de termijn voor het indienen van de offertes verlengd naar 24 november 2023. Ook worden verbeteringen van het bestek meegedeeld.

3.5. Op 24 november 2023 dienen drie geselecteerde kandidaten een eerste offerte in.

De verwerende partij stuurt op 8 februari 2024, 13 maart 2024 en 25 april 2024, aan elk van de drie inschrijvers telkens een verzoek tot regularisatie, waarop zij antwoorden binnen de vooropstelde termijn.

3.6. Op 22 mei 2024 stuurt de verwerende partij een uitnodiging tot het indienen van een nieuwe offerte, vergezeld van een gewijzigd bestek. De inschrijvers krijgen de gelegenheid om vragen te stellen die door de verwerende partij worden beantwoord.

Op 10 juli 2024 hebben de drie inschrijvers hun tweede offerte ingediend. Op 2 september 2024 stuurt de verwerende partij de twee betrokken inschrijvers een verzoek tot regularisatie, waarop zij antwoorden binnen de vooropstelde termijn.

3.7. Op 25 september 2024 stuurt de verwerende partij een uitnodiging tot het indienen van een nieuwe (derde) offerte, vergezeld van een gewijzigd bestek. In het uitnodigingsbericht vermeldt de verwerende partij uitdrukkelijk dat deze nieuwe offertes als definitieve offertes kunnen worden beschouwd (op voorwaarde dat ze regelmatig zijn) en bijgevolg de opdracht

onmiddellijk kan worden gegund aan de best gerangschikte inschrijver. Opnieuw krijgen de inschrijvers de gelegenheid om vragen te stellen die door de verwerende partij worden beantwoord, naar aanleiding waarvan, bij brief van 6 oktober 2024, de datum voor het indienen van nieuwe offertes naar 22 november 2024 wordt verdaagd.

Op 15 november 2024 maakt de verwerende partij gewijzigde bestekdocumenten bekend. De datum voor het indienen van nieuwe offertes wordt naar 25 november 2024 verdaagd.

3.8. Op 25 november 2024 hebben de drie inschrijvers hun derde offerte ingediend. Op 6 december 2024 stuurt de verwerende partij een verzoek tot regularisatie aan de twee betrokken inschrijvers, waarop zij antwoorden binnen de vooropstelde termijn.

3.9. Op 20 december 2024 stuurt de verwerende partij een uitnodiging tot het indienen van een nieuwe (vierde) offerte, vergezeld van een gewijzigd bestek.

In het uitnodigingsbericht vermeldt de verwerende partij uitdrukkelijk dat deze nieuwe offertes als definitieve offertes kunnen worden beschouwd (op voorwaarde dat ze regelmatig zijn), en bijgevolg de opdracht onmiddellijk kan worden gegund aan de best gerangschikte inschrijver, hetzij deze kan worden aangeduid als voorkeursbieder. De kandidaten krijgen de gelegenheid om vragen te stellen die door de verwerende partij worden beantwoord.

3.10. Op 13 januari 2025 dienen de drie inschrijvers hun vierde offerte in.

3.11. Op 28 februari 2025 beslist de verwerende partij om de inschrijver sa CAF, in toepassing van paragraaf 4.1.5 van de gunningsleidraad, als voorkeursbieder aan te wijzen, en de inschrijvers nv Alstom Belgium en de verzoekende partijen in de wachtkamer te plaatsen.

Op 17 april 2025 heeft de Raad van State bij arrest nr. 263.012, ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.263.012, de beslissing van 28 februari 2025 geschorst. In arrest nr. 263.023, ECLI:BE:RVSCE:2025:ARR.263.023, van 22 april 2025 wordt vastgesteld dat het door de verzoekende partijen ingestelde beroep zonder voorwerp is geworden.

3.12. Op 23 juli 2025 beslist de verwerende partij haar beslissing van 28 februari 2025 in te trekken.

Zij neemt een nieuwe beslissing tot aanduiding van een voorkeursbieder, waarbij de sa CAF als voorkeursbieder wordt aangewezen, en de nv Alstom Belgium en de verzoekende partijen in de wachtkamer worden geplaatst.

Dit is de bestreden beslissing.

In deze beslissing wordt onder punt 3 ‘Evaluation des dernières offres (Vrij vertaald: Beoordeling van de laatste offertes) het volgende gesteld:

> “3. 4 Evaluation des critères d’attribution
> […]
> 3.4.2 Evaluation critère ‘Valeur technique’
> […]
> 3.4.2.2 Grande similitude entre les offres sur le plan de la valeur technique
> La SNCB constate tout d’abord la grande similitude des offres sur le plan de la valeur technique.
> Notamment en raison du grand nombre de normes applicables (STI, fiches UIC, euronormes, ...) auxquels les soumissionnaires doivent satisfaire et de spécifications techniques propres à la SNCB, les offres présentent de grandes similitudes sur le plan technique.
> Pour la grande majorité des sujets de la Spécification Technique, les soumissionnaires s’engagent à atteindre le niveau (élevé) demande par la SNCB, sans dépasser ce niveau. Leur solution ne présente pas de plus-values ou de moins-values. Cela ressort du tableau qui comprend l’intégralité des chapitres, des titres, des sous-titres et des sous-sous-titres de la Spécification Technique et qui est reprise en annexe de la présente décision. Le contenu de ce tableau est commenté dans le texte qui suit, pour chacun des 21 chapitres.
> […]
> Conclusions des chapitres

En conséquence des considérations qui précèdent, la SNCB constate que la solution technique des trois offres répond, pour la grande majorité des sujets de la Spécification Technique, aux niveaux élevés d'exigences techniques imposés par de la SNCB. La SNCB tient compte du fait que, comme cela ressort des différentes régularisations, les soumissionnaires ont dû réaliser des efforts significatifs pour satisfaire à la Spécification Technique. La Spécification Technique a en effet défini un grand nombre d'exigences qui répondent spécifiquement aux besoins opérationnels de la SNCB. Pour quelques aspects - les aspects stratégiques pour la SNCB -, les soumissionnaires ont dû proposer une solution qui se différencie de leur plateforme standard, ce qui nécessite également un effort de leur part. II ressort de l'analyse des offres que les soumissionnaires ont dû faire des efforts pour atteindre ce résultat. II y avait dès lors, dans l'ensemble, peu d'espace, d'un point de vue technique et commercial pour des plus-values ou moins-values additionnelles par rapport à la Spécification Technique (au sens du Guide d'Attribution). Pour éviter tout malentendu, la SNCB insiste sur le fait que la présence d'une ou plusieurs 'moins-values' ou 'moins-values importantes' dans l'offre d'un soumissionnaire ne signifie pas que la valeur technique de l'offre de ce soumissionnaire est, globalement, de mauvaise qualité."

Vrij vertaald:
"De NMBS stelt in de eerste plaats vast dat de offertes qua technische waarde sterk op elkaar lijken. Met name vanwege het grote aantal toepasselijke normen (TSI, DIG-fiches, Euronormen, enz.) waaraan de inschrijvers moeten voldoen en de technische specificaties van de NMBS, vertonen de offertes grote gelijkenissen op technisch vlak.
Voor het overgrote deel van de onderwerpen van de Technische Specificatie verbinden de inschrijvers zich ertoe het door de NMBS gevraagde (hoge) niveau te halen, zonder dit niveau te overschrijden. Hun oplossing biedt geen meerwaarde of minderwaarde. Dit blijkt uit de tabel die alle hoofdstukken, titels, ondertitels en subtitels van de Technische Specificatie bevat en die als bijlage bij deze beslissing is opgenomen. De inhoud van deze tabel wordt in de tekst hieronder voor elk van de 21 hoofdstukken toegelicht.
[…]
Besluit van de hoofdstukken
Op basis van bovenstaande overwegingen stelt de NMBS vast dat de technische oplossing van de drie offertes voor het overgrote deel van de onderwerpen van de Technische Specificatie voldoet aan de hoge technische eisen die de NMBS stelt. De NMBS houdt er rekening mee dat, zoals blijkt uit de verschillende regularisaties, de inschrijvers aanzienlijke inspanningen hebben moeten leveren om aan de Technische Specificatie te voldoen. De Technische Specificatie bevatte immers een groot aantal eisen die specifiek beantwoorden aan de operationele behoeften van de NMBS. Voor enkele aspecten – de aspecten die voor de NMBS van strategisch belang zijn – moesten de inschrijvers een oplossing voorstellen die afwijkt van hun standaardplatform, wat eveneens een inspanning van hun kant vereist. Uit de analyse van de offertes blijkt dat de inschrijvers inspanningen hebben moeten leveren om dit resultaat te bereiken.

Er was dus over het algemeen weinig ruimte, zowel op technisch als op commercieel vlak, voor extra meer- of minderwaarden ten opzichte van de Technische Specificatie (in de zin van de Gunningsleidraad). Om verwarring te vermijden, benadrukt de NMBS dat het feit dat een offerte van een inschrijver een of meer 'minpunten' of 'belangrijke minpunten' bevat, niet betekent dat de technische waarde van de offerte van die inschrijver over het algemeen van slechte kwaliteit is."

Daarna volgt onder punt 3.4.2.3 'Identification des plus-values et des moins-values' (Vrij vertaald: Vaststelling van de meerwaarden en minwaarden) een woordelijke beschrijving van de meer- en minwaarden van de offerte ten aanzien van de vijf beoordelingselementen opgesomd in paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad, voor elk van de offertes. Bijlage 2 gevoegd bij de bestreden beslissing vermeldt, per hoofdstuk en onderdelen van de Technische Specificatie, de meer- en minwaarden van elke offerte. Onder punt 3.4.2.4 'Conclusion générale' (Vrij vertaald: Algemeen besluit) volgt:

"II ressort de ce qui précède que, au final, la somme des plus -values et des moins-values représente:

- 9 + pour CAF, qui est donc la meilleure offre technique,
- 19 - pour Siemens, qui est en deuxième position,
- 20 - pour Alstom, qui est en troisième position.

Sur cette base, les cotations suivantes sont attribuées :

	Sommes des plus-values et des moins-values	Ecart relatif	Résultat final (sur 36)
CAF	9 +	+ 0,9 point	18,90 / 36
Siemens	19 -	- 1,9 point	16,10 / 36
Alstom	20 -	- 2 points	16,00 / 36

Ces cotations se justifient comme suit :
- La SNCB souligne à nouveau qu'en raison du caractère très détaillé et du degré élevé d'exigence de la Spécification Technique, les trois offres, qui se conforment à ces exigences sont d'une qualité qui répond globalement aux attentes de la SNCB. Un 'score médiane' de 18/36, auquel sont ajoutés au retires des points correspondant aux plus- et moins-values relevées, est donc raisonnable[1].
- L'offre de CAF présente, au total, un nombre plus élevé de plus-values (et un nombre moins élevé de moins-values) que celles d'Alstom et de Siemens. La base de départ de 18/36 doit donc être augmentée s'agissant de CAF.
- Les offres d'Alstom et de Siemens présentent, au contraire, un nombre moins élevé de plus-values (et un nombre plus élevé de moins-values) que

celle de CAF. La base de départ de 18/36 doit donc être diminuée s'agissant d'Alstom et de Siemens.
- Compte tenu du nombre relativement limité (mais non négligeable pour autant) de sujets pour lesquels des plus-values et des moins-values ont été identifiées (par rapport au grand nombre de sujets au total dans la Spécification Technique), tant l'impact de la majoration pour CAF que l'impact des minorations pour Alstom et Siemens doivent être traduites dans de justes proportions.
Par conséquent, la SNCB octroie à CAF une note de 18,90/36, à Alstom une note de 16,00/36 et à Siemens une note de 16,10/36. Ces notes reflètent de manière équilibrée les écarts relevés au terme de l'évaluation comparative de la valeur technique des offres.
Cette appréciation est raisonnable. Elle revient à octroyer une valeur de 0, 1 point à un '+' ou à un '–'.
Compte tenu de l'appréciation concrète qu'a faite la SNCB de la valeur technique des différentes automotrices, la SNCB considère qu'octroyer une valeur plus élevée (à 0, 1 par '+' ou par '-') aurait pour conséquence d'exagérer les différences qualitatives réelles entre les offres. Ceci créerait un avantage non justifié pour le candidat le meilleur pour le critère technique, à savoir CAF. Cela reviendrait à méconnaitre le constat que les offres (suite aux améliorations qui y ont été apportées au fur-et-à mesure des tours) se distinguent sur un nombre au final relativement limité de sujets.
Inversement, octroyer une valeur plus faible aux plus-et moins-values (inférieure à 0, 1 par '+' ou par '-') conduirait à réduire de manière excessive les différences qualitatives bien réelles qui [s]ont constatées entre les offres. Cela aurait un effet de 'neutralisation' du critère de la valeur technique, qui a été pondéré sur 36 points par le Guide d'Attribution, et dont les soumissionnaires savaient donc qu'il aurait un poids important dans l'évaluation finale des offres.
Voici, des lors, le tableau d'évaluation du critère 'Valeur technique', sur la base du critère d'attribution décrit dans le Guide d'Attribution, conformément à l'analyse ci-dessus:

	CAF	Alstom	Siemens
Points (sur 36)	18,90/36	16,00/36	16,10/36

[1] On notera que, pour le résultat final, ce qui compte est l'écart *relatif* entre les offres (i.e. l'écart créé par les plus-values et moins-values apportées par les candidats), et non le score médian (en l'occurrence 18/36)."

Vrij vertaald:
"Uit het voorgaande volgt dat de som van de meerwaarden en minwaarden uiteindelijk neerkomt op:
- 9 + voor CAF, wat dus de beste technische offerte is,
- 19 - voor Siemens, die op de tweede plaats staat,
- 20 - voor Alstom, die op de derde plaats staat.

Op basis hiervan worden de volgende punten toegekend:

	Som van de meer- en minwaarden	Relatief verschil	Finale score (op 36)
CAF	9 +	+ 0,9 punt	18,90/36
Siemens	19 -	- 1,9 punt	16,10/36
Alstom	20 -	- 2 punten	16,00/36

Deze punten worden als volgt gerechtvaardigd:
- De NMBS benadrukt opnieuw dat, gelet op het zeer gedetailleerde karakter en het hoge eisenniveau van de Technische Specificatie, de drie offertes, die aan deze eisen voldoen, van een kwaliteit zijn die globaal beantwoordt aan de verwachtingen van de NMBS. Een 'mediaanscore' van 18/36, waaraan punten worden toegevoegd of afgetrokken overeenkomstig de vastgestelde plus- en minwaarden, is daarom redelijk[1].
- De offerte van CAF vertoont in totaal meer pluswaarden (en minder minwaarden) dan die van Alstom en Siemens. De vertrekbasis van 18/36 moet daarom voor CAF worden verhoogd.
- De offertes van Alstom en Siemens vertonen daarentegen minder pluswaarden (en meer minwaarden) dan die van CAF. De vertrekbasis van 18/36 moet daarom voor Alstom en Siemens worden verlaagd.
- Rekening houdend met het relatief beperkte (maar toch niet te verwaarlozen) aantal onderwerpen waarvoor plus- en minwaarden werden vastgesteld (in verhouding tot het grote aantal onderwerpen in totaal in de Technische Specificatie), moeten zowel de verhoging voor CAF als de verlagingen voor Alstom en Siemens in juiste proporties worden vertaald.

Bijgevolg kent de NMBS aan CAF een score toe van 18,90/36, aan Alstom een score van 16,00/36 en aan Siemens een score van 16,10/36. Deze scores weerspiegelen op evenwichtige wijze de vastgestelde verschillen aan het einde van de vergelijkende beoordeling van de technische waarde van de offertes.

De beoordeling is redelijk. Ze komt neer op het toekennen van een waarde van 0,1 punt aan een '+' of een '-'.

Gezien de concrete beoordeling door de NMBS van de technische waarde van de verschillende motorrijtuigen, is de NMBS van mening dat het toekennen van een hogere waarde (dan 0,1 per '+' of per '-') zou leiden tot een overdrijving van de werkelijke kwaliteitsverschillen tussen de offertes. Dit zou een ongerechtvaardigd voordeel opleveren voor de inschrijver die het best scoort op het technische criterium, namelijk CAF. Dit zou voorbijgaan aan het feit dat de offertes (na de verbeteringen die in de loop van de offerterondes zijn aangebracht) uiteindelijk op een relatief beperkt aantal punten van elkaar verschillen.

Omgekeerd zou het toekennen van een lagere waarde aan meer- en minwaarden (minder dan 0,1 per '+' of per '-') leiden tot een buitensporige vermindering van de reële kwalitatieve verschillen tussen de offertes. Dit zou een 'neutraliserend' effect op het criterium van de technische waarde hebben, dat in de gunningsleidraad met 36 punten werd gewogen en waarvan de inschrijvers dus wisten dat het een belangrijk gewicht zou hebben in de uiteindelijke beoordeling van de offertes.

Bijgevolg is de beoordelingstabel voor het criterium 'Technische waarde', gebaseerd op het gunningscriterium beschreven in de Gunningsleidraad, in overeenstemming met de bovenstaande analyse, als volgt:

	CAF	Alstom	Siemens
Punten (van de 36)	18,90/36	16,00/36	16,10/36

[1] In dit verband zij opgemerkt dat voor het eindresultaat het relatieve verschil tussen de offertes (d.w.z. het verschil dat wordt gecreëerd door de door de kandidaten aangebrachte meerwaarden en minwaarden) van belang is, en niet de mediaanscore (in dit geval 18/36)."

Onder punt 3.4.6 'Tableau global d'évaluation' (Tabel globale beoordeling) wordt weergegeven dat CAF 77,21, Alstom 74,91 en de verzoekende partijen 68,99 op 100 punten behalen.

Onder punt 4 'Désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel' (Vrij vertaald: Aanduiding van een voorkeursbieder) wordt alsdan gemotiveerd waarom de verwerende partij (thans) beslist om de best gerangschikte inschrijver als voorkeursbieder aan te duiden, als volgt:

"Conformément au paragraphe 4.1.5 du Guide d'Attribution, préalablement ä la décision d'attribution formelle, la SNCB peut désigner comme soumissionnaire préférentiel le soumissionnaire dont l'offre finale régulière est identifiée comme économiquement la plus avantageuse sur la base des critères d'attribution (ci-avant et ci-après : « Soumissionnaire Préférentiel »). Cette possibilité existe tant dans la phase 3, conformément au paragraphe 4.1.3 du Guide d'Attribution, que dans la phase 4, conformément au paragraphe 4.1.4 du Guide d'Attribution.

La SNCB décide de designer le soumissionnaire le mieux classe comme soumissionnaire Préférentiel.

La désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel est préférable à l'attribution du marché. La désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel est en effet pertinente afin de procéder à des « négociations finales » au sujet des documents contractuels avec le Soumissionnaire Préférentiel, pour confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans son offre finale en arrêtant les clauses du marché. C'est la raison pour laquelle la SNCB préfère, à ce stade, la désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel a l'attribution du marché. La SNCB souligne que la phase du « Soumissionnaire Préférentiel » sera menée dans le respect de la règlementation des marches publics et des principes généraux.

La désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel est également préférable à la poursuite des négociations avec l'ensemble des soumissionnaires en raison du fait que la SNCB souhaite attribuer le marché dans les prochains mois, et ce afin de pourvoir aux besoins de la SNCB en matière de matériel roulant dans les prochaines années.

Dans le planning de la SNCB, tel qu'il a été communiqué aux soumissionnaires, le contrat devait être conclu en janvier 2025 {cf. décision d'approbation du lancement du marché, p.2). Un retard de six mois est donc déjà à déplorer. L'organisation d'un nouveau tour d'offres et l'évaluation de ces nouvelles offres aggraverait encore ce retard, d'au moins 8 mois.

La SNCB souhaite, en effet, disposer du matériel roulant AM30 à partir de 2029-2030, en raison de la mise hors service d'une partie du matériel roulant de la SNCB à partir de 2029-2030 et des besoins croissants en termes de places assises. Tout retard entraînera l'obligation pour la SNCB de réviser la durée de vie du matériel roulant existant. Or, si le matériel roulant existant est utilisé plus longtemps, le risque d'indisponibilité du matériel roulant augmente (pannes, problèmes techniques). Ces indisponibilités impacteraient négativement la mission de service public de la SNCB et présenteraient aussi un coût financier important. Le coût pour la SNCB des charges OPEX en cas d'organisation d'un nouveau tour estime entre 70 à 100 millions €. En outre, la seule prolongation de la durée de vie du matériel roulant existant ne permet pas de couvrir les besoins croissants en termes de places assises. En d'autres termes, il est crucial que la SNCB puisse disposer du matériel roulant AM30 à partir de 2029-2030. La poursuite des négociations est inconciliable avec cet objectif. La poursuite des négociations pourrait en effet entraîner les étapes suivantes :

- dépôt de nouvelles offres pendant l'été 2025 ;
- évaluation des nouvelles offres et désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel pendant l'automne 2025 et éventuels recours ;
- attribution du marché pendant l'hiver 2025-2026 et éventuels recours ;
- première(s) commande{s) au printemps 2026 ;
- délai de livraison de plusieurs années, après 2030.

L'organisation d'un nouveau tour d'offre aurait donc de graves conséquences négatives pour sur la SNCB en termes financier (70 à 100 millions €) et de services offerts voyageurs. La SNCB considère qu'aucune conséquence positive pouvant être prévue avec suffisamment de certitude ne compense ces conséquences négatives :

- Les soumissionnaires ont été invite à déposer une offre à quatre reprises. Ils ont eu tout le temps d'améliorer leur offre. Au cours des multiples réunions et dans le cadre des questions-réponses ayant précède le dépôt des offres, la SNCB a clarifie ses besoins et ses souhaits. Les documents du marché ont, dans ce contexte, été

modifiés à plusieurs reprises afin de tenir compte, notamment, du résultat des réunions et des questions-réponses.

- La SNCB souligne que les notes attribuées pour le critère « valeur technique » ne peuvent pas être interprétés comme indiquant que les offres seraient de mauvaise qualité. II est fait référence aux explications données à ces notes supra.
- La SNCB souligne qu'à son estime, l'écart de points entre les soumissionnaires ne justifie pas, en tant que tel, la poursuite des négociations avec les soumissionnaires. Le seul constat d'un écart relativement limite de points n'a pas été identifié par le Guide d'Attribution comme entraînant l'obligation de poursuivre les négociations avec les soumissionnaires. Ce seul constat ne peut pas non plus et quel que soit la phase de la procédure de passation dans laquelle la SNCB se trouve pour prendre la décision de designer un soumissionnaire préférentiel, du point de vue du principe de concurrence, être assimile à un manque de concurrence entre les soumissionnaires et ayant pour corollaire l'obligation pour la SNCB de poursuivre la négociation afin d'obtenir des offres avec un écart de points plus important. Si l'on pourrait même relativiser l'écart de points sur le plan technique, le constat que quatre offres successives ont été demandées démontre que les soumissionnaires ont déposé l'offre économiquement la plus avantageuse qu'ils pouvaient déposer. Dans ces circonstances, la poursuite des négociations ne semble pas pertinente.

En conclusion, les conséquences négatives certaines liées à l'organisation d'un nouveau tour d'offres ne sont pas compensées par des conséquences positives. II est très incertain que les soumissionnaires puissent encore améliorer leur offre, après quatre tours d'offres.

La décision de ne pas organiser un tour d'offres supplémentaire ne porte pas atteinte aux droits des soumissionnaires :

- La SNCB rappelle que les négociations n'ont pas pour but de donner une seconde chance aux soumissionnaires. La SNCB n'est pas tenue dans le cadre des négociations de communiquer aux soumissionnaires les avantages et désavantages de leur offre. L'on ne peut pas non plus reprocher à la SNCB de ne pas avoir communique un classement provisoire des offres au cours des négociations, qui aurait permis aux soumissionnaires de prendre connaissance des avantages et désavantages des offres. Une telle communication aurait été contraire à l'article 13, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marches publics. Plus généralement, on ne peut pas attendre de la SNCB qu’elle continue à négocier avec tous les soumissionnaires indéfiniment.

- La décision de designer un soumissionnaire préférentiel, plutôt que d'organiser un tour supplémentaire, est par ailleurs prévisible pour les soumissionnaires. Après deux ans de négociations, les soumissionnaires savent ou devraient savoir que la SNCB va clôturer les négociations. La SNCB a d'ailleurs insisté, lors de l'invitation à déposer une troisième offre et lors de l'invitation à déposer une quatrième offre, sur le fait que les offres respectives pourraient être considérées comme des offres finales[…]. Ce faisant, la SNCB a attiré l'attention des soumissionnaires sur l'importance de déposer l'offre économiquement la plus avantageuse dans leur chef.
- La SNCB ne traite pas différemment des soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire. CAF a remis une offre économiquement la plus avantageuse. En outre, le prétendu « avantage », à savoir l'admission à la phase du soumissionnaire préférentiel est soumis au respect des principes d'égalité de traitement et de transparence.

Compte tenu de ce qui précède, la SNCB considère que la désignation d'un Soumissionnaire Préférentiel est justifiée. La SNCB désigne dès lors CAF en tant que Soumissionnaire Préférentiel.
[…]."

Vrij vertaald:
"Overeenkomstig paragraaf 4.1.5 van de Gunningsleidraad kan de NMBS, voorafgaand aan de formele gunningsbeslissing, als voorkeursinschrijver aanwijzen de inschrijver wiens finale regelmatige offerte op basis van de gunningscriteria als de economisch meest voordelige wordt geïdentificeerd (hiervoor en hierna: 'Voorkeursbieder'). Deze mogelijkheid bestaat zowel in fase 3, overeenkomstig paragraaf 4.1.3 van de Gunningsleidraad, als in fase 4, overeenkomstig paragraaf 4.1.4 van de Gunningsleidraad.
De NMBS beslist om de best gerangschikte inschrijver aan te wijzen als voorkeursbieder.
De aanwijzing van een voorkeursbieder verdient de voorkeur boven de gunning van de opdracht. De aanwijzing van een voorkeursbieder is namelijk relevant om 'definitieve onderhandelingen' te kunnen voeren over de contractuele documenten met de voorkeursbieder, teneinde de financiële verbintenissen of andere voorwaarden die in zijn definitieve offerte zijn opgenomen, te bevestigen door de bepalingen van de opdracht vast te leggen. Daarom geeft de NMBS in dit stadium de voorkeur aan de aanwijzing van een voorkeursbieder boven de gunning van de opdracht. De NMBS benadrukt dat de fase van de 'voorkeursbieder' zal worden doorlopen met inachtneming van de regelgeving inzake overheidsopdrachten en de algemene beginselen.
De aanwijzing van een voorkeursbieder verdient ook de voorkeur boven de voortzetting van onderhandelingen met alle inschrijvers, aangezien de

NMBS de opdracht in de komende maanden wil gunnen om te voorzien in haar behoefte aan rollend materieel in de komende jaren.

Volgens de planning van de NMBS, zoals meegedeeld aan de inschrijvers, moest het contract in januari 2025 worden gesloten (zie besluit tot goedkeuring van de plaatsing van de opdracht, blz. 2). Er is dus al een vertraging van zes maanden. Het organiseren van een nieuwe offerteronde en de evaluatie van deze nieuwe offertes zou deze vertraging nog met minstens acht maanden verlengen.

De NMBS wenst namelijk vanaf 2029-2030 over het rollend materieel AM30 te beschikken, aangezien een deel van het rollend materieel van de NMBS vanaf 2029-2030 buiten dienst wordt gesteld en de behoefte aan zitplaatsen toeneemt. Elke vertraging zal de NMBS ertoe verplichten de levensduur van het bestaande rollend materieel te herzien. Als het bestaande rollend materieel echter langer wordt gebruikt, neemt het risico op onbeschikbaarheid van het rollend materieel toe (storingen, technische problemen). Deze onbeschikbaarheid zou een negatieve invloed hebben op de openbare dienstverlening van de NMBS en ook aanzienlijke financiële kosten met zich meebrengen. De OPEX-kosten voor de NMBS in geval van organisatie van een nieuwe offerteronde worden geraamd op 70 tot 100 miljoen euro. Bovendien kan de verlenging van de levensduur van het bestaande rollend materieel alleen niet voldoen aan de toenemende behoefte aan zitplaatsen. Met andere woorden, het is van cruciaal belang dat de NMBS vanaf 2029-2030 over rollend materieel AM30 kan beschikken. Voortzetting van de onderhandelingen is onverenigbaar met deze doelstelling. Voortzetting van de onderhandelingen zou namelijk tot de volgende stappen kunnen leiden:

- indiening van nieuwe offertes in de zomer van 2025;
- evaluatie van de nieuwe offertes en aanwijzing van een voorkeursbieder in het najaar van 2025 en eventuele beroepsprocedures;
- gunning van de opdracht in de winter van 2025-2026 en eventuele beroepsprocedures;
- eerste bestelling(en) in het voorjaar van 2026;
- leveringstermijn van meerdere jaren, na 2030.

De organisatie van een nieuwe offerteronde zou dan ook ernstige negatieve gevolgen hebben voor de NMBS, zowel op financieel vlak (70 tot 100 miljoen euro) als voor de dienstverlening aan de reizigers. De NMBS is van mening dat er geen positieve gevolgen met voldoende zekerheid te verwachten zijn die deze negatieve gevolgen zouden kunnen compenseren:

- De inschrijvers werden vier keer uitgenodigd om een offerte in te dienen. Ze hadden alle tijd om hun offerte te verbeteren. Tijdens de verschillende vergaderingen en in het kader van de Q&A voorafgaand aan de indiening van de offertes heeft de NMBS haar behoeften en

wensen verduidelijkt. De opdrachtdocumenten zijn in dat verband herhaaldelijk gewijzigd om met name rekening te houden met de resultaten van de vergaderingen en de Q&A.

- De NMBS benadrukt dat de scores voor het criterium 'technische waarde' niet mogen worden geïnterpreteerd als een indicatie dat de offertes van slechte kwaliteit zijn. Er wordt verwezen naar de toelichting bij deze scores hierboven.
- De NMBS benadrukt dat het verschil in punten tussen de inschrijvers naar haar mening op zich geen reden is om de onderhandelingen met de inschrijvers voort te zetten. Het enkele feit dat er een relatief klein verschil in punten is, staat in de Gunningsleidraad niet aangemerkt als een verplichting om de onderhandelingen met de inschrijvers voort te zetten. Deze vaststelling alleen kan, ongeacht de fase van de plaatsingsprocedure waarin de NMBS zich bevindt om een voorkeursbieder aan te wijzen, vanuit het oogpunt van het mededingingsbeginsel evenmin worden gelijkgesteld met een gebrek aan mededinging tussen de inschrijvers, met als gevolg dat de NMBS verplicht zou zijn de onderhandelingen voort te zetten om offertes met een groter puntenverschil te verkrijgen. Zelfs indien het puntenverschil op technisch vlak zou kunnen worden gerelativeerd, blijkt uit het feit dat vier opeenvolgende offertes zijn gevraagd, dat de inschrijvers de economisch meest voordelige offerte hebben ingediend die zij konden indienen. In deze omstandigheden lijkt een voortzetting van de onderhandelingen niet aan de orde.

Bijgevolg worden de onmiskenbare negatieve gevolgen van het organiseren van een nieuwe offerteronde niet gecompenseerd door enige positieve gevolgen. Het is zeer onzeker of de inschrijvers hun offerte na vier offerterondes nog kunnen verbeteren.

Het besluit om geen extra offerteronde te organiseren doet geen afbreuk aan de rechten van de inschrijvers:

- De NMBS herinnert eraan dat de onderhandelingen niet tot doel hebben de inschrijvers een tweede kans te bieden. De NMBS is in het kader van de onderhandelingen niet verplicht om de inschrijvers de plus- en minpunten van hun offerte mee te delen. De NMBS kan evenmin worden verweten dat zij tijdens de onderhandelingen geen voorlopige rangschikking van de offertes heeft meegedeeld, waardoor de inschrijvers kennis hadden kunnen nemen van de plus- en minpunten van de offertes. Een dergelijke mededeling zou in strijd zijn geweest met artikel 13, § 1, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Meer in het algemeen kan van de NMBS niet worden verwacht dat zij voor onbepaalde tijd met alle inschrijvers blijft onderhandelen.

- De beslissing om een voorkeursbieder aan te wijzen in plaats van een extra offerteronde te organiseren, is bovendien voorspelbaar voor de inschrijvers. Na twee jaar onderhandelen weten de inschrijvers, of zouden zij moeten weten, dat de NMBS de onderhandelingen zal afsluiten. De NMBS heeft er bij de uitnodiging tot het indienen van een derde offerte en bij de uitnodiging tot het indienen van een vierde offerte overigens op gewezen dat de respectieve offertes als definitieve offertes konden worden beschouwd [...]. Daarmee heeft de NMBS de inschrijvers erop gewezen dat het belangrijk was dat zij de economisch meest voordelige offerte indienden.
- De NMBS behandelt inschrijvers die zich in een vergelijkbare situatie bevinden niet verschillend. CAF heeft de economisch meest voordelige offerte ingediend. Bovendien is het zogenaamde 'voordeel', namelijk de toelating tot de fase van de voorkeursbieder, onderworpen aan de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

Gelet op het voorgaande acht de NMBS de aanwijzing van een voorkeursbieder gerechtvaardigd. De NMBS wijst CAF dan ook aan als voorkeursbieder.
[…]"

Bij de bestreden beslissing worden twee bijlagen gevoegd: 'Annexe 1 - Réponse aux remarques du Conseil d'Etat' (vrij vertaald: Bijlage 1 – Antwoord op de opmerkingen van de Raad van State) en 'Annexe 2 – décision motivée - Tableau similarité' (vrij vertaald: Bijlage 2 – gemotiveerde beslissing – Tabel vergelijkbaarheid).

3.13. Blijkens een uittreksel uit de notulen van de raad van bestuur van de verwerende partij van 23 juli 2025, beslist deze eveneens het volgende:

"Le Conseil d'Administration constate que les offres déposées par les 3 soumissionnaires mentionnent chacune le recours à des prestataires locaux. Le Conseil d'Administration l'apprécie et invite le soumissionnaire préférentiel à concrétiser cette piste.
Le Conseil d'Administration charge le management, dans le cadre de la poursuite des discussions avec le soumissionnaire préférentiel en vue de la décision d'attribution définitive, de requérir auprès de CAF la confirmation que ses activités respectent le droit international et les droits humains."

Vrij vertaald:

> "De Raad van Bestuur stelt vast dat de door de drie inschrijvers ingediende offertes elk melding maken van het inschakelen van lokale dienstverleners. De Raad waardeert dit en nodigt de voorkeursbieder uit om dit spoor te concretiseren.
> De Raad van Bestuur gelast het management, in het kader van de voortzetting van de besprekingen met de voorkeursbieder met het oog op de definitieve gunningsbeslissing, aan CAF te vragen om te bevestigen dat haar activiteiten het internationaal recht en de mensenrechten respecteren."

3.14. Op 23 juli 2025 publiceert de verwerende partij een persbericht op haar website met als titel 'De Raad van bestuur van NMBS bevestigt CAF als voorkeursbieder voor de levering van nieuwe treinstellen'. Zij vermeldt hierbij:

> "De Raad van Bestuur heeft vastgesteld dat de offertes die werden ingediend door de 3 aanbieders elk melding maken van een beroep op lokale leveranciers. De Raad waardeert dit en nodigt de voorkeursbieder uit deze piste te concretiseren.
> In het kader van de verdere discussies met de voorkeursbieder met het oog op een definitieve gunningsbeslissing heeft de Raad van Bestuur het management gelast om aan CAF de bevestiging te vragen dat haar activiteiten het internationaal recht en de mensenrechten respecteren."

IV. Rechtspleging

4. De verzoekende partijen dienen op 29 augustus 2025, op 2 september 2025 en op 3 september 2025 een pleitnota in. In deze laatste pleitnota voeren zij een nieuw middel aan.

De sa CAF dient op 1 september 2025 een pleitnota in.

Ook de verwerende partij dient op 1 september 2025 een pleitnota in, waarbij zij, in antwoord op het gevraagde in de pleitnota van de verzoekende partijen van 29 augustus 2025, bijkomend stukken nrs. 18 tot 23 neerlegt.

5. De procedureregeling voorziet niet in de mogelijkheid tot de neerlegging van een pleitnota, noch werd erom gevraagd door de Raad van State

of het auditoraat. Het is de partijen wel toegestaan om nieuwe feiten die een invloed kunnen hebben op de ontvankelijkheid of de beoordeling van de middelen, aan de Raad van State ter kennis te brengen. In zoverre de door de partijen neergelegde pleitnota op dergelijke feiten betrekking zou hebben, wordt ze dan ook bij de zaak betrokken.

6. In de mate de verzoekende partijen in hun pleitnota van 3 september 2025, een nieuw middel aanvoeren, wordt ter rechtvaardiging door hen opgemerkt "dat zij [dit] niet eerder kon[den] aanvoeren, aangezien dit middel steunt op stukken waarvan zij pas kennis kon[den] nemen na aanvulling van het administratief dossier door verwerende partij op 1 september 2025 (stukken 18 en 19)"; dat het nieuwe middel wordt aangebracht "in onderhavige pleitnota die daags na het ontvangen van de stukken wordt neergelegd, rekening houdend met het feit dat de pleitzitting in de zaak met rolnummer G/A. 245.508/VI-23.422 plaatsvond op 2 september 2025 en meer dan 5 uur in beslag nam". Bovendien is volgens de verzoekende partijen de aangevoerde onregelmatigheid evident en kan bijgevolg over alle aspecten hiervan ter terechtzitting debat worden gevoerd.

Ter terechtzitting voegen zij hieraan toe dat het middel van openbare orde is en ernstige inbreuken te allen tijde moeten kunnen worden opgeworpen, alsook dat het om proceseconomische redenen gepast zou zijn dit middel nu reeds te onderzoeken.

Deze argumenten overtuigen niet.

De Raad van State stelt vast dat de stukken 18 en 19 reeds als stukken I.2 en I.3 werden neergelegd door de derde tot zesde verzoekende partijen in tussenkomst, waarvan de verzoekende partijen kennis konden nemen vanaf 22 augustus 2025. De enkele omstandigheid dat deze eveneens door de verwerende partij werden neergelegd op 1 september 2025 en de lange pleidooien op 2 september 2025 kunnen bijgevolg niet rechtvaardigen waarom de verzoekende partijen tot aan de dag van de terechtzitting hebben gewacht om met een schriftelijk stuk een nieuw middel in te dienen.

Evenmin kunnen de argumenten die de verzoekende partijen ter terechtzitting aanhalen zulks rechtvaardigen. Zoals de algemene vergadering van de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in zijn arrest nr. 238.588 van 20 juni 2017, ECLI:BE:RVSCE:2017:ARR.238.588, heeft overwogen, moet inderdaad een middel tot nietigverklaring dat aangebracht wordt als een middel van openbare orde "[i]n tegenstelling tot wat geldt voor de andere middelen [...] door de verzoekende partij niet noodzakelijk, op straffe van onontvankelijkheid, worden aangevoerd in het verzoekschrift of zodra zij daartoe de gelegenheid heeft in het kader van de procedure nadat ze er kennis van heeft gekregen of er kennis van moest hebben". Evenwel, stelt het voornoemde arrest, kan het "in sommige omstandigheden eigen aan een bepaalde zaak gerechtvaardigd zijn dat het middel dat door de verzoekende partij aangebracht wordt als een middel van openbare orde, niet wordt onderzocht wanneer het aanvoeren van dat middel door de verzoekende partij voorkomt een duidelijke schending van de loyale procesvoering te zijn, die een substantiële tekortkoming uitmaakt aan het normale en behoorlijke verloop van het onderzoek van het beroep". Hieruit volgt dat, daargelaten de vraag of het in de pleitnota van 3 september 2025 voor het eerst ingeroepen nieuw middel de openbare orde raakt, het enkele feit dat een middel wordt aangebracht als een middel van openbare orde, niet belet dat het niet in aanmerking wordt genomen omdat het de loyale procesvoering schendt.

Ook omwille van proceseconomische redenen kunnen het normale en behoorlijk onderzoek van het beroep en de rechten van verdediging uiteraard niet opzij worden geschoven.

Uit wat voorafgaat blijkt dat de verzoekende partijen geen deugdelijke redenen hebben die hun stilzitten verantwoorden, minstens aannemelijk maken. Dat doet de Raad van State besluiten dat de proceshouding van de verzoekende partijen, die de verwerende partij, de verzoekende partijen in tussenkomst, het auditoraat en de Raad van State nodeloos en vermijdbaar uitermate *in extremis* overvallen met een nieuw middel, niet getuigt van gepaste loyauteit ten aanzien van de merites van een correct en efficiënt procesverloop.

7. In die omstandigheden is het voor het eerst in de pleitnota en ter terechtzitting toegelichte nieuwe middel niet-ontvankelijk.

V. Ontvankelijkheid van de verzoeken tot tussenkomst

8. Artikel 21*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

> "Degenen die belang hebben bij de oplossing van de zaak, kunnen erin tussenkomen. De kamer kan ambtshalve of op verzoek van het aangewezen lid van het auditoraat of van een partij, degenen van wie de aanwezigheid vereist is voor de zaak, oproepen als tussenkomende partij.
> De tussenkomende partij kan ter ondersteuning van het verzoek geen andere middelen aanvoeren dan die welke in het inleidende verzoekschrift zijn uiteengezet."

9. De sa CAF blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

10. De nv Alstom Belgium heeft er belang bij dat de bestreden beslissing in haar tenuitvoerlegging wordt geschorst. Zij werd immers "in de wachtkamer" geplaatst door de bestreden beslissing. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd, doch enkel in de mate zij ter ondersteuning van het verzoek middelen aanvoert die ook in de vordering tot schorsing zijn uiteengezet, zoals deze hierna worden weergegeven (zie punten 17, 31 en 39).

11. Het verzoek tot tussenkomst van de vzw Globalize Solidarity, de vzw Studie- en Informatiecentrum voor internationale politiek, vredes- en ontwikkelingsproblematiek, de vzw Al-Haq Human Rights Organisation Europe en de vzw 11.11.11, Koepel van Internationale Solidariteit, strekt er niet toe het verzoekschrift tot schorsing en de daarin aangevoerde middelen te ondersteunen.

Onder de hoofding 'V. Middelen' voeren de verzoekende partijen in tussenkomst weliswaar aan dat zij het tweede middel uit de vordering

tot schorsing ondersteunen, doch de twee middelen die zij daarna aanvoeren, met betrekking tot de toets van de voorkeursbieder aan de uitsluitingsgronden (onder punt 2) en de rechtstreekse schending van de zorgplicht door de NMBS (onder punt 3), zijn volledig nieuw en niet terug te brengen tot dit tweede middel uit de vordering tot schorsing.

Aangezien het verzoek tot tussenkomst geen ontvankelijke middelen bevat, is dit verzoek in zijn geheel niet ontvankelijk.

VI. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

12. De verzoekende partijen, de verwerende partij en de tweede tussenkomende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan, althans in deze fase van het geding, te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

13. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 4, artikel 147, § 5, eerste lid, en artikel 153,1° *juncto* artikel 81, § 3, tweede lid, van de wet 17 juni 2016, alsook van het verbod op willekeur, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

“Doordat, in hoofdorde, de NMBS in de bestreden beslissing het eerste gunningscriterium (Technische Waarde, gequoteerd op 36% van de totale score) heeft beoordeeld aan de hand van een beoordelingsmethode die niet is vastgesteld vóór de opening van de offertes; dat er in hoofde van de NMBS geen aantoonbare redenen zijn om van die verplichting (tot vaststelling van de beoordelingsmethode vóór de opening van de offertes) af te wijken; dat in elk geval de toepassing van die beoordelingsmethode door de NMBS het relatieve gewicht van de gunningscriteria heeft gewijzigd; dat de beoordelingsmethode ongebruikelijk en onvoorzienbaar is en zou geleid hebben tot andere voorwaarden van de offerte indien de inschrijvers hiervan voorafgaandelijk kennis hadden kunnen nemen;
terwijl de aanbesteder de beoordelingsmethode niet na de opening van de offertes mag vaststellen om elk risico van favoritisme uit te sluiten, behoudens in geval van aantoonbare redenen; dat in elk geval de vaststelling van de beoordelingsmethode niet tot gevolg mag hebben dat de gunningscriteria of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd,
en terwijl de beoordelingsmethode die niet vooraf aan de inschrijvers is meegedeeld, de inschrijvers niet mag verschalken doordat die methode ongebruikelijk en/of onvoorzienbaar is, en/of zou geleid hebben tot andere voorwaarden van de offerte indien de inschrijvers hiervan voorafgaandelijk kennis hadden kunnen nemen,
en doordat, in ondergeschikte orde, de NMBS bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium (Technische Waarde, gequoteerd op 36% van de totale score) de beoordelingselementen heeft aangewend als subgunningscriteria zonder dat die waren vermeld in de Gunningsleidraad,
terwijl aanbesteders verplicht zijn subgunningscriteria op te nemen in de besteksdocumenten zoals te dezen de Gunningsleidraad, zodat de inschrijvers hiervan kennis kunnen nemen bij het voorbereiden van hun offerte,
zodat de in het middel aangehaalde bepalingen en beginselen geschonden zijn.”

Zij vatten dit middel samen als volgt:

“Op vlak van evaluatie van het eerste gunningscriterium is de Gunningsleidraad bijzonder vaag. Die vaagheid strekt ertoe dat de inschrijvers hun offerte slechts heel beperkt konden afstemmen op de door de NMBS vooropgestelde doelen en dat er een andere biedstrategie was gehanteerd indien de inschrijvers hadden geweten dat zeer goed scoren nog steeds minder de helft van de punten behalen, betekent.
De evaluatie van het eerste gunningscriterium technische kwaliteit heeft op een onrechtmatige wijze plaatsgevonden.
In hoofdorde wijst verzoekende partij erop dat de gehanteerde beoordelingsmethode in de bestreden beslissing pas werd vastgesteld na de opening van de offertes. Er is geen enkele omstandigheid die zou rechtvaardigen dat de beoordelingsmethodiek pas na de opening van de offertes kon worden vastgesteld. De aanwezigheid van het schorsingsarrest is hiervoor evenmin een afdoende rechtvaardiging.

De gehanteerde beoordelingsmethode leidt bovendien tot een reëel risico op favoritisme. Zo is de beoordelingsmethode aangepast aan gegevens die pas konden geweten zijn na de opening van de offertes, is de rangschikking van de inschrijvers gelijkaardig met of zonder de in de bestreden beslissing gehanteerde beoordelingsmethode en worden er toch licht gewijzigde scores bekomen terwijl de aangehaalde min- of meerwaarden ongewijzigd zijn gebleven t.o.v. de beslissing van 28 februari 2025.
De handelwijze van de NMBS heeft in elk geval het relatieve gewicht van de gunningscriteria gewijzigd, wat in geen enkel geval is toegestaan. Het gehanteerde systeem was tevens redelijkerwijze niet voorzienbaar en heeft de inschrijvers verschalkt aangezien de andere gunningscriteria, en in het bijzonder het gunningscriterium van de 'financiële waarde' relatief gezien een grotere waarde kreeg. Indien verzoekende partij hiervan op de hoogte was geweest had zij haar biedstrategie aangepast.
In ondergeschikte orde voert verzoekende partij aan dat de NMBS de beoordelingselementen aanwendt als subgunningscriteria, dewelke niet werden opgenomen in de opdrachtdocumenten terwijl zij hiertoe verplicht is op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel."

14. De verzoekende partijen zetten de geschonden geachte bepalingen en beginselen op algemene wijze uiteen, en verwijzen in het bijzonder naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 juli 2016, TNS Dimarso, nr. C-6/15, ECLI:EU:C:2016:555, en het navolgend arrest van de Raad van State, nr. 239.937 van 23 november 2017, ECLI:BE:RVSCE:2017:ARR.239.937, waarin wordt gesteld dat "om elk risico op favoritisme uit te sluiten, het in beginsel ongeoorloofd is om na de opening van de offertes de beoordelingsmethode nog vast te stellen, zonder dat moet worden aangetoond dat die vaststelling na de opening van de offertes een discriminatoir effect heeft gehad op één van de inschrijvers".

Volgens de verzoekende partijen is de evaluatiewijze van het gunningscriterium 'Technische waarde' in paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad vaag en kan daaruit geen beoordelingsmethode worden afgeleid: de verwerende partij licht de inschrijvers niet in over de onderlinge waarde van de vijf beoordelingselementen; geen enkel van de vijf opgesomde beoordelingselementen is nog verder onderverdeeld; de vijf opgesomde beoordelingselementen worden niet verbonden aan de technische voorschriften van het bestek; de concrete beoordelingsmethode wordt helemaal niet meegedeeld; er wordt met name niet toegelicht hoe de meerwaarden (en minwaarden) cijfermatig omgezet zullen

worden in een bepaalde score; de laatste zin die stelt dat de score zou worden "afgerond" op twee cijfers na de komma, die pas in de laatste versie van de gunningsleidraad werd toegevoegd en die dus duidelijk van belang is voor de verwerende partij, doet vermoeden dat zij een vrij uitgebreide en gedetailleerde berekening zal maken, waarvan het resultaat vervolgens moet worden afgerond. De vaagheid van dit criterium strekt ertoe dat de inschrijvers hun offerte slechts heel beperkt kunnen afstemmen op de door de verwerende partij vooropgestelde doelen. Bovendien maakt de verwerende partij niet duidelijk dat zelfs met een goede beoordeling op dit eerste gunningscriterium het mogelijk is om toch minder dan de helft van de punten te behalen, wat uiteraard impact zou hebben gehad op de biedstrategie van de inschrijvers.

15. De verzoekende partijen vervolgen, in hoofdorde, dat de verwerende partij voor het eerst in deze plaatsingsprocedure, en dus niet voorafgaand aan de opening van de offertes, een beoordelingsmethode hanteert voor het gunningscriterium 'Technische waarde'.

Volgens hen staat vast dat de gehanteerde beoordelingsmethode, die zij beschrijven, niet vóór de opening van de offertes werd vastgesteld, laat staan dat deze beoordelingsmethode vooraf gekend was bij de inschrijvers zodat zij hiermee rekening hadden kunnen houden bij het opstellen van hun offerte. Dit blijkt onder meer uit het feit dat er geen enkele referentie naar die beoordelingsmethode is in de eerdere beslissing van 28 februari 2025 en de score toegekend aan de drie inschrijvers in die beslissing (licht) verschilt van hun score op basis van de gehanteerde beoordelingsmethode in de bestreden beslissing. Gelet op de ongewijzigde min- of meerwaarden kunnen de verzoekende partijen niet begrijpen hoe een verschil in punten in het voordeel van CAF tot stand is gekomen in de bestreden beslissing. Bij gebrek aan enige verklaring bestaat hier ook een risico op favoritisme. De verwerende partij voert evenwel geen enkele omstandigheid aan die zou rechtvaardigen dat de beoordelingsmethode pas na de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Tevergeefs zou zij aanvoeren dat het tussengekomen schorsingsarrest haar ertoe heeft genoodzaakt een beoordelingsmethode te hanteren. Deze elementen volstaan op zich reeds, volgens

de verzoekende partijen, om de schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen vast te stellen.

Bijkomend voeren de verzoekende partijen nog de volgende elementen aan.

Ten eerste houdt de handelwijze van de verwerende partij een risico op favoritisme in. Volgens de bewoordingen van de bestreden beslissing zelf, streeft de verwerende partij met dit systeem heel specifieke doelstellingen na die pas na opening van de offertes konden blijken, namelijk enerzijds de kwalitatieve verschillen tussen de offertes niet overdrijven, en anderzijds die verschillen niet op excessieve wijze reduceren. De beoordelingsmethode en de score voor dit (eerste) gunningscriterium is in dit concreet geval doorslaggevend geweest in de keuze van de voorkeursbieder. De eerste beslissing van 28 februari 2025 was tot stand gekomen zonder beoordelingsmethode en de bestreden beslissing mét beoordelingsmethode. Evenwel geven de beide scores een gelijkaardig resultaat (eenzelfde rangschikking) met slechts heel licht verschillende scores, zodat de beoordelingsmethode die voor het eerst in de bestreden beslissing wordt gehanteerd, er op gericht lijkt te zijn een vooraf vastgelegde rangschikking en score te bekrachtigen, of minstens ontstaat die indruk. Gelet op de ongewijzigde min- of meerwaarden kunnen de verzoekende partijen niet begrijpen hoe een verschil in punten in het voordeel van de eerste tussenkomende partij tot stand is gekomen.

Ten tweede heeft de handelwijze van de verwerende partij in elk geval het relatieve gewicht van de gunningscriteria gewijzigd. Het effect van het systeem waarbij elke inschrijver start met 18 op 36 punten en slechts 0,1 punt krijgt of verliest, zorgt ervoor dat de scores van de drie inschrijvers heel dicht bij elkaar liggen. De beste inschrijver behaalt slechts 18,90 punten, terwijl de verwerende partij over een spectrum tussen 0 en 36 punten beschikte om dit gunningscriterium te quoteren, maar dit spectrum niet heeft benut. De offertes van de drie inschrijvers worden in de bestreden beslissing beoordeeld als zijnde van “goede kwaliteit” maar zowel de verzoekende partijen als de tweede tussenkomende partij behalen niet eens de helft van de score, wat indruist tegen elke redelijke verwachting van een

inschrijver. Gelet op de gehanteerde beoordelingsmethode was het onmogelijk om een score te behalen van ongeveer 70% of meer op dit criterium, wat doorgaans bij overheidsopdrachten als “goed” wordt beschouwd. Door het puntenspectrum voor dit gunningscriterium amper te benutten, is het eerste gunningscriterium in de feiten veel minder belangrijk geweest dan 36% van de totaalscore, en heeft deze handelwijze ervoor gezorgd dat het relatieve gewicht van dit gunningscriterium is afgezwakt, ten voordele van andere gunningscriteria, in het bijzonder het financiële gunningscriterium. Het is voor dat criterium dat de verzoekende partijen minder goed scoorden, zodat zij benadeeld werden.

Ten derde voeren de verzoekende partijen aan dat een dergelijk systeem redelijkerwijze niet voorzienbaar was en dat de inschrijvers hierdoor zijn verschalkt: de verzoekende partijen hebben 16,10 op 36 punten behaald voor het gunningscriterium ‘Technische waarde’, terwijl hun offerte als goed wordt beoordeeld. Hierdoor krijgen de andere gunningscriteria, en in het bijzonder het gunningscriterium van de “financiële waarde” relatief gezien een grotere waarde. Mochten de verzoekende partijen dit hebben geweten bij de voorbereiding van hun offerte, hadden zij hierop ingespeeld en aan andere voorwaarden aangeboden.

De redenering dat het in de bestreden beslissing gebruikte systeem slechts een manier is om tot een “globale score” te komen voor het eerste gunningscriterium, ingevolge het tussengekomen schorsingsarrest waarin, samengevat, de verwerende partij een gebrek aan transparantie werd verweten, kan niet worden aanvaard. De verzoekende partijen benadrukken in dat verband dat de verwerende partij als aanbestedende dienst niet méér rechten kan hebben na het schorsingsarrest van de Raad van State dan ervoor. Los van het schorsingsarrest zou de verwerende partij deze werkwijze niet mogen hanteren: een beoordelingsmethode mag immers niet worden vastgesteld na de opening van de offertes, en in elk geval mag de beoordelingsmethode het relatieve gewicht van de gunningscriteria niet wijzigen. Het rechtsherstel na het schorsingsarrest mag zelf geen schending vormen van essentiële bepalingen en beginselen uit het overheidsopdrachtenrecht, wat te dezen het geval is. De problematiek waarmee de verwerende partij wordt geconfronteerd, heeft zij zelf veroorzaakt. Er kon

redelijkerwijs worden verwacht dat enerzijds, een globale beoordeling zonder concrete methode het risico in zich droeg dat het niet-transparant zou zijn, en dat anderzijds, een beoordeling op basis van een concrete beoordelingsmethode, op het verwijt zou botsen dat die beoordelingsmethode voor opening van de offertes moest worden vastgesteld, terwijl er wel degelijk voldoende rechtmatige alternatieven voorhanden waren.

16. In ondergeschikte orde voeren de verzoekende partijen aan dat de verwerende partij de beoordelingselementen op dergelijke mathematische wijze heeft aangewend dat ze de vorm van subgunningscriteria hebben aangenomen.

Een subgunningscriterium is een gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer stelselmatig worden vergeleken of een enigszins planmatige toetsing. Het behoort tot de essentie van subgunningscriteria dat elke offerte er uitdrukkelijk aan getoetst wordt en namelijk op dat specifiek punt beoordeeld en gewaardeerd wordt. Wanneer er een louter wiskundige of kwantitatieve optelling is gemaakt van de vastgestelde meer- of minwaarden bij de beoordelingselementen, heeft de Raad van State reeds geoordeeld dat het niet langer gaat om de uitdrukking van meer- of minderwaarden in het kader van een globale beoordeling, maar om subgunningscriteria.

Bijlage 2 van de bestreden beslissing bevat 32 pagina's aan beoordelingselementen waartegen de offertes van de drie inschrijvers worden afgetoetst en waarbij wordt aangegeven of ze al dan niet een meer- of minwaarde vormen. Hieruit volgt duidelijk dat er geen sprake is van een globale beoordeling in functie van beoordelingselementen, maar van een zeer planmatige aanpak en een kwantitatieve optelling van de meer- en minwaarden, wat duidt op het hanteren van subgunningscriteria. Deze waren niet vastgelegd in de gunningsleidraad en niet bekend bij de inschrijvers bij het voorbereiden van hun offerte. Het niet vastleggen van de subgunningscriteria in de gunningsleidraad vormt een schending van het in het middel aangevoerde gelijkheids- en transparantiebeginsel, en is van aard om de gehele plaatsingsprocedure aan te tasten.

17. In wat als ter ondersteuning van het inleidend verzoekschrift in de zin van artikel 21*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan worden beschouwd, onderschrijft de tweede tussenkomende partij de argumentatie van de verzoekende partijen dat sprake zou zijn van een nieuwe, niet vooraf aangekondigde beoordelingsmethode en van achteraf vastgestelde subgunningscriteria.

Zij zet in dat verband uitvoerig uiteen dat blijkens de feitelijkheden en de stukken in het administratief dossier de beoordelingsmethode in de bestreden beslissing pas werd vastgesteld na opening van de offertes én na een eerste beoordeling. Daarbij benadrukt de tweede tussenkomende partij dat de gehanteerde beoordelingsmethode ingaat tegen (de zesde versie van) de gunningleidraad waarin uitdrukkelijk werd toegevoegd dat het resultaat op twee cijfers na de komma zou worden afgerond: indien de verwerende partij van meet af aan de intentie had gehad om elk positief of negatief element te waarderen met 0,1 punt, dus met één cijfer na de komma en niet twee, was deze toevoeging volstrekt nutteloos geweest, aangezien die situatie zich per definitie nooit zou voordoen.

Voorts zet de tweede tussenkomende partij uiteen, zoals de verzoekende partijen, dat de nieuwe beoordelingsmethode een risico op favoritisme inhoudt en niet voorzienbaar was. De keuze, gemaakt na de opening van de offertes én na de beoordeling van de offertes, van het gewicht dat aan elk plus- en minteken wordt toegekend, doet de balans volgens haar willekeurig doorslaan in het voordeel van een bepaalde inschrijver. De waarde van 0,1 punt is volkomen willekeurig vastgesteld, en dit pas na de beoordeling van de offertes en na bepaling van de meer- en minwaarden ervan. Gezien het zeer grote aantal technische specificaties en zonder vooraf te weten welke van die vele specificaties uiteindelijk onderscheidend zouden blijken tussen de inschrijvers, heeft de verwerende partij (pas na kennisneming van de offertes en van de omvang van de verschillen) beslist dat elk vastgesteld verschil 0,1 punt zou waard zijn. Dit leidt tot onredelijke uitkomsten, wat illustreert dat de waarde van 0,1 punt noodzakelijk pas ná kennisname van de offertes is vastgelegd. Dezelfde kritiek geldt voor de

vaststelling van de vertrekscore van 18 op 36: indien een hogere vertrekscore was bepaald, zou het gewicht van de plus- en minwaarden noodzakelijkerwijs anders zijn geweest. De rechtvaardiging die de verwerende partij in de bestreden beslissing geeft voor de keuze om elke plus- en minwaarde op 0,1 punt te waarderen, kan even goed worden gebruikt om een waardering van 0,05 of 0,01 punt te onderbouwen en is dus volstrekt willekeurig.

De verzoekende partijen merken volgens de tweede tussenkomende partij voorts terecht op dat de gehanteerde beoordelingsmethode onevenredige verschillen tussen de offertes creëert. De verwerende partij stelt dat zij een waarde van 0,1 punt heeft gehanteerd om de "reële" verschillen tussen de offertes aan te duiden, zonder deze te overdrijven of buitensporig te verminderen, doch in werkelijkheid waardeert zij één en hetzelfde element als een meerwaarde voor de ene inschrijver en als een minderwaarde voor de andere inschrijver waardoor de verschillen kunstmatig worden uitvergroot. Indien de tweede tussenkomende partij vóór het indienen van haar offerte had geweten dat de meerwaarden en minderwaarden zouden worden gewaardeerd met 0,1 punt, dan zou zij haar offerte op een andere wijze hebben opgesteld. De gehanteerde beoordelingsmethode zou – indien het vooraf aan de inschrijvers was meegedeeld – onvermijdelijk hebben geleid tot andere afwegingen tussen prijs en technische waarde dan die welke uiteindelijk in de ingediende offertes zijn gemaakt.

Ten slotte stelt de tweede tussenkomende partij dat de beoordeling bovendien ingaat tegen de (zesde) gunningsleidraad luidens hetwelk de technische kwaliteit van de offertes "zal worden beoordeeld, in het bijzonder de meerwaarde/minderwaarde voor de NMBS wat betreft de elementen vermeld in paragraaf 6.3.2", bepaling waarin wordt gesteld dat de technische waarde van de offerte globaal beoordeeld zal worden rekening houdend met de vijf opgesomde beoordelingselementen. Uit de beoordeling blijkt immers dat de verwerende partij zich enkel gericht heeft op het bepalen van meer- of minwaarden ten opzichte van bepaalde vereisten van de Technische Specificatie, zoals blijkt uit bijlage 2 van de bestreden beslissing, zonder de offertes globaal te beoordelen op basis van de vijf elementen die in de gunningsleidraad zijn opgesomd.

Beoordeling

Vooraf

18. Overeenkomstig artikel 4 van de wet van 17 juni 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Artikel 147, § 5, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt dat de aanbestedende entiteit de door de geselecteerde inschrijvers ingediende offerte toetst aan de op de offertes toepasselijke regels en voorschriften en de opdracht gunt op basis van een of meerdere gunningscriteria, vastgesteld overeenkomstig de artikelen 81 en 153. Overeenkomstig artikel 81, § 1, van dezelfde wet baseert de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige offerte. Luidens artikel 81, §§ 2 en 3, komt het aan de aanbestedende overheid toe om de gunningscriteria te bepalen die zij zal hanteren om de offertes te beoordelen. Deze gunningscriteria dienen verband te houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, en moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht. Luidens artikel 81, § 4, specificeert de aanbestedende overheid voor Europese opdrachten, zoals te dezen, het relatieve gewicht dat zij voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte aan elk van de gekozen criteria toekent.

Eerste onderdeel: niet vooraf vastgestelde beoordelingsmethode

19. De beoordelingsmethode van een gunningscriterium, zijnde de manier waarop de aanbestedende overheid bij de evaluatie van de offertes de beoordelingselementen vervat in de gunningscriteria nagaat en waardeert in het licht van de toe te kennen scores, dient niet te worden bekendgemaakt in de opdrachtdocumenten, doch ze mag in beginsel niet worden vastgesteld na de opening van de offertes, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat ze om aantoonbare redenen niet vóór de opening van de offertes kon worden vastgesteld. Bij gebreke

van dergelijke redenen is er sprake van een schending van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel, gehuldigd in artikel 4 van de wet van 17 juni 2016.

Het is bijgevolg in beginsel ongeoorloofd om na de opening van de offertes de beoordelingsmethode nog vast te stellen, “dit om elk risico op favoritisme uit te sluiten” (zie het voornoemd arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 14 juli 2016, nr. C-6/15, TNS Dimarso, ECLI:EU:C:2016:555). Het Hof wijst er in punt 31 op dat “[v]olgens de in artikel 2 van richtlijn 2004/18 neergelegde beginselen inzake de gunning van opdrachten […] de methode die de aanbestedende dienst hanteert om de offertes in concreto te beoordelen en te rangschikken in beginsel niet na de opening van de offertes door deze dienst [kon] worden vastgesteld, dit om elk risico van favoritisme uit te sluiten. Indien deze methode echter om aantoonbare redenen niet vóór deze opening kan worden vastgesteld, […] kan de aanbestedende dienst niet worden verweten dat hij deze pas heeft vastgesteld nadat hij, of zijn beoordelingscommissie, kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes”.

De Raad van State herinnert voorts eraan dat een aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes elke offerte dient te vergelijken met elk van de andere offertes en tot een rangschikking dient te komen van de offertes rekening houdend met de voor- en nadelen van elke offerte ten opzichte van en in verhouding tot elk van de andere offertes. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een bepaalde beoordelingsruimte. Bij de toetsing van de offertes dient niet alles op voorhand te worden vastgelegd in rigide schema’s, bindende parameters en bepaalde vooraf vastgestelde vermeerderingen en verminderingen in quotering. Zij mag evenwel geen andere beoordelingsmethode gebruiken dan die welke is opgenomen in het bestek, aangezien een wijziging van de beoordelingsmethode immers, indien ze de inschrijvers bekend was geweest op het ogenblik van het opstellen van hun offertes, deze offertes kan hebben beïnvloed. Een wijziging van de beoordelingsmethode kan ook een discriminerend effect hebben ten aanzien van één van de inschrijvers, of *de facto* tot gevolg hebben dat de weging van de gunningscriteria wordt gewijzigd.

20. Te dezen wordt in paragraaf 6.3. ‘Beoordelingsmethode van de gunningscriteria’ van de gunningsleidraad, zoals hoger weergegeven (zie punt 3.3), wel degelijk een beoordelingsmethode vastgesteld. Zo wordt bepaald dat de technische waarde van de offerte globaal wordt beoordeeld op basis van vijf beoordelingselementen, (niet-limitatieve lijst), en waarbij “een zeer slechte of zeer goede prestatie in een of meerdere beoordelingselementen een duidelijke invloed [kan] hebben op de algemene beoordeling van dit criterium”. Voorts wordt bepaald dat het de bedoeling is dat de verwerende partij op basis van de ingediende documenten over voldoende informatie beschikt om te kunnen beoordelen in welke mate de aangeboden oplossing een toegevoegde waarde voor haar heeft, waarbij “[o]ffertes die oplossingen voorstellen met betrekking tot de eisen van de Technische Specificatie die een meerwaarde betekenen voor de NMBS, […] een hoge score voor dit criterium [zullen] ontvangen. Ook wordt in paragraaf 6.1 van de gunningsleidraad aangekondigd dat de technische waarde van de voorgestelde oplossingen zal worden beoordeeld conform de Technische Specificatie, in het bijzonder de meer- en minwaarde voor de verwerende partij wat de elementen vermeld in paragraaf 6.3.2 betreft, doorheen de hele levensduur van 35 jaar van het materieel.

Aldus is in de gunningsleidraad ervoor gekozen om het gunningscriterium ‘Technische waarde’ op een globale wijze te beoordelen waarbij de meer- en minwaarden van de offertes worden beoordeeld ten opzichte van de eisen van de Technische Specificatie en op basis van de vijf (niet-limitatief) opgelijste beoordelingselementen. De verwerende partij maakt aannemelijk dat de toevoeging in de zesde versie van de gunningsleidraad waarbij voor alle gunningscriteria erin werd voorzien dat een afronding tot op twee cijfers na de komma zou plaatsvinden, niet impliceert dat deze afrondingsregel noodzakelijk zou worden toegepast, en dat daaruit geen intenties van de verwerende partij inzake de beoordelingsmethode kunnen worden afgeleid.

21. De werkwijze die de verwerende partij te dezen in de bestreden beslissing heeft gevolgd, lijkt zich op het eerste gezicht in te passen in de

beoordelingsmethode zoals omschreven in de gunningsleidraad wat het gunningscriterium ‘Technische waarde’ betreft.

De beoordeling van elk van de offertes is gebeurd aan de hand van een uitvoerige beschrijvende evaluatie en in functie van de beoordelingselementen vermeld in paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad, waarna een globale score werd gegeven. De verwerende partij lijkt op het eerst gezicht de drie offertes te hebben getoetst aan de eisen van de Technische Specificatie en de respectieve meer- en minwaarden in elke offerte ten aanzien van deze beoordelingselementen te hebben geïdentificeerd. Luidens de bestreden beslissing heeft zij daarbij vastgesteld dat het aantal genoteerde min- en meerwaarden beperkt is en de offertes “grote gelijkenissen op technisch vlak” vertonen, en er dus “over het algemeen weinig ruimte [was], zowel op technisch als op commercieel vlak, voor extra meer- of minderwaarden ten opzichte van de Technische Specificatie (in de zin van de Gunningsleidraad)”. Niettemin heeft zij 54 meer- en minwaarden vastgesteld, woordelijk beschreven in de beoordeling per offerte en opgelijst in bijlage 2 bij de bestreden beslissing.

Uit de omstandigheid dat de verwerende partij bij die beschrijving melding maakt, met bijhorend symbool, van een beperkte meer- of minwaarde’ (+/-), een (normale) meer- of minwaarde (++/--) of een belangrijke meer- of minwaarde (+++/---), lijkt niet te kunnen worden afgeleid dat er te dezen zou zijn gebruikgemaakt van een pas na de opening van de offertes vastgestelde rigide ordinale evaluatiemethode. Ze lijken op het eerste gezicht te verwijzen naar de in paragrafen 6.1 en 6.3.2 van de gunningsleidraad aangekondigde begrippen ‘meerwaarde’ en ‘minwaarde’, en de logische vertaling te zijn van het concrete voor- of nadeel dat deze meer- of minwaarde in de voorgestelde offerte voor de verwerende partij oplevert. In paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad is immers vermeld dat “een zeer slechte of zeer goede prestatie in een of meerdere beoordelingselementen een duidelijke invloed [kan] hebben op de algemene beoordeling van dit criterium”, waaruit kan worden afgeleid dat de verwerende partij gradaties kan geven aan de meer- of minwaarden, waarbij een ‘belangrijke’

meer- of minwaarde zwaarder zal doorwegen in de globale score dan een ‘beperkte’ of normale meer- of minwaarde.

Voor zover de verwerende partij alsdan een concrete cijfermatige vertaling geeft van de vastgestelde meer- en minwaarden voor elke offerte (namelijk 9+ voor de eerste tussenkomende partij, 20- voor de tweede tussenkomende partij en 19- voor de verzoekende partijen) naar een score op 36 punten, lijkt zij hiermee tegemoet te willen komen aan het voornoemd arrest van de Raad van State waarbij de (inmiddels ingetrokken) beslissing van 28 februari 2025 op grond van een schending van het transparantiebeginsel in haar tenuitvoerlegging werd geschorst. De omstandigheid dat in de gunningsleidraad niet ook voorafgaandelijk is bepaald welke puntenimpact een specifieke meer- en minwaarde zou hebben, hoeft niet te leiden tot het besluit dat de verwerende partij de waarde van 0,1 punt willekeurig zou hebben vastgesteld. De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk, zoals wordt gemotiveerd in de bestreden beslissing, dat de helft van de maximaal te behalen score (18 op 36 punten) als beginscore een redelijk uitgangspunt is waarbij, als er globaal meer minwaarden zijn, de score lager is dan 18/36, en als er globaal meer meerwaarden zijn, de score hoger is dan 18/36, en waarbij voor het eindresultaat het relatieve verschil tussen de offertes van belang is, en niet het uitgangspunt (in dit geval 18/36). Voorts maakt zij op het eerste gezicht aannemelijk dat de keuze om alsdan in het kader van de toegekende globale scores de vastgestelde meer- of minwaarden cijfermatig te vertalen naar een waarde van 0,1 punt aan een ‘+’ of een ‘-’ gerechtvaardigd is in het licht van de concrete verschillen die de verwerende partij heeft vastgesteld tussen de offertes, en dat deze waarde van 0,1 punt niet vooraf *in abstracto* was vastgesteld. Zij maakt aannemelijk dat de toekenning van een grotere waarde dan 0,1 punt tot gevolg zou hebben dat de werkelijke kwalitatieve verschillen tussen de offertes zouden worden overdreven, en het toekennen van een lagere waarde dan 0,1 de kwalitatieve verschillen tussen de offertes niet afdoende zou weergeven met een neutralisatie-effect van het gunningscriterium tot gevolg.

22. Uit het voorgaande lijkt op het eerste gezicht te moeten worden afgeleid dat de verwerende partij geen gebruik heeft gemaakt van een pas na de

opening van de offertes vastgestelde beoordelingsmethode die niet in paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad besloten zou liggen. Het komt de verwerende partij toe om, na de intrekking van de eerdere beslissing van 28 februari 2025, de beoordelingsmethode nader vorm te geven om tegemoet te komen aan de vereiste van transparantie. De verzoekende partijen tonen niet aan dat die beoordelingsmethode niet in het verlengde van de initieel aangekondigde beoordelingsmethode ligt. De omstandigheid dat de thans toegekende scores, als gevolg van de cijfermatige vertaling van de vastgestelde meer- en minwaarden, (licht) gewijzigd zijn ten opzichte van de scores in de (ingetrokken) beslissing van 28 februari 2025, terwijl de vastgestelde min- en meerwaarden ongewijzigd zijn gebleven, doet aan het voorgaande geen afbreuk.

De verzoekende partijen maken bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de werkwijze van de verwerende partij een risico op favoritisme zou inhouden en erop gericht zou zijn een vooraf vastgelegde rangschikking en score te willen bekrachtigen.

23. Daarnaast voeren de verzoekende partijen nog in dit eerste onderdeel van het middel aan dat de gehanteerde beoordelingsmethode het relatieve gewicht van de gunningscriteria zou hebben gewijzigd ten voordele van het financieel criterium. De verzoekende partijen stellen in essentie dat de verwerende partij door haar werkwijze het spectrum van mogelijke scores (van 0 tot 36) voor het gunningscriterium ‘Technische waarde’ niet zou hebben benut.

Deze grief wordt niet bijgevallen.

Anders dan de verzoekende partijen stellen, lijkt de omstandigheid dat de scores van de drie inschrijvers wat dit gunningscriterium ‘Technische waarde’ betreft, dicht bij elkaar liggen, niet het gevolg te zijn van de werkwijze waarbij elke inschrijver start met 18 op 36 punten en slechts 0,1 punt krijgt of verliest, maar wel het gevolg te zijn van de beperkte kwalitatieve verschillen tussen die offertes. De verwerende partij benadrukt doorheen de bestreden beslissing dat zij heeft vastgesteld dat de drie offertes (die in de loop van

de opeenvolgende offerterondes al waren verbeterd) kwalitatief in belangrijke mate gelijkwaardig zijn en slechts op een beperkt aantal technische kwaliteiten van elkaar verschillen; dat alle drie offertes van goede kwaliteit zijn, zonder dat er, voor het overgrote deel van de technische eisen, sprake is van meer- of minderwaarden. De omstandigheid dat door het hanteren van een beginscore van 18 op 36 punten zelfs offertes van "goede" kwaliteit niet de helft van de score behalen, lijkt op het eerste gezicht niet problematisch voor zover met deze werkwijze het beperkt aantal min- en meerwaarden en de onderlinge kwaliteitsverschillen tussen de offertes in de globale scores voor elk van de offertes worden weerspiegeld. De verzoekende partijen tonen overigens op het eerste gezicht niet aan dat met een andere beginscore of een andere cijfermatige vertaling van de min- en meerwaarden, waardoor de scores voor het gunningscriterium 'Technische waarde' voor alle offertes op 36 punten (verhoudingsgewijs) hoger zouden liggen, hun offerte als de best gerangschikte offerte naar voor zou komen.

24. Gelet op wat voorafgaat, lijkt de wijze waarop de verwerende partij de offertes voor het gunningscriterium 'Technisch waarde' heeft beoordeeld, inpasbaar in wat de inschrijvers hieromtrent op basis van de aangekondigde globale beoordeling, konden verwachten. Een zorgvuldig handelende inschrijver in dezelfde omstandigheden geplaatst, lijkt zich op het eerste gezicht te hebben kunnen verwachten aan een beoordeling waarbij vastgestelde meer- en minwaarden leiden tot een bijstelling van een globale gemiddelde beginscore volgens een puntenspreiding die de intrinsieke verschillen tussen de diverse offertes weerspiegelt.

25. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel: beoordelingselementen aangewend als subgunningscriteria

26. In ondergeschikte orde voeren de verzoekende partijen in een tweede middelonderdeel aan dat de beoordelingselementen op dergelijke mathematische wijze zijn aangewend dat ze de vorm van subgunningscriteria hebben aangenomen.

Ook deze grief wordt niet bijgevallen.

27. Als subgunningscriteria moeten worden beschouwd gegevens die dienstig zijn om in het aangebodene een onderscheid te maken en die aldus een maatstaf bij een beoordeling van een gunningscriterium zijn. Om een subgunningscriterium te kunnen onderscheiden van de in het kader van de formelemotiveringsplicht vereiste vermelding van meer- en minwaarden die de beoordeling van het gunningscriterium ondersteunen, moet het gaan om een voorafgaand aan de toetsing bedacht gegeven waarmee de inschrijvingen min of meer planmatig of stelselmatig worden vergeleken, en waaraan in het bestek reeds een specifiek gewicht werd toegekend.

In de bestreden beslissing worden de kenmerken en meer- en minwaarden van elke offerte, ten opzichte van de eisen in de Technische Specificatie en in het licht van de beoordelingselementen die niet-exhaustief werden opgelijst in paragraaf 6.3.2 van de gunningsleidraad, achtereenvolgens besproken en gewaardeerd, doch de verzoekende partijen tonen hiermee op het eerste gezicht niet aan dat deze beoordelingselementen hierdoor als subgunningscriteria zouden zijn gehanteerd. Uit de bestreden beslissing blijkt op het eerste gezicht dat per offerte wordt weergegeven hoeveel meer- of minwaarden per beoordelingselement zijn vastgesteld, maar niet dat aan elk van die beoordelingselementen een weging werd toegekend op basis waarvan vervolgens een totaalscore is berekend.

28. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

29. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

30. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het mededingingsbeginsel, de materiële motiveringsplicht, het zuinigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel,

> "Doordat de NMBS in de bestreden beslissing beslist om CAF aan te duiden als voorkeursbieder en om enkel met CAF onderhandelingen op te starten, en om de twee andere inschrijvers (Alstom en Siemens) in de wachtkamer te plaatsen,
> Terwijl de offerte van Alstom een totaalscore behaalt die slechts 2,3% lager is dan die van CAF,
> en terwijl de NMBS de offerte van de drie inschrijvers als quasi gelijkwaardig evalueert op vlak van het eerste, derde en vierde gunningscriterium, waarbij het verschil tussen Siemens en Alstom zonder inachtname van het tweede gunningscriterium slechts 0,64% bedraagt,
> en terwijl de NMBS in die concrete omstandigheden enkel een reële verbetering van de offertes zal verkrijgen en aldus het meest waarde voor haar geld, als zij de onderhandelingen opstart met alle drie de inschrijvers,
> Zodat de NMBS had moeten beslissen met de drie inschrijvers te onderhandelen in plaats van enkel met CAF."

Zij vatten dit middel samen als volgt:

> "De NMBS had met alle drie de inschrijvers moeten onderhandelen. Er zijn geen geldige redenen opgenomen in de bestreden beslissing om anders te doen besluiten.
> De NMBS stelt zelf dat de drie inschrijvers (CAF, Alstom en Siemens) op technisch vlak quasi-gelijkwaardige offertes hebben ingediend. Enkel op het vlak van prijs bestaan er bijgevolg verschillen. In zulke omstandigheden moet een zorgvuldig handelende aanbesteder onderhandelen met alle drie de inschrijvers om de voorwaarden van de offertes te verbeteren en de mededinging te waarborgen. Door uitsluitend met CAF te onderhandelen, verdwijnt de prikkel voor CAF om haar aanbod te verbeteren, terwijl de concurrentie met Alstom en Siemens net tot betere resultaten kan leiden.
> Bovendien zijn er nog geen inhoudelijke onderhandelingen gevoerd; de eerdere offerteversies volgden enkel uit bestekswijzigingen. De procedure bevindt zich dus nog steeds in fase 3, waarin onderhandeling met meerdere inschrijvers mogelijk is volgens de Gunningsleidraad.
> De motieven van de NMBS om uitsluitend met CAF te onderhandelen – tijdsdruk en de bewering dat onderhandelingen al plaatsvonden – falen zowel in rechte als in feite. De vertraging in de procedure is grotendeels aan de NMBS zelf te wijten. Ook het argument van urgentie kan geen beperking van

de mededinging rechtvaardigen noch wordt dit op enige manier gestaafd met objectieve gegevens.
De voordelen van het organiseren van een nieuwe offerteronde wegen wel degelijk op tegen de nadelen ervan en de organisatie ervan is zelfs noodzakelijk om de in dit middel opgeworpen beginselen te respecteren."

Na de geschonden geachte beginselen op algemene wijze te hebben uiteengezet, lichten de verzoekende partijen concreet hun grieven toe als volgt.

Wanneer er slechts beperkte verschillen zijn tussen de scores van de inschrijvers, dient volgens de verzoekende partijen een normaal zorgvuldige aanbesteder die handelt in overeenstemming met het zuinigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel te onderhandelen met alle drie de inschrijvers (in het bijzonder wat de prijs betreft) en niet slechts met één inschrijver, teneinde de voorwaarden van de opdracht voor de aanbesteder te verbeteren. Enkel op die manier zal de eerste tussenkomende partij voldoende redenen hebben om haar voorwaarden te verbeteren. De meerdere offerterondes zijn volgens de verzoekende partijen niet het resultaat geweest van gevoerde onderhandelingen of voorgestelde verbeteringen, maar wel van aanpassingen aan het bestek. Er zijn bijgevolg nog geen inhoudelijke verbeteringen aan de offertes gebeurd waardoor het in se nog steeds gaat om "eerste" offertes. Er heeft bijgevolg nog geen mededinging plaatsgevonden. De verzoekende partijen verwijzen naar een bijgevoegde verklaring op eer waarin zij stellen dat zij geen feedback hebben ontvangen van de verwerende partij op grond waarvan zij hun offerte(s) op contractueel, technisch of financieel vlak hadden kunnen verbeteren, dat de verwerende partij hun vóór de beslissing van 28 februari 2025, thans vervangen door de bestreden beslissing, nooit heeft geïnformeerd over de meer- of minwaarden van hun offerte(s) en zij dus nooit de kans hebben gehad om hun offerte op basis daarvan te verbeteren.

Daarbij hebben de verzoekende partijen kritiek op het motief in de bestreden beslissing voor de keuze om een voorkeursbieder aan te wijzen op grond van het feit dat er geen tijd meer zou zijn om met alle drie de inschrijvers te

onderhandelen terwijl de verwerende partij de opdracht wil toewijzen in de komende maanden. Volgens hen faalt die rechtvaardigingsgrond als objectieve verantwoording voor de beperking van de mededinging omdat de verwerende partij zelf gedurende verschillende periodes zeer traag heeft gehandeld tijdens deze plaatsingsprocedure. Zij halen hiervoor enkele voorbeelden aan. Zij merken op dat zowel het indienen van nieuwe offertes, het evalueren hiervan en het eigenlijke onderhandelen sneller kan gaan dan de verwerende partij laat uitschijnen, gelet op een aantal elementen. Zij voegen hieraan toe dat blijkens het persbericht van 23 juli 2025 er blijkbaar bij de raad van bestuur van de verwerende partij twijfel bestaat of er in hoofde van de gekozen voorkeursbieder geen uitsluitingsgronden bestaan, en hieruit alleen al volgt dat het beter is om nu met meerdere inschrijvers te onderhandelen, aangezien die voorkeursbieder blijkbaar nog steeds uitgesloten kan worden, met een aanzienlijk tijdsverlies tot gevolg terwijl de verwerende partij zelf poneert geen tijd te kunnen verliezen in dit dossier.

Ook het motief in de bestreden beslissing dat de vertraging die onderhandelingen met zich zouden meebrengen, tot gevolg zou hebben dat de huidige treinstellen langer in dienst dienen te blijven wat aanzienlijke kosten met zich zou meebrengen en dat niet langer afdoende dienstverlening zou kunnen worden geboden, moet volgens de verzoekende partijen worden afgewezen omdat deze argumenten niet concreet worden onderbouwd.

De verzoekende partijen vervolgen dat de argumentatie in de bestreden beslissing dat de nadelen van een nieuwe offerteronde groter zouden zijn dan de eventuele voordelen niet overtuigt, omdat, zoals door hen reeds uiteengezet, er nog geen onderhandelingen zijn gevoerd. Het feit dat vier offertes werden ingediend, is enkel het gevolg van bestekwijzigingen door de verwerende partij. Indien de verzoekende partijen hadden geweten dat zij voor het eerste gunningscriterium (Technische waarde) minder dan de helft van de punten scoren, zouden zij een andere biedstrategie hebben gehanteerd en de offerte inhoudelijk hebben aangepast. Net omdat niet op voorhand in de gunningsleidraad werd bepaald vanaf welk puntenverschil een voorkeursbieder mag worden aangeduid, moet de verwerende partij extra waakzaam zijn en enige vorm van favoritisme

vermijden. Wel gaat de gunningsleidraad uit van een maximale mededinging waar wordt voorzien dat, in geval van kleine verschillen, er met méér dan de drie best geplaatste inschrijvers kan worden onderhandeld. Net omdat er sprake is van een klein puntenverschil zou het organiseren van een nieuwe offerteronde, nu duidelijk is welke de zwaktes en sterktes zijn van de offertes, de concurrentie bevorderen (en daardoor een betere prijs-kwaliteitverhouding) en mogelijk de rangschikking wijzigen. De verzoekende partijen verwijzen naar hun ondertekende verklaring op eer waarin zij wel degelijk stellen bereid te zijn hun offerte te verbeteren.

Voor zover in de bestreden beslissing wordt gesteld dat het bekendmaken van een voorlopige rangschikking een schending van artikel 13 van de wet 17 juni 2016 zou inhouden, stellen de verzoekende partijen dat het meedelen van minwaarden, nadelen of zwaktes van de eigen offerte niet in strijd is met de vertrouwelijkheid op grond van artikel 13 van de wet van 17 juni 2016, en een te doorgedreven toepassing van het vertrouwelijkheidsprincipe aanleiding geeft tot de belemmering van de mededinging. Voor zover wordt gesteld dat onderhandelingen er niet toe dienen inschrijvers een “tweede kans” te bieden, en reeds gedurende twee jaar onderhandelingen aan de gang zouden zijn, herhalen de verzoekende partijen dat tot op heden geen onderhandelingen hebben plaatsgevonden, en het dus niet gaat om een “tweede kans”. De verzoekende partijen betwisten ten slotte dat het voorzienbaar was voor de inschrijvers dat de vierde offertes als definitieve offertes zouden worden beschouwd op basis waarvan een voorkeursbieder zou worden aangewezen, net omdat er nog geen onderhandelingen hadden plaatsgevonden.

Daarnaast voeren de verzoekende partijen nog aan dat de inschrijvers zich slechts in fase 3 van de plaatsingsprocedure bevinden. Die fase vereist, volgens hen, een evaluatie en rangschikking van de offertes (zie paragraaf 4.1.3 (ii) van de gunningsleidraad), terwijl in de eerste schorsingsprocedure noch in de inventaris van het administratief dossier noch in de nota, naar een dergelijke evaluatie en rangschikking is verwezen. De eerste rangschikking en evaluatie van de offertes is volgens de verzoekende partijen gebeurd in de (ingetrokken) beslissing van 28 februari 2025 en vervolgens in de bestreden beslissing. De

verwerende partij stelt in de bestreden beslissing dat zowel in fase 3, overeenkomstig paragraaf 4.1.3 van de gunningsleidraad, als in fase 4, overeenkomstig paragraaf 4.1.4 van de gunningsleidraad, de mogelijkheid bestaat om een voorkeursbieder aan te wijzen, of nog, "welke ook de fase van de plaatsingsprocedure is waarin de NMBS zich bevindt". De omstandigheid dat zij aldus zelf geen uitsluitsel biedt over welke fase van de plaatsingsprocedure thans toepasselijk is, wijst op zich al op een onzorgvuldigheid.

31. In wat als ter ondersteuning van het inleidend verzoekschrift in de zin van artikel 21*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan worden beschouwd, benadrukt de tweede verzoekende partij, wat het tweede middel betreft, dat de onderhandelingsprocedure zich bevindt in fase 3 en niet in de facultatieve fase 4. Voorts stelt zij eveneens dat de verschillen "na één vergelijking van de offertes onderling" zeer gering zijn, in het bijzonder tussen de twee best gerangschikte offertes, die slechts 2,30 punten uit elkaar liggen. Zij verwijst in het bijzonder naar arrest nr. 258.496 van 18 januari 2024, ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.496, waarin de Raad van State een beslissing van een aanbestedende overheid, waarbij was beslist de onderhandelingen uitsluitend voort te zetten met de best gerangschikte inschrijver hoewel het verschil met de tweede inschrijver slechts twee punten bedroeg, heeft geschorst wegens schending van het mededingings- en gelijkheidsbeginsel. Gelet op de aanzienlijke waarde van deze opdracht, is er volgens de tweede tussenkomende partij des te meer noodzaak om, bij geringe verschillen tussen inschrijvers, de mededinging ten volle te laten spelen en meer concurrentiële offertes te verkrijgen door verder te onderhandelen. De verwerende partij kan moeilijk voorhouden dat de door haar vastgestelde verschillen, na slechts één enkele beoordeling van de offertes, onoverbrugbaar zouden zijn, zeker nu inhoudelijke onderhandelingen niet hebben plaatsgevonden.

De tweede tussenkomende partij voert eveneens kritiek, zoals in het inleidend verzoekschrift, op de motieven in de bestreden beslissing om een voorkeursbieder aan te duiden, namelijk betreffende de "Timing", de "Kostprijs van het ontbreken van rollend materiaal vanaf 2029-2030", en de "Onzekerheid

inzake verbetering van de offertes". Wat dit laatste betreft, benadrukt zij dat in het administratief dossier neergelegd in het kader van het eerste schorsingsberoep enkel verslagen van de onderhandelingen na de eerste offerteronde waren gevoegd, en het ontbreken van verslagen van latere onderhandelingsrondes (waar zij en de verzoekende partijen geen enkele inhoudelijke feedback mochten ontvangen op hun offertes) het volstrekt onmogelijk maakt om vast te stellen dat er geen ruimte meer was om de offertes nog te verbeteren, namelijk na de indiening van de vierde offertes. Zij stelt dat de grote gelijkenissen die de verwerende partij zelf heeft vastgesteld en de geringe verschillen in de puntenscores het overbruggen van de kloof in ieder geval niet onmogelijk maakt, wel integendeel.

Beoordeling

32. De verzoekende partijen voeren de schending aan van het mededingingsbeginsel in de voorliggende context van het aanduiden van een voorkeursbieder, namelijk dat de aanbesteder bij die beslissing ervoor moet zorgen dat een daadwerkelijke mededinging gewaarborgd blijft.

Het aangevoerde "zuinigheidsbeginsel" lijkt te dezen samen te vallen met artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 (van toepassing in de speciale sectoren overeenkomstig artikel 153), luidens hetwelk de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten baseert op de economisch meest voordelige offerte.

De materiëlemotiveringsplicht houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Bij de beoordeling van de naleving van de materiëlemotiveringsplicht is de Raad van State niet bevoegd om zijn oordeel omtrent de feiten in de plaats te stellen van het oordeel van de administratieve overheid. Hij is enkel bevoegd om desgevraagd na te gaan of de administratieve overheid is uitgegaan van de juiste feitelijke gegevens, of zij die correct heeft beoordeeld en of zij op grond daarvan binnen de perken van de

redelijkheid tot haar besluit is kunnen komen. Voorts mag enkel met de formeel uitgedrukte motieven rekening worden gehouden.

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen. Het komt aan de verzoekende partij toe om met concrete gegevens aannemelijk te maken dat de handelwijze van de overheid niet doet blijken van het vereiste zorgvuldig handelen. Het formuleren door de verzoekende partij van eigen aannames, veronderstellingen en kritieken zonder enig begin van bewijs, volstaan niet om aannemelijk te maken dat de bestreden beslissing op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen.

Een schending van het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, veronderstelt dat de overheid bij het nemen van de beslissing onredelijk heeft gehandeld, met andere woorden dat zij de haar toegekende discretionaire beoordelings- of beleidsvrijheid onjuist heeft gebruikt. Van een schending van het redelijkheidsbeginsel kan slechts sprake zijn wanneer een beslissing, waarvan is vastgesteld dat ze berust op deugdelijke grondslagen, inhoudelijk dermate afwijkt van het normale beslissingspatroon of, nog, er een zodanige wanverhouding bestaat tussen die motieven en de inhoud van de beslissing, dat het niet denkbaar is dat een andere zorgvuldig handelende administratieve overheid in dezelfde omstandigheden tot die besluitvorming zou komen of die beslissing zou nemen.

Er weze ten slotte aan herinnerd dat de opdracht te dezen een opdracht in de speciale sectoren betreft waarbij is gekozen voor de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. Artikel 120 van de wet van 17 juni 2016, dat deze procedure regelt, bevat geen specifieke bepalingen over het verloop van de onderhandelingen. Het komt dus aan de

aanbestedende entiteit toe te bepalen hoe deze zullen verlopen, met inachtneming van de algemene beginselen die van toepassing zijn op overheidsopdrachten. Zoals blijkt uit het hiervoor geschetste feitenrelaas (zie *supra*, punt 3.3) heeft de verwerende partij het verloop van de plaatsingsprocedure omschreven in de gunningsleidraad.

33. De verzoekende partijen voeren in dit middel in wezen aan dat de verwerende partij in strijd met de aangevoerde beginselen heeft beslist om een voorkeursbieder aan te wijzen en aldus slechts met één inschrijver te onderhandelen, in plaats van te onderhandelen met alle drie inschrijvers.

Uitgangspunt daarbij is dat het puntenverschil tussen de drie inschrijvers beperkt zou zijn, en er tot op heden nog niet inhoudelijk over de offertes zou zijn onderhandeld, in de zin dat elke inschrijver in kennis wordt gesteld van de meer- en minwaardes van zijn offerte aan de hand waarvan hij zijn offerte kan verbeteren, zodat er tot op heden nog geen mededinging zou hebben plaatsgevonden en de aanbestedende overheid aldus niet de economisch meest voordelige offerte heeft gekozen.

34. Met de bestreden beslissing wordt na de indiening van de vierde offertes een voorkeursbieder aangewezen, waarbij de andere kandidaten in de wachtkamer worden geplaatst. Deze werkwijze lijkt te zijn vervat in paragraaf 4.1.5 van de gunningsleidraad.

Zoals is voorzien in paragraaf 4.1.4 van de gunningsleidraad (optionele fase 4: de fase van onderhandeling, indiening en beoordeling van de verbeterde offertes), heeft de verwerende partij te dezen, op het eerste gezicht, na ontvangst van de eerste offertes en na regularisatie ervan, beslist om onderhandelingen met alle inschrijvers op te starten. Zij heeft meerdere onderhandelingsrondes georganiseerd en elk van die onderhandelingsrondes laten volgen met de indiening van verbeterde offertes, waarbij de uitnodiging tot het indienen van een verbeterde offerte vergezeld ging van een gewijzigd bijzonder bestek (zie *infra*, punt 35). Daarna heeft zij, zoals is voorzien in paragraaf 4.1.4, de

regelmatige verbeterde offertes geëvalueerd en gerangschikt op basis van de gunningscriteria, waarna zij de keuze had te beslissen hetzij om de opdracht te gunnen aan de hoogst gerangschikte inschrijver, hetzij om de hoogst gerangschikte inschrijver aan te wijzen als de voorkeursbieder. In de tweede hypothese (aanwijzing van een voorkeursbieder) is fase 5 van toepassing. Luidens paragraaf 4.1.5 van de gunningsleidraad 5 (optionele fase 5: aanduiding van de voorkeursbieder) kan de verwerende partij, voorafgaand aan het formele gunningsbesluit, als voorkeursinschrijver aanduiden de inschrijver wiens finale regelmatige offerte op basis van de gunningscriteria als de economisch meest voordelige wordt aangemerkt, met wie definitieve onderhandelingen over de contractuele documenten worden gevoerd om de financiële verplichtingen of andere voorwaarden die in zijn finale offerte zijn opgenomen, te bevestigen door de clausules van het contract goed te keuren.

De verzoekende partijen maken, gelet op het voorgaande, op het eerst gezicht niet aannemelijk dat de partijen zich op het moment van de bestreden beslissing nog steeds in fase 3 van de plaatsingsprocedure zouden bevinden.

35. Uit de toelichting voor de raad van bestuur van 28 februari 2025, die heeft geleid tot de eerste (ingetrokken) beslissing, blijkt dat tussen mei 2023 en januari 2025 vier rondes nodig waren om tot competitieve offertes te komen en dat die tot een “maximale concurrentie” op zowel technisch als commercieel vlak hebben geleid. De verwerende partij maakt op het eerste gezicht aannemelijk, zoals ook blijkt uit de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier met als titel ‘onderhandelingen’ die de Raad van State heeft kunnen inzien, dat is onderhandeld over de technische vereisten, zowel de verplichte eisen als de zogenaamde GAME-vereisten, alsook over de algemene voorwaarden, waarbij de inschrijvers voorstellen hebben kunnen doen tot wijziging van die vereisten en waaraan de verwerende partij (desgevallend) gevolg heeft gegeven door het bestek te wijzigen. Hieruit lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid dat deze wijzigingen mede in het voordeel van de inschrijvers zijn gebeurd, en niet enkel, zoals de verzoekende partijen louter beweren, om te voldoen aan de gewijzigde noden en

behoeften van de verwerende partij; zij tonen daar alvast geen concrete voorbeelden van.

Overigens heeft de verwerende partij in de uitnodigingsbrief voor het indienen van een derde offerte er uitdrukkelijk op gewezen dat zij de opdracht aan de best gerangschikte inschrijver kon gunnen, en in de uitnodigingbrief voor het indienen van de vierde offerte, dat zij de opdracht aan de best gerangschikte inschrijver kon gunnen hetzij als voorkeursbieder kon aanduiden. De omstandigheid dat de verzoekende partijen op dat moment hiertegen geen bezwaar hebben geuit door te stellen dat er eerst nog onderhandelingen zouden moeten plaatsvinden, lijkt de kritiek die zij thans in dat verband aanvoeren op het eerste gezicht te ondermijnen.

De verzoekende partijen tonen ten slotte op het eerste gezicht niet aan dat de verwerende partij onzorgvuldig heeft gehandeld door de inschrijvers tijdens die besprekingen geen feedback te geven in de zin dat zij de inschrijvers niet uitdrukkelijk heeft gewezen op de meer- en minwaarden van hun offerte. De verzoekende partijen verwijzen in dit verband naar een bijgevoegde verklaring op eer waarin zij stellen geen feedback te hebben ontvangen van de verwerende partij en dus nooit de kans hebben gehad om hun offerte op basis daarvan te verbeteren. Zoals hoger vastgesteld, heeft de verwerende partij op het eerste gezicht te dezen na indiening van de eerste offertes, alle inschrijvers, waaronder de verzoekende partijen, betrokken in onderhandelingen en hen meermaals de mogelijkheid geboden een gewijzigde offerte in te dienen. De verzoekende partijen waren ervan op de hoogte, gelet op de weergave van het procedureverloop in de gunningsleidraad en gelet op de voornoemde vermelding in de uitnodigingsbrief om een derde en vierde offerte in te dienen dat zij, om in aanmerking te komen, hun beste voorstel moesten indienen. De verwerende partij maakt in die omstandigheden aannemelijk dat, zoals zij in haar nota stelt, van haar niet kan worden verwacht dat, “wanneer [zij] na de onderhandelingen vaststelt dat alle offertes een goede prijs/kwaliteit aanbieden en het puntenverschil met de eerst gerangschikte inschrijver relatief beperkt is”, zij toch blijft onderhandelen met alle inschrijvers, doch dat, zoals zij stelt in de bestreden beslissing, “de onmiskenbare

negatieve gevolgen van het organiseren van een nieuwe offerteronde niet [worden] gecompenseerd door enige positieve gevolgen [en het] zeer onzeker [is] of de inschrijvers hun offerte na vier offerterondes nog kunnen verbeteren".

36. Voor zover de verzoekende partijen wijzen op het beperkt puntenverschil tussen de inschrijvers om te stellen dat een normaal zorgvuldige aanbesteder (verder) had dienen te onderhandelen met alle drie de inschrijvers, lijkt vooreerst dit "beperkt puntenverschil" te moeten worden genuanceerd wat het verschil tussen de verzoekende partijen met de gekozen voorkeursbieder betreft: dit bedraagt 8,21 punten op 100.

Ook tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht niet aan dat een "aanzienlijke voorsprong" in de rangschikking zou dienen voor te liggen alvorens een aanbestedende overheid de best gerangschikte inschrijver als voorkeursbieder kan aanduiden. Voor zover in de gunningsleidraad (onder paragraaf 4.1.3 'Phase d'évaluation') wordt bepaald dat wanneer de verschillen tussen de drie best gerangschikte inschrijvers en de andere inschrijvers beperkt zijn, de verwerende partij het aantal inschrijvers die worden uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingen, kan verhogen (naast de drie best gerangschikte), betreft dit de "derde hypothese" in fase 3, namelijk wanneer de verwerende partij beslist om onderhandelingen te starten met de best gerangschikte inschrijvers en niet met alle inschrijvers, geval die te dezen niet voorligt. Daaruit lijkt niet te kunnen worden afgeleid, zoals de verzoekende partijen doen, dat in geval van kleine verschillen de verwerende partij verplicht zou zijn de onderhandelingen met alle inschrijvers voort te zetten om een groter puntenverschil te verkrijgen.

Voorts maken de verzoekende partijen te dezen op het eerste gezicht niet aannemelijk, anders dan het geval was in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het aangehaald arrest nr. 258.496 van 18 januari 2024, ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.496, waar de aanbestedende overheid na ontvangst van de eerste offertes reeds een voorkeursbieder aanduidde, dat de

inschrijvers in de loop van de procedure geen kans hebben gekregen om hun offertes aan te passen of te verbeteren.

Uit paragraaf 4.1.5 van de gunningsleidraad lijkt ten slotte op het eerste gezicht te volgen dat, eenmaal de onderhandelingen in fase 4 van de gunningsleidraad zijn doorlopen, de vaststelling welke inschrijver de economisch meest voordelige finale offerte heeft ingediend op basis van de gunningscriteria, volstaat om deze als voorkeursbieder aan te duiden.

37. Het tweede middel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

38. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van het zuinigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, al dan niet samen gelezen met artikel 176 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) en met het Protocol (nr. 12) 'betreffende de procedure bij buitensporige tekorten', gevoegd bij het VWEU,

> "Doordat de beoordelingsmethode van het eerste gunningscriterium (Technische Waarde) niet werd meegedeeld aan de inschrijvers voorafgaand aan het indienen van hun offerte, zodat de inschrijvers hun offertes hierop niet konden afstemmen;
> En doordat de NMBS nooit heeft onderhandeld met de inschrijvers, in die zin dat de NMBS in geen enkele offerteronde aan de inschrijvers commentaar heeft gegeven die ertoe strekte dat zij hun offerte konden verbeteren, laat staan optimaliseren;
> Dat de NMBS nooit heeft aangegeven welke de mogelijke minwaarden, nadelen of zwaktes waren van de offerte van verzoekende partij; dat verzoekende partij voor het eerst in de (thans ingetrokken) beslissing van de NMBS van 28 februari 2025 en vervolgens in de bestreden beslissing vaststelde welke aspecten van haar offerte de NMBS als een minwaarde, nadeel of zwakte beschouwde, zodat verzoekende partij nooit de kans heeft gekregen om haar offerte op die punten te verbeteren, ondanks de vier offerterondes;

Zodat de NMBS onzorgvuldig heeft gehandeld en zodat de bepalingen en beginselen van dit middel geschonden zijn."

Zij vatten het middel samen als volgt:

"De NMBS is als overheidsbedrijf gehouden aan de Europese verdragsrechtelijke verplichting tot het vermijden van buitensporige overheidstekorten. Dit verstrengt haar plicht tot naleving van het zuinigheids-, redelijkheid- en zorgvuldigheidsbeginsel. Deze beginselen beperken aldus haar appreciatievrijheid bij overheidsopdrachten.
Ten eerste schendt de NMBS de verplichtingen inzake het vermijden van buitensporige overheidstekorten en de beginselen m.b.t. zuinigheid, redelijkheid en zorgvuldigheid door de beoordelingsmethode van het eerste gunningscriterium niet vooraf mee te delen, zodat inschrijvers hun offertes hier niet op konden afstemmen.
Ten tweede zijn die beginselen en bepalingen geschonden omdat de NMBS nooit inhoudelijke onderhandelingen heeft gevoerd met Siemens. Er werd geen feedback gegeven over technische of commerciële onderdelen van de offertes, noch over mogelijke minwaarden, nadelen of zwaktes.
Hoewel er technische vergaderingen plaatsvonden, gingen die louter over de regelmatigheid van de offertes. Het administratief dossier van de NMBS (neergelegd in de eerste schorsingsprocedure) bevatte overigens slechts één summier document over gesprekken na de eerste offerteronde. Dit is in strijd met de vereisten uit de Gunningsleidraad en de rechtspraak, die een schriftelijke en verifieerbare neerslag van onderhandelingen vereisen."

Na de geschonden geachte bepalingen en beginselen op algemene wijze te hebben uiteengezet, lichten de verzoekende partijen concreet toe dat de verwerende partij is tekortgeschoten in de nakoming van die verplichtingen, in twee opzichten. Ten eerste heeft de verwerende partij de beoordelingsmethode van het eerste gunningscriterium niet meegedeeld aan de inschrijvers voorafgaand aan het indienen van hun offerte, zodat zij hun offerte hierop niet konden afstemmen, de verwerende partij hierdoor minder gerichte offertes heeft ontvangen, de inschrijvers wellicht een andere biedstrategie hadden toegepast, en de verwerende partij dus niet de meeste waarde voor haar geld verkrijgt. Ten tweede heeft de verwerende partij nooit écht onderhandeld met de inschrijvers.

39. In wat als ter ondersteuning van het inleidend verzoekschrift in de zin van artikel 21*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan worden beschouwd, onderschrijft de tweede tussenkomende partij de argumentatie

van de verzoekende partijen dat de in de bestreden beslissing gehanteerde beoordelingsmethode nooit voorafgaand aan de inschrijvers werd meegedeeld, en dat geen inhoudelijke onderhandelingen werden gevoerd.

Beoordeling

40. Aangezien de verzoekende partijen ter ondersteuning van dit derde middel in wezen de grieven herhalen die zij reeds hebben geformuleerd in het eerste en tweede middel, ditmaal voornamelijk betrokken op de aangevoerde "zuinigheidsplicht", kan zonder dat de Raad van State moet onderzoeken of de geschonden geachte bepalingen en beginselen te dezen van toepassing zijn, worden volstaan met de verwijzing naar de beoordeling van het eerste en tweede middel.

41. Het derde middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. De verzoeken tot tussenkomst van de sa CAF en van de nv Alstom Belgium worden ingewilligd.

2. Het verzoek tot tussenkomst van de vzw Globalize Solidarity, de vzw Studie- en Informatiecentrum voor internationale politiek, vredes- en ontwikkelingsproblematiek, de vzw Al-Haq Human Rights Organisation Europe en de vzw 11.11.11, Koepel van Internationale Solidariteit wordt verworpen.

3. De Raad van State verwerpt het beroep.

4. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 400 euro en een bijdrage van 26 euro, elk voor de helft, en een

rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De eerste tot zesde tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro elk.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negentien september tweeduizend vijfentwintig, door de Raad van State, XIVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Joris Casneuf,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Joris Casneuf	**Geert Debersaques**