

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 228.776 van 16 oktober 2014

in de zaak A. 213.733/XII-7749

In zake: de NV CGI BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Leen De Vuyst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA ATRIAS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrik De Maeyer
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 19 september 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van de raad van bestuur van Atrias dd. 4 september 2014 houdende de toewijzing van de percelen 1 en 2 van de opdracht Central Market System – CMS – ATR11DS005 aan Accenture”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2014, om 11.00 uur.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Frederik Vandendriessche en Leen De Vuyst, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Patrik De Maeyer, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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 is een coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die werd opgericht in 2011 door de distributienet-beheerder (hierna: DNB) de cvba van publiek recht Sibelga en de cvba Eandis, de cvba Infrax en de cvba Ores, werkmaatschappijen van DNB's. In 2012 is ook de DNB de cvba Tecteo, thans Publifin, toegetreden. Artikel 3 van de statuten van de verwerende partij vermeldt het maatschappelijk doel, namelijk uitgaande van de bevoegdheid en de taak van de DNB's in het kader van de totstandbrenging en het beheer van een Clearing House-toepassing, in opdracht van haar vennoten en onder hun controle een project te realiseren dat bestaat uit de uitwerking van een Message Implementation Guide (hierna: MIG) en de ontwikkeling van de Clearing House-toepassing. Bovendien zal zij deze toepassing ook beheren, onderhouden en exploiteren voor de vennoten die erom verzoeken.

De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor diensten uit voor de installatie en exploitatie van een informatieplatform, namelijk een Clearing House of een Central Market System (hierna: CMS) ter ondersteuning van de marktprocessen in de Belgische energiesector en voor

kwaliteitsaudit/controleprestaties. De bedoeling van een CMS lijkt het integreren van de verschillende en aan de DNB's eigen datasystemen in één gezamenlijk informaticasysteem.

De opdracht wordt gegund bij wijze van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De opdracht heeft betrekking op de nutssectoren.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 maart 2013 en in de bijlagen bij het Europees Publicatieblad van 30 maart 2013.

De opdracht bestaat uit drie percelen. Het voorwerp van de opdracht wordt als volgt omschreven in de aankondiging:

“De onderhavige gunningsprocedure betreft de installatie en exploitatie van een informaticaplatform (CMS Central Market System) ter ondersteuning van de marktprocessen in de Belgische energiesector (interacties tussen energieleveranciers, distributienet- en transmissienetbeheerders) alsook kwaliteitsaudit/controleprestaties.

Perceel 1: infrastructuur, tools en migratiediensten:

- het opzetten en exploiteren van stabiele en robuuste infrastructuren voor de migratie van de gegevens van de back-offices van de verschillende netbeheerders naar het CMS-platform;
- het opzetten en beheren van connecties met de infrastructuren tijdens de volledige migratieperiode;
- het ter beschikking stellen, installeren en tijdelijk onderhouden van tools voor migratie/transformatie van gegevens, databases en andere tools die vereist zijn voor de migratie en transitie;
- het ter beschikking stellen van resources voor de transformatie van de gegevens.

Perceel 2: Ontwikkeling en implementatie van het CMS-platform en zijn infrastructuur, en de exploitatie daarvan:

- ontwikkeling en implementatie van het CMS-platform;
- het opzetten van productie- en testinfrastructuren;
- migratie, transitie en inproductiename;
- correctief en evolutief onderhoud van de applicaties;
- operationele exploitatie van de infrastructuur.

Perceel 3: Audit en kwaliteit:

Het ter beschikking stellen van middelen om audit- en controleopdrachten uit te voeren op de volgende gebieden: projectbeheer en governance, IT-risicobeheer en IT-architectuur.”

De verzoekende partij en de gekozen inschrijver hebben enkel voor de percelen 1 en 2 een offerte ingediend.

3.3. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek “CMS Central Market System ATR11DS005”.

Met betrekking tot de evaluatie van de offertes wordt in het bestek onder meer bepaald:

“3.4 Evaluatie van de offertes

Alle regelmatige offertes zullen geëvalueerd worden volgens de criteria bepaald in par. 3.4.2 van dit bestek.

De verschillende percelen zullen onafhankelijk worden geëvalueerd.

Alle offertes worden per evaluatiefase in eerste instantie geëvalueerd met hun eventuele synergievoordelen en/of kortingen volgens de criteria bepaald in par. 3.4.2. De aanbestedende overheid zal enkel deze eventuele synergievoordelen en/of kortingen hernemen indien deze zich klasseert als beste voor zowel perceel 1 als beste voor perceel 2.

Indien dit niet het geval zou zijn, dan zal de aanbestedende overheid deze offerte opnieuw evalueren zonder de synergievoordelen en/of kortingen volgens de criteria bepaald in par. 3.4.2 en volgens de evaluatiefasen van toepassing op het betreffend perceel.

De aanbestedende overheid kan besliss[en] om te onderhandelen. Zij kan beslissen om maar met één of enkele van de inschrijvers te onderhandelen, zonder dat men daar vóór de definitieve beslissing van toekenning van de opdracht uit kan afleiden dat de offertes van de andere inschrijvers niet in aanmerking worden genomen.

De aanbestedende overheid behoudt het recht om bijkomende informatie te vragen aan de inschrijver met als doel een beter begrip te scheppen op diens offerte, zonder dan men daar vóór de definitieve beslissing van een volgende evaluatiefase uit kan afleiden. Zij kan beslissen om maar met één of met enkele van de inschrijvers te raadplegen in functie van de noden.

3.4.1 Perceel 1

Voor perceel 1 wenst de aanbestedende overheid van de 6 inschrijvers die als meest gunstige gerangschikt zijn voor toewijzing volgens de vastgestelde criteria:

- Een presentatie te krijgen van de offerte door de inschrijver;
- Het volledige of een deel van het voorgestelde team te ontmoeten (zie Technisch bestek van perceel 1)

3.4.2 Perceel 2

Voor perceel 2 wenst de aanbestedende overheid van de inschrijvers:

- Een presentatie te krijgen van de offerte door de inschrijver;

- Het volledige of een deel van het voorgestelde team te ontmoeten (zie Technisch bestek perceel 2)

En eventueel van de 3 inschrijvers die als meest gunstige gerangschikt zijn voor toewijzing volgens de vastgestelde criteria wenst de aanbestedende overheid:

- Via bedrijfsbezoek(en) van de inschrijver de geschiktheid en efficiëntie van de voorgestelde oplossing te bekijken. (zie par. 3.2.8)

[...]

3.5 Gunning

3.5.1 Algemeen

De aanbestedende overheid gunt de percelen 1 en 2, perceel per perceel, na de evaluatie van de offertes volgens par. 14, aan de economisch meest gunstige offerte volgens de hierna beschreven criteria.

De aanbestedende overheid gunt perceel 3 na de evaluatie van de offertes volgens par. 14, aan de 4 economisch meest gunstige offertes volgens de hierna beschreven criteria. De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor om een deel of geheel van deze opdracht niet toe te wijzen.

De aanbestedende overheid behoudt zich het recht voor deze opdracht niet toe te wijzen aan 4 opdrachtnemers wanneer zulks onmogelijk zou blijken te zijn. In dat geval gunt ze de raamovereenkomst aan minder opdrachtnemers, of behoudt ze het recht voor niet te gunnen.

[...]

3.5.2 Gunningscriteria

Na uitvoering van de administratieve en kwalitatieve evaluatie van de offertes, kiest de aanbestedende overheid de regelmatige offerte(s) die haar per perceel of voor alle percelen (met uitzondering van perceel 3) het voordeligst lijkt, rekening houdend met volgende gunningcriteria en gewichten:

3.5.2.1 Perceel 1: Infrastructuur en migratie

Gunningscriteria	Subcriteria voor de gunning	punten
Prijs		35
Kwaliteit van de oplossing		20
	Standaardisatie	10
	Flexibiliteit	65
	Ergonomie	5
	Veiligheid	20
Kwaliteit van de organisatie		32,5
	Kwaliteit van het projectplan (build)	30
	Kwaliteit in de operationele fase (operate)	60
	Kwaliteit van de profielen (regie)	10
SLA		12,5

Totaal		100
--------	--	-----

De evaluatie van de ‘prijs’ is gebaseerd op de aangeboden prijzen en de geschatte hoeveelheden voor de volledige duur van het contract. De beste offerte krijgt de maximumscore en de offertes waarvan de prijs groter of gelijk is aan deze beste offerte vermenigvuldigd met 2 krijgen een score 0. De score van de tussenliggende offertes wordt berekend door lineaire interpolatie tussen de beste offerte en de beste offerte vermenigvuldigd met 2.
[...]

3.5.2.2 Perceel 2 Ontwikkeling en implementatie van het CMS-platform en zijn infrastructuur en de exploitatie daarvan

Gunningscriteria	Subcriteria voor de gunning	punten
Prijs		35
Kwaliteit van de oplossing		27,5
	Standaardisatie	15
	Flexibiliteit	50
	Continuïteit	5
	Ergonomie	10
	veiligheid	20
Kwaliteit van de organisatie		25
	Kwaliteit in de projectfase	60
	Kwaliteit in de operationele fase	40
SLA		12,5
	Dekking	70
	Meting	30
Totaal		100

De evaluatie van ‘prijs’ zal gebaseerd zijn op de aangeboden prijzen (voor de aankoop van alle vereiste licenties, de package, het onderhoud en de upgrades, de configuratie, de kennisoverdracht, consultancy en ondersteuning) vermeld in het document T2_FNFR_01 Functional and Non Functional Requirements of in de prijstabellen van perceel 2 (ook vaak genoemd WBS), vermenigvuldigd met de overeenkomstige geschatte hoeveelheid, die in diezelfde documenten wordt vermeld. De beste offerte krijgt de maximumscore en de offertes waarvan de prijs groter of gelijk is aan deze beste offerte vermenigvuldigd met 2 krijgen een score 0. De score van de tussenliggende offertes wordt berekend door lineaire interpolatie tussen de beste offerte en de beste offerte vermenigvuldigd met 2.”

3.4. Na de kwalitatieve selectie wordt bij brief van 4 december 2013 aan de verzoekende partij het bestek van voorliggende opdracht gestuurd. De offertes moeten worden ingediend tegen 21 februari 2014.

Op 14 januari 2014 stuurt de aanbestedende overheid een aangetekende brief naar de geselecteerde kandidaat-inschrijvers waarbij zij de antwoorden meedeelt met betrekking tot de vragen die zij van diverse kandidaten mocht ontvangen. Zij deelt ook mee dat de datum voor het indienen van de offertes wordt verschoven naar 7 maart 2014.

3.5. De eerste offertes worden ontvangen op 7 maart 2014. Vijf inschrijvers dienen een offerte in voor perceel 1 en perceel 2 waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

3.6. Bij e-mailbericht van 12 maart 2014 worden de inschrijvers uitgenodigd voor een technische sessie “om bepaalde technische onderwerpen van uw offerte met betrekking tot perceel 1 infrastructuur, tools en migratie-ondersteunende diensten uit te klaren”.

Bij e-mailbericht van 13 maart 2014 wordt een gelijkaardige uitnodiging verstuurd voor een technische sessie met betrekking tot perceel 2. “Het doel van deze eerste sessie is om bepaalde technische onderwerpen van uw offerte met betrekking tot perceel 2 Ontwikkeling en implementatie van het CMS-platform en zijn infrastructuur, en de exploitatie daarvan uit te klaren”. De agenda voor deze sessie wordt per e-mail verstuurd op 14 maart 2014.

Op 20 en 21 maart 2014 verstuurt de aanbestedende overheid een vragenlijst met betrekking tot perceel 1 waarop zij een schriftelijk antwoord wil voorafgaand aan de technische sessie. Een zelfde e-mail met een vragenlijst met betrekking tot perceel 2 wordt verstuurd op 26, 27 en 28 maart 2014. De antwoorden met betrekking tot perceel 1 worden ontvangen op 26 en 27 maart 2014. De antwoorden met betrekking tot perceel 2 worden ontvangen op 1, 2 en 3 april 2014.

De technische sessie voor perceel 1 vindt plaats op 27 en 28 maart 2014. De technische sessie voor perceel 2 vindt plaats op 2, 3 en 4 april 2014.

3.7. Op 15 april 2014 wordt een tweede versie (Baseline 2) van het bestek aan de inschrijvers bezorgd. Het bevat onder meer nieuwe prijstabellen met betrekking tot perceel 2.

De inschrijvers worden uitgenodigd om een nieuwe offerte in te dienen tegen 29 april 2014. Bij bericht van 23 april 2014 wordt deze datum verschoven naar 9 mei 2014.

Per e-mail worden de inschrijvers uitgenodigd voor een presentatie van hun offerte tussen 19 en 23 mei 2014.

Bij e-mailbericht van 24 april 2014 wordt aan de inschrijvers opnieuw de mogelijkheid gegeven om schriftelijk vragen te stellen aan de aanbestedende overheid. Bij e-mail en aangetekend schrijven van 30 april 2014 worden de antwoorden op de vragen aan alle inschrijvers gestuurd.

De vijf inschrijvers dienen een nieuwe offerte in op 9 mei 2014.

Er vindt opnieuw een offertepresentatie plaats tussen 19 en 23 mei 2014. De offertepresentatie wordt bijgewoond door de vertegenwoordigers van alle DNB's die de evaluatie van de kwaliteit valideren. Er vindt ook een sessie plaats met de inschrijvers, het Aankoopcomité en de verwerende partij omtrent de interpretatie van de prijstabellen. Een proces-verbaal van deze prijstabellensessie wordt per inschrijver opgesteld en ondertekend op het einde van deze sessie.

3.8. Op 16 juni 2014 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij over de shortlist van perceel 1 en perceel 2.

De offertes worden voor beide percelen vergeleken op grond van de gunningscriteria en gerangschikt:

Perceel 1

Gunningscriteria	Subcriteria voor de gunning	Punten	C	J	D	G	F
Prijs		35	35,00	22,46	24,89	0,00	12,62
Kwaliteit van de oplossing		20	17,27	12,85	12,53	15,84	12,72
	Standaardisatie	10	10,00	10,00	9,40	10,00	10,00
	Flexibiliteit	65	57,20	29,25	36,73	44,85	29,95
	Ergonomie	5	5,00	5,00	5,00	5,00	5,00
	veiligheid	20	14,13	20,00	11,50	19,33	19,33
Kwaliteit van de organisatie		32,5	27,16	29,53	30,41	19,42	28,94
	Kwaliteit van het projectplan (build)	30	19,97	29,73	27,48	17,00	25,27
	Kwaliteit in de operationele fase (operate)	60	55,00	52,27	56,10	34,48	56,40
	Kwaliteit van de profielen (regie)	10	8,59	8,85	10,00	8,26	7,38
SLA		12,5	8,90	10,35	8,80	6,50	10,21
Totaal		100	88,32	75,19	76,63	41,76	64,49

Perceel 2

Gunningscriteria	Subcriteria voor de gunning	Punten	C	J	D	G	F
Prijs		35	15,35	35,00	20,47	25,87	9,56
Kwaliteit van de oplossing		27,5	24,01	10,28	23,68	20,48	19,86
	Standaardisatie	15	15,00	2,96	13,19	8,40	2,75
	Flexibiliteit	50	46,94	17,81	48,96	34,96	36,20
	Continuïteit	5	4,75	0,00	5,00	4,80	4,50
	Ergonomie	10	10,00	3,12	9,06	8,53	8,76
	veiligheid	20	10,61	13,50	9,88	18,06	20,00
Kwaliteit van de organisatie		25	22,69	12,09	17,70	17,04	20,65
	Kwaliteit in de projectfase	60	50,75	27,98	37,80	39,44	46,70
	Kwaliteit in de operationele fase	40	40,00	20,40	33,00	28,72	35,92
SLA		12,5	10,52	10,17	9,71	8,23	9,08
	Dekking	70	69,15	66,34	62,69	50,81	57,66
	Meting	30	15,00	15,00	15,00	15,00	15,00
Totaal		100	72,56	67,54	71,55	71,62	59,15

Met betrekking tot perceel 1 leidt dit tot een puntenverschil van 11,69 punten tussen de eerst gerangschikte offerte en de tweede. De raad van bestuur beslist om reden van het puntenverschil voor perceel 1 enkel met de eerst gerangschikte inschrijver verder te onderhandelen.

Met betrekking tot perceel 2 wordt beslist verder te onderhandelen met de eerste drie gerangschikte offertes waaronder de offerte van de gekozen inschrijver die als eerste wordt gerangschikt en de offerte van de verzoekende partij die als tweede wordt gerangschikt.

3.9. De onderhandelingen vinden plaats tussen 26 juni en 2 juli 2014.

Na de onderhandeling wordt er aan de drie inschrijvers opnieuw een vragenlijst voorgelegd met betrekking tot de offertes waarop zij schriftelijk dienen te antwoorden. Er wordt ook gevraagd nieuwe prijstabellen in te dienen. Daarbij deelt de aanbestedende overheid mee dat de gecommuniceerde informatie deel zal uitmaken van de offerte en dat een antwoord gegeven dient te worden tegen 4 juli 2014 voor de verzoekende partij en 9 juli 2014 voor de gekozen inschrijver.

De verzoekende partij bezorgt haar antwoorden op 4 juli 2014, de gekozen inschrijver op 9 juli 2014.

Op 15 juli 2014 stuurt de aanbestedende overheid aan de drie overblijvende inschrijvers een uitnodiging voor een nieuw overleg op 18 juli 2014.

Op 18 juli 2014 stuurt de aanbestedende overheid een e-mailbericht aan de inschrijvers met nog enkele vragen naar aanleiding van het overleg dat die dag heeft plaatsgevonden en met de vraag om opnieuw nieuwe prijstabellen in te dienen tegen 1 augustus 2014. De inschrijvers antwoorden hierop.

Op 5 augustus 2014 stuurt de aanbestedende overheid nog een e-mail naar de inschrijvers met vragen tot verduidelijking van de laatst ingediende offerte. De aanbestedende overheid verwacht een antwoord tegen 10 augustus 2014. De inschrijvers antwoorden hierop.

3.10. Vervolgens gaat de aanbestedende overheid over tot een nieuwe vergelijking van de offertes voor perceel 2 op grond van de gunningscriteria en worden de offertes gerangschikt. De offerte van de gekozen inschrijver wordt eerst gerangschikt met een puntentotaal van 89,82 punten op 100, de offerte van de verzoekende partij wordt tweede gerangschikt met een puntentotaal van 89,71 punten op 100.

Gunningscriteria	Subcriteria voor de gunning	punten	C	D	G
Prijs		35	35,00	32,45	20,43
Kwaliteit van de oplossing		27,5	20,78	24,96	21,47
	Standaardisatie	15	15,00	12,09	8,40
	Flexibiliteit	50	35,32	49,84	36,35
	Continuïteit	5	4,75	5,00	4,80
	Ergonomie	10	10,00	9,06	8,53
	veiligheid	20	10,51	14,77	20,00
Kwaliteit van de organisatie		25	23,52	21,67	20,37
	Kwaliteit in de projectfase	60	55,91	46,68	46,57
	Kwaliteit in de operationele fase	40	38,16	40,00	34,92
SLA		12,5	10,52	10,63	10,54
	Dekking	70	69,15	70,00	69,35
	Meting	30	15,00	15,00	15,00
Totaal		100	89,82	89,71	72,82

3.11. Op 4 september 2014 beslist de raad van bestuur van Atrias om de opdracht voor perceel 1 en 2 te gunnen aan Accenture.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 5 september 2014 wordt de gunningsbeslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

Bij aangetekende brief van 10 september 2014 maakt de verzoekende partij een aantal opmerkingen met betrekking tot de gunningsbeslissing over aan de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid antwoordt hierop bij brief van 15 september 2014.

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. De verzoekende partij dient een pleitnota in. De procedure-regeling voorziet niet in de neerlegging van een dergelijke nota. De Raad van State zal die nota hierna dan ook niet in zijn beoordeling betrekken in zoverre deze meer is dan de neerslag van de mondelinge uiteenzetting ter terechtzitting.

V. De rechtsmacht van de Raad van State

5. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie op van onbevoegdheid van de Raad van State om van het geschil kennis te nemen. Zij meent dat de cvba Atrias geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Daartoe argumenteert zij dat de cvba Atrias werd opgericht als een private rechtspersoon. Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Cassatie van 13 juni 2014, nr. C.14.0010.F, stelt zij dat een privaatrechtelijke vennootschap, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en zelfs al is zij onderworpen aan een belangrijke controle door openbare overheden, maar die geen beslissingen kan nemen die derden binden, haar privaatrechtelijk karakter niet verliest. Het feit dat haar een taak van algemeen belang zou zijn toegekend, doet daarbij niet ter zake. Uit verscheidene arresten van de Raad van State leidt de verwerende partij af dat de gunningsbeslissing van een private rechtspersoon, ongeacht of zij al dan niet taken van algemeen belang uitoefent, niet als een handeling van een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State mag worden beschouwd aangezien ze geen beslissing is die derden eenzijdig bindt.

Ten overvloede merkt zij ook op dat de taak van de verwerende partij geen taak van openbare dienst is en verwijst zij naar rechtspraak van het Grondwettelijk Hof waarin werd geoordeeld dat de activiteit van een DNB niet bestaat in de uitoefening van prerogatieven die typische prerogatieven van het openbaar gezag zonder een economisch karakter zouden zijn.

Ter terechtzitting merkt de verwerende partij op dat de theorie van de gemandateerde van een administratieve overheid niet opgaat omdat zij niet enkel DNB's als vennoten heeft.

6. Vooruitlopend op deze exceptie, merkt de verzoekende partij in haar verzoekschrift op dat de verwerende partij geen uitsluitel geeft omtrent de bevoegde verhaalsinstantie aangezien zij in de aankondiging van de opdracht melding maakt van de Raad van State, in de kennisgevingsbrief verwijst naar de Raad van State en de burgerlijke rechter en in de brief van 10 september 2014, na verzoek om verduidelijking, aangeeft dat het niet geheel duidelijk is maar aanneemt dat de burgerlijke rechter bevoegd zou zijn.

De verzoekende partij is echter van mening dat de verwerende partij blijkens haar statuten als een administratieve overheid zou kunnen worden beschouwd, namelijk als verlengstuk of gemandateerde van de DNB's.

Beoordeling

7. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die zijn rechtsmacht betreffen. Hij kan een dergelijke exceptie evenwel aannemen indien dat beperkt onderzoek uitwijst dat ze een hoge graad van ernst vertoont. Op te merken valt dat de verwerende partij zelf aan de verzoekende partij de weg naar de Raad van State heeft gewezen.

8. Het hier toepasselijke artikel 65/24, eerste lid, 1^o, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’, ingevoegd bij wet van 23 december 2009, bepaalt dat voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 65/14 en 65/15, namelijk het verzoek tot vernietiging en het verzoek tot schorsing van de in de laatstgenoemde wetsartikelen bedoelde beslissingen, de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State de verhaalinstantie is “wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

Overeenkomstig voormeld artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarnaar voornoemd artikel 65/24 verwijst, mag de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel kennis nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden en van de wetgevende vergaderingen of hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblées, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

9. De bestreden gunningsbeslissing werd genomen door de raad van bestuur van de cvba Atrias. De cvba Atrias wordt in de aankondiging van de opdracht en in het bestek eveneens aangemerkt als de aanbestedende overheid.

De cvba Atrias werd volgens haar statuten, zoals gepubliceerd in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 25 mei 2011, opgericht door de cvba Eandis, de cvba Infrax, de cvba Ores en de cvba van publiek recht Sibelga. Volgens de wijziging van de statuten zoals gepubliceerd in de bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 12 april 2012 is ook de cvba Tecteo toegetreten als vennoot.

In artikel 3 van de maatschappelijke statuten van de verwerende partij wordt het doel van de vennootschap als volgt omschreven:

“Uitgaande van de bevoegdheid en de taak toekomend aan de distributienetbeheerders in het kader van de totstandbrenging en het beheer van de Clearing House-toepassing, heeft de vennootschap als doel om, in opdracht van haar vennoten en onder hun controle:

- Een project te realiseren bevattende de uitwerking van een Message Implementation Guide (MIG)⁶ en de ontwikkeling van de Clearing House-toepassing, hierna genoemd het ‘Project’;
- Alsook deze voormelde toepassing te beheren, te onderhouden en te exploiteren voor de vennoten die erom verzoeken.

In deze hoedanigheid draagt zij binnen het kader vastgelegd door de vennoten zorg voor de manier van werken, de strategie, de organisatie en de middelen noodzakelijk voor de uitvoering van haar opdracht.

[...]

Voor alle activiteiten die zij ontplooit ten behoeve van haar vennoten of van de distributienetbeheerders in wiens naam en voor wiens rekening de vennoten handelen, werkt zij aan kostprijs.”

Ten aanzien van de toetreding wordt in de statuten in artikel 12 bepaald:

“Kunnen uitsluitend vennoot worden, de overeenkomstig de geldende regelgeving erkende distributienetbeheerders of hun erkende werkmaatschappijen die aldus worden aanvaard door de algemene vergadering, die hierover beslist met drievierde (3/4) meerderheid.”

Met de verwerende partij mag worden vastgesteld dat Atrias opgericht lijkt te zijn als een privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersoon.

Een aantal van de vennoten van de cvba Atrias lijken als publieke rechtspersoon te moeten worden gekwalificeerd zoals de cvba Sibelga en de cvba Tecteo. De vennoten van de verwerende partij lijken aldus hetzij publiekrechtelijk te zijn waaronder DNB's, hetzij naar privaatrecht opgerichte werkmaatschappijen van DNB's.

10. Met de verzoekende partij kan *prima facie* worden vastgesteld dat er elementen in het dossier naar voor komen die erop wijzen dat de cvba Atrias

lijkt op te treden als het verlengstuk of de gemandateerde van haar vennoten en dat zij als het ware in naam van de werkmaatschappijen-vennoten (Eandis, Infrax en Ores) van de DNB's -Gaselwest, Imea, Imewo, Intergem, Iveka, Sibelgas (Eandis), Infrax Limburg, Iveg, Infrax West, Riobra en PBE (Infrax) en Ideg, Ieh, Igh, Intermosane, Interlux, Interest, Sedilec, Simogel (Ores)- dan wel van de DNB's-vennoten een aan haar gedelegeerde taak van deze DNB's, namelijk de realisatie van één gemeenschappelijk computerplatform voor gegevens-uitwisseling op de energiemarkt, uitvoert en in het kader daarvan de overheidsopdracht gunt.

In het bestek wordt de omkadering van de opdracht toegelicht. Daarbij wordt er op gewezen dat als gevolg van de Europese regelgeving de Belgische energiemarkt gradueel wordt vrijgemaakt, maar dat niet elk onderdeel van de energiesector onderhevig is aan concurrentie. Het bestek wijst er op dat er enerzijds de commerciële en anderzijds de gereguleerde activiteiten zijn. De producenten, invoerders en de leveranciers van elektriciteit en van aardgas bevinden zich op het geliberaliseerde gedeelte van de energiemarkt. Het beheer van het transportnet waarover de geproduceerde energie wordt vervoerd, is een gereguleerde activiteit en dus niet onderhevig aan concurrentie. De DNB's zijn met hun distributienetten aangesloten op de transportnetten. Zij staan in voor de exploitatie, het onderhoud en de ontwikkeling van de infrastructuur waarlangs elektriciteit en aardgas tot bij de gezinnen en bedrijven gebracht wordt. Ook dit is een gereguleerde activiteit. De verscheidene DNB's hebben het monopolie voor het grondgebied waarop zij actief zijn en staan in een reglementaire verhouding tot de afnemers.

Luidens het artikel 4.1.6, 12° en 13°, van het decreet van 8 mei 2009 'houdende algemene bepalingen betreffende het energiebeleid' omvat het takenpakket van de DNB's onder meer het verstrekken van de nodige data waaronder de meetgegevens aan de beheerder van het transmissienet, de vervoeronderneming, de producenten, de evenwichtsverantwoordelijken, de bevrachters, de tussenpersonen, de leveranciers, de afnemers en de VREG en het

verstrekken van de nodige inlichtingen aan de beheerders van de netten waarmee zijn net in kwestie verbonden is, om een veilige en efficiënte uitbating, een gecoördineerde ontwikkeling en een goede wisselwerking tussen de netten te waarborgen. Uit het bestek blijkt dat de verwerende partij werd opgericht in het kader van de marktfaciliterende rol die de DNB's opnemen met betrekking tot het beheer van voornoemde data. Zoals de verwerende partij ook aangeeft in haar nota, volgt uit haar statutair doel dat de realisatie en het beheer van het CMS tot de bevoegdheid van de DNB's zelf behoren.

Om dit doel te kunnen realiseren doet de verwerende partij een beroep op externe partijen en wordt er bijgevolg een overheidsopdracht op Europees niveau opgestart om de taken te gunnen aan de opdrachtnemer. Huidige opdracht heeft betrekking op de realisatie van het CMS.

Als oprichters van en aandeelhouders in de verwerende partij, maar ook als eindgebruiker van het CMS, draagt de netbeheerder de verantwoordelijkheid voor het initiatief van het CMS-programma. De aanbestedende overheid, de cvba Atrias, functioneert onder de verantwoordelijkheid van de DNB en is geen marktactor aangezien deze geen formele positie heeft in de energiemarkt in België.

De verwerende partij blijkt ook volgens haar statuten te zijn opgericht met het enkele doel om, in opdracht van haar vennoten en onder hun controle een project te realiseren dat tot de bevoegdheid van de vennoten behoort en de ontwikkeling van de Clearing House-toepassing omvat, alsook deze voormelde toepassing te beheren, te onderhouden en te exploiteren voor de vennoten die erom verzoeken.

De bestreden gunningsbeslissing kadert binnen de realisatie van dit doel en lijkt rechtstreeks de vennoten van de verwerende partij ten goede te komen.

Zoals de verzoekende partij terecht betoogt, lijkt het doel van de verwerende partij ook beperkt te zijn tot het tot stand brengen van het zogenaamde Clearing-House of CMS.

Artikel 4 van de statuten van de verwerende partij bepaalt:

“De algemene scope van de vennootschap en van de toepassing is vastgelegd in een gemeenschappelijk document genaamd ‘Clearing House X’, dat overeenkomstig artikel 19 van de statuten met unanimititeit door de raad van bestuur dient goedgekeurd te worden. Op basis van voornoemd document zal een ‘projectplan’ ter realisatie worden opgesteld, dat zoals de overige documenten opgesomd in artikel 19 eveneens met unanimititeit dient goedgekeurd te worden door de raad van bestuur.”

Uit dit alles blijkt dat de verwerende partij aldus door de DNB's dan wel hun werkmaatschappijen, die zelf gemandateerden zijn van de DNB's, werd opgericht om voor hen het ATRIAS-programma op te zetten dat volledig lijkt te kaderen in hun decretale taak in verband met informatiebeheer op de energiemarkt.

Op te merken valt ook dat uit de statuten van de verwerende partij blijkt dat zij haar taken uitvoert voor haar vennoten tegen kostprijs, dat het document Clearing-House alsook een projectplan met betrekking tot dit Clearing-House, waarbinnen de huidige opdracht zich lijkt te situeren, unaniem dient te worden goedgekeurd door de volledige raad van bestuur die bestaat uit vertegenwoordigers van de DNB's en de werkmaatschappijen, dat de beslissingen met betrekking tot investeringen – waaronder de gunning van een overheidsopdracht gekwalificeerd lijkt te moeten worden – eveneens met eenparigheid van stemmen moeten worden goedgekeurd door de bestuurders, te weten, de verschillende vertegenwoordigers van de DNB's dan wel de werkmaatschappijen en dat enkel de door de geldende regelgeving erkende DNB's of hun erkende werkmaatschappijen vennoot kunnen worden van de cvba Atrias. Tevens blijkt uit de statuten dat de kosten van de investerings- en exploitatiekosten die ontstaan door het project, door de exploitatie en het onderhoud van de Clearing House alsook de verwante opgebouwde infrastructuur gedeeld en gedragen worden door

elk van de bij het samenwerkingsproject betrokken partijen, in verhouding tot hun relatieve gewicht. Voorts blijkt ook dat een wezenlijke voorwaarde voor de deelname van alle vennoten aan de cvba is dat de Clearing House-toepassing en de rechten erop overdraagbaar zijn bij uittreding of vereffening van de vennootschap. De intellectuele en eigendomsrechten behoren de vennoten individueel toe. De verwerende partij lijkt dan ook helemaal samen te vallen met de DNB's en geen eigen autonome richting te kunnen aanvatten.

Ook lijkt de verzoekende partij er terecht op te wijzen dat uit andere stukken van het administratief dossier elementen naar voor komen die doen vermoeden dat de DNB's of hun werkmaatschappijen ook de sturende en beslissende kracht zijn binnen het gunningsproces, nu zij aanwezig waren bij de presentatie van de offertes. De verwerende partij geeft zelf in haar nota aan dat de vertegenwoordigers van de DNB's de evaluatie van de kwaliteit moesten valideren en zij ook de beslissing tot gunning unaniem moeten goedkeuren.

11. Gelet op dit alles lijkt op het eerste gezicht niet te kunnen worden uitgesloten dat de cvba Atrias een door de DNB's gedelegeerde taak uitoefent en in de plaats van de DNB's, dan wel hun werkmaatschappijen, optrad bij het uitoefenen van hun decretale taak van algemeen belang in het kader van het informatiebeheer op de energiemarkt. Er valt aldus niet uit te sluiten dat zij de overheidsopdracht heeft gegund als “verlengstuk” of “gemandateerde”, als het ware in naam en voor rekening van de DNB's. De verwerende partij geeft ook zelf in haar nota aan dat Atrias een emanatie is van de DNB's, die onmiskenbaar de hoedanigheid van administratieve overheid die een openbare dienst vervult, hebben, zodat vooralsnog wordt aangenomen dat de verwerende partij belast is met een taak van algemeen belang.

De exceptie van gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State aangevoerd door de verwerende partij die in de aankondiging de Raad van State als haar natuurlijke rechter beschouwde, wordt in de huidige stand van het geding dan ook verworpen.

VI. De schorsingsvoorwaarden

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

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

Artikel 65/15, tweede lid, verplicht de verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissing *prima facie* kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Vooraf: betreffende de toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenwetgeving

14. De verwerende partij voert in haar nota aan dat de verwerende partij in ieder geval niet kan worden beschouwd als een aanbestedende overheid die onderworpen is aan de overheidsopdrachtenreglementering vervat in de voormelde wet van 24 december 1993. De verwerende partij stelt dat te dezen moet worden onderzocht of de cvba Atrias voldoet aan de omschrijving van het begrip aanbestedende overheid zoals bedoeld in artikel 4, § 2, 8°, van die wet.

15. De verwerende partij lijkt niet te betwisten dat de vennoten van de verwerende partij voor wie de verwerende partij optreedt, de DNB's en hun werkmaatschappijen, wel als aanbestedende overheden in de zin van de overheidsopdrachtenreglementering moeten worden beschouwd. In die zin lijkt de verwerende partij, wanneer zij optreedt in de plaats van deze DNB's, op het eerste gezicht in ieder geval ook onderworpen te zijn aan de overheidsopdrachtenreglementering.

Ook dient te worden vastgesteld dat de verwerende partij gedurende de volledige gunningsprocedure er zelf van overtuigd was dat zij een aanbestedende overheid is in de zin van de wetgeving overheidsopdrachten, aangezien zij deze wetgeving van toepassing heeft verklaard in het bestek, in de aankondiging van de opdracht zichzelf heeft aangeduid als de "aangebestedende overheid" en deze wetgeving heeft toegepast. Bovendien heeft zij ook in de kennisgevingsbrief met betrekking tot de gunningsbeslissing opnieuw verwezen naar de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten. Het is dan ook passend haar handelwijze aan de wetgeving te toetsen.

Prima facie lijkt de cvba Atrias dan ook te moeten worden beschouwd als een aanbestedende overheid in de zin van voormelde wet van 24 december 1993.

B. Eerste middel

16. De verzoekende partij put een eerste middel uit de "miskenning van artikel 110*bis* van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten, artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen alsook van het beginsel van eerlijke mededinging, de motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht, het zorgvuldigheidsbeginsel en het beginsel patere legem quam ipse fecisti en artikel 65/5, 7° en 65/8 van de wet van 24 december 1993."

In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de prijs van de offertes voor de percelen 1 en 2 op basis waarvan de beoordeling heeft plaatsgevonden niet werd geduid en de verzoekende partij niet kan achterhalen welke prijscomponenten in aanmerking zijn genomen. Zij kan ook de juistheid van de in aanmerking genomen prijzen niet verifiëren zodat er sprake is van een manifeste tekortkoming aan de formelemotiveringsplicht. De opdracht werd voor perceel 2 aan de gekozen inschrijver toegewezen voor een bedrag van 62.729.785 euro terwijl de verzoekende partij bij optelling van de door haar zelf voorgestelde prijzen in de prijstabellen gevoegd bij het bestek tot een bedrag komt dat lager ligt dan deze prijs, zodat dit niet strookt met de gegeven scores voor het criterium “prijs”. Bijgevolg is de aanbestedende overheid ofwel uitgegaan van een verkeerde prijs ofwel is de prijs samengesteld op een wijze die niet overeenstemt met wat vooraf werd aangegeven.

Beoordeling

17. De formele motivering van de bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formele motiveringsplicht die verzoekende partij ook en blijkens de toelichting afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Luidens het artikel 65/4, eerste lid, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op onder meer (5°) “wanneer ze de opdracht gunt, ongeacht de procedure”. Deze gemotiveerde beslissing bevat, naargelang de procedure en het soort beslissing, de vervolgens in artikel 65/5 vermelde elementen; zo bevat deze beslissing - bedoeld is de gunningsbeslissing, luidens dit artikel 65/5, 7°, “de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking

hebben”.

18. Wat de beoordeling van de prijs voor perceel 1 betreft werd in het administratief gedeelte van het bestek aangegeven:

“De evaluatie van de prijs is gebaseerd op de aangeboden prijzen en de geschatte hoeveelheden voor de volledige duur van het contract. De beste offerte krijgt de maximumscore en de offertes waarvan de prijs groter of gelijk is aan deze beste offerte vermenigvuldigd met 2 krijgen een score 0. De score van de tussenliggende offertes wordt berekend door lineaire interpolatie tussen de beste offerte en de beste offerte vermenigvuldigd met 2.”

Bij het bestek, versie Baseline 2, lijkt een prijstabel te zijn gevoegd die moet worden ingevuld voor perceel 1. Op de prijstabel zijn een heel aantal in te vullen vakjes voorzien, met onder andere prijzen voor opties.

Wat betreft de beoordeling van de prijs voor perceel 1, wordt in het gunningsverslag de omschrijving van het gunningscriterium en de beoordelingsmethode zoals aangegeven in het bestek herhaald. Vervolgens wordt de score van iedere inschrijver weergegeven, zonder vermelding van de prijzen per post, noch de totaalprijzen die in beschouwing werden genomen voor de vergelijking.

19. Wat de beoordeling van perceel 2 betreft wordt in het bestek vermeld:

“De evaluatie van ‘Prijz’ zal gebaseerd zijn op de aangeboden prijzen (voor de aankoop van alle vereiste licenties, de package, het onderhoud en de upgrades, de configuratie, de kennisoverdracht, consultancy en ondersteuning) vermeld in het document T2_ FNFR_01 Functional and Non Functional Requirements of in de prijstabellen van perceel 2 (ook vaak genoemd WBS), vermenigvuldigd met de overeenkomstige geschatte hoeveelheid, die in diezelfde documenten wordt vermeld. De beste Offerte krijgt de maximumscore en de Offertes waarvan de prijs groter of gelijk is aan deze beste Offerte vermenigvuldigd met 2 krijgen een score 0. De score van de tussenliggende Offertes wordt berekend door lineaire interpolatie tussen de beste Offerte en de beste Offerte vermenigvuldigd met 2.”

De vraag naar welke prijscomponenten bij de beoordeling van het criterium “prijs” in aanmerking worden genomen door de aanbestedende overheid heeft betrekking op de invulling van het gunningscriterium “prijs” door de aanbestedende overheid en heeft geen betrekking op de beoordelingsmethode zoals de verwerende partij ten onrechte opmerkt.

Met de verzoekende partij lijkt te kunnen worden vastgesteld dat de tabellen waarin de verschillende prijscomponenten worden vermeld die zullen worden vergeleken, tijdens de onderhandelingsprocedure verschillende keren werden gewijzigd. Het betreft dan voornamelijk het document “T2_ FNFR_01 Functional and Non Functional Requirements”.

In het gunningsverslag wordt met betrekking tot het criterium prijs één totale score per inschrijver gegeven. De prijzen die de aanbestedende overheid voor iedere inschrijver in beschouwing heeft genomen worden niet vermeld. Uit het gunningsbesluit van perceel 2 blijkt dat de opdracht aan de gekozen inschrijver is gegund voor een bedrag van 62.729.785 euro.

20. Op het eerste gezicht lijkt de loutere mededeling van een puntenscore in het bij de bestreden gunningsbeslissing gevoegde gunningsverslag hier niet als een afdoende motivering te mogen worden beschouwd met betrekking tot de beoordeling en vergelijking van de prijzen van de diverse offertes voor de verschillende percelen van de opdracht.

Met de verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht te moeten worden vastgesteld dat het criterium “prijs” voor perceel 2 uit een zeer omvangrijk aantal componenten blijkt te zijn samengesteld en dat de tabellen waarnaar in de omschrijving van het gunningscriterium werd verwezen, verschillende keren werden gewijzigd, in die zin dat bepaalde prijscomponenten anders dienden te worden opgegeven, of prijscomponenten lijken te zijn toegevoegd.

Voor zover de Raad van State uit het omvangrijk en zeer technisch administratief dossier al kan afleiden welke prijstabellen precies als laatste versie aan de inschrijvers werden meegedeeld op grond waarvan de prijs van de offertes dan uiteindelijk werd vergeleken, lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden vastgesteld dat met betrekking tot de beoordeling van perceel 2 bepaalde prijselementen waarvoor in deze laatste versie van de prijstabellen een prijs werd gevraagd, niet in de laatste analyse van de prijzen lijken te zijn betrokken. Voorts lijken in sommige gevallen de door de inschrijvers opgegeven prijzen door de aanbestedende overheid te zijn vermenigvuldigd met een hoeveelheid, waarvan op het eerste gezicht niet duidelijk is of dit aan de inschrijvers werd meegedeeld.

Met betrekking tot de beoordeling van de prijzen voor perceel 1 wordt opgemerkt dat in het administratief dossier op het eerste gezicht geen gedetailleerde tabel terug te vinden is. Er kan dan ook door de Raad niet onmiddellijk worden vastgesteld welke prijzen, laat staan welke prijselementen de aanbestedende overheid voor perceel 1 in aanmerking heeft genomen.

21. Gelet hierop lijkt de verzoekende partij terecht aan te voeren dat de aanbestedende overheid op grond van de formelemotiveringsplicht er *prima facie* toe gehouden is te motiveren op welke wijze het criterium “prijs” precies werd ingevuld bij de vergelijking van de offertes, met andere woorden met welke prijscomponenten bij de vergelijking werd rekening gehouden, hoe de berekeningen werden gemaakt.

Immers, door in het gunningsverslag enkel en alleen een totaal-score op te nemen voor het criterium prijs, zonder enige nadere duiding, lijkt de verzoekende partij *prima facie*, zelfs met betrekking tot de beoordeling van haar eigen offerte, niet met zekerheid te kunnen afleiden welke prijzen de aanbestedende overheid nu precies in aanmerking heeft genomen bij de beoordeling van dit gunningscriterium. In dat opzicht lijkt de verzoekende partij dan ook niet over de vereiste kennis van de onderliggende motieven te beschikken om te oordelen of de

bestreden beslissing op grond van de juiste feitelijke gegevens werd genomen. Voor zover de verzoekende partij eventueel op grond van de toegepaste beoordelingsmethode en met kennis van de laagste totaalprijs al in staat zou zijn om uit te rekenen met welke totaalprijs voor haar offerte werd rekening gehouden, doet dit niets af aan het gebrek aan formele motivering van de beoordeling van de prijs, gelet op de complexe samenstelling van deze totaalprijs vanuit talrijke componenten. De argumentatie van de verwerende partij dat gelet op de beoordelingsmethode het onderscheid tussen de ingediende prijzen voldoende duidelijk zou worden toegelicht op zicht van het door elke offerte behaalde aantal punten, lijkt bovendien voorbij te gaan aan het vereiste dat de formelemotiveringsplicht de betrokken inschrijver ook in staat moet stellen te controleren of de aanbestedende overheid bij het nemen van de gunningsbeslissing is uitgegaan van feitelijk juiste gegevens. Dit is des te meer zo nu de wijze van prijsopgave zeer uitgebreid en eerder ingewikkeld is.

22. Voor zover de verwerende partij in het gunningsverslag en ook in haar nota verwijst naar artikel 65/10 van de voormelde wet van 24 december 1993 en de vertrouwelijkheid van de prijzen die door de inschrijvers in hun offerte werd opgelegd, lijkt deze argumentatie minstens het gebrek aan mededeling aan elke inschrijver van de in aanmerking genomen prijscomponenten van de eigen offerte van de betrokken inschrijver niet te kunnen ondersteunen.

Op het eerste gezicht valt ook niet te begrijpen waarom het vrijgeven van de prijstabellen die bij de uiteindelijke vergelijking van de prijzen door de aanbestedende overheid werden gebruikt, zonder mededeling van de concrete prijzen van de andere inschrijvers, erop neer zou komen dat alzo aan de inschrijvers de specifieke en vertrouwelijke voorwaarden zouden worden medegedeeld die in de offertes ter zake werden opgenomen. De uitleg die de verwerende partij hieromtrent geeft in haar nota en ter terechtzitting is onvoldoende duidelijk.

Overigens moet worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver ervoor geopteerd heeft zijn belangen, en dus zijn zakengeheim, niet voor de Raad te verdedigen.

23. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ernstig.

VIII. Besluit

24. Het eerste onderdeel van het eerste middel is ernstig. Deze vaststelling volstaat om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van cvba Atrias van 4 september 2014 houdende de toewijzing van de percelen 1 en 2 van de opdracht Central Market System – CMS – ATR11DS005 aan Accenture.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 16 oktober 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Pierre Barra,	staatsraad,
	waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Pierre Barra