

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.928 van 27 december 2016
in de zaak A. 215.655/XII-7868**

In zake: de GmbH VOESTALPINE SIGNALING SIERSHAHN
vennootschap naar Duits recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter De Cock
kantoor houdend te 2930 Brasschaat
Kapelsesteenweg 48
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV INFRABEL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe, Leopold Schellekens en Jole Carlé
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 22 april 2015, strekt tot de nietigverklaring van de “beslissing van de raad van bestuur van Infrabel n.v. van 23-02-2015 waarmee de opdracht van levering van meetposten voor warme asbussen (dossier 04C/291108) wordt toegewezen aan de onderneming Ansaldo STS (Frankrijk)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 232.271 van 22 september 2015 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen, omdat deze niet bij uiterst dringende noodzakelijkheid was ingeleid.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Piet Tulkens, die *loco* advocaat Peter De Cock verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jole Carlé, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 in het geding zijnde opdracht betreft een raamovereenkomst van 10 jaar, met inbegrip van een onderhoudscontract van 20 jaar, voor de levering van een nieuwe generatie meetposten voor de detectie van warme asbussen (DWBC), toegepast op het spoorwegnet van de verwerende partij.

De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 2 april 2014 en in het Europees Publicatieblad op 5 april 2014.

De aanvragen tot deelneming moeten worden ingediend uiterlijk op 9 mei 2014 om 12 uur.

De verwerende partij ontvangt van vijf kandidaten, waaronder de verzoekende partij, een aanvraag tot deelneming. Na toetsing aan de vooropgestelde selectiecriteria, besluit de verwerende partij dat elk van de vijf kandidaten aan deze criteria voldoet en dus geselecteerd mag worden. De verwerende partij bezorgt elk van de vijf kandidaten het bestek met nummer 04C/0000291108.

3.3. De offertes moeten worden ingediend uiterlijk op 22 september 2014.

Het bestek heeft vier bijlagen, namelijk de specifieke contractuele voorwaarden, de technische voorwaarden, de voorwaarden met betrekking tot het project management en het garantie- en onderhoudscontract. Aan de technische voorwaarden zijn nog eens vier bijlagen gehecht. In de bijlage “ontwerpvereisten” bij de technische voorwaarden wordt beschreven aan welke vereisten de geleverde meetposten moeten voldoen – functionele eisen, technische eisen, beschikbaarheidseisen, onderhoudbaarheidseisen, veiligheidseisen, eisen met betrekking tot interfaces en elektromagnetische compatibiliteit (EMC). Deze eisen worden telkens aangeduid met de letter “R” gevolgd door een nummer. Het aangeboden meetsysteem moet voldoen aan al die vereisten.

Het bestek bepaalt twee gunningscriteria, namelijk de technische waarde (70 %) en de prijs (30 %).

De evaluatie van de prijs zal gebeuren op grond van de werkwijze *Total Cost of Ownership* (hierna: TCO) op een termijn van 20 jaar en rekening houdend met de gevraagde prijs in de inventaris en in het bestek.

De specifieke contractuele voorwaarden bij het bestek specificeren uit welke elementen de TCO bestaat. Die zijn de volgende:

- 1) - de aankoopprijs – bestaande uit:
 - het bedrag van de offerte
 - het reservematerieel voorgesteld door de leverancier
 - 5 reserve holle dwarsliggers (of equivalent)
 - opleiding
 - documentatie
- 2) de prijs van het onderhoud gedurende de volledige looptijd – bestaande uit:
 - de kost van het garantie- en onderhoudscontract
 - vervanging van 5% van de “LRU” die volgens de verwerende partij zullen moeten worden vervangen gedurende 20 jaar te wijten aan schade of incorrect gebruik van Infrabel
 - de “eventuele” kost voor preventief onderhoud uit te voeren door Infrabel
 - de verbruikskost, berekend volgens een in het bestek opgenomen formule.

3.4. Drie kandidaten dienen een offerte in: de verzoekende partij, Ansaldo STS (hierna: Ansaldo) en Clearsy.

Op 9 oktober 2014 stuurt de verwerende partij een “*Request for Quotation n°2*” aan de drie inschrijvers, waarbij drie bijlagen worden gevoegd: een lijst met algemene opmerkingen of vragen – dezelfde voor de drie inschrijvers – en twee specifieke met betrekking tot hun eerste offerte, namelijk een lijst met een aantal punctuele verbeteringen of opmerkingen en één met betrekking tot de ontwerpvereisten – aangemerkt door middel van een “R” en nummer in de linker kolom van het document.

In de lijst met algemene opmerkingen wordt verduidelijkt dat voor het onderhoudscontract alle LRU’s moeten worden vermeld, dat als LRU wordt beschouwd alle onderdelen die afzonderlijk kunnen worden vervangen, dus

ook kabels, en dat de waarde “0” dient te worden ingevuld als er geen jaarlijks forfaitair bedrag moet worden betaald.

De verwerende partij verzoekt de inschrijvers, op grond van de meegedeelde verbeteringen, opmerkingen of vragen, een nieuwe offerte in te dienen uiterlijk op 24 oktober 2014.

Midden oktober vindt ook met elk van de drie inschrijvers een overleg plaats.

Op 16 oktober 2014 stuurt de verwerende partij aan de drie inschrijvers een nieuwe “*Request for Quotation nr.3*”. In deze “*Request for Quotation*” maakt de verwerende partij een aantal bijkomende verbeteringen of opmerkingen en worden tevens twee posten van het bestek gewijzigd.

De termijn om een nieuwe offerte in te dienen wordt verlengd naar 31 oktober 2014.

De drie inschrijvers dienen een tweede offerte in.

Op 7 november 2014 stuurt de verwerende partij aan de drie inschrijvers een nieuwe en laatste “*request for quotation nr. 4*”, waarin zij ten aanzien van elk van de inschrijvers nog een aantal punctuele verbeteringen en opmerkingen maakt. Aan de inschrijvers wordt gevraagd, op grond van de verbeteringen en opmerkingen, uiterlijk op 14 november 2014 een *best and final offer* (BAFO) in te dienen.

De drie kandidaten dienen binnen de voorgeschreven termijn een BAFO in.

3.5. Op 19 november en op 9 en 17 december 2014 stelt de verwerende partij het gunningsverslag op.

Uit dat verslag blijkt dat de verzoekende partij met haar BAFO het beste scoort op het vlak van de technische kwaliteit en Ansaldo het beste qua

prijs. Verrekend volgens het relatieve gewicht van de twee gunningscriteria leidt dit tot een rangschikking waarbij Ansaldo als eerste wordt gerangschikt met een score van 0,942 en de verzoekende partij als tweede met een score van 0,863.

Voorgesteld wordt de opdracht, die is opgesplitst in twee raamovereenkomsten, te weten een leveringscontract van 10 jaar en een herstellings- en onderhoudscontract van 20 jaar, te gunnen aan Ansaldo.

3.6. Op 23 februari 2015 bekrachtigt de raad van bestuur van de verwerende partij het voorstel om te gunnen aan Ansaldo.

In het voorstel tot gunnen wordt wat het bedrag van de opdracht betreft, vermeld dat het bedrag van de aan Ansaldo te gunnen opdracht overeenstemt met de TCO-waarde (5.487.674 euro) waarvan de kosten worden afgetrokken voor het preventief onderhoud, uitgevoerd door de nv Infrabel, de kosten voor de vervanging van 5% van de LRU en de kost voor het energieverbruik gedurende 20 jaar, wat voor Ansaldo “in totaal 197.234 euro” was, om een bedrag te krijgen van 5.290.440 euro.

Dit is de bestreden beslissing.

Op 26 februari 2015 wordt de beslissing tot gunning van de opdracht ter kennis gebracht van de inschrijvers via aangetekende brieven en via e-mailberichten.

3.7. Op 22 april 2015 dient de verzoekende partij een “beroep tot nietigverklaring & vordering tot schorsing” in van de beslissing van de verwerende partij van 23 februari 2015 “waarmee de opdracht van levering van meetposten voor warme asbussen (dossier 04C/291108) wordt toegewezen aan de onderneming Ansaldo STS (Frankrijk)”.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Uit de bestreden beslissing blijkt volgens de verzoekende partij niet dat de offertes aan een prijsonderzoek werden onderworpen en aan de inschrijvers een prijsverantwoording werd gevraagd, noch worden daarin de redenen aangegeven waarom de verwerende partij geen dergelijk onderzoek heeft verricht en waarom zij geen prijsverantwoording aan de gekozen inschrijver heeft gevraagd.

De bestreden beslissing zou voorts – volgens de verzoekende partij nog steeds in strijd met de formelemotiveringsplicht – slechts de globale prijs van elk der inschrijvers weergeven. De verwerende partij beroept zich ten onrechte op haar geheimhoudingsplicht om haar geen inzage te verlenen in de prijzen per post van iedere inschrijver.

5. In haar memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij dat zij op het ogenblik van de kennisgeving van de bestreden beslissing geen weet had van de prijsverschillen voor bepaalde posten, zodat zij in haar beroep tot nietigverklaring daar ook niet kon op ingaan. De verzoekende partij kon enkel uitgaan van gissingen en veronderstellingen. Bijgevolg had zij niet de gelegenheid zich op een behoorlijke manier tegen de beslissing te verzetten; zij kon slechts op een gebrekkige, beperkte wijze – doordat zij enkel weet had van de globale prijs voor alle posten samen, en daarnaast van de globale prijs voor de drie laatste posten samen – nagaan of de verwerende partij de offerte van Ansaldo wel op een juiste manier had beoordeeld. De verwerende partij beriep zich ten onrechte op haar geheimhoudingsplicht. De gunnende overheid mag zich niet

verschuilen achter het bedrijfsgeheim om zich te onttrekken aan haar verplichting uitdrukkelijk en afdoende te motiveren.

Voorts herhaalt zij dat nergens door de verwerende partij wordt verklaard waarom er door haar geen prijsverantwoording werd gevraagd, of, met andere woorden, waarom er volgens haar geen schijn van abnormaliteit bleek uit het aanbod van Ansaldo. De prijsverschillen tussen het aanbod van Ansaldo aan de ene kant en van de verzoekende partij en Clearsy aan de andere kant, zijn nochtans aanzienlijk. Niet alleen de globale prijs is aanzienlijk lager, maar dat geldt nog meer voor het prijsverschil voor post 70 ‘herstelling op 20 jaar’. Ook de prijzen die Ansaldo aanbood voor de drie laatste posten – ‘preventief onderhoud’, ‘vervanging 5 % LRU op 20 jaar’, ‘kost verbruik’ – lagen in vergelijking met die van de twee andere inschrijvers bijzonder laag.

6. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat het voor haar op grond van de motivering van de bestreden beslissing onmogelijk was om na te gaan of die beslissing door de verwerende partij wel op een zorgvuldige en verantwoorde manier was genomen. Daartoe was het immers nodig dat zij ook weet had van de prijs die door de andere inschrijvers was aangeboden voor elke post afzonderlijk. Enkel op die manier kon zij nagaan waar de anomalieën zich precies situeerden. Het gevolg hiervan was dat zij slechts een gebrekkig verzoekschrift kon indienen.

Zij blijft er tevens bij dat de verwerende partij zich ten onrechte op haar geheimhoudingsplicht heeft beroepen. Dat de verwerende partij deze prijzen wel vrijgeeft in de procedure ten gronde in het administratief dossier maar deze weigerde vrij te geven voordien en ook in de schorsingsprocedure, doet vermoeden dat de verwerende partij enkel haar zogenaamde geheimhoudingsplicht had ingeroepen om een beroep door de verzoekende partij tegen haar beslissing te voorkomen of te bemoeilijken. Als blijkt dat de aanbestedende overheid zich ten onrechte beroept op haar geheimhoudingsplicht om bepaalde gegevens die van belang zijn om haar beslissing te kunnen beoordelen, niet mee te delen, dan is de formelemotiveringsplicht onmiskenbaar geschonden.

Beoordeling

7. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij afleidt uit 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.

Te dezen is de geformaliseerde gunningsbeslissing het besluit van 23 februari 2015 van de raad van bestuur van Infrabel waarbij het gemotiveerde voorstel tot gunning van de opdracht aan Ansaldo wordt goedgekeurd. Het gunningsverslag werd aan de verzoekende partij ter kennis gebracht samen met de bestreden beslissing. Wat de evaluatie van de prijs betreft, werd bij de analyse van de offertes de totale TCO berekend door alle opgegeven prijzen voor de 11 posten samen te tellen. Bij de kennisgeving van het verslag aan de verzoekende partij werden de afzonderlijke bedragen voor de 11 posten van de twee andere inschrijvers wit gemaakt; enkel hun globale TCO werd vrijgegeven.

In de concrete omstandigheden van de zaak waarin de verzoekende partij aanklaagt dat zij in het ongewisse was omtrent de door de andere inschrijvers opgegeven eenheidsprijzen voor de afzonderlijke posten zodat zij deze niet kon onderzoeken op “anomalieën”, is de verzoekende partij door de kennisname van het administratief dossier, in staat gesteld geweest deze cijfers te kennen en door het indienen van een memorie van wederantwoord haar tweede middel nader uit te werken op grond van de haar tot dan toe onbekende gegevens die de verwerende partij aanvankelijk niet wou vrijgeven in het kader van de bescherming van vertrouwelijke bedrijfsinformatie. Een nietigverklaring van de gunningsbeslissing op grond van een schending van de formelemotiveringsplicht omdat de verzoekende partij bij het instellen van haar beroep deze cijfers nog niet kende, is in de huidige stand van het geding niet meer dienstig voor de verzoekende partij; zij is tijdens het geding wel afdoende in staat gesteld voor haar rechten op te komen.

8. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de beoordeling door de verwerende partij in het kader van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren’ (hierna: het koninklijk besluit van 16 juli 2012), dat “er geen enkele schijn van abnormaliteit uit de offerte van Ansaldo en de daarin opgenomen prijzen is gebleken” nog nader formeel moet worden gemotiveerd. Anders is het voor de vraag of de inhoudelijke beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver en haar prijzen regelmatig en juist is, en of dat er in dat opzicht al dan niet een schending van de zorgvuldigheidsplicht en de materiële motiveringsplicht voorligt, wat aan bod komt bij het tweede middel.

9. Het middel wordt verworpen.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

10. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 21, §§ 1 en 3, en 98, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, artikel 26, § 2, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006) en artikel 5, 2°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 17 juni 2013).

In een eerste onderdeel betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij met toepassing van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 of ingevolge haar zorgvuldigheidsplicht aan de gekozen inschrijver Ansaldo een prijsverantwoording had moeten vragen omtrent zowel de totaalprijs van zijn offerte als de afzonderlijke prijzen voor de posten ‘preventief onderhoud’, ‘kost verbruik’ en ‘vervanging 5 % LRU op 20 jaar’. Zulks zou zich opdringen, volgens haar, omdat de totaalprijs en de prijzen voor de betrokken posten abnormaal laag zijn.

Toegelicht wordt:

“De prijs die door één van de inschrijvers, Ansaldo STS, werd opgegeven verschilde in aanzienlijke mate van die van de twee andere inschrijvers, verzoekende partij Voestalpine Signaling Siershahn GmbH en Clearsy. De prijs van Ansaldo STS bedroeg 5.487.674,00 €, die van Voestalpine Signaling Siershahn GmbH daarentegen 8.074.577,00 € en van Clearsy 8.195.139,00 €.

Het verschil wordt nog groter waar Ansaldo STS voor de posten ‘preventief onderhoud’, ‘vervanging 5 % LRU - Lowest Replaceable Unit (dit is kleinste vervangbare eenheid) op 20 jaar’, en ‘kost verbruik (op 20 jaar)’ een prijs zou hebben opgegeven van 197.234,00 € alles samen, terwijl Voestalpine Signaling Siershahn GmbH hiervoor op een prijs komt van (265.980,00 € + 290.092,00 € + 724.935,00 € =) 1.281.007,00 €.

Voestalpine Signaling Siershahn GmbH legt een document neer, getiteld ‘Motivatie verzoekschrift vernietiging’ van 02-04-2015 (stuk 4.1.), samen met de nodige stavingstukken (stuk 4.2.1.-4.2.7.), waarin omstandig uiteengezet wordt waarom de prijs die Ansaldo STS voor die posten opgeeft onmogelijk juist kan zijn.

Volgens de vereisten van Infrabel n.v. (‘Detectie van warme asbussen MP.NG (meetposten new generation) – ontwerpeisen’, par. 3.3. R 12) dienden de meetposten te voldoen aan norm EN50125.

Dit betekende dat de werking van de meetposten moest gewaarborgd blijven bij temperaturen in de buitenlucht van - 25 C° tot + 40 C°. Bovendien moest rekening gehouden worden met de gevolgen van zonnestraling, alsook met die van sneeuw, hagel en ijsafzetting (publicatie van de norm EN50125-3 door het Deutsches Institut für Normung e.v., p.12 par. 4.9.; p. 12 par. 4.7. en 4.8., stuk 4.2.7.).

Indien men voor wat betreft de prijsopgave van Ansaldo STS zou uitgaan van de hoogst mogelijke prijs van 197.234,00 € voor de ‘kost verbruik (op 20 jaar)’ (wat zou betekenen dat de prijs voor de posten ‘preventief onderhoud’ en ‘vervanging 5 % LRU op 20 jaar’ nihil zou zijn, wat weinig waarschijnlijk is), dan komt men volgens de berekening die Infrabel n.v. heeft voorgeschreven (zie ‘Detectie van warme asbussen MP.NG (meetposten new generation) - specifieke contractuele voorwaarden’ van 24-07-2014, p. 13, punt 8.3.2., stuk 4.2.4.) op een energieverbruik van 114 watt per meetpost.

Infrabel n.v. bevestigde op 09-03-2015 aan Voestalpine Signaling Siershahn GmbH dat Ansaldo STS zou gebruik maken van het zogeheten ‘Pegasus’-systeem van het Spaanse ITSS (Iberica Tecnologia En Sistemas De Seguridad Ferroviarios S.L.).

Volgens een technisch document van ITSS (stuk 4.2.5.) zou het energieverbruik voor een meetpost van ITSS met 2 scanners 130 voltampère bedragen, waarbij echter uitdrukkelijk vermeld wordt dat hierbij geen rekening werd gehouden met het energieverbruik bij anti-ijsverwarming, speciale datatransmissie of airconditioning.

Volgens een ander document van ITSS (stuk 4.2.6.) zou het energieverbruik voor een meetpost van ITSS met 2 scanners zonder

scannerverwarming 400 voltampère bedragen; voor de scannerverwarming zou hier nog eens 160 voltampère bijkomen.

Het energieverbruik dat ITSS zelf opgeeft per meetpost ligt dus beduidend hoger dan het energieverbruik dat volgens de offerte van Ansaldo STS van toepassing zou zijn, zelfs indien zou worden uitgegaan van de hoogst mogelijke prijs van 197.234,00 €.

Kennelijk werd er door Ansaldo STS bij de berekening van het energieverbruik van de meetposten geen rekening gehouden met klimatologische omstandigheden, en werden de kosten voor de verwarming of de airconditioning van de scanners dus niet meegerekend, waarmee zij inging tegen de eisen die door Infrabel n.v. waren gesteld.

Hieruit kan ook afgeleid worden dat Ansaldo STS voor wat betreft de posten ‘preventief onderhoud’ en ‘vervanging 5 % LRU op 20 jaar’ waarschijnlijk evenmin de kosten voor de verwarmings- en airconditioningselementen heeft meegerekend.

Het is derhalve zeer de vraag of Infrabel n.v. wel op een behoorlijke, zorgvuldige manier de prijzen heeft onderzocht die inschrijver Ansaldo STS vermeld heeft in haar offerte.

Infrabel n.v. diende op grond van haar zorgvuldigheidsverplichting de regelmatigheid van de offertes na te gaan, en één van de vereisten voor een regelmatige offerte is juist dat er geen abnormale prijzen worden opgegeven.”

In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij voorts dat indien met haar zou worden aangenomen dat het eigenlijk niet gaat om een onderhandelingsprocedure – uit niets blijkt immers dat de procedure kadert in artikel 26 van de wet van 15 juni 2006 of dat er hier effectief werd onderhandeld – de verwerende partij dan met toepassing van het voormelde artikel 21, § 3, aan Ansaldo een verantwoording had moeten vragen over de abnormaal lage prijzen die Ansaldo hanteerde. Artikel 98, § 2, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, ook al is dit artikel slechts van toepassing in het geval er vier offertes werden ingediend, geeft een nadere bepaling van wat moet worden verstaan onder abnormale prijs.

11. In de memorie van antwoord stelt de verwerende partij dat in zoverre het middel gericht is tegen het vermeend onrechtmatig aanwenden van de onderhandelingsprocedure op de voorliggende opdracht, het middel niet gericht is tegen de bestreden gunningsbeslissing, maar tegen het bestek. Aangezien de beslissing tot goedkeuring van het bestek niet werd aangevochten, is dit middelonderdeel onontvankelijk.

Voorts is zij van oordeel dat zij niet gehouden was tot het voeren van een prijsonderzoek op grond van de artikelen 21, § 3, en 98, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, aangezien die niet van toepassing zijn op de onderhandelingsprocedure.

De verwerende partij betwist voorts dat geen beroep mocht worden gedaan op de onderhandelingsprocedure en dat zij daarvan *in casu* niet effectief toepassing zou hebben gemaakt. In de speciale sectoren heeft de aanbestedende overheid krachtens artikel 53, § 1, van de wet van 15 juni 2006 de keuze om de onderhandelingsprocedure aan te wenden voor het plaatsen van haar opdrachten en moet zij zich daarvoor niet verantwoorden op grond van de bijzondere gevallen die in artikel 26, § 2, van de wet van 15 juni 2006 worden bepaald, zoals dat in de klassieke sectoren het geval is met toepassing van artikel 5, 2°, van de wet van 17 juni 2013.

De opdracht werd gegund in verschillende rondes, waarbij de betrokken inschrijvers telkens de mogelijkheid kregen hun offerte bij te schaven en te optimaliseren. In de verschillende onderhandelingsrondes kregen de inschrijvers ook de mogelijkheid de prijzen van hun offerte aan te passen. Het is bijgevolg duidelijk dat de onderhandelingen tussen de verwerende partij en de inschrijvers *in casu* veel verder zijn gegaan dan het louter aanbrengen van verduidelijkingen of aanvullingen, nu de inschrijvers onder meer hun prijzen – met inbegrip van de totale offerteprijs – meermaals hebben gewijzigd.

De verwerende partij zet ten slotte uiteen waarom er volgens haar ook geen enkele reden was om ten aanzien van Ansaldo een procedure op grond van de algemene zorgvuldigheidsplicht en artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 in te zetten waarbij op zoek zou worden gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen.

Zij wijst erop dat, gelet op de aanslepende economische crisis, bepaalde inschrijvers met zeer concurrentiële prijzen – en beperkte(re) winstmarges – inschrijven op overheidsopdrachten. In die context hoeven inschrijvingsprijzen die schommelen tussen de 5.487.674 euro en 8.195.139 euro

niet te verbazen. Er is geen reden om aan te nemen dat de prijs van 8.195.139 euro – offerte van Clearsy – of van 8.074.577 euro – offerte van de verzoekende partij – als referentie zou moeten gelden voor de beoordeling van het al dan niet normale karakter van de inschrijvingsprijzen en evenmin is er reden om aan te nemen dat een inschrijvingsprijs van 5.487.674 euro noodzakelijk als “schijnbaar abnormaal laag” zou moeten worden beschouwd.

Voorts is uit de offerte en de onderhandelingen die de verwerende partij met de gekozen inschrijver Ansaldo heeft gevoerd, gebleken dat de prijzen van Ansaldo wel degelijk de eisen dekken die het bestek oplegt. Aldus heeft de verwerende partij alle garanties dat Ansaldo de opdracht zal uitvoeren conform de vereisten van de opdrachtdocumenten en dit tegen de in haar offerte opgegeven prijzen. Het risico voor de verwerende partij op niet-conforme uitvoering door de gekozen inschrijver Ansaldo, is bovendien beperkt. De verwerende partij kan in voorkomend geval immers niet verplicht worden de niet-conforme levering te aanvaarden. Bovendien stelt de leverancier zich in het geval van niet-conforme levering bloot aan het risico op toepassing van actiemiddelen door de verwerende partij in de zin van artikel 44 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’.

De verwerende partij gaat ten slotte ook nog uitgebreid in op de “detailkritiek van de verzoekende partij per bekritiseerde post”.

12. In de memorie van wederantwoord blijft de verzoekende partij erbij dat de verwerende partij ten onrechte betoogt dat de gunning verliep volgens de onderhandelingsprocedure. Zij meent dat de verwerende partij dan ook met toepassing van het voormelde artikel 21, § 3, Ansaldo om een verantwoording had moeten vragen omtrent de abnormaal lage prijs die zij aanbood. Nergens blijkt uit de ‘Requests for Quotation’, die door de verwerende partij worden omschreven als “onderhandelingsrondes”, dat er daadwerkelijk werd onderhandeld met de inschrijvers, dit wil zeggen dat de wijziging van de voorwaarden van de opdracht werd besproken of dat er werd afgedongen op de prijs.

Voorts blijft zij erbij dat de verwerende partij geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft verricht. Het is immers weinig aannemelijk dat de prijzen van Ansaldo voor de post 70 ‘herstelling op 20 jaar’ en de posten ‘preventief onderhoud’, ‘vervanging 5 % LRU op 20 jaar’, en ‘kost verbruik’ niet abnormaal laag zouden zijn, zoals de verwerende partij volhoudt.

Alleen al voor post 70 ‘herstelling op 20 jaar’ – deze kritiek formuleert de verzoekende partij op grond van de inzage van het administratief dossier – bedraagt het verschil met de andere inschrijvers 2 tot 3 miljoen euro. Ondanks dit bijzonder grote prijsverschil, heeft de verwerende partij kennelijk geen vragen gesteld aan Ansaldo over de wijze waarop die haar prijs berekend had. Het bestaan van een al dan niet verhevigde concurrentie verklaart nog altijd niet dit grote prijsverschil. Het feit dat Ansaldo uiteindelijk de gevolgen zal dragen indien haar levering niet in overeenstemming is met de eisen die werden gesteld, ontslaat de verwerende partij er uiteraard niet van om een behoorlijk prijsonderzoek uit te voeren. Het prijsverschil is des te opvallender omdat de systemen van de verzoekende partij en van Ansaldo eigenlijk nauwelijks van elkaar verschillen. Het Pegasus-systeem van het Spaanse Iberica Tecnologia En Sistemas De Seguridad Ferroviarios s.l. (ITSS), waar Ansaldo gebruik van maakt, is immers in belangrijke mate een kopie van het Phoenix-systeem van de verzoekende partij.

De verzoekende partij legt vervolgens uit op welke wijze zij zelf is gekomen tot het bedrag dat zij bood voor post 70 en bezorgt hieromtrent ook een “Toelichting post 70”. Samengevat, komt zij, door bij elk van de 19 LRU, waaruit haar meetpost bestaat, uit te gaan van hun eigen “MTBF-waarde” (“Mean Time Between Failures” – vertaling: gemiddeld tijdsverloop tussen het optreden van een faling) die zij heeft berekend op grond van praktijkervaring, uit op een prijs van 3.239.870 euro.

Het systeem van Ansaldo blijkt volgens de stukken uit het administratief dossier echter slechts te bestaan uit 7 LRU’s. Opvallend hierbij is dat een deel van de LRU’s die door de verwerende partij uitdrukkelijk waren voorgeschreven, bij inschrijver Ansaldo blijkt te ontbreken, onder meer een

regen- of vochtigheidssensor, terwijl volgens de verwerende partij het systeem van Ansaldo hier wel degelijk in zou voorzien juist omdat de verwarming ervan pas zou aanslaan als het koud is en het tegelijk regent of sneeuwt, waardoor de kosten aanzienlijk zouden beperkt blijven. Indien wordt uitgegaan van slechts 7 LRU's, zoals in het geval van Ansaldo, en bovendien van een betrouwbaarheid (MTBF) volgens de theoretische standaard "MIL-HDBK ('Military Handbook') - 217 F notice 2", dan komt men inderdaad tot een bedrag voor post 70 "herstelling op 20 jaar" dat het bedrag dat door Ansaldo werd voorgesteld benadert, namelijk 1.061.640 euro. De prijs die Ansaldo voorstelt voor post 70 kan bijgevolg onmogelijk als realistisch worden beschouwd.

Wat posten 'preventief onderhoud', 'vervanging 5 % LRU op 20 jaar' en 'kost verbruik' betreft, merkt de verzoekende partij nog het volgende op. Eis R33 van de "ontwerpvereisten" gevoegd bij het bestek bepaalt uitdrukkelijk dat als er geen preventief onderhoud nodig is, dit door de inschrijver moet kunnen worden bewezen. Uit niets blijkt echter dat dit bewijs inderdaad door Ansaldo werd geleverd. Alleszins bestaan er ernstige twijfels dat de meetposten van Ansaldo geen preventief onderhoud nodig zouden hebben; dit is technisch vrijwel uitgesloten. Hoe dan ook komt het zo beweerde "predictief onderhoud" neer op een preventief onderhoud: het onderhoud wordt immers uitgevoerd voordat de meetpost niet meer op een behoorlijke manier kan functioneren. Zelfs in dat geval, moet in ieder geval het waarschuwingssysteem op zich geregeld worden gecontroleerd. Ook de afstelling van de railcontacten moet in elk geval geregeld worden nagegaan alsook moet de draaiende spiegel geregeld worden schoongemaakt, zo niet kan het systeem door het binnendringend vuil en vocht na een tijd niet langer meer functioneren. Ten slotte moet het systeem geregeld worden gekalibreerd, teneinde de nauwkeurigheid van de metingen te waarborgen. Ook ITSS, dat het systeem ontwikkelde waarvan Ansaldo gebruik maakt, past kalibreren toe.

Voor wat de post 'vervanging 5 % LRU op 20 jaar' betreft, betwist de verzoekende partij eveneens de verklaring van de verwerende partij dat het gebruik van gerecycleerde onderdelen een aanzienlijke besparing zou inhouden en acht zij die bewering lang niet bewezen. Gerecycleerde onderdelen hebben immers evenzeer hun kostprijs. Bovendien houdt ook de verzoekende

partij bij haar berekening rekening met het gebruik van gerecycleerde onderdelen. Dit kan dus moeilijk het verschil in prijs tussen Ansaldo en de verzoekende partij verklaren. Het kan trouwens nooit helemaal van te voren bepaald worden wat het aandeel zal zijn van de gerecycleerde onderdelen in het totaal aantal onderdelen dat moet worden vervangen op 20 jaar.

Ten slotte, wat de post ‘kost verbruik’ betreft, trekt zij eveneens de uitleg van de verwerende partij met betrekking tot de technologische innovaties van het systeem van Ansaldo – waardoor de verbruikskosten veel lager zouden uitvallen doordat er voor de meetposten geen verwarming nodig zou zijn, behalve wanneer de temperatuur zou dalen onder de 5°C en het tegelijk zou regenen of sneeuwen – in twijfel. Zoals reeds gezegd, is er in de lijst van LRU’s van Ansaldo nergens sprake van een sensor die regen of sneeuw kan detecteren. Het is trouwens de vraag of een meetsysteem wel behoorlijk kan functioneren als het pas aanslaat bij een temperatuur onder 5°C als het tegelijk regent of sneeuwt. In dit verband merkt de verzoekende partij nog op dat de koudste maanden van het jaar over het algemeen ook de meeste neerslagdagen kennen. Bijgevolg kan het verschil in verbruik zo groot niet zijn tussen een systeem waarvan de verwarming alleen aanslaat als de temperatuur daalt beneden de 5°C en het tegelijk regent of sneeuwt, en een gewoon systeem. In de technische documenten van het Spaanse ITSS die de verzoekende partij heeft voorgelegd, en die betrekking hebben op het Pegasus-systeem waar Ansaldo gebruik van maakt, is bovendien nergens sprake van de zogenaamde “technologische innovaties” waar het Pegasus-systeem volgens Ansaldo blijk van zou geven. Daarentegen mag uit deze documenten worden afgeleid dat het Pegasus-systeem gewoon gekoeld en verwarmd wordt als andere systemen.

Volgens de verzoekende partij is het voorts onduidelijk of de inschattingen, waar alle inschrijvers van zijn uitgegaan bij het bepalen van de post ‘kost verbruik’, op dezelfde wijze gebeurden. Het is geenszins uitgesloten dat door de andere inschrijvers geen rekening werd gehouden met gegevens waarmee de verzoekende partij wel rekening hield. Zij herhaalt dat heel wat LRU’s die door de verwerende partij waren voorgeschreven of aanwezig werden geacht bij Ansaldo ontbraken en vermoedt dan ook dat door Ansaldo enkel werd rekening gehouden met het beperkt aantal LRU’s die zij vermeldt om de

verbruikskosten te berekenen. Andere LRU's, die nochtans noodzakelijk waren, werden bij de berekening van de verbruikskosten achterwege gelaten.

De verzoekende partij besluit dat het feit dat het systeem van Ansaldo door de verwerende partij als technisch inferieur werd beschouwd moeilijk te rijmen valt met de beweerde lage onderhoudskosten. Voor wat post 70 'herstelling op 20 jaar' betreft, heeft verwerende partij kennelijk geen vragen gesteld aan Ansaldo over de wijze waarop die haar prijs berekend had, ondanks het bijzonder grote prijsverschil met de andere inschrijvers. Voor wat de posten 'preventief onderhoud', 'vervanging 5 % LRU op 20 jaar' en 'kost verbruik' betreft, heeft de verwerende partij de antwoorden van Ansaldo voetstoots aangenomen, zonder na te gaan of die antwoorden wel steekhoudend waren.

13. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij op het voor haar negatief uitvallende auditoraatsverslag, in zoverre daarin wordt aangenomen dat zij de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht en het voormelde artikel 21, § 1, heeft geschonden door de offerte van Ansaldo aan geen prijsonderzoek te onderwerpen, met betrekking tot post 70 'herstelling op 20 jaar', nog het volgende.

Verwijzend naar bijlage 5 van het bestek, verduidelijkt zij dat de prijs voor het onderhoudscontract uitsluitend is gegrond op de forfaitaire jaarlijkse onderhoudsprijzen die de inschrijvers opgeven voor de verschillende LRU's van een meetpost. Zij kan de bewering van de verzoekende partij dat het gebruik van eenzelfde of een gelijkaardig systeem – *quod non* – zou moeten leiden tot eenzelfde kostprijs voor de vervanging of het herstel van de onderdelen van dat systeem niet bijvallen. De lagere prijzen van Ansaldo voor het onderhoud vloeien hoofdzakelijk voort uit de doorgedreven toepassing van recyclage van (sub)onderdelen van de LRU's, wat door Ansaldo nadrukkelijk werd toegelicht en aangetoond tijdens de gevoerde onderhandelingen. Te dezen houdt de voormelde recyclage concreet in dat enkel een bepaald defect (sub)onderdeel van een LRU wordt vervangen en niet de volledige eenheid. Dit verklaart dat de aankoopprijs zo goed als identiek is voor de verschillende inschrijvers maar de herstellingsprijzen beduidend lager bij Ansaldo. Bovendien betwist de verwerende partij dat het systeem van Ansaldo in belangrijke mate een "kopie"

zou zijn van het Phoenix-systeem van de verzoekende partij. Het is weliswaar zo dat de beide systemen teruggaan op een oorspronkelijk model, doch het systeem dat Ansaldo aanbiedt – het Pegasus-systeem – is een optimalisering van het oorspronkelijke model. Het systeem dat Ansaldo aanbiedt, is dus het basissysteem met verdere technische evoluties, onder andere op het vlak van het lager verbruik van het systeem en het gebruik van een G-krachtsensor bij het predictief onderhoud.

De beweringen van de verzoekende partij in verband met MTBF doen volgens de verwerende partij voorts niet ter zake in het kader van de vaststelling van de kostprijs voor het garantie- en onderhoudscontract. Zij herhaalt dat die kost uitsluitend gebaseerd is op de eenheidsprijzen die de inschrijvers opgeven voor het onderhoud van de verschillende LRU's van een meetpost. De MTBF wordt door de nv Infrabel louter bij de inschrijvers opgevraagd om te kunnen inschatten welke LRU's het gevoeligst zijn wat de noodzaak tot herstel of vervanging betreft, doch oefent geen enkele invloed uit op de prijzen, noch op de aan de nv Infrabel te factureren jaarbedragen, noch op de totale kost voor het onderhoudscontract.

De verwerende partij betwist ook dat Ansaldo een meetsysteem met slechts 7 LRU's als uitgangspunt zou hebben genomen voor de berekening van de kost voor het onderhoudscontract. De meetpost van Ansaldo (Pegasus-systeem) bestaat uit 16 LRU's, wat dus vergelijkbaar is met de 19 LRU's van het meetsysteem van de verzoekende partij. Ansaldo zou een vervulde lijst met al haar LRU's hebben doorgestuurd en voor diverse LRU's een prijs "0" hebben opgegeven.

De verwerende partij merkt ten slotte, wat deze post betreft, nog op dat de nodige toelichtingen naar aanleiding van de onderhandelingen werden gegeven waaronder de toelichting dat de forfaitaire kosten voor de ontbrekende LRU's in de eerste offerte werden verdeeld over de LRU's die al vermeld stonden in de eerste offerte. Bijgevolg was nader onderzoek op dit punt – door bijvoorbeeld het vragen om prijsverantwoording – volgens haar ook niet nodig.

Voorts repliceert zij nog op de bijkomende kritiek van de verzoekende partij, zoals ontwikkeld in haar memorie van wederantwoord met betrekking tot de posten ‘kost verbruik’ en ‘preventief onderhoud’.

Wat de ‘kost verbruik’ betreft, betwist de verwerende partij de bemerking van de verzoekende partij dat Ansaldo in zijn offerte geen LRU zou hebben opgenomen met betrekking tot de sensor om regen en sneeuw te detecteren. Het betreft LRU nr. 5, genaamd ‘Sonde de température extérieure’ en die meet zowel de vochtigheid als de temperatuur, in de vorm van twee sensoren – één voor vochtigheid en één voor temperatuur. De naam van dit LRU duidt weliswaar enkel op de temperatuursensor, doch omvat ook een vochtigheidssensor. Aangezien Ansaldo deze vochtigheidssensor pas heeft opgenomen in zijn BAFO – in het licht van de met de nv Infrabel gevoerde onderhandelingen met betrekking tot de post ‘kost verbruik’ – werd de naam van het LRU op dat moment echter niet meer gewijzigd, maar het betreft wel degelijk een LRU met een temperatuursensor én een vochtigheidssensor. Bij het systeem van de verzoekende partij gebeurt bijstelling van de verwarming enkel in functie van de omgevingstemperatuur en niet – zoals het systeem van Ansaldo – ook in functie van de vochtigheid.

Wat de post ‘preventief onderhoud’ betreft, blijft de verwerende partij erbij dat het niet zo vreemd is dat de kostprijs voor deze post in de offerte van Ansaldo 0 euro is. Bij het systeem van Ansaldo is een preventief onderhoud immers niet nodig en wordt gewerkt met een predictief onderhoud, wat inhoudt dat het waarschuwingssysteem van Ansaldo eerst een waarschuwing zal geven wanneer de tussenkomst door een technicus vereist is. Dit soort van predictief onderhoud – aan de hand van waarschuwings- en alarmsignalen – wordt algemeen toegepast bij moderne(re) seininrichtingssystemen. Ansaldo heeft voorts wel degelijk het bewijs geleverd dat geen preventief onderhoud nodig is: in het kader van de onderhandelingen heeft Ansaldo zijn onderhoudsstrategie duidelijk verklaard aan de verwerende partij, ook met betrekking tot het railcontact type Frauscher RSR123. Net zoals voor dit railcontact en het defect dat in dat kader kan optreden, bestaat er voor alle andere anomalieën en fouten een specifieke foutcode die, bij het systeem van Ansaldo, wordt doorgestuurd naar het centrale onderhoudscentrum van de verwerende

partij. Bij de installatie van het prototype van dit predictief onderhoud is het systeem reeds getest en conform bevonden.

14. In haar laatste memorie blijft de verzoekende partij er in de eerste plaats bij dat artikel 21, § 3, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 wel degelijk werd geschonden. Het versturen aan de inschrijvers van een aantal “Requests for Quotation” kan moeilijk omschreven worden als het voeren van onderhandelingen. Zij wijst op het gevaar dat een aanbestedende overheid opteert voor de onderhandelingsprocedure om op die manier de strenge bepalingen van onder meer het voormelde artikel 21, § 3, te omzeilen.

Wat de schending van artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 en van de algemene zorgvuldigheidsplicht betreft, merkt de verzoekende partij nog op dat het in de eerste plaats uit veiligheidsoverwegingen van belang was dat de verwerende partij zorgvuldig zou nagaan of de prijzen die door de inschrijvers voor post 70 ‘herstelling op 20 jaar’ werden opgegeven, wel realistisch waren. De “meetposten voor de detectie van warme asbussen” waarop de opdracht betrekking heeft, dienen om de veiligheid van het spoorwegennet te vergroten, aangezien ze ertoe bijdragen ontsporingen te voorkomen.

Voorts blijft zij erbij dat ook Ansaldo net zoals zij tot haar prijs is gekomen door het aantal LRU's te vermenigvuldigen met een factor MTBF. De bewering van de verwerende partij in haar laatste memorie dat de MTBF geen enkele invloed uitoefent op de prijzen is weinig geloofwaardig en in tegenstrijd met de tabel 2 van “Bijlage 5: garantie en onderhoudscontract”, waarin ook de MTBF voor elk onderdeel dient te worden vermeld, wat inhoudt dat de MTBF wel degelijk zijn weerslag heeft op de eenheidsprijs per onderdeel. Indien niet wordt uitgegaan van de “gemiddelde levensduur van het onderdeel zonder herstelling/onderhoud”, kan ook niet worden bepaald wanneer een onderdeel moet worden hersteld of vervangen, en kan ook geen prijs worden bepaald. En zelfs al zou de MTBF geen enkele invloed hebben gehad op de prijsbepaling door Ansaldo, dan nog blijft het onduidelijk hoe deze dan wel tot haar prijs is gekomen.

Ook de uitleg van de verwerende partij dat de kosten voor het onderhoud en de herstelling over 20 jaar voor de ontbrekende LRU's werden verdeeld over de LRU's die wel waren opgenomen in de offerte overtuigt de verzoekende partij niet: "Waarom kon Ansaldo STS immers niet gewoon per 'LRU' de eenheidsprijs opgeven, in plaats van die prijs voor de in de offerte ontbrekende 'LRU's' naar verwerende partij beweert te voegen bij de prijs van de 'LRU's' die wel in de offerte vermeld werden? En hoe kan men dan nog de juistheid van die prijs nagaan, als niet eens duidelijk is welke prijs bij welke gevoegd werd?" Volgens de verzoekende partij wijst alles erop dat Ansaldo de ontbrekende onderdelen helemaal niet in aanmerking heeft genomen voor de berekening van de prijs, en dat de verwerende partij met een toch wel erg twijfelachtige verklaring genoegen heeft genomen.

Ook blijft de verzoekende partij erbij dat de uitleg inzake een doorgedreven gebruik van gerecycleerde onderdelen voor de lage prijs voor deze post evenmin het aanzienlijk prijsverschil kan verklaren. Zij herhaalt dat zij zelf eveneens gebruikmaakt van gerecycleerde onderdelen, en dat de praktijk bovendien leert dat nieuwe onderdelen vaak goedkoper uitvallen dan gerecycleerde.

Zij merkt tevens opnieuw op dat de bewering van de verwerende partij in dit kader dat het systeem van Ansaldo "technologisch verfijnder" zou zijn, merkwaardig is nu het systeem van Ansaldo bij de beoordeling van het eerste gunningscriterium, met een gewicht van 70 %, juist technisch inferieur werd geacht ten opzichte van de systemen van de twee andere inschrijvers.

Ook wat de posten 'preventief onderhoud', 'vervanging 5 % LRU op 20 jaar', en 'kost verbruik' betreft, blijft de verzoekende partij er in haar laatste memorie bij dat de verwerende partij de prijzen aangeboden door Ansaldo niet op een zorgvuldige manier heeft onderzocht. Zij verwijst naar haar memorie van wederantwoord, doch merkt nog het volgende op voor de posten 'preventief onderhoud' en 'kost verbruik'.

Wat de nulprijs voor de post preventief onderhoud betreft, benadrukt zij dat ook een zuiver predictief onderhoud zijn kostprijs heeft. Zo wijst zij erop dat ook een kostprijs moet in rekening worden gebracht in het geval er moet worden ingegrepen als er door het systeem een waarschuwing wordt gegeven, dat ook het waarschuwingssysteem zelf geregeld op zijn functioneren moet worden nagekeken en dat dit ook zijn kostprijs heeft en dat het moeilijk voorstelbaar is dat ook bij een predictief systeem niet minstens voor sommige onderdelen op vaste, vooraf bepaalde tijdstippen een signaal wordt gegeven dat een onderhoud of nazicht noodzakelijk is.

Wat de post ‘verbruik’ betreft, merkt zij nog op dat het feit dat zelfs al zou het systeem van Ansaldo over een vochtigheidssensor beschikken dit op zich nog niet het aanzienlijke verschil in prijs voor het verbruik kan verklaren. De verbruikskost wordt trouwens niet alleen door de verwarming bepaald. Zij vermoedt daarom dat Ansaldo voor de berekening van de verbruikskost eens te meer een heleboel LRU’s heeft weggelaten.

Zij herinnert er ten slotte aan dat het systeem van Ansaldo eigenlijk niet in overeenstemming is met de eisen die door verwerende partij gesteld werden. Volgens de opdracht moest er rekening worden gehouden met de temperatuur van klasse T1 – temperatuur tussen -25°C en +40°C – terwijl het systeem van Ansaldo voldoet aan klasse T2 – temperatuur tussen -40°C en +35°C.

Beoordeling

15. De in het geding zijnde opdracht wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking en wordt door de verwerende partij gekwalificeerd als een opdracht in de nutssectoren, kwalificatie die door de verzoekende partij niet wordt betwist.

De artikelen 21, § 3, en 98, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, die handelen over de procedure inzake abnormale prijzenonderzoek, zijn niet van toepassing op een onderhandelingsprocedure, wat de verzoekende partij ook niet betwist.

Dit doet echter niets af aan de plicht voor een aanbestedende overheid om ook bij een onderhandelingsprocedure de regelmatigheid van een offerte na te gaan en één van de elementen van regelmatigheid is dat de offerte geen abnormale prijzen bevat.

Voorts onderwerpt de aanbestedende overheid krachtens artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 de ingediende offertes aan een prijsonderzoek. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de procedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken. Die bepaling is van toepassing ongeacht de gunningsprocedure.

Ook rust op de aanbestedende overheid, bij het nemen van haar beslissing of zij al dan niet de abnormaliteit van prijzen onderzoekt, en bij dat onderzoek zelf, een zorgvuldigheidplicht.

De vraag rijst hier dan ook of de verwerende partij de totaalprijs van de offerte van Ansaldo en haar prijzen voor de posten, waaronder post 70, als normale prijzen mocht beschouwen, zonder daarbij haar verplichtingen te schenden.

16. De verwerende partij heeft de opdracht geraamd op 18.560.000 euro. De volgende biedingen worden ontvangen: Ansaldo: 5.487.674 euro, Clearsy: 8.195.139 euro en de verzoekende partij: 8.074.577 euro. De prijzen wijken onderling sterk van elkaar af en alle inschrijvers – doch die van Ansaldo duidelijk het sterkst – van de raming van de verwerende partij. De aangeboden totaalprijzen bedragen respectievelijk 29,5%, 44% en 43,5% van de raming.

De prijzen die door de drie inschrijvers werden aangeboden per post, zijn de volgende:

	Ansaldo	Clearsy	Voestalpine
post 10 (meetpost indoor meting)	2.522.000,00 €	2.029.485,00 €	2.076.360,00 €
post 20 (meetpost outdoor meting)	1.419.600,00 €	1.334.964,00 €	1.207.640,00 €
post 30 (prototype-materiaal)	80.000,00 €	79.140,00 €	43.130,00 €
post 40 (prototype-ontwikkeling)	45.000,00 €	39.320,00 €	58.241,00 €
post 50 (documentatie)	30.000,00 €	17.510,00 €	12.000,00 €
post 60 (opleiding)	15.000,00 €	7.250,00 €	7.500,00 €
post 70 (herstelling op 20 jaar)	1.061.640,00 €	3.963.600,00 €	3.239.870,00 €
post 80 (reservematerieel)	117.200,00 €	100.616,00 €	148.829,00 €
post preventief onderhoud	0,00 €	217.056,00 €	265.980,00 €
post vervanging 5 % LRU op 20 jaar	93.400,00 €	181.224,00 €	290.092,00 €
post kost verbruik	103.834,00 €	224.974,00 €	724.935,00 €

Met de verzoekende partij mag worden vastgesteld dat “alleen al voor post 70” het verschil tussen de prijs opgegeven door Ansaldo, enerzijds, en door de verzoekende partij en Clearsy, anderzijds, zeer aanzienlijk is.

17. De verwerende partij meent echter dat het totale inschrijvingsbedrag alsook de afzonderlijke prijzen voor de bekritiseerde posten geen schijn van abnormaliteit vertonen en zij dan ook niet “op basis van artikel 21, § 1 KB Plaatsing speciale sectoren 16 juli 2012 of de op haar rustende

algemene zorgvuldigheidsplicht [...] gehouden was tot het stellen van een vraag om prijsverantwoording aan de gekozen inschrijver Ansaldo”.

Zij stelt dat, gelet op de economische crisis waardoor bepaalde inschrijvers zouden inschrijven met zeer concurrentiële prijzen, het verschil in de geboden totaalprijzen niet hoeft te verbazen en dat er geen reden is om aan te nemen dat de prijs van de offerte van de verzoekende partij als referentie zou moeten gelden voor de beoordeling van het normale karakter van de inschrijvingsprijzen.

Er blijft echter hoe dan ook een groot verschil van meer dan 2,5 miljoen euro tussen de totaalprijs van Ansaldo en die van de twee andere inschrijvers. Overigens wijkt de prijs van Ansaldo sterk af ten opzichte van de eigen raming van de verwerende partij van de opdracht. Dat ook de prijzen van alle inschrijvers sterk afwijken van de raming, doet niets af aan de vaststelling dat die afwijking bij Ansaldo nog veel meer bedraagt dan bij de andere twee inschrijvers. Enige uitleg of onderzoek daarover, onder meer waarom de raming niet – langer – als een aanvaardbaar referentiepunt kan gelden, blijkt niet uit het administratief dossier. Evenmin in haar procedurestukken gaat de verwerende partij daarop in.

Ook de argumentatie van de verwerende partij met betrekking tot het beperkte risico op niet-conforme uitvoering door Ansaldo, omdat tijdens de onderhandelingen is gebleken dat de door haar aangeboden meetposten en hun onderdelen “de eisen dekken die het bestek oplegt” – wat niet noodzakelijk wil zeggen dat ook de “prijzen” die eisen dekken en dus als realistisch kunnen worden aanvaard – overtuigt niet. Dat de verwerende partij bij niet-conforme levering bovendien beschikt over actiemiddelen in de zin van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken’, ontslaat de verwerende partij, zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, er evenmin van om een behoorlijk prijsonderzoek uit te voeren.

In die omstandigheden is de verwerende partij, wat de totaalprijs van de gekozen inschrijver betreft, aan haar

zorgvuldigheidsverplichting tekort gekomen door deze prijs niet op een eventuele abnormaliteit te onderzoeken – uit het administratief dossier blijkt alvast geen dergelijk onderzoek.

18. Ook met betrekking tot post 70 ‘herstelling op 20 jaar’ moet eenzelfde tekortkoming worden opgemerkt.

Het aanzienlijk lagere bedrag voor deze post in de offerte van Ansaldo – meer dan 2 miljoen met de twee andere inschrijvers – zou volgens de verwerende partij hoofdzakelijk voortvloeien uit “de doorgedreven toepassing van recyclage van (sub)onderdelen van de LRU’s” bij het herstel of de vervanging van de te leveren meetposten, wat door Ansaldo nadrukkelijk zou zijn toegelicht en aangetoond tijdens de gevoerde onderhandelingen. De toepassing van deze “recyclage” zou verklaren “dat de aankoopprijs zo goed als identiek is voor de verschillende inschrijvers maar de herstellingsprijzen beduidend lager bij Ansaldo”. Ook wat de post ‘vervanging 5% LRU op 20 jaar’ betreft doet de verwerende partij in haar memorie van antwoord gelden dat Ansaldo tijdens de onderhandelingen heeft aangegeven dat bij het door haar aangeboden systeem – Pegasus-systeem – de beschadigde of defecte onderdelen niet in hun geheel moeten worden vervangen door nieuwe “maar wel door gerecycleerde onderdelen (enkel die componenten waarvan geen gerecycleerde componenten voorhanden zijn moeten dan worden vervangen door nieuwe componenten)”, wat een aanzienlijke besparing inhoudt.

Van die voormelde door Ansaldo gegeven uitleg tijdens de onderhandelingen is geen neerslag te vinden in het administratief dossier; ook wordt daarover niets vermeld in het gunningsverslag of de bestreden beslissing. De verwerende partij verwijst hieromtrent ook niet naar bepaalde stukken.

De verwerende partij gaat ook in de laatste memorie niet in op de repliek van de verzoekende partij dat ook zij een beroep doet op gerecycleerde onderdelen, dat de prijs ervan niet altijd goedkoper uitvalt dan nieuwe onderdelen, en dat trouwens nooit helemaal van te voren kan worden bepaald wat het aandeel zal zijn van de gerecycleerde onderdelen in het totaal aantal onderdelen dat moet worden vervangen op 20 jaar.

Ansaldo geeft bovendien wat de prijsberekening voor de post van het onderhoudscontract betreft in haar tabellen 2 en 2bis per “LRU” slechts een forfaitaire jaarlijkse prijs op voor de eerste 7 LRU’s en bij de andere 9 LRU’s wordt geen prijs ingevuld. De verwerende partij bevestigt dit, doch licht toe dat de kostprijs voor de post 70 bij Ansaldo wel degelijk “het onderhoud / het herstel van alle LRU’s van een meetpost [omvat] gedurende de totale looptijd van het contract” wat zij aanneemt op grond van de uitleg die Ansaldo haar zou hebben gegeven tijdens de onderhandelingen, doch waarvan ook geen neerslag te vinden is in het administratief dossier, namelijk dat “de forfaitaire kosten voor de ontbrekende LRU’s in de eerste offerte werden verdeeld over de LRU’s die al vermeld stonden in de eerste offerte”.

Uit de vergelijking van de bijlage “Fichier TCO” van Ansaldo bij de RFQ nr.3 en haar latere offertes, blijkt dat zij bij haar eerste offerte in de tabel 2bis “reparation/renouvellement 20 ans” voor de 7 LRU’s een jaarlijkse forfaitaire eenheidsprijs opgaf per LRU die laag was maar zelfs toch nog hoger dan de nog lagere bedragen die zij in haar tweede en laatste BAFO-offerte opgaf. De uitleg dat de forfaitaire kosten voor de ontbrekende LRU’s in de “vervolledigde” tabel werden verdeeld over de al in de eerste offerte vermelde LRU’s komt dat ook bevreemdend over en valt niet onmiddellijk te begrijpen. Alleszins kan zelfs niet uit de door Ansaldo ingevulde lijsten worden opgemaakt of met de aanduiding “– €” een nulprijs wordt bedoeld dan wel of die prijs is inbegrepen in de andere LRU’s en dewelke.

Uit het dossier blijkt niet dat de verwerende partij deze eenheidsprijzen voor post 70, noch die in verband met de eerste zeven LRU’s, noch waarom voor de 9 andere LRU’s geen eenheidsprijs werd opgegeven, op enige wijze heeft onderzocht. In haar laatste memorie verwijst zij enkel naar de voormelde bevreemdende uitleg, die Ansaldo zou hebben gegeven tijdens de onderhandelingen, maar waarvan zoals opgemerkt geen neerslag wordt teruggevonden in het administratief dossier, althans wordt deze niet door de verwerende partij aangegeven.

Gelet op de gegeven omstandigheden diende de prijs voor post 70 door de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure aan een regelmatigheidsonderzoek te worden onderworpen.

19. Voorgaande vaststellingen wat de door de gekozen inschrijver geboden totaalprijs en prijs voor post 70 betreft, volstaan om aan te nemen dat de verwerende partij dan ook niet aantoonde dat wat deze prijzen betreft, “verder onderzoek [...] door bv. het vragen om prijsverantwoording” niet nodig was. Van een zorgvuldig handelende overheid dient te worden verwacht dat zij dergelijk groot prijsverschil – waarover minstens een schijn van abnormaliteit hangt en dienvolgens een vermoeden van onregelmatigheid van de offerte – niet onopgemerkt en onbesproken laat en zorgvuldig onderzoekt. De weinige toelichtingen tijdens de onderhandelingen waarnaar de verwerende partij had gevraagd en verwijst en waarvan wel een spoor zou kunnen worden teruggevonden in het dossier volstaan niet, om die twijfel te doen wegnemen en te mogen besluiten dat “verder onderzoek op dit punt” niet nodig was.

Het tweede middel is in de besproken mate gegrond.

V. Kosten

20.1. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij zou worden veroordeeld tot betaling van de rolrechten ten belope van 400 euro en van een rechtsplegingsvergoeding van 2.800 euro, verhoogd met 20% gelet op de vordering tot schorsing.

20.2. Aangezien de vordering tot schorsing als onontvankelijk werd afgewezen, louter door toedoen van de verzoekende partij die niet de wettelijk voorgeschreven procedure volgde, wordt zij verwezen in haar eigen kosten wat de vordering tot schorsing betreft.

Wat het annulatieberoep betreft, voert de verzoekende partij geen bijzondere redenen aan om, wat de rechtsplegingsvergoeding betreft, van het basisbedrag van 700 euro af te wijken.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de nv Infrabel van 23 februari 2015 waarbij de opdracht van levering van meetposten voor warme asbussen (dossier 04C/291108) wordt gegund aan Ansaldo STS.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing, begroot op een rolrecht van 200 euro.

De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest