RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 238.840 van 14 juli 2017
in de zaak A. 222.522/XII-8398

In zake: de NV BOMBARDIER TRANSPORTATION BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpensesteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Hans Plancke
en Heleen De Bock
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de SA CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR
DE FERROCARRILES
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Lieven Peeters, William Timmermans
en Christophe Ronse
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86C bus 414
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 28 juni 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "[d]e beslissing van [de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn] van 13 juni 2017, zoals

gecommuniceerd per mail d.d. 13 juni 2016 en per brief, die gebaseerd is op enerzijds het gunningsverslag van 12 september 2016 en anderzijds de nota van 15 februari 2017 (‘Beoordelingsverslag van 15-02-2017 met inbegrip van bijkomende toelichting naar aanleiding van het arrest van de Raad van State nr. 236.575 van 29 november 2016, waarin wordt beslist om de opdracht voor de ‘levering van ca. 146 lagevloer trams voor entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, incl. strategische wisselstukken’ te gunnen aan Const[r]ucciones y Auxiliar de Ferrocarriles’) en waarbij verwerende partij dus oordeelt dat de offerte van [de nv Bombardier Transportation Belgium] niet de meest voordelige regelmatige offerte is”.

In fine van het verzoekschrift vraagt de verzoekende partij, in ondergeschikte orde, de Raad van State ook voorlopige maatregelen op te leggen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 juli 2017 heeft de sa Construcciones y Auxiliar De Ferrocarriles gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 juli 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Virginie Dor, Youri Musschebroeck en Lisbeth Depypere, *loco* advocaat Tom Heremans, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Hans Plancke en Barteld Schutyser, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten William Timmermans, Caroline De Mulder, *loco* advocaat Christophe Ronse, en Julien Gaul, *loco* advocaat Lieven Peeters, die verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft in 2014 een overheidsopdracht van leveringen uit, in de aankondiging genaamd "PG0447-00117A-263/SS/CR - Levering van ca. 146 lage-vloertrams op meterspoor voor de entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen".

In het bestek en in de volgende stukken gebruikt de verwerende partij als benaming "Levering van ca. 146 lagevloertrams op meterspoor voor de entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, inclusief strategische wisselstukken".

De opdracht wordt door de aanbestedende dienst gekwalificeerd als een opdracht met betrekking tot de speciale sectoren, en wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht wordt op 19 februari 2014 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 4 maart 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming is tot 17 april 2014 om 11.00 uur ((punt IV.3.4) van de aankondiging).

3.2. Zeven kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de sa Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (hierna: CAF), dienen een aanvraag tot deelneming in.

Zes van deze kandidaten, waaronder de verzoekende partij en CAF, worden op 1 oktober 2014 geselecteerd. Dit wordt hun volgens de nota en het gunningsverslag van 12 september 2016 meegedeeld met een aangetekende brief van 9 oktober 2014.

De verzoekende partij en CAF dienen elk een – eerste – offerte in. De andere geselecteerde kandidaten hadden eerder medegedeeld dat zij geen offerte zouden indienen.

3.3. In het schorsingsarrest van de Raad van State, nr. 236.575 van 29 november 2016, gewezen tussen de huidige in het geding zijnde partijen, wordt na de randnummers 3.3 tot en met 3.12 het nader verloop van de daaropvolgende procedure weergegeven.

3.4. Bij brieven van 16 februari 2016 worden beide voormelde inschrijvers uitgenodigd voor de onderhandelingen. Deze onderhandelingen vinden plaats op 29 februari 2016 respectievelijk 2 maart 2016.

3.5. De verzoekende partij en CAF dienen vervolgens elk een BAFO in.

3.6. In een gunningsverslag van 12 september 2016 wordt vastgesteld dat beide BAFO's volledig en formeel regelmatig zijn wat het administratief en technisch deel betreft en in overeenstemming zijn met de essentiële besteks-bepalingen. Voor beide inschrijvers worden enkele afwijkingen vastgesteld maar deze hebben volgens het verslag geen betrekking op essentiële bepalingen van het bestek.

Ook wat het financieel deel van de BAFO's betreft, wordt vastgesteld dat deze volledig en formeel regelmatig zijn en in overeenstemming met de essentiële besteksbepalingen. Bij beide inschrijvers wordt inzake de POH de opgegeven kostprijs voor het preventief onderhoud geverifieerd aan de hand

van de opgevraagde en overgemaakte gedetailleerde berekeningstabel waarin per onderhoudsactiviteit in de Excel-file van het onderhoudsprogramma “de bijdrage” van “deze activiteit” in de kostprijs voor het preventief onderhoud diende te worden aangevuld. Deze verificatie gaf aanleiding tot een aantal rekenkundige correcties.

Een omstandige beoordeling van de BAFO’s aan de hand van de diverse (sub)(sub)gunningscriteria, leidt tot de volgende scores voor het technisch criterium: 33,29 op 45 punten voor CAF en 33,41 op 45 punten voor de verzoekende partij en voor het financieel criterium: 55 punten voor CAF (de maximum score) en 52,18 voor de verzoekende partij. De totale score komt op 88,29 voor CAF en 85,59 voor de verzoekende partij. Bijgevolg wordt aan de raad van bestuur van de verwerende partij voorgesteld om de opdracht aan CAF te gunnen.

3.7. Op 5 oktober 2016 neemt de verwerende partij de “formele gunningsbeslissing”, waarbij zij de opdracht gunt aan CAF “voor een bedrag van 294 861 599,92 euro (excl. strategische wisselstukken), op grond van de materiële en formele motieven en finale rangschikking zoals uitgebreid toegelicht door de beoordelingscommissie en vervolgens weergegeven in het gunningsverslag in bijlage (motieven en rangschikking die de raad van bestuur zich integraal eigen maakt)”.

3.8. Bij arrest nr. 236.575 van 29 november 2016 beveelt de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de laatstgenoemde beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 5 oktober 2016 waarbij wordt besloten om de opdracht voor “het leveren van ca. 146 lagevloertrams op meterspoor voor de entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, inclusief strategische wisselstukken” te gunnen aan CAF.

Volgens de Raad van State blijkt op het eerste gezicht niet dat, minstens afdoende, werd nagegaan in hoeverre de door de inschrijvers aangeboden

preventieve onderhoudsprogramma's, mede bepalend voor de kostprijs van preventief onderhoud, uitgaan van een realistische inschatting ervan. Voorts lijkt het volgens de Raad evenmin dat de verwerende partij heeft nagegaan of de door de inschrijvers gedane opgave van gebreken A en B op realistische elementen is gesteund.

3.9. Na het voormelde schorsingsarrest wordt op 15 februari 2017 een aanvullend gunningsverslag opgesteld waarin de inhoud van het gunningsverslag van 12 september 2016 wordt bevestigd en in het aanvullend gunningsverslag als expliciet hernomen wordt beschouwd, en waarbij het realistisch karakter van de onderhoudsprogramma's en de door de inschrijvers opgegeven aantallen/lijsten gebreken klasse A en B wordt gevalideerd. De beoordelingscommissie stelt voor om de BAFO's van de verzoekende partij en CAF als volledig en formeel regelmatig te verklaren en om de BAFO van CAF als de economisch meest voordelige aan te merken aangezien deze met een totaalscore van 88,29 op 100 als eerste wordt gerangschikt vóór de BAFO van de verzoekende partij, die een totaalscore van 85,59 punten behaalt.

3.10. De verwerende partij heeft over dit aanvullend beoordelingsverslag ook een "*second opinion*" gevraagd aan de Nederlandse firma EK Rail Projecten & Advies. Deze "*second opinion*" werd uitgevoerd door Ir. Erik Jan Kip en gecontroleerd door Ir. Felix Chang. Beiden hebben volgens de nota jaren ervaring in de sector van het rollend materieel. Deze "*second opinion*" van 10 maart 2017 bevat in de samenvatting de volgende "belangrijkste conclusies uit het onderzoek" :

> "1. De gehanteerde procedure is doeltreffend. Ze is gangbaar en transparant. De procedure wordt door De Lijn op zorgvuldige wijze gevolgd en is identiek aan de procedure van eerdere, succesvol uitgevoerde overheidsopdrachten. De procedure bevat voldoende waarborgen om te zorgen dat de constructeurs op eenduidige wijze beoordeeld worden. Er zijn geen belemmeringen vastgesteld die het onmogelijk maken om binnen de lopende procedures tegemoet te komen aan de opmerkingen van de Raad van State.
> 2. De bijkomende toelichting op het gunningsverslag bevat de juiste onderwerpen. Alle in het arrest van de Raad van State genoemde

grote elementen komen expliciet en duidelijk traceerbaar aan de orde.

3. De bijkomende toelichting is voor beide punten (A/B-fouten en onderhoudsprogramma) een verbetering. De bijkomende toelichting beargumenteert duidelijk dat de constructeurs in staat kunnen worden geacht plausibele opgaven te doen voor zowel de onderhoudsprogramma's als voor het aantal te verwachten gebreken. De kans dat het beoordelingsverslag een toets der kritiek niet zou weerstaan is hiermee verkleind.
4. Vertrouwelijke informatie van De Lijn, ingezien door het beoordelingsteam, ondersteunt duidelijk dat de door de constructeurs opgegeven waardes niet markant afwijken van ervaringsgetallen uit eerdere projecten. Dit geldt zowel voor het aantal gebreken klasse A als voor de te verwachten kosten voor preventief onderhoud."

Dit komt overeen met de volgende "hoofdconclusies" *in fine* :

"Conclusie 1: De gehanteerde procedure is doeltreffend. Ze is gangbaar en transparant. De procedure wordt door De Lijn op zorgvuldige wijze gevolgd en is identiek aan de procedure van eerdere, succesvol uitgevoerde overheidsopdrachten. De procedure bevat voldoende waarborgen om te zorgen dat de constructeurs op eenduidige wijze beoordeeld worden. Er zijn geen belemmeringen vastgesteld die het onmogelijk maken om binnen de lopende procedures tegemoet te komen aan de opmerkingen van de Raad van State.
Conclusie 2: De bijkomende toelichting op het gunningsverslag bevat de juiste onderwerpen. Alle in het arrest van de Raad van State genoemde grote elementen komen expliciet en duidelijk traceerbaar aan de orde.
Conclusie 3: Aanvulling 1 van de bijkomende toelichting op het gunningsverslag verbetert de onderbouwing van het realistisch karakter van het opgegeven aantal gebreken. De aangedragen proceselementen verhogen het inzicht dat de constructeurs in staat kunnen worden geacht een plausibele opgave te doen.
Aanvulling 1 onderbouwt sterk dat constructeurs een plausibele opgave kunnen doen. Inzage in ervaringsgetallen van De Lijn leerde daarnaast dat de door de constructeurs opgegeven waardes inderdaad niet markant af lijken te wijken van waardes uit het verleden.
Conclusie 4: Aanvulling 2 van de bijkomende toelichting op het gunningsverslag verbetert de onderbouwing van het realistisch karakter van de onderhoudsprogramma's. De aangedragen proceselementen verhogen het inzicht dat de constructeurs in staat kunnen worden geacht een plausibele opgave te doen.
Aanvulling 2 onderbouwt sterk dat constructeurs een plausibele opgave kunnen doen. Inzage in ervaringsgetallen van De Lijn leerde daarnaast dat de door de constructeurs opgegeven waardes inderdaad niet markant af lijken te wijken van waardes uit het verleden."

3.11. In een nota aan de raad van bestuur van De Lijn wordt dit voorstel hernomen na onder meer de volgende samenvatting van het aanvullend gunningsverslag en de "*second opinion*" :

> "5.6. Aanvullend gunningsverslag van 15-02-2017 en voorstel van Formele Gunningsbeslissing
> Op basis van het oordeel van de Raad van State in het arrest nr. 236.575 van 29 november 2016 heeft de beoordelingscommissie binnen De Lijn een aanvullend gunningsverslag opgesteld, waarin de inhoud van het gunningsverslag van 12 september 2016 wordt bevestigd en in het aanvullend gunningsverslag als expliciet hernomen moet worden beschouwd.
> Het gunningsverslag van 12 september 2016 werd meer bepaald aangevuld met de resultaten van het door de beoordelingscommissie uitgevoerde specifieke onderzoek naar de vraag of (i) de opgegeven aantallen/lijsten A- en B-fouten, en (ii) de Onderhoudsprogramma's een realistisch karakter hebben. De resultaten van het voormelde onderzoek zijn, samengevat, de volgende:
> - 'De lijsten met A- en B-gebreken die in de BAFO's van de beide Inschrijvers waren opgenomen, werden in de voorgaande paragrafen op dubbele wijze gevalideerd:
>   - Ten eerste blijkt dat de beide Inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben (waarbij rekening wordt gehouden met de informatie uit de vele andere projecten waarbij de Inschrijvers betrokken zijn) om zelf een zorgvuldige inschatting te kunnen maken van het aantal A- en B-gebreken die zich met de aangeboden tram kunnen voordoen.
>   - Ten tweede heeft de Aanbestedende Overheid deze lijsten aan de eigen ervaringen getoetst. Uit deze globale beoordeling is gebleken dat deze lijsten zorgvuldig werden opgesteld, telkens rekening houdend met het technische specificaties van de aangeboden tram. Aan de meest voorkomende gebreken is telkens voldoende aandacht besteed.'
> - 'De Onderhoudsprogramma's die in de BAFO's van de beide Inschrijvers zijn opgenomen, werden in de voorgaande paragrafen op dubbele wijze gevalideerd:
>   - Ten eerste blijkt dat de beide Inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben (waarbij rekening wordt gehouden met de informatie uit de vele andere projecten waarbij de Inschrijvers betrokken zijn) om zelf een betrouwbaar en realistisch Onderhoudsprogramma op te stellen.
>   - Ten tweede heeft de Aanbestedende Overheid deze Onderhoudsprogramma's aan de voorwaarden uit het Bestek en de eigen ervaringen getoetst. Uit deze globale beoordeling is gebleken dat deze Onderhoudsprogramma's zorgvuldig werden opgesteld, telkens rekening houdend met het technische

specificaties van de aangeboden tram en de voorwaarden uit het Bestek.'

De Lijn heeft beslist dit aanvullend gunningsverslag en de hiermee verband houdende passages uit het gunningsverslag van 12 september 2016 voor een second opinion aan een externe dienstverlener, de Nederlandse firma EK Rail, voor te leggen. Deze externe dienstverlener heeft het aanvullend gunningsverslag bijgetreden, en geoordeeld dat de gunningsprocedure zoals voorzien in het Bestek correct werd toegepast en dat voor wat betreft de gunningscriteria preventief onderhoud en de bedrijfszekerheid een correcte beoordeling werd uitgevoerd.

De beoordeling aan de hand van de gunningscriteria en de resultaten van deze beoordeling, zoals weergegeven onder paragraaf 5.4. worden bijgevolg door de beoordelingscommissie bevestigd.

Op basis van de totale scores voor het Technisch en Financieel Criterium heeft de beoordelingscommissie dan ook vastgesteld dat de BAFO van s.a. Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) de economisch meest voordelige BAFO is."

3.12. Op 13 juni 2017 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij onder meer om de voormelde in haar uitvoering geschorste beslissing van 5 oktober 2016 in te trekken, om "zich de motieven, zoals opgenomen in het voorgelegde gunningsverslag van 12 september 2016 (en opgenomen als bijlage bij deze beslissing) en het aanvullend gunningsverslag van 15 februari 2017, eigen te maken", om "dienvolgens de BAFO's van de Inschrijvers s.a. Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) en nv Bombardier Transportation Belgium zoals ingediend op 1 juli 2016 […] volledig en regelmatig te verklaren" en om "dienvolgens, de Opdracht voor het leveren van ca. 146 lagevloertrams op meterspoor voor de entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, inclusief Strategische Wisselstukken, gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen op 19 februari 2014 en in het Europees Publicatieblad op 4 maart 2014, en zoals gewijzigd door het terechtwijzend bericht 1 d.d. 22 oktober 2015 en in het terechtwijzend bericht 2 d.d. 15 april 2016, middels een 'Formele Gunningsbeslissing' zoals bedoeld in Deel 1-v), stap 9 van het Bestek te gunnen aan s.a. Construcciones y Auxiliar de Ferrocariles (CAF) voor een bedrag van 294 861 599,92 euro (excl. strategische wisselstukken), op grond van de materiële en formele motieven en finale rangschikking zoals uitgebreid toegelicht door de beoordelingscommissie en vervolgens weergegeven in het gunningsverslag in bijlage (motieven en rangschikking die de raad van bestuur zich integraal eigen

maakt)".

Deze gunningsbeslissing is de bestreden beslissing.

3.13. Bij e-mailbericht en blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 13 juni 2017 wordt deze gunningsbeslissing van 13 juni 2017, het gunningsverslag van 12 september 2016 en het aanvullend gunningsverslag van 15 februari 2017 aan de verzoekende partij meegedeeld.

3.14. Na enige briefwisseling tussen de verzoekende partij en de verwerende partij wordt op 28 juni 2017 bij de Raad van State de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

IV. Tussenkomst

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

V. Vertrouwelijkheid

5.1. De verzoekende, de verwerende en de tussenkomende partij vragen de vertrouwelijke behandeling van een aantal stukken.

"Gelet op het probleem inzake het octrooi" vraagt de verzoekende partij wel dat de vertrouwelijkheid van de offerte van CAF gedeeltelijk wordt gelicht "wat betreft de plannen van de wielstellen, alsook de technische specificaties waarin de door CAF aangeboden wielstellen (en starre assen) worden omschreven", blijkbaar de onderdelen van de offerte van CAF waaruit zou blijken dat zij werkt met starre assen voor de wielstellen.

5.2. Te dezen moet worden vastgesteld dat de stukken waarvan de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd door de verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij afzonderlijk zijn neergelegd, dat de vertrouwelijkheid ervan uitdrukkelijk is aangegeven en dat motieven voor die vraag worden weergeven in het verzoekschrift respectievelijk de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst. Formeel lijkt de vraag tot vertrouwelijke behandeling bijgevolg correct gesteld.

Er is in de huidige stand van het geding geen reden om in te gaan op de vraag van de verzoekende partij om de vertrouwelijkheid te lichten van de door haar aangewezen stukken.

Er moet immers worden opgemerkt dat deze vraag enkel lijkt gesteld in het kader van het tweede middel, dat echter, zoals verder zal blijken, verworpen kan worden zonder dat inzage in die stukken nodig lijkt voor de oplossing van het geschil.

Overigens is het voorts niet raadzaam om, zeker in een geding zoals het onderhavige met sterke technische inslag, reeds in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid – en dus zonder diepgaand onderzoek – de vertrouwelijkheid te lichten, wegens de dreiging daardoor ingrijpende en niet omkeerbare gevolgen voor het zakengeheim van de betrokken inschrijvers te bewerkstelligen.

Aangezien te dezen de voormelde stukken, waarvoor de vertrouwelijke behandeling wordt gevraagd en in de huidige stand van het geding aanvaard, volledig werden meegedeeld aan de Raad van State, kan de Raad deze voorts zelf wel in zijn beoordeling betrekken.

In de mate waarin bij de feiten *supra* weergegeven of bij de bespreking van de middelen stukken ter sprake komen die voorlopig vertrouwelijk worden gehouden, wordt enkel de inhoud ervan weergegeven zoals deze blijkt uit

andere niet-vertrouwelijke stukken, uit het verzoekschrift, de nota of het verzoekschrift tot tussenkomst en waarbij de betrokken partij dus in die mate zelf de ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken heeft gelicht of in de mate dat dit evident niet-vertrouwelijke gegevens betreft.

VI. Schorsingsvoorwaarden

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

6.2. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ van toepassing, zoals laatst gewijzigd bij de wet van 16 februari 2017 (hierna: de wet van 17 juni 2013).

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

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

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd, dan wel een klaarblijkelijke

onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

7. Voorafgaandelijk valt op te merken dat een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk dient te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die, zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

De verzoekende partij verwoordt haar vordering in een uitvoerig verzoekschrift, waarbij de vier middelen, waarvan sommige bestaan uit verscheidene onderdelen en subonderdelen, worden uitgewerkt, weliswaar met handzame onderverdelingen en samenvattingen, van bladzijden 26 tot 87 of over meer dan 60 bladzijden. Zij ontwikkelt aldus een uitvoerig betoog waardoor, gelet op de contraintes van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de huidige, de Raad van State zich dient te beperken tot het beoordelen van wat zich in dat betoog *prima facie* als duidelijke grieven aandient. Tegelijk kan dan het onderzoek van de middelen ook niet anders dan beperkt zijn.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. De verzoekende partij formuleert het eerste middel als volgt :

> "Schending van :
> - De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het *patere legem* beginsel en het vertrouwensbeginsel;

- Artikel 21 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012;
- Artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012;
- De kennelijke beoordelingsfout;
- Artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, artikelen 4 en 5 van de wet betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, en de formele motiveringsplicht.

Eerste en tweede onderdeel:

Doordat De Lijn beslist om de opdracht voor de 'levering van ca. 146 lagevloer trams voor entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, incl. strategische wisselstukken' te gunnen aan CAF, na het doorlopen van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking,

En doordat De Lijn de offerte van CAF als 'volledig en formeel regelmatig beschouwt', alsook 'in overeenstemming met de essentiële bestek-bepalingen', en geen enkel prijsonderzoek heeft verricht met betrekking tot de door CAF aangeboden prijzen voor het preventieve onderhoud,

En doordat, De Lijn in haar bestek (zie onder meer 'stap 7. Beoordeling van de BAFO's' onder punt v) van het bestek (deel 1 – p. 27)) een regelmatigheidsonderzoek heeft voorzien gebaseerd op de vergelijk-baarheid van de BAFO's en daaraan de sanctie van de uitsluiting koppelt.

En artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 voorziet dat een offerte substantieel onregelmatig is wanneer zij is behept met een abnormale prijs;

En doordat, artikel 21 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 voorziet dat de aanbestedende overheid de ingediende offertes dient te onderwerpen aan een prijsonderzoek;

Eerste onderdeel:

Terwijl de offerte van CAF is behept met een abnormale prijs voor wat het preventief onderhoud betreft, minstens De Lijn desbetreffende geen prijsonderzoek heeft georganiseerd, hoewel de prijs van CAF enerzijds sterk verschilt van deze van Bombardier, en nog sterker van de prijs die CAF in het kader van de vorige overheidsopdracht (De Lijn 3) heeft aangeboden.

En terwijl De Lijn, ondanks het arrest van de Raad van State van 29 november 2016 (waarin wordt bevestigd dat De Lijn diende na te gaan of de aangeboden onderhoudsprogramma's en de daaraan verbonden totale kost van het preventief onderhoud op realistische elementen zijn gesteund en op een correcte wijze zijn berekend), in haar bijkomend beoordelingsverslag van 15 februari 2017 op geen enkele wijze heeft stilgestaan bij de grootteorde van de aangeboden prijzen voor het preventief onderhoud en De Lijn ook niet het initiatief heeft genomen om de inschrijvers te contacteren teneinde de noodzakelijke informatie te vergaren.

En terwijl De Lijn heeft beslist geen verzoek tot prijsverantwoording te richten naar CAF, hoewel in het beoordelingsverslag geen elementen worden aangehaald op grond waarvan De Lijn zich kan verzekeren dat de door CAF aangeboden prijs voor het preventief onderhoud realistisch is.

Tweede onderdeel (eerste subonderdeel):

Terwijl het door CAF opgegeven aantal klasse A-gebreken niet overeenstemt met de werkelijkheid en De Lijn hier geen enkel onderzoek naar heeft gedaan, hoewel CAF in vergelijking met de vorige overheidsopdracht haar aantal klasse A-gebreken maar liefst heeft gehalveerd, en de door CAF voorgestelde configuratie nog niet in productie is geweest
En terwijl De Lijn, ondanks het arrest van de Raad van State van 29 november 2016 (waarin wordt bevestigd dat De Lijn diende na te gaan of het door de inschrijvers aangegeven aantal gebreken klasse A en klasse B op aanvaardbare realistische elementen is gesteund), in haar bijkomend beoordelingsverslag van 15 februari 2017 op geen enkel wijze heeft stilgestaan bij de grootteorde van het aantal door CAF opgegeven klasse A en B fouten [en] De Lijn ook niet het initiatief heeft genomen om de inschrijvers te contacteren teneinde de noodzakelijke informatie te vergaren.
En terwijl De Lijn heeft beslist geen verzoek tot verantwoording te richten naar CAF, hoewel uit het beoordelingsverslag geen elementen worden aangehaald op grond waarvan De Lijn zich kan verzekeren dat het door CAF aangeboden klasse A en B fouten realistisch is.
Tweede onderdeel (tweede subonderdeel)
En terwijl, in de offerte (BAFO) van CAF een voorbehoud werd geformuleerd, in die zin dat er algemeen 'ruimte wordt gelaten tot verdere uitwerking', hoewel De Lijn zelf in haar bestek had aangegeven dat de BAFO onvoorwaardelijk bindend moest zijn;
Derde onderdeel :
En doordat De Lijn niet motiveert waarom het aanvaardbaar zou zijn dat er 'ruimte wordt gelaten tot verdere uitwerking' en zich beperkt tot vaagheden en stijlformules, zoals het feit dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de gebondenheid door de verbintenissen.
Terwijl, De Lijn verplicht is om haar beslissingen op een afdoende manier te motiveren zodat de niet-gekozen inschrijver (Bombardier) had kunnen begrijpen waarom De Lijn deze beslissing heeft genomen.
Zodat de bestreden beslissing kennelijk in strijd is met het *patere legem* beginsel, artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en de motiveringsplicht van de aanbestedende overheid."

Dit middel wordt vervolgens omstandig uitgewerkt.

Beoordeling

Algemeen

9. In de eerste plaats benadrukt de verzoekende partij inzake het eerste en tweede onderdeel in het algemeen dat de aanbestedende overheid ook in het kader van een onderhandelingsprocedure een regelmatigheidsonderzoek moet

organiseren op grond van het gelijkheids- en het zorgvuldigheidsbeginsel, en zeker wanneer zij dit in haar bestek heeft voorgeschreven zoals te dezen het geval is via de omschrijving van "Stap 7. Beoordeling van de BAFO's" onder punt v) van deel 1 van het bestek. Zij lijkt er daarbij ook van uit te gaan dat hierdoor artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 'plaatsing overheidsopdrachten speciale sectoren' (hierna : koninklijk besluit Plaatsing) van toepassing werd.

10. Het voormelde artikel 94, dat de aanbestedende overheid verplicht de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, maakt deel uit van hoofdstuk 6 "Gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag" en is, zoals de verzoekende partij zelf erkent, als dusdanig niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure zoals te dezen.

Evenwel lijken ook bij een onderhandelingsprocedure in het bestek zelf wel een aantal regelmatigheidsvereisten te mogen worden gesteld. Hierbij lijkt niet te kunnen worden aangenomen dat de mogelijkheid om een regelmatigheidsonderzoek te voeren, beperkt zou zijn tot de gevallen waarin het bestek het voormelde artikel 94 uitdrukkelijk van toepassing verklaart of de vereisten uitdrukkelijk op straffe van nietigheid voorschrijft.

Dat het bestek te dezen in punt v) van deel 1 zelf voorziet in een regelmatigheidsonderzoek lijkt wel niet voldoende om te besluiten, zoals de verzoekende partij lijkt te doen, dat daardoor ook artikel 94 uitdrukkelijk toepasselijk werd gemaakt.

De betrokken besteksbepalingen luiden onder meer als volgt:

> "Er wordt ook getoetst of het administratief en technisch deel van de BAFO's niet afwijkt van het bestek op een wijze die de vergelijkbaarheid van de BAFO's in het gedrang kan brengen en/of waarbij de aanvaarding van deze afwijkingen zou vereisen dat het bestek op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd. De aanbestedende overheid kan ter verduidelijking of toelichting hiervan vragen stellen aan één of meer van de inschrijvers.

> De BAFO's die voor wat betreft het administratief en technisch deel op de hiervoor vermelde wijze afwijken van het bestek kunnen van verdere beoordeling worden uitgesloten."

Een analoge bepaling betreft het financieel deel van de BAFO's.

De betrokken omschrijving in het bestek lijkt trouwens ook niet samen te vallen met het voormelde artikel 94. Zo is er geen uitdrukkelijke verwijzing naar abnormale prijzen en lijkt ook het onderscheid relatieve en substantiële onregelmatigheid uit dat artikel 94 niet zonder meer te worden hernomen.

Het eerste middel lijkt dan ook niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de schending van dit artikel 94. Wel vereist het ook ingeroepen *patere legem*-beginsel dat het onderzoek van de offertes wordt gevoerd conform het bepaalde in het bestek.

Deze conclusie geldt ook in de mate dat in het tweede en het derde middel naar dit artikel 94 wordt verwezen.

11. Het staat daarbij in het kader van dit regelmatigheidsonderzoek, hierna aan de orde in het eerste en het tweede onderdeel van dit middel, alsook in het tweede en het derde middel, in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid en niet aan de Raad van State om te beoordelen of een offerte beantwoordt aan besteksbepalingen, zij het dat de Raad van State daarbij desgevraagd mag nagaan of die beoordeling steunt op in rechte aanvaardbare motieven die voortvloeien uit een zorgvuldig onderzoek en of daarbij de perken van de redelijkheid niet zijn overschreden.

Eerste onderdeel – uiteenzetting

12. In het eerste onderdeel, omstandig toegelicht op de bladzijden 31 tot 49 van haar verzoekschrift voert de verzoekende partij, in de eerste plaats en samengevat tot de essentie, aan dat de offerte van CAF substantieel onregelmatig was doordat zij abnormale prijzen heeft aangeboden voor het preventief onder-

houd, minstens dat de verwerende partij geen zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd. Zij had op grond van een zorgvuldig prijsonderzoek moeten vaststellen dat de door CAF aangeboden prijzen niet alleen sterk afwijken van de door de verzoekende partij aangeboden prijs, maar nog meer van de prijs zoals CAF had aangeboden in het kader van de vorige overheidsopdracht van de verwerende partij voor de levering van trams in 2012 (gegund aan de verzoekende partij) (hierna ook "De Lijn 3"). Als er een zorgvuldig prijsonderzoek was verricht, had moeten zijn vastgesteld dat de door CAF aangeboden prijs voor het preventief onderhoud abnormaal was, en dan had de verwerende partij een verzoek tot prijsverantwoording moeten richten aan CAF.

Eerste onderdeel – beoordeling

13. Krachtens artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing onderwerpt de aanbestedende overheid ook in een onderhandelingsprocedure de ingediende offertes aan een prijsonderzoek.

Paragraaf 3 van dit artikel, betreffende de abnormaal laag of abnormaal hoog lijkende prijzen die bij het prijsonderzoek worden vastgesteld en de door de aanbestedende overheid daarbij te volgen handelwijze, is krachtens de eerste volzin van die paragraaf echter niet van toepassing op de onderhandelingsprocedure, tenzij andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten. De verzoekende partij toont te dezen geen dergelijke bepaling in het bestek aan.

Aldus is wel artikel 21, § 1, toepasselijk maar, bij ontstentenis van andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, niet artikel 21, § 3.

Evenmin wordt in het verzoekschrift aangegeven, en er wordt ook niet *prima facie* ingezien, hoe uit de in dit middel ingeroepen grieven een schending blijkt van artikel 21, § 2, volgens welke bepaling, wanneer de opdrachtdocumenten dat voorschrijven, de aanbestedende overheid personen kan aanwijzen voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige

stukken en alle onderzoeken ter plaatse, ten einde de juistheid na te gaan van de gegevens die in het raam van het prijsonderzoek zijn verstrekt en de aanbestedende overheid de bij toepassing van dit artikel ingewonnen inlichtingen niet voor andere doeleinden mag gebruiken dan voor het prijsonderzoek.

In de mate dat het eerste middel steunt op de schending van dit artikel 21 is het dan ook enkel ontvankelijk in de mate artikel 21, § 1, bedoeld zou zijn.

Dit neemt niet weg dat ook bij de onderhandelingsprocedure de aanbestedende overheid een prijsonderzoek lijkt te mogen en moeten voeren op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. De verwerende partij beschikt daarbij als aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid om al dan niet een procedure in te zetten waarbij op zoek wordt gegaan naar de aanwezigheid van abnormale prijzen.

14. Overeenkomstig artikel 106.1 van het bestek dienden de inschrijvers de kost voor het preventief onderhoud ("POH") op te geven als onderdeel van de "Total cost of ownership".

Artikel 106.1 b), omschrijft de POH als volgt :

> "De totaalkost voor het preventief onderhoud uit te voeren door de aanbestedende Overheid POHu wordt per Tram van elke Categorie Trams bepaald als de som van:
> - de kost voor alle werkuren te besteden aan preventief onderhoud door de Aanbestedende Overheid over een periode van 20 jaar (uitgaande van een gemiddelde jaarlijkse kilometerstand van 60.000 km/Tram) overeenkomstig het ingediende Onderhoudsprogramma (cfr. Deel 3 – Artikel 39 van het Bestek), waarbij de kost van elk werkuur wordt bepaald op EUR 60;
>
> en
>
> - de kost voor wisselstukken (opgegeven kostprijs van de wisselstukken op datum van offerte [BAFO in de gecoördineerde versie van het bestek], dewelke dezelfde dient te zijn zoals opgegeven in het Onderhoudsprogramma en opgegeven in de wisselstukkenlijsten) voor preventief onderhoud uit te voeren door de Aanbestedende Overheid over een periode van 20 jaar (uitgaande van een gemiddelde jaarlijkse

kilometerstand van 60.000 km/Tram) op grond van de wisselstukkenlijst in het Onderhoudsprogramma.

De totale kost voor preventief onderhoud POH wordt bepaald door de berekende kost voor onderhoud uit te voeren door de Aanbestedende Overheid per Tram per Categorie Trams (POHu) met de respectievelijke aantallen vermeld in de tabel hierboven te vermenigvuldigen.

$POH = 62 \times POHu1 + 66 \times POHu2 + 18 \times POHu3$

De kosten voor het preventief onderhoud worden in de tabel van Deel 6 – paragraaf 1.b opgegeven (financieel deel van de offerte [BAFO in de gecoördineerde versie in het bestek]).

Het Onderhoudsprogramma dat bovenstaande totale kost van het preventief onderhoud staaft en toelaat deze te verifiëren wordt in de BAFO overeenkomstig Deel 5 – paragraaf 3.a) (administratief en technisch deel) en Deel 5 – paragraaf 4.a) (financieel deel) toegevoegd."

Artikel 0 van deel 3 van het bestek (bladzijde 3) bepaalt dat de trams zodanig worden opgevat dat onder meer het onderhoud "eenvoudig, snel en efficiënt [zou] kunnen gebeuren, tegen een minimale kostprijs".

Overeenkomstig het vijfde deel van het bestek, "1. documenten bij de offerte toe te voegen", punt p "Onderhoudsprogramma", dienen de inschrijvers zelf een onderhoudsprogramma voor preventief onderhoud aan te leveren:

"De Inschrijver moet conform Deel 5 - paragraaf 3.a) en 4.a) een volledig Onderhoudsprogramma opstellen rekening houdend met de bepalingen van Deel 3 - Artikel 39.3 en conform Deel 3 – Artikel 39.7, dat moet toelaten om de trams een maximale beschikbaarheid en betrouwbaarheid te garanderen en dit tegen een minimale kostprijs, over de voorziene levensduur van de Trams.

De Inschrijver moet eveneens een korte maar heldere beschrijving geven van de praktische samenwerking met de Aanbestedende Overheid, rekening houdende met de Specificaties en de opgegeven vorm in Deel 5 - paragraaf 3.a) en 4.a). (3.a) dient in de envelop met het administratief en technisch deel te worden toegevoegd, 4.a) dient in de envelop met het financieel deel te worden toegevoegd).

Het Onderhoudsprogramma dient te worden opgesteld voor de verschillende Schijven van de Opdracht en dient identiek te zijn over de verschillende Schijven.

Het Onderhoudsprogramma wordt door de Inschrijver ook ter beschikking gesteld in Excel-formaat (*.xls of *.xlsx)."

15. Uit het administratief dossier blijkt *prima facie* dat beide inschrijvers de POH hebben opgegeven en een onderhoudsprogramma hebben bijgevoegd. De door de inschrijvers voor POH in de BAFO opgegeven prijs was de volgende: 83.608.879,20 euro voor de verzoekende partij en 70.377.467,68 euro voor CAF. De verwerende partij heeft met een aangetekend schrijven van 24 augustus 2016 aan beide inschrijvers bijkomende informatie gevraagd aangaande het aangeleverde onderhoudsprogramma :

> "Kan u aan de hand van een gedetailleerde berekeningstabel (in Excel-formaat), gebaseerd op (en volledig conform aan) het Onderhouds-programma van Deel 5 – paragraaf 4.a zoals toegevoegd in de BAFO, verduidelijken hoe de opgegeven kost voor het preventief onderhoud van Deel 6 – paragraaf 1.b) werd berekend? De gevraagde tabel moet de Aanbestedende Overheid in staat stellen de bedragen opgenomen in Deel 6 – paragraaf 1.b) van uw BAFO te reconstrueren. Hiertoe vraagt de Aanbestedende Overheid dat u de Excel-file van het Onderhouds-programma, zoals bijgevoegd in uw BAFO van 1 juli 2016 per Categorie Trams aanvult. Per onderhoudsactiviteit (d.w.z. elke rij in de Excel-file) dient te blijken welke bijdrage deze activiteit levert tot de in Deel 6 paragraaf 1.b) in uw BAFO opgegeven som voor het Preventief Onderhoud. De gebruikte rekenmethode dient te kunnen worden zichtbaar gemaakt in de aangeleverde Excel-file, alsook een identieke 'pdf'-versie van de Excel-file."

In het gunningsverslag van 12 september 2016 wordt zowel ten aanzien van CAF als ten aanzien van de verzoekende partij vermeld :

> "Voor de goede orde wordt vermeld dat, zoals uitdrukkelijk voorzien in het Bestek, deze door de Inschrijver in de inventaris opgegeven waarden (m.u.v. PT en PE) door de Aanbestedende Overheid werden geverifieerd aan de hand van de toelichtende stukken zoals door CAF S.A. opgenomen in de BAFO volgens Deel 5 van het Bestek. Deze verificatie gaf volgende resultaten […]."

De verwerende partij paste op grond van deze verificatie de prijzen voor het preventief onderhoud als volgt aan: voor de verzoekende partij 91.829.241,94 euro en voor CAF 70.802.369,20 euro. De prijs van de verzoekende partij werd onder meer aangepast met een bijkomende onderhoudsbeurt, hetgeen te dezen het voorwerp uitmaakt van kritiek in het vierde middel.

16. Uit de gegevens van de zaak blijkt dat wat de kostprijs preventief onderhoud betreft ongeveer 23 % bedraagt.

In het meer vermelde schorsingsarrest nr. 236.575 oordeelde de Raad van State dat het de verwerende partij dan ook op het eerste gezicht toekwam "op grond van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel na te gaan of de aangeboden onderhoudsprogramma's en de daaraan verbonden totale kost van het preventief onderhoud op realistische elementen zijn gesteund en op een correcte wijze zijn berekend", dat "[d]e omstandigheid dat uit een vergelijking met een voorgaande opdracht blijkt dat een groot prijsverschil tussen de diverse inschrijvers op het vlak van onderhoudskost voor opdrachten als de voorliggende geenszins ongebruikelijk zou zijn, […] hieraan geen afbreuk [lijkt] te doen" en dat "zulks [te dezen] des te meer [klemt] nu de twee inschrijvers inzake de evaluatie dicht bij elkaar liggen en de uitslag van de beoordeling van het preventief onderhoud essentieel lijkt te zijn voor het verschil".

Vervolgens overweegt de Raad van State :

> "Uit de stukken van het dossier blijkt dat de verwerende partij aan de beide inschrijvers een gedetailleerde berekeningstabel, gebaseerd op het aangeleverde onderhoudsprogramma zoals toegevoegd in de BAFO, heeft gevraagd om te verduidelijken hoe de opgegeven kost voor het preventief onderhoud werd berekend. De beide inschrijvers hebben de gevraagde berekeningstabel aan de verwerende partij bezorgd. De verwerende partij blijkt aan de hand van deze tabellen te hebben nagegaan of het aangeleverde onderhoudsprogramma de door hen opgegeven kost voor preventief onderhoud kon staven. Daarbij blijken zowel in de BAFO van CAF als in deze van de verzoekende partij een aantal anomalieën te zijn vastgesteld, die door de verwerende partij werden gerectifieerd om tot de uiteindelijk in het gunningsverslag vastgestelde bedragen te komen. Evenwel blijkt op het eerste gezicht niet dat, minstens afdoende, werd nagegaan in hoeverre de door de inschrijvers aangeboden preventieve onderhoudsprogramma's, die aan het berekenen van de kostprijs voor preventief onderhoud ten grondslag liggen, en die er dus mede bepalend voor lijken te zijn, uitgaan van een realistische inschatting ervan. Op het eerste gezicht toont de verwerende partij dit niet voldoende aan, noch blijkt zulks *prima facie* uit de stukken van het dossier. De verwerende partij wijst in elk geval geen dergelijke stukken aan. Aldus lijkt zij op dit punt tekort te zijn geschoten in de op haar rustende zorgvuldigheidsplicht en plicht tot gelijke behandeling van de inschrijvers.

De omstandigheid dat in het bestek een sanctiemechanisme is opgenomen voor het geval in het onderhoudsprogramma bepaalde noodzakelijke prestaties ontbreken, de standtijd van sleetstukken langer werd voorgesteld dan in de realiteit blijkt, onderhoudsprestaties meer tijd in beslag nemen dan in het onderhoudsprogramma vooropgesteld of bepaalde onderhoudsprestaties meer dan voorzien dienen te worden uitgevoerd, in welk geval de opdrachtnemer telkens een forfaitaire vergoeding aan de verwerende partij verschuldigd is, lijkt op het eerste gezicht aan de voormelde vaststelling geen afbreuk te doen."

17. Er lijkt dan onderzocht te moeten worden of die realistische inschatting thans *prima facie* wel voldoende door de verwerende partij wordt aangetoond of uit de stukken van het dossier blijkt.

18. Het aanvullend beoordelingsverslag van 15 september 2017 bevat de volgende beoordeling van de onderhoudsprogramma's :

"Aanvulling 2 : onderzoek naar het realistisch karakter van de Onderhoudsprogramma's
4.1. Situering
a) Vraagstelling :
De Raad van State oordeelde dat de Aanbestedende Overheid op grond van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel had moeten nagaan of de aangeboden onderhoudsprogramma's en de daaraan verbonden totale kost van het preventief onderhoud op realistische elementen zijn gesteund en op een correcte wijze zijn berekend.
b) Elementen uit het Bestek :
b.1) Gunningscriterium
Voor de berekening van de score voor het Financieel Criterium wordt in het kader van de berekening van de 'total cost of ownership' onder meer de totale kost van het preventief onderhoud over een periode van 20 jaar meegerekend.
Het Bestek bepaalt in Deel 1 - Artikel 106.1 - paragraaf b) dat de totaalkost voor het preventief onderhoud wordt bepaald per Tram van elke Categorie Trams als de som van:

- de kost voor alle werkuren te besteden aan preventief onderhoud over een periode van 20 jaar (uitgaande van een gemiddelde jaarlijkse kilometerstand van 60.000 km/Tram) overeenkomstig het ingediende onderhoudsprogramma, waarbij de kost van elk werkuur wordt bepaald op EUR 60;

en

- de kost voor wisselstukken (opgegeven kostprijs van de wisselstukken op datum van de BAFO, dewelke dezelfde dient te zijn zoals opgegeven in het onderhoudsprogramma en opgegeven in de wissel-

stukkenlijsten) voor preventief onderhoud over een periode van 20 jaar (uitgaande van een gemiddelde jaarlijkse kilometerstand van 60.000 km/Tram) op grond van de wisselstukkenlijst in het onderhoudsprogramma.

Artikel 0 van Deel 3 van het Bestek legde op dat de Inschrijvers een onderhoudsprogramma dienen op te geven dat moet toelaten voertuigen gedurende minimaal 36 jaar in te zetten met een jaarlijkse gemiddelde afstand van 60.000 km.

De Trams dienen een hoge beschikbaarheid en betrouwbaarheid te hebben om de dienstverlening te garanderen, met een economisch en doordacht en op de gebruiksomstandigheden afgestemd onderhoudsprogramma.

Conform Deel 3 - Artikel 39.3-a) van het Bestek waarborgt de opdrachtnemer de accuraatheid, de volledigheid en de juistheid van de in het Onderhoudsprogramma opgenomen onderhoudsprestaties, de standaardtijden voor uitvoering ervan, de frequentie van de uit te voeren onderhoudsprestaties en de standtijd van de sleetstukken gedurende de gehele levensduur van de trams. De frequentie van de uit te voeren onderhoudsprestaties wordt uitgedrukt op basis van afgelegde afstand, m.u.v. eventuele zuiver seizoensgebonden onderhoudsprestaties.

Daarnaast vermeldt artikel 39.3.a) van Deel 3 van het Bestek expliciet dat de in het Onderhoudsprogramma opgenomen onderhoudsprestaties het totale onderhoud moeten omvatten dat voor elke Tram over de gehele levensduur van de Trams (minimum 36 jaar) moet worden uitgevoerd. De onderhoudsprestaties zijn in het Onderhoudsprogramma te bepalen met een minimaal interval tussen de onderhoudsprestaties van 10.000 km, op basis van een vooropgestelde jaarlijkse gemiddelde kilometerstand van 60.000 km/Tram.

Artikel 39.7.a) van Deel 3 van het Bestek specifieert verder dat het volledige onderhoud van de trams moet gebeuren volgens het gedetailleerd Onderhoudsprogramma dat door de Opdrachtnemer is opgesteld, per Categorie Trams, volgens model in bijlagen Deel 5 - 3.a en Deel 5 - 3.e, en dat dit moet toelaten om tegen een minimale kostprijs een maximale beschikbaarheid en bedrijfszekerheid van de trams te garanderen, gedurende de levensduur van de Trams (minimaal 36 jaar). De Inschrijvers kunnen op basis van de door hen aangeboden Trams de onderhoudsintervallen bepalen, rekening houdend met de in het Bestek vermelde randvoorwaarden en gevraagde toleranties op de uitvoering, omwille van organisatorische redenen.

Het Bestek verdeelt de onderhoudsactiviteiten in verschillende categorieën A tot en met I. Zoals aangegeven in Deel 3 - Artikel 39.7.a van het Bestek worden alle categorieën onderhoudsprestaties meegerekend met uitzondering van categorieën B en I. De meegerekende prestaties betreffen dus

- het dagelijks onderhoud (categorie A);
- het preventief en curatief onderhoud van de Tram (categorie C);
- het preventief en curatief onderhoud (categorie D), uitgevoerd op de Tram, van de demonteerbare uitrustingen, apparaten en onderdelen vermeld in Categorie F;

- het onderhoud en vervanging van wielen (categorie E);
- het levensduurverlengend onderhoud (categorie F);
- het onderhoud van onderdelen gekocht en/of geplaatst door de Aanbestedende Overheid (categorie G);
- het onderhoud en de herstelling van chassis, wagenkast, geledingen en interieur (incl. ongevallen, vandalisme, overmacht) (categorie H).

Categorieën B en I zijn niet meegerekend in het Onderhoudsprogramma vermits categorie B taken i.v.m. netheid en hygiëne omvat zoals de binnen- en buitenreiniging en categorie I de taken op het net betreft zoals het afslepen van defecte voertuigen, interventies bij Ontsporing en dergelijke.
Zoals in het gunningscriterium vermeld dienen in de opgave van de kosten van het Onderhoudsprogramma enkel de preventieve onderhoudstaken te worden meegenomen (dus niet de curatieve (herstellingen) uit de vermelde categorieën C, D en H).
b.2) Sancties bij vaststelling afwijking van het Onderhoudsprogramma
Het Bestek voorziet verder sancties/boetes indien het Onderhoudsprogramma niet correct werd opgesteld door de opdrachtnemer:

- Conform Artikel 39.3.c) van Deel 3 van het Bestek zal er - telkens er afwijkingen van het Onderhoudsprogramma door de Aanbestedende Overheid worden vastgesteld - hiervan door de Aanbestedende Overheid een dossier worden opgesteld, of zal dit aan een door de Aanbestedende Overheid voor een voordien vastgestelde afwijking geopend, maar nog niet afgesloten dossier worden toegevoegd.
- Afwijkingen worden vastgesteld door middel van de evaluatie van de jaarlijkse meertijden en worden per onderhoudstaak of met een groepering van onderhoudstaken bepaald en behandeld.
- Een voetnoot in Deel 3 - Artikel 39.3.b) definieert het begrip jaarlijkse meertijd: ‘Definitie van ‘jaarlijkse meer- (of minder-) tijd’: dit is de tijd die door de Aanbestedende Overheid extra (of minder) moet worden besteed aan de uitvoering van een onderhoudsprestatie, over één jaar berekend, aan de hand van de gemeten tijd per geobserveerde onderhoudsprestatie. De totale jaarlijkse meertijd, die wordt bekomen door de verschillende vastgestelde meertijden samen te tellen, eventueel gecompenseerd door de mindertijden, wordt gebruikt om de vergoeding te bepalen die zal worden aangerekend aan de Opdrachtnemer (zie hierna), waarbij deze totale jaarlijkse meertijd wordt vermenigvuldigd met het aantal Trams en een forfaitaire gebruiksduur van 20 jaar.’
- Artikel 39.3.b) voorziet verschillende soorten afwijkingen van het Onderhoudsprogramma zoals:

- Ontbrekende onderhoudsprestaties
- Kortere standtijd sleetstukken (werkelijke standtijd van een (type) sleetstuk, wielbanden inbegrepen, is 20% (of meer) lager dan de opgegeven standtijd)

- Langere standaardtijd onderhoudsprestaties (opgegeven standaardtijd van een bepaalde onderhoudsprestatie is 7% korter dan de gemeten standaardtijd)
- Verhoging uitvoeringsfrequentie van een bepaalde onderhoudsprestatie (frequentie van uitvoering van een bepaalde onderhoudsprestatie met 7% verhoogd)

Voor elk van deze afwijkingen kan een vergoeding worden opgelegd aan de opdrachtnemer. Tevens voorziet het Bestek in Deel 3 - Artikel 39.3.b) dat jaarlijkse meer- en mindertijden elkaar kunnen compenseren, wat benadrukt dat het globale onderhoudsplan (en dus de globale onderhoudslast) wordt geëvalueerd, om eventuele beperkte verschuivingen toe te laten. Enkel indien zou blijken dat de jaarlijkse mindertijden de jaarlijkse meertijden niet volledig compenseren, dan zal de meerkost ten gevolge van de niet-gecompenseerde jaarlijkse meertijden worden bepaald en worden aangerekend aan de Opdrachtnemer.

b.3) Keuze van 20 jaar of 1.200.000 km

Hoewel het door de inschrijvers aan te leveren Onderhoudsprogramma betrekking diende te hebben op de volledige levensduur van de trams (minimaal 36 jaar), wordt het preventief onderhoud (slechts) gedurende 20 jaar beschouwd voor opname in de total cost of ownership. De keuze voor een evaluatieperiode van 20 jaar voor het preventief onderhoud van de trams komt voort uit de wens om een voldoende lange periode in rekening te brengen, doch zonder al te grote voorspellingen (of louter theoretische oefeningen) over de theoretische levensduur van de trams, met in de toekomst uiteenlopende of wijzigende exploitatieomstandigheden.

Rond de grens van 20 jaar is een grondige midlife revisie (in Bestek ‘midlife onderhoud’ genoemd - art. 39.7) wenselijk om de voertuigen in dienst te kunnen houden. Dit midlife onderhoud wordt in een voetnoot van Deel 3 - Artikel 39.7 gedefinieerd als volgt: ‘specifieke extra onderhoudsbeurt(en) die noodzakelijk is (zijn) om de verwachte levensduur van de installatie te kunnen behalen. Deze worden ongeveer op de helft van de verwachte levensduur (i.f.v. de veroudering en de wensen van de operator) uitgevoerd en zijn in beginsel meestal eenmalig’. Door de technologische evoluties zullen er ongetwijfeld ook technologische wijzigingen zijn die nu niet te voorspellen zijn. Daarnaast zijn er mogelijk ook wijzigingen aan de exploitatiekilometers en kunnen er ook noodzakelijke bijsturingen zijn (met eventuele verrekeningen naar de constructeur toe wegens afwijkingen op het opgegeven Onderhoudsprogramma, cf. supra). Na een gebruiksperiode van 20 jaar zijn er mogelijk ook opportuniteiten tot verbeteringen. In dat geval zal zeker rekening gehouden zijn met opgedane ervaring.

Bovendien zijn periodes tot ca. 20 jaar gebruikelijke termijnen voor concessies en andere vormen van aanbestedingen voor spoorvoertuigen. Dit laat toe aan de Inschrijvers om optimalisaties door te voeren.

De voorspelbaarheid over een substantieel langere periode dan 20 jaar is zeer gering en dus kan redelijkerwijs van de constructeurs geen verbintenis worden geëist over de volledige levensduur van de trams. Die in het Bestek gemaakte keuze heeft geen vragen of opmerkingen vanwege de Inschrijvers veroorzaakt.

4.2. Algemene vaststellingen over het onderhoudsprogramma van beide inschrijvers

Voor beide Inschrijvers kan worden gesteld dat zij een voertuig voorstellen behorende tot een technologisch platform dat zij reeds meerdere jaren aanbieden. Zo biedt Bombardier Transportation Belgium NV een voertuig aan van het platform Flexity 2 en CAF S.A. een voertuig van het platform Urbos 100.

In beide BAFO's wordt aangegeven dat beide Inschrijvers informatie over incidenten, foutmeldingen en dergelijke uit vorige en lopende projecten bijhouden in een database (cf. FRACAS bij Bombardier Transportation Belgium nv en CMMS-INFOR EAM bij CAF S.A.). Hieruit wordt, zoals hierna verder zal worden aangetoond, afgeleid dat beide Inschrijvers over de nodige informatie beschikken en dat op deze basis een correct en realistisch (uitvoerbaar) Onderhoudsprogramma werd opgesteld, dat mede ertoe strekt de opgegeven bedrijfszekerheid te realiseren. De doelstelling van het op te geven Onderhoudsprogramma (zie Bestek Deel 3 - Art. 0 en Deel 3 -Art.39.7a en 39.3) is dan ook bereikt.

Beide Inschrijvers hebben een Onderhoudsprogramma opgesteld op basis van de verschillende deel- en subsystemen die onderdeel van de aangeboden Trams vormen, waarbij voor elk van deze deel- en subsystemen de onderhoudsactiviteiten en de uitvoeringsfrequentie van deze activiteiten werd opgegeven.

Net zoals bij de gebreken van klasse A en B blijkt dat beide Inschrijvers over de nodige robuuste processen en tools beschikken om een betrouwbare en realistische inschatting van het vereiste Onderhoudsprogramma te maken.

Alle systemen die regelmatig onderhoud behoeven kunnen in de door beide Inschrijvers opgegeven Onderhoudsprogramma's worden teruggevonden.

De kostenopgave voor het preventief onderhoud voor het gunningscriterium bestaat bij beide Inschrijvers uit zowel een bepaling van de benodigde werkuren, alsook voor de benodigde wisselstukken met opgegeven prijzen. Voor de opgegeven prijzen van wisselstukken is in het Bestek voorzien dat de Aanbestedende Overheid deze bij de Opdrachtnemer kan aankopen tegen de in de BAFO opgegeven prijzen (Deel 3, artikel 39.3, paragraaf c.3.2).

4.3. Bombardier Transportation Belgium NV

a) Aanpak van het Onderhoudsprogramma

In Deel 3 - 3.16(p) van de BAFO wordt vermeld dat de onderhoudsstrategie die Bombardier Transportation Belgium nv hanteert, erin bestaat een optimale kostenefficiëntie en een maximale betrouwbaarheid en beschikbaarheid te verzekeren. Dit doel wordt bereikt door frequente inspecties en onderhoud van de rijtuigen, waardoor storingen van bij het begin kunnen worden gedetecteerd. Op basis van de in de BAFO toegevoegde tabel in deel 5 paragraaf 4.a en de bijkomende toelichting gevraagd op 24 augustus 2016 kan de opgegeven onderhoudskost worden geverifieerd. Op de vraag tot bijkomende toelichting werd door Bombardier Transportation Belgium nv op 29 augustus 2016 geantwoord.

Het opgegeven Onderhoudsprogramma, is opgebouwd per subsysteem met

de aan dit systeem verbonden onderhoudsfrequenties.
De meeste onderhoudsprestaties in het Onderhoudsprogramma hebben een minimaal interval van 10.000 km. Er zijn evenwel een zeer beperkt aantal activiteiten op kleinere intervallen voorzien. In een interval van 2.500 km worden een beperkt aantal taken voorzien, m.n. het vullen van de zandstrooiers, de wielflenssmering en de ruitenwissersproeivloeistof en het controleren van de binnen- en buitenverlichting (limitatieve opsomming). Ook is er een eenmalige taak bij 2.000 km voorzien voor het aflaten van de olie (= inloopolie) van de tandwielkast.
Bombardier Transportation Belgium NV geeft in Deel 3 - 3.16(p) aan dat de opgegeven onderhoudstijden die door Bombardier werden gevalideerd, gebaseerd zijn op ervaring, en bijkomend op eerdere realisaties. Er wordt meer in detail aangegeven dat dit voor het aangeboden Flexity 2 rijtuig voornamelijk is gebeurd op basis van het rijtuig van Blackpool. Door een 'MAMA'-analyse (Manufacturing Accessibility and Maintenance Analysis) werden de onderhoudstijden gevalideerd en waar nodig bijgestuurd, zodat de correcte tijden in de opgegeven onderhoudstabellen gebruikt worden. In bijlage bij Deel 3.16(p) is een voorbeeld van de MAMA-analyse uit 2013 op het Blackpool-voertuig bijgevoegd.
Hierdoor kan er worden besloten dat de opgegeven elementen in het Onderhoudsprogramma op een voldoende basis gestoeld zijn, en dat de Aanbestedende Overheid deze wel degelijk zal kunnen verifiëren en hanteren bij de uitvoering van het onderhoud van de aangeboden Trams.
Op basis van het nazicht van de tabel met het Onderhoudsprogramma, in vergelijking met de technische specificaties van de aangeboden tram, blijken de voorgestelde taken het onderhoud van een hele tram te omvatten. Er worden dan ook geen belangrijke componenten over het hoofd gezien. Aldus gaat het Onderhoudsprogramma uit van 4 tractiemotoren, 4 reductoren, 4 geledingen, 12 wielen, 8 remschijven, 1 hulpomvormer, 1 batterij, 2 HVAC-units voor de reizigersruimte, 4 dubbele deuren bij eenrichtings- en 8 bij tweerichtingstrams, 1, resp. 2 HVAC-eenheden voor de stuurpost van de eenrichtings-, resp. tweerichtingstram,.... De opgegeven aantal zijn in overeenstemming met de aantallen componenten die men in de algemene technische beschrijving en/of tekeningen terugvindt.
Het onderhoudsprogramma houdt tevens rekening met het uitwisselen van componenten om deze onafhankelijk van het voertuig te herstellen, waardoor het voertuig sneller terug in exploitatie kan (dit staat aangegeven in het onderhoudsprogramma).
b) Indeling van onderhoudsintervallen
Het Bestek voorziet in Deel 3 - artikel 39.3 (a) en 39.7 dat de onderhouds-prestaties in het Onderhoudsprogramma moeten worden bepaald met een minimale interval tussen de onderhoudsprestaties van 10.000 km (zie ook paragraaf 2.b.1 van deze nota). Het minimale kilometerinterval voor de preventieve onderhoudsbeurten zoals voorzien in het Bestek bedraagt in de BAFO wel degelijk 10.000 km.
Zoals hiervoor reeds vermeld, worden frequente inspecties en onderhoud van de rijtuigen voorzien zodat storingen van bij het begin kunnen worden

gedetecteerd. Bombardier Transportation Belgium NV hanteert in het Onderhoudsprogramma in hoofdzaak onderhoudsintervallen vanaf 10.000 km en een zeer beperkt aantal activiteiten met een frequentie van 2.500 km.
De taken met een interval van 2.500 km zijn aangeduid met categorie 'EEN' in het onderhoudsplan en betreffen een zeer beperkt aantal activiteiten, m.n. het vullen van de zandstrooiers, de wielflenssmering en de ruitenwissersproeivloeistof en het controleren van de binnen- en buitenverlichting (limitatieve opsomming). Deze taken met frequentie 'EEN' kunnen dus als taken van categorie A (dagelijks onderhoud) worden aanzien, omwille van de aard ervan. Hierop is de eis van een minimuminterval van 10.000 km niet van toepassing.
Er is ook een eenmalige taak bij 2.000 km voor het eenmalig aflaten van de reductorolie (vermeld in het Onderhoudsprogramma bij 10.000 km als éénmalig uit te voeren bij maximaal 2.000 km).
Het onderhoudsplan van Bombardier Transportation Belgium NV respecteert de minimale ondergrens van 10.000 km voor de laagste onderhoudsfrequentie (enkel taken van categorie A kennen een kleiner interval) en de opgegeven intervallen voor de overige onderhoudstaken zijn realistisch.
c) Toleranties op onderhoudsintervallen
Deel 3 - Artikel 39.7(a) van het Bestek legt op dat voor elke onderhoudsbeurt een tolerantie van minstens 10%, met een minimum van 2.000 km, moet worden voorzien, waarbinnen de onderhoudstaak dient te worden uitgevoerd. De BAFO van Bombardier Transportation Belgium NV vermeldt in de conformiteitenlijst dat aan de bepalingen in artikel 39.7(a) met betrekking tot de tolerantie-intervallen op de onderhoudsbeurten zal worden voldaan.
In Deel 5.1.p van de BAFO is bijkomend vermeld dat het onderhoud kan worden uitgevoerd bij de opgegeven kilometerstand zolang de afwijking t.o.v. de vereiste gemiddelde jaarlijkse kilometerstand van 60.000 km per tram niet lager is dan 10% en niet lager dan 5% over een totale periode van 8 jaar. In dit verband verwijst Bombardier Transportation Belgium NV in de BAFO nog naar de door leveranciers opgegeven 'afkeuringsnormen' dewelke in vele gevallen rekening houden met een maximale gebruiksperiode of maximale kilometerstand (vb. voor het vervangen van de aardingsborstels van de tractiemotoren geldt als afkeurnorm 4 jaar of 300.000 km. Op basis van een gemiddelde van 60.000 km per jaar, komt 4 jaar overeen met 240.000 afgelegde kilometers. Bombardier Transportation Belgium NV heeft deze afkeurnorm correct geïnterpreteerd en voorziet de vervanging van de aardingsborstels in het onderhoudsinterval van 240.000 km. De grens van 300.000 km wordt gemiddeld gezien pas na 5 jaar bereikt. Het lijkt ook irrealistisch dat een kilometeraantal van 300.000 km op minder dan 4 jaar tijd zou worden bereikt, want dit houdt in dat het gemiddeld aantal afgelegde kilometers per jaar meer dan 75.000 km is.).
Hieruit wordt besloten dat de opgegeven onderhoudstaken voor de in het Bestek opgegeven exploitatie geldig zijn (cf. opgegeven afkeurings-

normen).
d) Conclusie
Gelet op het feit dat het Onderhoudsprogramma is opgesteld op basis van ervaringen uit vorige projecten, de onderhoudsfrequenties en toleranties voldoen aan het Bestek, dat alle systemen die regelmatig onderhoud behoeven kunnen worden teruggevonden in het opgegeven Onderhoudsprogramma, en dat rekening wordt gehouden met de randvoorwaarden opgelegd door leveranciers, kan worden gesteld dat het Onderhoudsprogramma onderbouwd en realistisch is.
4.4. CAF S.A.
a) Aanpak van het Onderhoudsprogramma
In Bijlage 2.d.1 van Deel 3.13(m) van de BAFO vermeldt CAF S.A. expliciet dat het Onderhoudsprogramma voor de voorgestelde voertuigen gebaseerd is op de ruime ervaring van CAF S.A. als fabrikant en beheerder van rollend materieel en op de nieuwste technologieën voor het ontwerp en de productie van het materieel. CAF S.A. gebruikt alle informatie verzameld in andere projecten (bijvoorbeeld tram Zaragoza, tram Stockholm, tram Tallin, etc.) cm de onderhoudsaspecten te verbeteren en het Onderhoudsprogramma op te stellen, te beginnen bij de ontwerpfase. Hieruit wordt besloten dat het Onderhoudsprogramma onder meer op basis van bestaande gegevens en ervaring werd opgesteld.
In paragraaf 17.11 van Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 van de BAFO wordt vermeld dat het Onderhoudsprogramma van CAF S.A. in brede zin op drie soorten werkzaamheden is gebaseerd:

- Periodieke controles met visueel onderzoek, inspecties, metingen, reiniging, smeren, en analyse van de boordsoftware, en waar nodig, werkingstesten van de apparatuur, over het algemeen binnen het zogenaamde systematische onderhoud of onderhoud op basis van conditie.
- Andere controles die belangrijker zijn dan de bovenstaande controles, volgens preventieve onderhoudscriteria op de meest kritieke modules van de tram, elk met de frequentie opgegeven door de fabrikant en zoals voortkomt uit de door CAF opgedane ervaring. Dit omvat over het algemeen taken voor inspectie, controle en vervanging van versleten onderdelen, aanhalen van bevestigingen, meer gedetailleerde inspecties, beproeving op proefbank en kleine montage/demontagewerkzaamheden.
- Uitvoerige controles, demontages, reparatie en hermontages bepaald door de slijtage aan de uitrusting na de onderhoudscyclus. Dit zijn geen werkzaamheden van korte cycli zoals hierboven beschreven, maar reparaties waarbij belangrijke apparatuur moet worden vervangen. Door middel van een rotatie van vervangingsonderdelen, wordt de stilstandtijd van de tram beperkt en wordt de tram terug in dienst gezet in bijna nieuwe conditie. De reparatie van deze LRU’s (Line Replacable Units of op de lijn vervangbare items) wordt vervolgens uitgevoerd in gecontroleerde depotwerkplaatsen of door gespecialiseerde revisiebedrijven met ervaring in de specifieke eigenschappen van de module.

In paragraaf 3.16.2 van Deel 3.16(p) van de BAFO is aangegeven dat bij de keuze van systemen en apparatuur, naast de ervaring bij de productie en beheer van trams eveneens rekening wordt gehouden met vereenvoudiging van de onderhoudstaken, toegankelijkheid en gebruik van recentere technologieën, zodanig dat het mogelijk is het interval tussen preventieve onderhoudsbeurten te verlengen.
In de BAFO wordt dus gekozen voor langere intervallen tussen revisie-werkzaamheden en belangrijke onderhoudswerkzaamheden. Dankzij de duurzaamheid en de lage onderhoudsvereisten van het materieel, wordt in de BAFO aangetoond dat er ook minder werkbelasting bij een gelijke mate van beschikbaarheid is. In dit kader verwijst CAF S.A. in de BAFO in Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 paragraaf 17.11 naar het gebruik van de CMMS-tool, alsook naar de noodzakelijke factoren voor het opstellen van een gebalanceerd onderhoudsplan. Deze zijn onder meer exploitatie-gebonden factoren, onderhoudsvereisten van leveranciers van sub-systemen, de onderlinge afhankelijkheid van onderhoudstaken, …
Uit paragraaf 17.11 van Bijlage 2.d.1 van de BAFO blijkt verder dat CAF S.A. de LRU-filosofie toepast (Line Replacable Unit), waarbij zoveel mogelijk gebruik wordt gemaakt van de modularisatie van materieel. CAF S.A heeft hiertoe de lijst van Strategische Wisselstukken (zoals opgenomen in het Bestek) uitgebreid met bijkomende wisselstukken. Concreet kunnen defecte tramonderdelen zeer gemakkelijk gedemonteerd en door de Strategische Wisselstukken vervangen worden. Het defecte tramonderdeel kan onafhankelijk van het voertuig worden hersteld, waardoor het voertuig dus héél snel terug in exploitatie kan. Vanzelfsprekend houdt dit een belangrijke optimalisatie van het Onderhoudsprogramma in. Door de uitbreiding van de lijst van Strategische Wisselstukken kan dit voor zeer veel defecten worden toegepast. De prijs van deze bijkomende Strategische Wisselstukken is niet in het Onderhoudsprogramma opgenomen (hoewel het daartoe wel bijdraagt), maar wordt conform het Bestek via het prijsonderdeel Strategische Wisselstukken in de TCO van de BAFO van CAF S.A. verrekend.
Op basis van het nazicht van de tabel met het Onderhoudsprogramma, in vergelijking met de technische specificaties van de aangeboden tram, blijken de voorgestelde taken het onderhoud van een hele tram te omvatten. Er worden dan ook geen belangrijke componenten over het hoofd gezien. Aldus gaat het Onderhoudsprogramma uit van 4 tractiemotoren, 4 reductoren, 4 geledingen, 12 wielen, 8 remschijven, 2 hulpomvormers (boordnet), 1 batterij, 2 HVAC-units voor de reizigersruimte, 4 dubbele deuren bij eenrichtings- en 8 bij tweerichtingstrams, 1, resp. 2 HVAC-eenheden voor de stuurpost van de eenrichtings-, resp. tweerichtingstram,... De opgegeven aantallen zijn in overeenstemming met de aantallen componenten die men in de algemene technische beschrijving en/of tekeningen terugvindt.
De berekening van het aantal manuren en de prijs voor de materialen houdt rekening met het aantal identieke of gelijksoortige componenten die op het voertuig zijn voorzien. Dit kan ook per type tram verschillend zijn en ook

met dit aspect in het Onderhoudsprogramma heeft CAF S.A. rekening gehouden.

b) Indeling van onderhoudsintervallen

Het Bestek voorziet in Deel 3 - Artikel 39.3 (a) en 39.7 dat de onderhoudsprestaties in het Onderhoudsprogramma moeten worden bepaald met een minimaal interval tussen de onderhoudsprestaties van 10.000 km. Het minimale kilometerinterval voor de preventieve onderhoudsbeurten van 10.000 km (zie ook paragraaf 2.b.1 van deze nota). Het minimale kilometerinterval voor de preventieve onderhoudsbeurten zoals voorzien in het Bestek bedraagt in de BAFO wel degelijk 10.000 km.

In het Onderhoudsprogramma heeft CAF S.A. in hoofdzaak onderhoudsintervallen met een frequentie vanaf 10.000 km voorzien. Een beperkt aantal activiteiten (unieke taak of dagelijks onderhoud) worden – conform de uitzonderingen voorzien in het Bestek – op kleinere intervallen uitgevoerd.

Het onderhoudsplan van CAF S.A. respecteert dus de minimale ondergrens van 10.000 km voor de laagste onderhoudsfrequentie.

In het Onderhoudsprogramma van CAF S.A. zijn de meeste onderhoudsintervallen veelvouden van elkaar en werden de onderhoudstaken zodanig gegroepeerd dat het aantal intervallen beperkt blijft. Door deze logische clustering van onderhoudstaken op hetzelfde interval is het gebruiksgemak van dit Onderhoudsprogramma hoog. Bij het bepalen van de onderhoudsintervallen werd ook rekening gehouden met de onderhoudsvereisten van de leveranciers van de betrokken apparatuur.

c) Toleranties op de onderhoudsintervallen

CAF S.A. bevestigt de in het Bestek opgelegde uitgangspunten voor het opstellen en berekenen van het Onderhoudsprogramma in Deel 3.16.3 van de BAFO. Deze uitgangspunten zijn een periode van 20 jaar, 365 werkdagen per jaar, een gemiddeld aantal gereden kilometers van 60.000 km per jaar en de kosten voor werkuren van 60€ per uur.

In Deel 3.16.2 geeft CAF S.A. aan dat pas wanneer het gemiddeld aantal gereden kilometers per jaar aanzienlijk afwijkt, het onderhoudsplan moet worden herzien. Een dergelijke herziening is nodig als het gemiddeld aantal gereden kilometers per jaar kleiner is dan 55.000 km of groter dan 65.000 km.

Artikel 39.7 (a) van Deel 3 van het Bestek legt op dat voor elke onderhoudsbeurt een tolerantie van minstens 10%, met een minimum van 2.000 km, moet worden voorzien, waarbinnen de onderhoudstaak dient te worden uitgevoerd. In de BAFO van CAF S.A. zijn de tolerantie-intervallen per onderhoudsfrequentie opgegeven en deze voldoen aan het Bestek. In paragraaf 17.11.2 van Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 vermeldt CAF S.A. nog dat de intervallen meer flexibel kunnen worden gemaakt bij de uitvoering van het onderhoudsprogramma door toleranties toe te passen waarbij de tram uit dienst kan worden gehaald tijdens een daluur, zodat het onderhoud wordt aangepast aan de dienstregeling.

d) Berekening kostprijs van het Onderhoudsprogramma

CAF S.A. specifieert in paragraaf 3.16.3.2.1 duidelijk welke kosten er niet begrepen zijn in de kostprijs van het preventief onderhoud. De in deze paragraaf opgesomde lijst van taken betreffen bijvoorbeeld de tramverplaatsingen en transporten, de logistieke en administratieve vertragingen,... Het is duidelijk dat de in deze lijst opgesomde kosten inderdaad (volgens het Bestek) niet meegerekend moesten worden in het Onderhoudsprogramma. Het feit dat er duidelijk is aangegeven wat er niet is inbegrepen in de opgegeven prijzen toont aan dat er wel degelijk werd nagedacht over de opgegeven kosten voor het preventief onderhoud.
CAF S.A. specifieert in paragraaf 3.16.3.2.1 van de BAFO expliciet dat de preventieve onderhoudskosten werden berekend op basis van de ervaring van CAF S.A. in gelijkaardige projecten.
In de conformiteitenlijst van de BAFO wordt aangegeven dat aan alle bepalingen van Deel 3 - Artikel 39 van Deel 3 van het Bestek wordt voldaan.
e) Conclusie
Gelet op het feit dat het Onderhoudsprogramma is opgesteld op basis van ervaringen uit vorige projecten, de onderhoudsfrequenties en toleranties voldoen aan het Bestek en aan de onderhoudsvereisten van de leveranciers, dat alle systemen die regelmatig onderhoud behoeven kunnen worden teruggevonden in het opgegeven Onderhoudsprogramma, kan worden gesteld dat het Onderhoudsprogramma realistisch is.
Het Onderhoudsprogramma opgebouwd op basis van bestekconforme intervallen bevat onderhoudstaken op de verschillende systemen en onderdelen van de aangeboden tram. De opgegeven werkuren zijn ruimer berekend dan bij Bombardier, en er werd voldoende rekening gehouden met voorafgaandelijke demontagetijden. Tevens zijn de materialen, die een lagere kost vertegenwoordigen door lagere eenheidsprijzen, minder duur. Een deel van de materiaalkosten zijn tevens door CAF S.A. in de strategische wisselstukkenlijst opgenomen (het Bestek vraagt in Deel 5 - paragraaf 1.t expliciet de opgegeven basislijst aan te vullen met bijkomende Strategische Wisselstukken op basis van de aangeboden Categorieën Trams, zoals deze zullen worden gebouwd.) Deze bijkomende Strategische Wisselstukken worden op deze wijze dus meegenomen in de bepaling van de total cost of ownership (financieel criterium). Dit toont ook aan dat CAF S.A een bewuste keuze heeft gemaakt om meer wisselstukken te voorzien om het onderhoudstaken makkelijker te organiseren. Het feit dat taken expliciet gegroepeerd worden in minder intervallen, maakt de organisatie van het onderhoud tevens eenvoudiger en toont aan dat de Opdrachtnemer rekening houdt met de praktijkgebonden beperkingen. Het geeft tevens blijk van ervaring in onderhoudsomgevingen van trams.
4.5. Conclusie
De Onderhoudsprogramma’s die in de BAFOs van de beide Inschrijvers zijn opgenomen, werden in de voorgaande paragrafen op dubbele wijze gevalideerd:

- Ten eerste blijkt dat de beide inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben (waarbij rekening wordt gehouden met de informatie uit de vele andere projecten waarbij de inschrijvers

betrokken zijn) om zelf een betrouwbaar en realistisch Onderhoudsprogramma op te stellen.

- Ten tweede heeft de Aanbestedende Overheid deze Onderhoudsprogramma's aan de voorwaarden uit het Bestek en de eigen ervaringen getoetst. Uit deze globale beoordeling is gebleken dat deze Onderhoudsprogramma's zorgvuldig werden opgesteld, telkens rekening houdend met het technische specificaties van de aangeboden tram en de voorwaarden uit het Bestek."

19. Vastgesteld wordt dat dit verslag aldus niet beperkt lijkt tot de passage d) "Berekening kostprijs van het Onderhoudsprogramma" zoals de verzoekende partij aanvoert, maar ook argumenteert waarom de onderhoudsprogramma's realistisch zijn en steunt op andere elementen.

Zo oordeelt de verwerende partij in het besluit dat beide inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben om zelf een betrouwbaar en realistisch programma op te stellen.

Dit houdt blijkbaar verband met de verwijzing naar voorstellen van een voertuig behorende tot een technologisch platform dat de inschrijvers reeds verscheidene jaren aanbieden, voor de verzoekende partij een voertuig van het platform Flexity 2 en voor CAF een voertuig van het platform Urbos 100 en de verwijzing naar informatie over incidenten, foutmeldingen en dergelijke uit lopende en vorige projecten die beide inschrijvers bijhouden in een database, FRACAS bij de verzoekende partij en CMMS-INFOR EAM bij CAF.

Volgens de verzoekende partij werden de ervaring en lopende projecten van beide inschrijvers verkeerd beoordeeld. Gelet op haar Europees octrooi voor tramonderstellen voor lagevloertrams met wielstellen met starre assen zou er een kennelijke ervaringsasymmetrie zijn in haar voordeel. De projecten van CAF inzake trams in Zaragoza, Stockholm, Tallinn, enz. en de informatie daarover ook via de database CMMS-INFOR EAM zouden niet dienend zijn.

Aldus steunt deze grief in wezen op het ingeroepen Europees octrooi en het uitgangspunt dat CAF trams aanbiedt die een inbreuk vormen op dit

octrooi. Het tweede middel is gesteund op deze grief, waaromtrent zoals hierna zal blijken de Raad van State zich echter zonder rechtsmacht verklaart.

Het lijkt dat CAF weliswaar voor iedere opdracht voor trams in een aan de opdracht aangepast ontwerp voorziet, maar gesteund op het bestaande platform URBOS en aldus kan in de huidige stand van het geding op grond van de voorgelegde stukken worden aangenomen dat tramstellen van de URBOS-familie in diverse Europese steden rijden.

Er blijkt aldus niet *prima facie* waarom het voormelde systeem en de ervaring van CAF niet relevant kunnen zijn, noch dat CAF geen ervaring kan hebben in tramstellen waarin ook wielstellen met starre assen zijn verwerkt.

Aldus blijkt evenmin *prima facie* dat de verwerende partij redelijkerwijze ook bij CAF geen rekening kon houden met deze ervaring.

Voorts verwijst de verwerende partij in het besluit van dit aanvullend beoordelingsverslag naar een toetsing van de onderhoudsprogramma's aan de voorwaarden van het bestek en aan de eigen ervaring. Aldus legt zij in een vertrouwelijk stuk 55 een tabel voor met de berekening van de interne onderhoudskost voor preventief onderhoud voor de zogenoemde Hermelijntrams, die volgens de nota technisch in grote mate vergelijkbaar zijn met de trams die thans zullen worden besteld. Die kost bedraagt volgens dat stuk 55 en zoals vermeld in de nota 0,30 euro/km en dit ligt in de lijn met de door de verwerende partij herberekende gecorrigeerde kost voor preventief onderhoud bij CAF – 0,32 euro/km; voor de verzoekende partij is deze herberekende kost 0,48 euro per km.

Dit is blijkbaar de vertrouwelijke informatie van de verwerende partij waarnaar de hiervoor vermelde "*second opinion*" van EK Rail verwijst en die volgens de "*second opinion*" duidelijk ondersteunt dat "de door de constructeurs opgegeven waardes niet markant afwijken van ervaringsgetallen uit eerdere projecten".

Alleen al in het licht van deze vaststellingen en rekening houdend met de voormelde beoordelingsbevoegdheid van De Lijn, blijkt niet – langer – *prima facie* dat De Lijn niet voldoende zorgvuldig het realistisch karakter van het preventieve onderhoudsprogramma van CAF onderzocht heeft en niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat dit realistisch is.

Ter terechtzitting betwist de verzoekende partij omstandig de relevantie van de vergelijking met de Hermelijntrams, kritiek waarop de verwerende partij en de tussenkomende partij eveneens omstandig repliceren. De Raad van State kan bezwaarlijk deze technische discussie in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid beslechten. *Prima facie* kan wel worden vastgesteld dat deze vergelijking in de voormelde "*second opinion*" gevalideerd werd door EK RAIL, een extern bureau waarvan de onafhankelijkheid en deskundigheid door de verzoekende partij niet wordt betwist.

20. Bij dit alles moet worden vastgesteld dat de grief, dat het prijsverschil had moeten leiden tot een prijsonderzoek en dat de prijs voorgesteld door CAF abnormaal is, in essentie wordt gesteund op een vergelijking tussen de voorliggende opdracht en de opdracht in 2012 met De Lijn 3. De Raad van State merkt echter op dat er ook in 2012 aanzienlijke prijsverschillen waren.

De prijzen voor het preventief onderhoud geboden in het kader van De Lijn 3 bedroegen immers volgens de verzoekende partij :

"

DE LIJN 3		
Inschrijvers	Totaalprijs van de inschrijvers	Onderhoudskost berekend per km
CAF	1.118.830,00 €	1,017 €/km
Bombardier	711.552,00 €	0,647 €/km
Siemens	1.139.528,00 €	1,036 €/km

."

In de huidige opdracht zijn de door de verwerende partij gehanteerde prijzen voor de evaluatie van het preventief onderhoud echter de volgende : 70.802.369,20 euro voor CAF en 91.829.241,94 euro voor de verzoekende partij.

Indien met de verzoekende partij wordt aangenomen dat het gaat om voldoende vergelijkbare opdrachten, wordt aldus vastgesteld dat in de vorige opdracht de in de BAFO van de verzoekende partij opgegeven onderhoudskost 36 % goedkoper was dan de BAFO van CAF, en 38 % goedkoper dan de BAFO van de derde betrokken inschrijver. Hieruit mag worden afgeleid, zo lijkt, dat een groot prijsverschil tussen de diverse inschrijvers op het vlak van onderhoudskosten voor opdrachten als de in het geding zijnde, geenszins ongebruikelijk is. De POH in de BAFO van CAF is nu slechts 23 % goedkoper dan deze van verzoekende partij.

Die vaststelling lijkt van aard de draagwijdte van het verschil te kunnen relativeren.

Daarbij moet ook worden opgemerkt dat de verzoekende partij in het verzoekschrift zelf stelt dat het "enigszins opvallend [is] dat CAF nu plotseling wel goedkoper is dan Bombardier". Aldus lijkt ook zijzelf dit verschil te relativeren.

In de voormelde "second opinion" merkt EK Rail trouwens op, hetgeen de voorgaande aannames lijkt te ondersteunen :

> "Tot slot wordt opgemerkt dat het feit dat een van de constructeurs zich duidelijk verbeterde ten opzichte van eerdere biedingen allerminst een signaal hoeft te zijn van een onregelmatigheid. Deze evolutie past in het algemene beeld in de markt over deze constructeur, die de afgelopen jaren sterk in opkomst is".

21. Deze *prima facie*-vaststellingen volstaan om deze grief van het eerste onderdeel te verwerpen zonder dat nog nader moet worden ingegaan op al de andere kritieken van de verzoekende partij op andere elementen in het aanvullend

beoordelingsverslag. Er blijkt immers niet dat zonder die elementen de verwerende partij niet redelijkerwijze tot het voormelde besluit kon komen zodat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij deze kritiek.

Onder dat voorbehoud wordt door de Raad van State ter zake nog het volgende opgemerkt.

De verwijzing naar het sanctiemechanisme, die de verzoekende partij betwist, lijkt weliswaar geen determinerend motief, maar lijkt evenmin volledig irrelevant. De verwerende partij lijkt op dit mechanisme te hebben mogen wijzen en hiermee rekening te houden omdat zij er mocht van uitgaan dat dit de inschrijvers aanzette tot een realistische inschatting.

De verzoekende partij stelt voorts dat De Lijn in de passage "c) Toleranties op de onderhoudsintervallen" lijkt te argumenteren dat de prijs van CAF voor het preventief onderhoud goedkoper zou zijn doordat CAF voorstelt om te werken tijdens de daluren. De verzoekende partij kan naar eigen zeggen "een dergelijke redenering niet volgen. De enige twee parameters die de kostprijs van het preventief onderhoudsprogramma bepalen zijn immers de prijs van de wisselstukken en de manuren. Het feit dat het preventief onderhoud zal worden uitgevoerd tijdens de daluren biedt dan ook op geen enkele manier een verklaring om de lage prijs voor het preventief onderhoud van CAF te verklaren".

Het blijkt echter niet *prima facie* waarom de "logische clustering van onderhoudstaken op hetzelfde interval", aan de orde sub b), – Indeling van onderhoudsintervallen – waardoor "het gebruiksgemak van dit Onderhoudsprogramma hoog [is]" of "[h]et feit dat taken expliciet gegroepeerd worden in minder intervallen" in het besluit, hetgeen "de organisatie van het onderhoud tevens eenvoudiger [maakt]" niet relevant kan zijn om de kost van het preventief onderhoud van CAF te aanvaarden.

Evenmin ziet de verzoekende partij naar eigen zeggen in hoe de "prijs van [de] bijkomende Strategische Wisselstukken (…) bijdraagt" aan de prijs voor het preventief onderhoud, en nog minder hoe deze een lage prijs voor het preventief onderhoud kan verklaren. De strategische wisselstukken hebben immers volgens haar niets met de prijs voor het preventief onderhoud te maken, zoals blijkt uit de definitie van strategische wisselstukken zoals opgenomen in het bestek (bladzijde 13 – deel 1).

In het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid is de Raad van State niet bij machte een dergelijke detailkritiek met technische inslag exhaustief te onderzoeken en te beoordelen. In elk geval lijkt het niet *prima facie* aangetoond dat de verwerende partij het gegeven van die wisselstukken niet redelijkerwijze kon beschouwen als een element dat ondersteunt dat CAF haar algehele onderhoudsprogramma zorgvuldig opstelde en dus als een element dat het realistisch karakter ervan kan ondersteunen. Dat de samenstelling van de lijst strategische wisselstukken geen rechtstreekse impact zou hebben op de kostprijs van het preventief onderhoud, sluit dit niet uit.

22. Het argument van de verzoekende partij dat de verwerende partij geen analyse heeft verricht in functie van een referentiepunt, gaat eraan voorbij dat de verwerende partij het realistisch karakter van het aangeboden onderhoudsprogramma diende te beoordelen. Dit is ook gebeurd. Daarbij lijken, anders dan de verzoekende partij meent, ook de vaststellingen dat de specificaties van het bestek worden nageleefd niet zonder meer irrelevant. Zulks wijst eerder op een zorgvuldige onderzoekshouding.

Hiervoor werd reeds vermeld dat wel degelijk een vergelijking werd gemaakt, namelijk met de Hermelijntrams. Voorts bevat het aanvullend beoordelingsverslag in de conclusie wel een – weliswaar korte – vergelijking van de twee onderhoudsprogramma's, in tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt.

Volgens de verzoekende partij bevat de manier waarop de verwerende partij haar preventief onderhoudsprogramma heeft "vergeleken met dat van CAF", waarmee zij haar eerdere grief lijkt tegen te spreken, ook "enige discrepanties". Zo worden verschillende elementen aangehaald of verduidelijkt voor één inschrijver, "zonder dat men is nagegaan of dit ook het geval is bij de andere". Bijgevolg kunnen deze elementen volgens haar geenszins het verschil tussen de prijs voor het preventief onderhoud van CAF en de verzoekende partij verklaren.

De verzoekende partij doet als eerste voorbeeld van een dergelijk element gelden : in het verslag wordt ervan melding gemaakt dat de offerte van Bombardier een limitatieve opsomming van activiteiten geeft met 2 500 km interval en voor CAF dat een beperkt aantal activiteiten op kleinere intervallen wordt uitgevoerd. Het is volgens de verzoekende partij niet duidelijk of die activiteiten van CAF vergelijkbaar zijn met deze van haar.

Daargelaten of een meer concrete opsomming in dit aanvullend beoordelingsverslag verenigbaar zou zijn geweest met de door de verzoekende partij zelf gevraagde vertrouwelijke behandeling van haar offerte, blijkt niet *prima facie* dat dit voor een gespecialiseerde inschrijver zoals de verzoekende partij niet voldoende was om dit te beoordelen. Bovendien lijkt in die beoordeling veeleer het gegeven van de "logische clustering van onderhoudstaken" bij CAF determinerend.

Voorts wijst de verzoekende partij erop dat het voorbeeld "aardingsborstels […] (afkeuringsnorm leverancier)" bij de analyse van haar offerte, bij CAF ook voor bepaalde componenten moet gelden maar dat hiervan geen melding wordt gemaakt in het beoordelingsverslag. De verzoekende partij stelt "zich dan ook de vraag hoe De Lijn bijgevolg tot de conclusie kan komen dat CAF's '[..] toleranties voldoen aan het Bestek en aan de onderhoudsvereisten van de leveranciers.'."

De wijze van formulering van deze grief, namelijk enkel gesteund op een “vraag”, lijkt alleen al te volstaan om deze grief niet ontvankelijk dan wel minstens niet ernstig te bevinden.

23. Aldus lijkt te dezen de verwerende partij, anders dan de verzoekende partij betoogt, wel degelijk een bijkomend prijsonderzoek te hebben gevoerd en op grond van voldoende eigen elementen geoordeeld te mogen hebben dat het onderhoudsprogramma van beide inschrijvers en de kost ervan realistisch zijn.

Evenmin blijkt zij zich aldus enkel te hebben gesteund op de offertes van de inschrijvers, zoals de verzoekende partij nog aanvoert.

Dat zij daarbij niet de inschrijvers contacteerde of in de woorden van de verzoekende partij een “prijsverantwoording” vroeg, lijkt dan ook niet relevant nu niet blijkt dat de verwerende partij niet zonder een dergelijke verantwoording tot de voormelde conclusie mocht komen. De verzoekende partij meent, zo lijkt, ook ten onrechte dat daartoe een verplichting zou volgen uit het voormelde schorsingsarrest nr. 236.575. De schending van het gezag van gewijsde van dat arrest wordt trouwens niet ingeroepen.

24. Vervolgens betoogt de verzoekende partij in dit onderdeel dat de verwerende partij, door geen prijsonderzoek te organiseren, ook afbreuk heeft gedaan aan de rechtmatige verwachtingen van de verzoekende partij, en dus aan het vertrouwensbeginsel. In het kader van de vorige De Lijn 3, werd volgens haar wel een prijsonderzoek verricht en werden de prijzen van de inschrijvers, met inbegrip van de prijzen voor de onderhoudsprogramma’s, geanalyseerd door een derde partij, zijnde een zogenaamde “beoordelingswerkgroep” en door een controleberekening van een derde partij. Aangezien de verwerende partij in het kader van de vorige overheidsopdracht dus wel een prijsonderzoek heeft verricht, en hiervoor zelfs op een derde partij een beroep heeft gedaan, mocht de verzoekende partij naar eigen zeggen redelijkerwijze verwachten dat opnieuw een zorgvuldig prijsonderzoek zou worden georganiseerd en hiervoor terug een

werkgroep zou worden opgericht en een derde onafhankelijke partij zou worden ingeschakeld.

Indien de verwerende partij dit wel zou hebben gedaan, had zij volgens de verzoekende partij kunnen vaststellen dat de door CAF aangeboden prijs inzake het preventief onderhoud een abnormaal karakter vertoonde:

> "De prijs van 70.377.467,68 € voor het verrichten van het preventief onderhoud van ca. 146 trams is immers totaal onrealistisch en zeker abnormaal.
> Bombardier beschikt vanzelfsprekend niet over de offerte van CAF, zodat zij dit niet nader in detail kan onderzoeken."

25. Het vertrouwensbeginsel is een beginsel van behoorlijk bestuur dat moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, te kort worden gedaan; het houdt in dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. Om zich op een schending van het vertrouwensbeginsel te kunnen beroepen dient een verzoekende partij het bewijs te leveren van een bestuursgedrag dat aanleiding heeft gegeven tot een rechtmatige verwachting.

Een aanbestedende overheid dient bij de beoordeling van offertes voor een bepaalde overheidsopdracht de offertes steeds *in concreto* te beoordelen, en bijgevolg kan op het eerste gezicht niet worden ingezien hoe een aanbestedende overheid aldus een rechtmatige verwachting zou kunnen wekken bij een inschrijver die bij een andere overheidsopdracht een opdracht gegund kreeg, om bij een gelijkaardige opdracht opnieuw op dezelfde wijze te worden beoordeeld binnen het raam van het prijsonderzoek. In die zin lijkt dan ook niet nuttig te kunnen worden verwezen naar het rechtszekerheids- of het vertrouwensbeginsel om eenzelfde gunstige beoordeling te vragen als bij een andere opdracht, waarbij immers niet noodzakelijk door de betrokken inschrijver dezelfde offerte is ingediend.

26. Daargelaten de vaststelling dat te dezen wel degelijk een prijsonderzoek is gevoerd en dat niet *prima facie* is aangetoond dat dit onderzoek niet afdoende was, lijkt de verzoekende partij zich aldus ook niet te kunnen beroepen op een rechtmatig vertrouwen dat de beoordeling van de in het geding zijnde opdracht op exact dezelfde wijze gebeurde als inzake de opdracht De Lijn 3. De grief dat anders dan in 2012 geen onafhankelijke derde bij de naberekening van de onderhoudskost werd betrokken, toont dan ook geen schending aan van het betrokken beginsel daargelaten of het feitelijk uitgangspunt van deze grief klopt, hetgeen de verwerende partij overigens betwist.

De verzoekende partij gaat trouwens ook voorbij aan de te dezen ingewonnen "second opinion" bij EK Rail.

27. In dit onderdeel "vermoedt" de verzoekende partij ten slotte nog dat de door CAF opgegeven prijs "niet vergelijkbaar is met haar eigen offerte" aangezien deze "naar alle waarschijnlijkheid een ander onderhoudsprogramma [heeft] aangeboden dan Bombardier", vermoeden dat enkel bevestigd wordt door het prijsverschil van meer dan 21 miljoen euro tussen beide offertes. Aangezien twee onderhoudsprogramma's met een verschillende draagwijdte met elkaar zijn vergeleken, is er volgens haar dan ook een schending van het gelijkheidsbeginsel.

28. Daargelaten of de wijze van formulering van deze grief, gesteund op een "vermoeden", al niet volstaat om deze grief niet ontvankelijk dan wel minstens niet ernstig te bevinden, lijkt de verzoekende partij er hier aan voorbij te gaan dat een onderhoudsprogramma samenhangt met de kenmerken en specificaties van de aangeboden tramvoertuigen, die wel aan de minimale eisen van het bestek dienden te voldoen, en dat de verwerende partij het dan – logischerwijze – aan de inschrijvers heeft overgelaten om voor de door hen aangeboden trams een dergelijk onderhoudsprogramma uit te werken en voor te leggen. Ook daaromtrent waren evenwel in het bestek een aantal eisen opgenomen. Aldus moest het onderhoudsprogramma worden opgesteld volgens een *template*-tabel opgenomen in het bestek en diende dit aan een aantal technische eisen te voldoen. Het feit dat

de onderhoudsprogramma's van de verzoekende partij en CAF niet identiek zijn, toont *prima facie* op zichzelf genomen dan ook niet aan dat het gelijkheidsbeginsel werd geschonden door de prijzen ervan te vergelijken. Dit lijkt integendeel inherent aan het bestek, bepalingen waaromtrent de verzoekende partij eerder blijkbaar geen opmerkingen maakte. Artikel vi) "Instemming met de procedure" van deel 1 van het bestek bepaalt nochtans :

> "Door het indienen van een offerte (en later, BAFO) aanvaarden de Inschrijvers de invulling van de onderhandelingsprocedure zoals deze in het Bestek beschreven is en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn als ware het een voorcontract. Indien een Inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post binnen één (1) week na ontvangst van het Bestek (of enige wijziging van het Bestek) bekend te maken aan de Aanbestedende Overheid met omschrijving van de redenen."

Tussenbesluit

29. Het eerste onderdeel is niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de schending van artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Er wordt om de voormelde redenen ook niet *prima facie* aangetoond dat in strijd met artikel 21, § 1, van het koninklijk besluit Plaatsing of onzorgvuldig werd gehandeld of in strijd met het *patere legem*-beginsel, het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel, door de offerte van CAF niet te weren wegens abnormale prijzen. In de mate dat de verzoekende partij hieruit ook een "kennelijke beoordelingsfout" afleidt, lijkt deze grief verband te houden met de materiëlemotiveringsplicht. Het eerste onderdeel is in die mate niet ernstig.

Tweede onderdeel

30. In dit onderdeel, erg omstandig uiteengezet op de bladzijden 49 tot 69 van het verzoekschrift, betoogt de verzoekende partij, samengevat – eerste onderdeel – dat de offerte van CAF substantieel onregelmatig is omdat zij niet overeenstemt met de werkelijkheid ("Bedrijfszekerheid") inzake het door CAF

opgegeven aantal gebreken A en B en – tweede onderdeel – een voorbehoud bevat.

Eerste subonderdeel – uiteenzetting

31. In een eerste subonderdeel betoogt de verzoekende partij in essentie dat het aantal door CAF opgegeven A-gebreken per miljoen km in het kader van het sub-subgunningscriterium "Bedrijfszekerheid", dat figureert onder het subcriterium "Inzetbaarheid", niet realistisch is. Wanneer de verwerende partij een zorgvuldig onderzoek had gedaan, dan had zij op grond van haar vorige overheidsopdracht De Lijn 3 kunnen vaststellen dat CAF het aantal opgegeven klasse A-gebreken heeft verlaagd van 6 gebreken naar 3 gebreken voor huidige opdracht, terwijl de verzoekende partij in haar offerte 5 klasse A-gebreken heeft opgegeven, tegenover 6 klasse A-gebreken in de vorige overheidsopdracht zoals blijkt uit het gunningsverslag van 14 maart 2012 De Lijn 3. Terwijl CAF in het kader van de vorige overheidsopdracht heeft aangegeven dat er zich 70 B-gebreken zouden voordoen, geeft zij nu aan dat er zich slechts 37 B-gebreken zullen voordoen. Samenvattend is de evolutie dan ook als volgt te beschrijven:

"

	BOMBARDIER		CAF	
	KL-Klasse A-gebreken	Klasse B-gebreken	Klasse A-gebreken	Klasse B-gebreken
Huidige opdracht	5	35	3	37
Vorige overheidsopdracht (2012)	6	40	6	70

."

Door deze aanzienlijke daling van het aantal gebreken klasse A en B door CAF had de verwerende partij zich volgens de verzoekende partij moeten afvragen of dit wel realistisch is, te meer nu CAF ook de kost voor het preventief onderhoud in vergelijking met de opdracht De Lijn 3 halveert en indien de tram zoals aangeboden door CAF, in tegenstelling tot diegene zoals aangeboden door de verzoekende partij, nog nooit in productie is geweest.

De verzoekende partij acht het ook opvallend dat de verwerende partij bij de beoordeling van de realistische aard van het aantal fouten klasse A en B, evenveel waarde lijkt te hechten aan de ervaring van beide inschrijvers, hoewel er toch een kennelijke ervaringsasymmetrie bestaat in haar voordeel door het bestaan van het octrooi en kennelijk geen rekening heeft gehouden met het feit dat een voertuig niet enkel een verzameling van "samenstellende elementen en systemen", maar een geheel is, waarbij de integratie en het op elkaar afgestemd zijn van de systemen een zeer kritisch element is in het verkrijgen van een grotere betrouwbaarheid en bedrijfszekerheid. De ervaring van de inschrijvers wordt aldus verkeerdelijk beoordeeld door de verwerende partij.

Alhoewel de Raad van State in het schorsingsarrest nr. 236.575 bevestigde dat de verwerende partij onzorgvuldig is geweest door niet na te gaan of het door de inschrijvers aangegeven aantal gebreken klasse A en klasse B op aanvaardbare realistische elementen is gesteund, blijkt volgens haar uit het aanvullend beoordelingsverslag van 15 februari 2017 niet dat De Lijn zich enige vragen heeft gesteld bij de realistische aard van het aantal gebreken klasse A en B.

De beoordeling van de verwerende partij is aldus volgens de verzoekende partij uitsluitend gesteund op wat door de verzoekende partij en CAF in hun BAFO-offerte is meegedeeld en het onderzoek van De Lijn is beperkt tot een eenvoudige aanname van de beweringen van CAF.

Net zoals voor de realistische aard van de prijs van het door CAF aangeboden preventief onderhoud, kon de verwerende partij volgens haar enkel beslissen om geen verzoek tot verantwoording aan CAF te richten indien zij over voldoende elementen beschikte om zich ervan te verzekeren dat het door CAF opgegeven aantal gebreken klasse A en B realistisch is. Dergelijke elementen liggen volgens de verzoekende partij tot op heden niet voor.

Er is volgens de verzoekende partij bijgevolg geen enkel element in het aanvullend beoordelingsverslag, op grond waarvan de verwerende partij zich

kon verzekeren dat het door CAF aangeboden aantal gebreken klasse A en B realistisch is. De motieven betreffen bijvoorbeeld welke fouten als gebreken klasse A of B kunnen worden beschouwd, maar dit is uiteraard irrelevant voor de beoordeling van de realistische aard van het aantal fouten. In die zin wordt dan ook de materiëlemotiveringsplicht geschonden.

De verzoekende partij besluit dat de offerte van CAF niet met de werkelijkheid overeenstemt wanneer zij stelt dat er zich 3 klasse A-gebreken zullen voordoen per miljoen kilometer, minstens dat het onderzoek naar de realistische aard van het aantal gebreken niet zorgvuldig is gebeurd.

Eerste subonderdeel – beoordeling

32. Dit sub-subgunningscriterium "Bedrijfszekerheid" staat op 6 punten en wordt in artikel 106.2 b.1), van deel 1 van het gecoördineerde bestek als volgt omschreven :

> "Er wordt een score voor dit sub-subcriterium bepaald door de optelling van de volgende twee termen:
> - De eerste term is het product van de vermenigvuldiging van 0,60 met het aantal gebreken klasse A per miljoen km minder dan 6 gebreken klasse A per miljoen km. Bij 1 of minder gebreken klasse A per miljoen km wordt een maximale score van 3,00 punten toegekend.
> - De tweede term is het product van de vermenigvuldiging van 0,10 punten met het aantal gebreken klasse A en B samen per miljoen km minder dan 70 gebreken klasse A en B samen per miljoen km. Bij 40 of minder gebreken klasse A en B samen per miljoen km wordt een maximale score van 3,00 punten toegekend.
>
> De opgegeven waarden dienen door de Inschrijver van toepassing te worden verklaard voor de ganse vloot van Trams (Eerste Schijf en eventueel volgende Schijven).
> De gegevens in de tabel van Deel 6 – paragraaf 2.b – onderdeel b.1) zullen worden gebruikt voor de bepaling van de score (administratief en technisch deel van de BAFO)."

Artikel 2.R.3 van het bestek (deel 4 – bladzijde 59) beschrijft op welke manier de gebreken worden ingedeeld:

> "De gebreken worden als volgt geklasseerd:
> A: Elk gebrek dat de Tram immobiliseert of dat exploitatie met reizigers verhindert en dat niet door de tramchauffeur kan worden verholpen met de normale rijprocedures die in de BAFO door de Opdrachtnemer werden opgegeven valt in klasse A. Dergelijke gebreken dienen door de technische diensten te worden hersteld vooraleer opnieuw exploitatie met reizigers mogelijk is. Twee deuren in dezelfde rijrichting buiten dienst leiden echter tot een A-fout, ongeacht of de dienst al dan niet is verdergezet.
> B: Klasse B behelst gebreken waarbij de Tram met reizigers niettegenstaande het gebrek de terminus kan bereiken, eventueel met verminderde prestaties, comfort, e.d. Hiervoor dient de chauffeur in voorkomend geval een aantal ingrepen te doen die beschreven zijn in de rijinstructie ter beschikking gesteld door de Opdrachtnemer overeenkomstig paragraaf 2.D.6 van Deel 4 - Bijlage 2.D. Dergelijke gebreken dienen door het technisch personeel te worden hersteld vooraleer opnieuw exploitatie met reizigers mogelijk is. Eén deur buiten dienst leidt echter tot een B-fout, ongeacht of de dienst al dan niet is verdergezet.
> C: Kleinere gebreken, die de exploitatie niet storen en waarvan de herstelling kan worden uitgesteld, vallen onder de klasse C. Dergelijke gebreken dienen te worden hersteld bij een voorziene onderhoudsbeurt of een andere passage van de Tram in de werkplaats."

33. Wat het sub-subgunningscriterium "6.3.1 Bedrijfszekerheid (6,00 punten)" betreft, worden in het gunningsverslag van 12 september 2016 de BAFO's van CAF en van de verzoekende partij beoordeeld als volgt:

> "88. De BAFO's werden op het sub-subcriterium Bedrijfszekerheid als volgt beoordeeld:
> […]
> CAF S.A. geeft voor het maximum aantal gebreken klasse A per miljoen km 3 gebreken per miljoen km op. Het opgegeven aantal gebreken klasse A en B samen per miljoen km bedraagt 40 gebreken per miljoen km.
> CAF S.A. behaalt aldus voor het sub-subcriterium Bedrijfszekerheid een score van 4,80 punten.
> […]
> Bombardier Transportation Belgium NV geeft voor het maximum aantal gebreken klasse A per miljoen km 5 gebreken per miljoen km op. Het opgegeven aantal gebreken klasse A en B samen per miljoen km bedraagt 40 gebreken per miljoen km.

> Bombardier Transportation Belgium NV behaalt aldus voor het sub-subcriterium Bedrijfszekerheid een score van 3,60 punten."

34. In het voormelde schorsingsarrest nr. 236.575 oordeelt de Raad van State dat "[u]it niets lijkt te blijken dat door de verwerende partij werd nagegaan of de door de inschrijvers gedane opgave op realistische elementen is gesteund" :

> "6.13. Ook op dit punt lijkt het aan de verwerende partij op het eerste gezicht toe te komen op grond van het zorgvuldigheids- en het gelijkheidsbeginsel na te gaan of het door de inschrijvers aangegeven aantal gebreken klasse A en klasse B op aanvaardbare realistische elementen is gesteund.
> In het gunningsverslag wordt op het eerste gezicht, wat de beoordeling van het sub-subgunningscriterium "Bedrijfszekerheid" betreft, het door de inschrijvers aangegeven aantal gebreken klasse A en klasse B zonder meer aangenomen om de score van de inschrijvers te bepalen. Uit niets lijkt te blijken dat door de verwerende partij werd nagegaan of de door de inschrijvers gedane opgave op realistische elementen is gesteund. Dit laatste lijkt zich des te meer op te dringen nu de door CAF aangeboden trams in de hier voorgestelde configuratie nog niet in productie lijken te zijn geweest.
> De argumentatie dat uit het bestek blijkt dat de verwerende partij een maximumscore zou toekennen ingeval van 1 of minder klasse A-gebreken per miljoen km, en dat als minimale eis gold dat er maximaal 6 klasse A-gebreken mochten worden opgegeven, waaruit wordt afgeleid dat wanneer de opgave van 3 klasse A-gebreken onrealistisch is, de eisen vooropgesteld in het bestek voor het behalen van de maximumscore al helemaal onwerkelijk zouden zijn, doet op het eerste gezicht geen afbreuk aan de voormelde vaststelling, nu deze vooropgestelde schaal zonder invloed lijkt te zijn op het mogelijk aantal klasse A en klasse B gebreken van de aangeboden trams.
> De omstandigheid dat luidens het bestek een "bedrijfsonzekerheids-vergoeding" verschuldigd is indien de gegarandeerde bedrijfszekerheid niet wordt gehaald, doet op het eerste gezicht aan de voormelde vaststelling geen afbreuk."

35. Het lijkt dan ook hier te moeten worden onderzocht of die realistische inschatting thans *prima facie* wel voldoende door de verwerende partij wordt aangetoond of uit de stukken van het dossier blijkt.

36. Het aanvullend beoordelingsverslag van 15 februari 2017 bevat de volgende beoordeling van het opgegeven aantal gebreken van klasse A en B :

> "3. Aanvulling 1 : onderzoek naar het realistisch karakter van het opgegeven aantal gebreken van klasse A en B
> 3.1. Situering
> a) Vraagstelling
> De Raad van State oordeelde dat de Aanbestedende Overheid op basis van het zorgvuldigheids- en gelijkheidsbeginsel moet nagaan of de door de Inschrijvers opgegeven aantallen klasse A- en B-gebreken op aanvaardbare realistische elementen zijn gesteund.
> De Raad van State oordeelt dat op basis van het gunningsverslag de opgegeven aantallen voor het aantal gebreken klasse A en B door de Aanbestedende Overheid op het eerste gezicht zonder meer aangenomen worden.
> b) Bijkomende toelichting
> De terminologie klasse A- en B-gebreken is in de tramwereld goed bekend. Dit is onder meer gespecifieerd in de Duitse VDV-'Schriften' 164. De Aanbestedende Overheid hanteert een hiervan afgeleide definitie die ten opzichte van de vorige opdrachten voor levering van trams dezelfde is gebleven. Deze definitie is duidelijk opgenomen in Deel 4 - Bijlage 2.R van het Bestek.
> Omwille van het feit dat de tramconstructeurs vertrouwd zijn met de classificatie van gebreken in klasse A en B (om de ernst van de opgetreden gebreken aan te duiden) en het feit dat zij in andere projecten dezelfde methodologie gebruiken, moeten zij geacht worden in het subgunningscriterium 'Bedrijfszekerheid' een realistische inschatting te kunnen maken.
> Algemeen moet worden gesteld dat tramconstructeurs databases van vorige en lopende projecten bijhouden om hun producten voortdurend te verbeteren. Uit de BAFO's van beide Inschrijvers blijkt duidelijk dat zowel Bombardier Transportation Belgium NV als CAF S.A. dergelijke aanpak hanteren.
> Aan de hand van dergelijke database, waarin ook de gegevens van hun toeleveranciers worden opgenomen en van een inschatting van de risico's verbonden aan het betrokken project op basis van het Bestek en de door de betrokken opdrachtgever verstrekte gegevens, zijn tramconstructeurs in staat het aantal gebreken in te schatten.
> Het opgegeven aantal gebreken van klasse A en B is dus niet uit het ijle gegrepen maar wordt bepaald aan de hand van een gestructureerde methodiek aangevuld met de inschatting van mogelijke risico's en gevolgen. Hierna wordt de methodiek van de beide inschrijvers besproken en geëvalueerd. Voorafgaandelijk wordt nog op de relevante besteks-bepalingen gewezen.
> c) Elementen uit het Bestek
> In het Bestek wordt het begrip 'Bedrijfszekerheid' duidelijk toegelicht en is nauwkeurig aangegeven welke gegevens er voor de beoordeling van het

subgunningscriterium worden gevraagd (zie volgende paragraaf c.1)).
Bovendien zijn er sanctiemechanismen voorzien indien de Inschrijver de opgegeven verbintenissen niet zou nakomen. Deze worden in de daarop volgende paragraaf c.2) toegelicht.

c.1) Toelichting van het gunningscriterium voor bedrijfszekerheid

Volgens Deel 1 - Artikel 106.2 paragraaf b.1) van het Bestek wordt de score voor het subgunningscriterium bedrijfszekerheid bepaald door de optelling van twee termen:

- De eerste term is het product van de vermenigvuldiging van 0,60 met het aantal gebreken klasse A per miljoen km minder dan 6 gebreken klasse A per miljoen km. Bij 1 of minder gebreken klasse A per miljoen km wordt een maximale score van 3,00 punten toegekend.
- De tweede term is het product van de vermenigvuldiging van 0,10 punten met het aantal gebreken klasse A en B samen per miljoen km minder dan 70 gebreken klasse A en B samen per miljoen km. Bij 40 of minder gebreken klasse A en B samen per miljoen km wordt een maximale score van 3,00 punten toegekend.

In Deel 5 - 1.k) van het Bestek wordt de Inschrijvers opgelegd dat ze voor de bepaling van de waarden voor het aantal gebreken van klasse A en A+B per miljoen kilometer rekening moeten houden met de volgende veronderstellingen:

- gemiddelde jaarlijkse afstand per Tram: tussen 30.000 km — 80.000 km,
- gemiddelde commerciële snelheid: > 10 km/h,
- gemiddeld aantal haltes per afgelegde kilometer: <3.

Ook wordt de Inschrijvers opgelegd om in de BAFO een tabel op te geven met de mogelijk optredende gebreken (per Categorie Trams) met de vermelding van het optredende gebrek, de symptomen en de indeling volgens klasse (klasse A, klasse B of klasse C).
Dit geeft duidelijk aan dat de Inschrijvers bij de indiening van de BAFO verplicht zijn om na te denken over het aantal gebreken per miljoen kilometer en de gebreken per Categorie Trams. Bovendien worden deze opgegeven aantallen gebreken van klasse A en A+B per miljoen kilometer opgenomen in de contractuele verbintenissen die de Opdrachtnemer aangaat, gezien dit deel uit maakt van de evaluatie van de Trams tijdens de gebruiksfase. Opdat de Inschrijvers dus een realistische waarde zouden opgeven, werden in het Bestek sancties voorzien onder de vorm van vergoedingen voor Bedrijfsonzekerheid. Deze zullen van toepassing zijn indien de contractuele verbintenissen niet worden nagekomen.

c.2) Sanctiemechanisme : Bedrijfsonzekerheidsvergoeding

De Bedrijfsonzekerheidsvergoedingen zijn toegelicht in Artikel 45.2 van Deel 2 en paragraaf 4.2 van Deel 4 - Bijlage 2.R van het Bestek.
Wanneer bij deze eindbeoordeling door de Aanbestedende Overheid wordt vastgesteld dat de door de Opdrachtnemer Gegarandeerde Bedrijfszekerheid niet wordt gehaald, is de Opdrachtnemer aan de Aanbestedende Overheid een éénmalige Bedrijfsonzekerheidsvergoeding verschuldigd van 5.600,00 euro voor elk gebrek klasse A (in gebreken per miljoen km) boven de Gegarandeerde Bedrijfszekerheid (in gebreken per

miljoen km), vermenigvuldigd met het aantal Trams van de Eerste Schijf, en na afgifte van het Aanvangsbevel m-de Schijf, het aantal Trams van de Eerste en elke volgende m-de Schijf (waarbij m = 2, 3, 4, 5, 6 of 7) samen, waarvoor reeds een Voorlopig Beschikbaarheidscertificaat werd afgegeven en waarvoor nog waarborgverbintenissen lopen conform Deel 2 - Artikel 134 van het Bestek.
Deze Bedrijfsonzekerheidsvergoeding bedraagt 1.400,00 euro voor elk gebrek klasse A en B samen (in gebreken per miljoen km) boven de Gegarandeerde Bedrijfszekerheid (in gebreken per miljoen km), vermenigvuldigd met het aantal Trams van de Eerste Schijf, en na afgifte van het Aanvangsbevel m-de Schijf, het aantal Trams van de Eerste en elke volgende m-de Schijf (waarbij m = 2, 3, 4, 5, 6 of 7) samen, waarvoor reeds een Voorlopig Beschikbaarheidscertificaat werd afgegeven en waarvoor nog waarborgverbintenissen lopen conform Deel 2 - Artikel 134 van het Bestek.
Alhoewel de constructeurs de aangeboden voertuigen mogelijkerwijze nog nooit in exact dezelfde configuratie hebben gebouwd (o.a. door de specifieke karakteristieken van het tramnet van De Lijn, waarvoor de trams worden aangeboden), hebben Bombardier Transportation Belgium NV en CAF S.A. de verschillende samenstellende elementen en systemen wel reeds in andere tramprojecten aangewend. Door de ervaringen uit andere projecten met de samenstellende systemen en onderdelen van de aangeboden tram samen te voegen (die de Inschrijvers kunnen bundelen aan de hand van de hierna beschreven analysetools), kunnen de constructeurs inschatten wat de bedrijfszekerheid van het aangeboden voertuig zal zijn.
3.2. Bombardier Transportation Belgium NV
In Deel 6.2.d.1 van de BAFO van Bombardier Transportation Belgium NV wordt beschreven hoe Bombardier een hoge bedrijfszekerheid beoogt te bereiken (in combinatie met een kosteneffectief onderhoud).
a) Analyse van proceselementen
Ten eerste kan worden gewezen op de vele proceselementen in de ontwikkeling van de trams die er op wijzen dat Bombardier Transportation Belgium NV een goede inschatting van de voorkomende A- en B-fouten heeft gemaakt. Zij worden hierna beschreven.
Bombardier Transportation Belgium NV maakt gebruik van een web-based database genaamd Field informatie Tool (FIT) om dergelijke data m.b.t. gebreken aan de trams van vele projecten te documenteren. Bombardier Transportation Belgium NV geeft aan dat met deze tool meer dan 30 vloten (met ca. 1.500 voertuigen) worden gecontroleerd en dat de verworven informatie wordt gebruikt binnen alle lightrail voertuig projecten. Met deze tool kunnen ook analyses worden gemaakt met betrekking tot deze projecten, producten, leveranciers, subsystemen, enz.
Bombardier Transportation Belgium NV vermeldt eveneens dat eventuele feedback van de verschillende projecten in alle lopende en nieuwe projecten zal worden verwerkt.
Daaruit blijkt dat elke bij een gebrek betrokken partij (o.a. Customer Support, Engineering, Leverancier of Onderaannemer, ...) samenwerkt met

betrekking tot het incident, en er tevens een snel overzicht wordt gegarandeerd.
In de BAFO wordt eveneens het FRACAS-proces, als analysetool, beschreven (Failure Reporting Analysis and Corrective Action System). Elke stap van het FRACAS-proces wordt gestart en opgevolgd door het gebruik van de FIT-tool. Elk gesloten FRACAS-punt wordt gebruikt voor een 'Lessons learned'-pakket dat in aanmerking wordt genomen bij toekomstige design reviews. Dit leidt tot de verbetering en verdere ontwikkeling van de systemen en de betrouwbaarheid en onderhoudbaarheid, waardoor de life cycle cost (of LCC) en de beschikbaarheid van de voertuigen positief worden beïnvloed.
Rekening houdend met het feit dat er reeds meer dan 1.500 voertuigen in de FIT-tool worden opgevolgd en het FRACAS-proces wordt toegepast, heeft Bombardier Transportation Belgium NV een duidelijk zicht op de gebreken die er in het Flexity-platform zijn, waaruit ook de aangeboden voertuigen voor deze Opdracht zullen afkomstig zijn, en welke impact deze gebreken hebben. Op basis van deze gegevens kan Bombardier Transportation Belgium NV inschatten hoeveel keer een bepaald type gebrek per miljoen km kan voorkomen en zo een waarde opgeven als onderdeel van de BAFO.
Bovendien wordt in de BAFO van Bombardier Transportation Belgium NV in de technische beschrijving van Deel 5-1.a. - Technische Beschrijving op verschillende plaatsen verwezen naar de normen EN 50126/50128/50129 die op RAMS betrekking hebben. RAMS (Reliability, Availability, Maintainability and Safety) is een internationaal genormeerde methodologie gericht op het bekomen van betrouwbaarheid, bruikbaarheid, beschikbaarheid, onderhoudbaarheid en veiligheid, bij de ontwikkeling van railtoepassingen. Uit de verwijzingen naar RAMS blijkt dat Bombardier Transportation Belgium NV vertrouwd is met deze methodologie, en dus ook voor de BAFO een realistische inschatting van de betrouwbaarheid van de te ontwikkelen trams, met inbegrip van de mogelijke A- en B-fouten, kon maken.
b) Inhoudelijke analyse
Na de analyse van de proceselementen uit de BAFO van Bombardier Transportation Belgium NV blijkt, ten tweede, uit analyse van de lijsten met gebreken van klasse A en B zelf dat deze realistisch zijn, zoals hierna beschreven.
In de BAFO van Bombardier is in Deel 5-1.k) een lijst opgegeven van de verschillende gebreken en hun classificatie. Dit deel bevat een afzonderlijke lijst per Categorie Trams omdat bepaalde gebreken een andere classificatie kunnen krijgen naargelang het type tram. Het realistisch karakter van deze lijst werd onderzocht. Hieruit blijkt dat de lijst van opgegeven gebreken plausibel en logisch is, en in overeenstemming met de technische specificaties van het aangeboden voertuig. Er kan immers worden vastgesteld dat de lijst rekening houdt met de meest voorkomende gebreken die een tram – *g*egeven de technische specificaties van het aangeboden model (rekening houdend met de verschillende redundante uitvoeringen) – kan treffen. Zo bevat de lijst met storingsmeldingen en hun classificatie o.a. gebreken met betrekking tot de tractie en remming, de

hulp- en backup hulpconvertor, de batterij, de wielen, de deuren en deurlus, de klapplaten, de HVAC, de intercomeenheden, de verlichting, de datarecorder, de branddetectie, de software, het niet beschikbaar zijn van bepaalde werkmodi,....

3.3. CAF S.A.

a) Analyse van proceselementen

Ten eerste kan worden gewezen op de vele proceselementen in de ontwikkeling van de trams die er op wijzen dat CAF S.A. een goede inschatting van de voorkomende A- en B-fouten heeft gemaakt. Zij worden hierna beschreven.

CAF S.A. geeft in de BAFO aan de betrouwbaarheid van de vloot voortdurend te bewaken om systematische fouten in de gehele vloot, storingen of gebreken die resulteren in vertragingen van de dienstregeling, beschikbaarheid van eenheden en aan de veiligheid gerelateerde gebreken te identificeren en te onderzoeken.

Elk gebrek wordt geanalyseerd om de oorzaak te achterhalen en om te bepalen of het gaat om een eenmalige gebeurtenis of een herhaaldelijk optredend gebrek.

In de BAFO van CAF S.A. wordt, meer bepaald in paragraaf 17.1 en 17.2 van Bijlage 2.d.1 in deel 3.13(m), beschreven dat CAF S.A. voor supervisie op foutincidenten in dienstverband van verschillende projecten (In-Service Fault Incident Supervision Service of ISFISS) een overkoepelende afdeling heeft gecreëerd, om optimale ontwikkeling te verzekeren van de garantie en technische ondersteuning, aangepast aan de behoeften van het concrete project. De ISFISS gebruikt een computernetwerk voor gegevensverwerking dat verbinding maakt met het technisch kantoor van CAF, de productieafdelingen en het centrum waar de technische ondersteuning wordt voorzien. CAF S.A. stelt in de BAFO dat via dit netwerk alle incidenten en door de voertuigen aangemaakte informatie worden verzameld. Hierin kunnen alle vereiste documenten worden bekeken en eerder gedefinieerde kwaliteitsscores worden berekend.

Het CMMS - INFOR EAM-systeem (Computer Maintenance Management System - Enterprise Asset Management) is gekozen als het onderliggende systeem voor onderhoudsbeheer (de analysetool gebruikt door CAF S.A. in hun projectorganisatie – zoals aangegeven in de BAFO in paragraaf 17.10.3 van Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1). Het wordt voor alle aspecten van geplande onderhoudswerkzaamheden, personeel, materialen, foutbeheer, documentatie en rapportage gebruikt. Het systeem werd specifiek ontwikkeld voor onderhoudswerkzaamheden, met name voor het verbeteren van de betrouwbaarheid, het verlagen van kosten en voor een voortdurende verbetering.

Het CMMS-systeem bevat een specifieke module voor het beheer van gebreken en incidenten, waarmee een technische analyse van de voertuigen kan worden gemaakt. Deze module omvat informatie over de actuele situatie van de voertuigen, Interventie-registratie, kostenregistratie, toegepaste aanpassingen, gebruiksintensiteit en belasting,...

Het CMMS heeft ook rapportage-tools, die periodieke rapportages ondersteunen.

CAF S.A. licht in Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 van de BAFO ook toe dat alle informatie verzameld in andere projecten (bijvoorbeeld tram Zaragoza, tram Stockholm, tram Tallin, etc.) wordt gebruikt om de onderhoudsaspecten te verbeteren, te beginnen bij de ontwerpfase en dat deze informatie in de CM MS wordt gecentraliseerd.

Net zoals Bombardier Transportation Belgium NV blijkt uit de BAFO van CAF S.A. dat het met de RAMS-methodologie (in het bijzonder norm EN 50126 'Railtoepassingen - De specificatie en het bewijs van de betrouwbaarheid, bruikbaarheid, beschikbaarheid, onderhoudbaarheid en veiligheid') vertrouwd is, en dus een realistische inschatting van de bedrijfszekerheid kon maken:

- Reeds bij het ontwerp rekening wordt gehouden met de keuze van ontwerpspecificaties en gevolgen op mogelijke gebreken. In paragraaf 22.2.2 van Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1) van de BAFO van CAF wordt aangegeven dat voor het technisch basisontwerp een fase 'Distributie systeemspecificaties' volgens norm EN 50126 wordt voorzien (ook gekend als het architectuurontwerp in andere normen).
- Paragraaf 22.2.3 van Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 van de BAFO van CAF S.A. handelt over de fase 'Gedetailleerd Ontwerp'. CAF S.A. verwijst met deze fase naar fase 6 'Ontwerp en implementatie' van de norm EN 50126. CAF S.A. bevestigt dat in de interne procedure 'Uitvoering van ontwerp' dit gedeelte ook beschreven wordt in het punt 'Gedetailleerd ontwerp'. De door CAP S.A. voorziene fase omvat ook de 'Analyse van het ontwerp en testen' en 'Ontwerpcontroles' in de 'Ontwerp- en implementatiefase' van norm EN 50126.
- CAF S.A. vermeldt in Deel 3.13(m) - Bijlage 2.d.1 eveneens dat binnen het projectteam voor deze opdracht een RAM-manager wordt voorzien. De taken van deze manager omvatten het voorzien van alle specifiek voor RAM vereiste middelen, het verzekeren dat RAM-vereisten vervuld zijn, het beoordelen en analyseren van de specificaties verwant met RAM, het RAM-bereik en doelstellingen van het project definiëren en het rilannen van de RAM-activiteiten tijdens de ontwerpfase.

Op basis van bovenstaande elementen die in de BAFO bij de projectorganisatie zijn vermeld is vast te stellen dat CAF S.A., met gebruik van het CMMS-systeem een realistische inschatting heeft kunnen maken van het aantal gebreken van klasse A (alsook klasse A en B samen) per miljoen km. Door gebruik te maken van de analysetool kan de informatie over de bedrijfszekerheid van de samenstellende systemen en onderdelen leiden tot een onderbouwde conclusie en opgegeven waarde voor de aangeboden trams.

b) Inhoudelijke analyse

Na de analyse van de proceselementen uit de BAFO van CAF S.A. blijkt, ten tweede, uit analyse van de lijsten met gebreken van klasse A en B zelf dat deze realistisch zijn, zoals hierna beschreven.

In Deel 3.11(k) van de BAFO van CAF S.A. wordt toegelicht hoe CAF S.A. de bedrijfszekerheid in termen van gebreken per miljoen kilometer bepaalt en welke aannames werden gemaakt voor de bepaling van het

aantal gebreken per miljoen kilometer. Dit deel van de BAFO bevat twee lijsten van de verschillende gebreken van respectievelijk klasse A en klasse B. Het realistisch karakter van deze lijsten werd onderzocht. Hieruit blijkt dat de lijsten van opgegeven gebreken plausibel en logisch zijn, en in overeenstemming met de technische specificaties van het aangeboden voertuig. Er kan immers worden vastgesteld dat de lijsten rekening houden met de meest voorkomende gebreken die een tram – gegeven de technische specificaties van het aangeboden model (waaronder, in dit geval, een hoge mate van redundantie tussen de verschillende systemen van het aangeboden model, waardoor defecten minder snel de exploitatie van de tram bedreigen) – kunnen treffen. Zo bevat de lijst met gebreken o.a. gebreken met betrekking tot de tractie en remming, de DC- en AC-stroomvoorziening (boordnetomvormer), de batterij, de dodemansfunctie, de wielen, de deuren, de klapplaten, de HVAC, de intercomeenheden, de achteruitkijkcamera's, het TCMS-system en de gebeurtenissen-recorder,...

3.4. Conclusie

De lijsten met A- en B-gebreken die in de BAFOs van de beide inschrijvers waren opgenomen, werden in de voorgaande paragrafen op dubbele wijze gevalideerd:

- Ten eerste blijkt dat de beide inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben (waarbij rekening wordt gehouden met de informatie uit de vele andere projecten waarbij de inschrijvers betrokken zijn) om zelf een zorgvuldige inschatting te kunnen maken van[...] het aantal A- en B-gebreken die zich met de aangeboden tram kunnen voordoen.
- Ten tweede heeft de Aanbestedende Overheid deze lijsten aan de eigen ervaringen getoetst. Uit deze globale beoordeling is gebleken dat deze lijsten zorgvuldig werden opgesteld, telkens rekening houdend met [de] technische specificaties van de aangeboden tram. Aan de meest voorkomende gebreken is telkens voldoende aandacht besteed."

37. Er moet worden vastgesteld dat de verwerende partij aldus oordeelt dat beide inschrijvers voldoende robuuste processen en tools hebben om zelf een zorgvuldige inschatting te kunnen maken van het aantal gebreken klasse A en B die zich met de aangeboden tram kunnen voordoen om zelf een betrouwbaar en realistisch programma op te stellen.

Dit houdt onder meer verband met de reeds hiervoor bij het eerste onderdeel vermelde informatie over incidenten, foutmeldingen en dergelijke uit lopende en vorige projecten die beide inschrijvers bijhouden in een database, FRACAS bij Bombardier en CMMS-INFOR EAM bij CAF.

De verwerende partij erkent daarbij in dit kader in het hiervoor aangehaald aanvullend beoordelingsverslag wel dat de constructeurs weliswaar de aangeboden voertuigen mogelijkerwijze nog nooit in exact dezelfde configuratie hebben gebouwd, maar benadrukt dat de constructeurs de verschillende samenstellende elementen en systemen wel reeds in andere tramprojecten hebben aangewend en dat zij, door de ervaringen uit andere projecten met de samenstellende systemen en onderdelen van de aangeboden tram samen te voegen de constructeurs kunnen inschatten wat de bedrijfszekerheid van het aangeboden voertuig zal zijn.

De verzoekende partij toont, om de redenen uiteengezet bij het eerste onderdeel, niet voldoende concreet het tegendeel aan, ook niet door te wijzen op de zogenoemde ervaringsasymmetrie waarbij zij zich op het kwestieuze octrooi beroept.

Aldus blijkt evenmin *prima facie* dat de verwijzing naar het CMMS IFOR EAM-systeem van CAF niet relevant kan zijn ter ondersteuning van het opgegeven aantal gebreken klasse A en B.

Voorts verwijst de verwerende partij in het besluit van dit aanvullend beoordelingsverslag naar een toetsing van deze lijsten van gebreken aan de eigen ervaringen, blijkbaar de voornoemde Hermelijntram, waar de constructeur Siemens-Bombardier slechts 1,5 A-gebreken per 1 miljoen km bereikt na de evaluatieperiode zoals die toen in het bestek was bepaald of de helft minder dan het aantal nu vooropgesteld door CAF.

Dit is blijkbaar de vertrouwelijke informatie van De Lijn waarnaar de "*second opinion*" hiervoor vermeld, verwijst en informatie die volgens die "*second opinion*" duidelijk ondersteunt dat "de door de constructeurs opgegeven waardes niet markant afwijken van ervaringsgetallen uit eerdere projecten".

Ook hier betwiste de verzoekende partij ter terechtzitting omstandig de relevantie van de vergelijking met de Hermelijntrams, kritiek waarop

de verwerende partij en de tussenkomende partij eveneens omstandig repliceren. Zoals al opgemerkt bij het eerste onderdeel kan de Raad van State bezwaarlijk deze technische discussie in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid beslechten. *Prima facie* kan ook hier worden vastgesteld dat deze vergelijking in de voormelde "*second opinion*" gevalideerd werd door EK RAIL, een extern bureau waarvan de onafhankelijkheid en deskundigheid door de verzoekende partij niet wordt betwist.

Herhaald wordt dat EK Rail in de voormelde "*second opinion*" ook opmerkt:

> "Tot slot wordt opgemerkt dat het feit dat een van de constructeurs zich duidelijk verbeterde ten opzichte van eerdere biedingen allerminst een signaal hoeft te zijn van een onregelmatigheid. Deze evolutie past in het algemene beeld in de markt over deze constructeur, die de afgelopen jaren sterk in opkomst is".

Alleen al in het licht van deze vaststellingen en rekening houdend met de voormelde beoordelingsbevoegdheid van De Lijn, blijkt *prima facie* niet langer dat De Lijn niet voldoende zorgvuldig het realistisch karakter van het door CAF opgegeven aantal gebreken klasse A en B onderzocht heeft en niet redelijkerwijze van oordeel mocht zijn dat die opgave realistisch is.

38. De verzoekende partij voert nog aan dat de verwerende partij aldus enkel steunt op gegevens voorgebracht door CAF terwijl gebruikelijk een berekening wordt gevraagd.

Er moet echter worden vastgesteld dat dergelijke berekening in het bestek niet werd vereist. Ook al zou dit gebruikelijk zijn, lijkt zulks niet noodzakelijk in te houden dat een aanbestedende overheid ook niet op een andere manier op voldoende zorgvuldige wijze kan beoordelen of het opgegeven aantal gebreken realistisch is.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat uitleg had moeten worden gevraagd aan de inschrijvers, kan worden verwezen naar de beoordeling van dezelfde grief in het eerste onderdeel.

39. Deze *prima facie*-vaststellingen volstaan in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid om dit element van het eerste subonderdeel te verwerpen zonder dat nog nader dient te worden ingegaan op de andere kritieken van de verzoekende partij op andere elementen van het aanvullend beoordelingsverslag. Het lijkt immers niet dat zonder die elementen de verwerende partij niet redelijkerwijze tot het voormelde besluit mocht komen zodat de verzoekende partij geen belang lijkt te hebben bij deze kritiek.

40. De verzoekende partij toont aldus niet *prima facie* aan dat De Lijn het door CAF opgegeven aantal gebreken niet redelijkerwijze kon aanvaarden in het licht van de vaststellingen in het aanvullend beoordelingsverslag en dus ook niet dat de verwerende partij onzorgvuldig handelde door dit te doen.

41. In de uitwerking van dit middelonderdeel merkt de verzoekende partij nog op dat CAF aldus maar liefst 4,80 punten krijgt voor een onrealistische offerte, terwijl zij voor haar realistisch voorstel slechts 3,60 punten heeft behaald. Een dergelijke weerspiegeling in het aantal punten kan volgens de verzoekende partij niet worden aanvaard, nu het aanbieden van 3 gebreken van klasse A niet met de werkelijkheid zal stroken, en is strijdig met het gelijkheidsbeginsel.

42. Nog daargelaten de vraag of de betwisting inzake de toegekende punten voldoende duidelijk is opgeworpen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid want enkel opgenomen in de uitwerking van het middel zonder enige verwijzing naar deze grief in de weergave van het middel zelf, is, gelet op de conclusie hiervoor onder randnummer 40 dan evenmin *prima facie* aangetoond dat in strijd met het gelijkheidsbeginsel CAF voor haar onrealistische offerte meer punten zou hebben gekregen dan de verzoekende partij.

Tussenbesluit

43. Het besproken subonderdeel is niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de schending van artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Er wordt om de voormelde redenen ook niet *prima facie* aangetoond dat onzorgvuldig werd gehandeld of in strijd met het *patere legem*- beginsel of het gelijkheidsbeginsel door de offerte van CAF niet te weren wegens de betrokken opgave van gebreken klasse A en B of door voor dit sub-subcriterium "Bedrijfszekerheid" CAF 4,8 punten op 6 te geven en de verzoekende partij 3,60. In de mate dat de verzoekende partij hieruit ook een "kennelijke beoordelingsfout" afleidt, lijkt deze grief verband te houden met de materiëlemotiveringsplicht en is het subonderdeel evenmin ernstig.

Het eerste subonderdeel is niet ernstig.

Tweede subonderdeel – uiteenzetting

44. In een tweede subonderdeel voert de verzoekende partij in hoofdorde en in essentie aan dat de BAFO van CAF had moeten zijn geweerd nu deze een voorbehoud bevat in de zin dat daarin ruimte wordt gelaten voor nadere uitwerking.

De verzoekende partij leidt dit af uit de volgende passage in het gunningsverslag bij de beoordeling van het sub-subgunningscriterium "Kwaliteit en duidelijkheid van de BAFO":

> "Wat betreft de eenduidigheid van de in BAFO opgenomen engagementen wordt vastgesteld dat, zonder afbreuk te doen aan de gebondenheid door deze verbintenissen, er door CAF S.A. ruimte wordt gelaten tot verdere uitwerking."

Wat de offerte van de verzoekende partij betreft, wordt daarentegen bevestigd op de bladzijden 66-67 van het gunningsverslag dat de in deze

offerte “opgenomen engagementen […] eenduidig [zijn]”.

Hieruit volgt volgens haar dat de BAFO zoals ingediend door CAF geen sluitende offerte is, maar nog nader moet worden uitgewerkt, terwijl zijzelf wel een sluitende en onvoorwaardelijke offerte heeft ingediend, terwijl een offerte een vaste, duidelijke en in beginsel definitieve uitdrukking van de wil van de inschrijver uitmaakt. Ook de vergelijkbaarheid van de offertes komt in het gedrang wanneer offertes worden vergeleken die niet dezelfde garanties bieden.

De offerte van CAF betreft bovendien een BAFO ofwel een “Best and Final Offer”, dus de “laatste stap”. Ook uit artikel 80 van het bestek (Deel 1 – bladzijde 39) blijkt dat het niet de bedoeling was van De Lijn om te eindigen met voorwaardelijke offertes die nog nader zouden moeten worden uitgewerkt. Door naderhand toch een offerte te aanvaarden waarvan de verbintenissen niet eenduidig zijn, schendt de verwerende partij het *patere legem*-beginsel meer bepaald artikel 80 van het bestek.

De verzoekende partij gaat vervolgens in op de in de eerste schorsingsprocedure door de verwerende partij in haar nota met opmerkingen gegeven voorbeelden waaruit zou moeten blijken dat “de in de BAFO opgenomen verbintenissen [geenszins] ten aanzien van verwerende partij [zijn] uitgehold”:

> ‘De eindconfiguratie van de plaats van de ticketverkoop wordt bestudeerd in de projectfase en wordt naar de Aanbestedende Overheid gestuurd voor goedkeuring’
> ‘De uiteindelijke locatie van deze elementen zal worden bepaald in overleg met de Aanbestedende Overheid’
> ‘Hoe dan ook, zal de locatie en het ontwerp van de identificatiegegevens en headers en pictogrammen worden bepaald tijdens studiefase, in overleg met de Aanbestedende Overheid’
> ‘Over het aantal en de positie van de hierna beschreven elementen zal beslist worden met de Aanbestedende Overheid tijdens de Projectfase.’.”

Het grootste probleem met deze lijst is volgens de verzoekende partij in de eerste plaats dat deze niet limitatief is zodat het opgeven van een

dergelijke lijst *de facto* geen afdoend bewijs is. Inhoudelijk merkt zij op geen bezwaar te hebben bij het eerste en het derde punt maar wel betreffende de overige twee punten.

Zij wijst erop dat het tweede punt betrekking heeft op de "diverse voorzieningen voor de chauffeur" zoals het vuilnisbakje, de diensttas, de opbergplaatsen, de kapstok, de hulpmiddelen voor noodgevallen en specifieke hulpmiddelen. Al deze elementen samen zijn volgens haar essentieel voor het ontwerp van de stuurpost. De integratie en plaats van deze elementen kan immers maken dat de stuurpost niet geschikt is en dat deze moet worden aangepast. Als de stuurpost moet worden vergroot om deze elementen te integreren, dan moet men ofwel de tram zelf groter maken, ofwel zal men plaats voor tramreizigers moeten opgeven. Het feit dat er dus ruimte wordt gelaten "tot verdere uitwerking" is dus voor dit punt wel degelijk problematisch.

Inzake het vierde punt merkt de verzoekende partij op dat dit de "binnensignalisatie" betreft zoals de plaats van de alarmknoppen, de getuigenlampen, pictogrammen, de gong en de buzzer, en dat de plaats van de knoppen waarop men moet drukken in geval van nood, of om aan te geven dat men de tram bij de volgende halte wil verlaten essentieel is. De plaats bepaalt in de eerste plaats het gebruikersgemak van de reizigers. Bovendien bepaalt de plaats ook op welke manier deze elementen moeten worden geïnstalleerd. Het kan volgens haar niet worden uitgesloten dat CAF de knoppen op de voor haar gemakkelijkste/goedkoopste plaats zal voorzien, omdat de opdracht toch aan haar werd gegund.

Het feit dat er eventueel een forfaitaire vergoeding verschuldigd zou zijn, wanneer een aspect tijdens de uitvoering niet volledig of conform blijkt, is volgens de verzoekende partij onbelangrijk. Als De Lijn onduidelijkheden of onvolledigheden zou toelaten, betekent dit dat een inschrijver kan speculeren, door een beperktere/niet-sluitende offerte aan te bieden, die goedkoper is, en dus toelaat om meer punten te verzamelen voor het gunningscriterium prijs.

De BAFO's moesten met andere woorden finaal zijn en niet meer vatbaar voor nadere onderhandelingen of uitwerking, anders zijn deze niet meer vergelijkbaar, en de verwerende partij had volgens de verzoekende partij dan ook de offerte van CAF als substantieel onregelmatig moeten weren omdat de in haar offerte opgenomen verbintenissen niet eenduidig zijn. Deze onwettigheid kan niet in het kader van een tweede BAFO worden rechtgezet. Een BAFO is zoals reeds gemeld de finale offerte. Eenmaal er een BAFO is gevraagd, kan een aanbestedende overheid geen nieuwe offerte vragen, zonder het vertrouwens-beginsel te schenden.

Tweede subonderdeel – beoordeling

45. Het sub-subgunningscriterium "Kwaliteit en duidelijkheid van de BAFO" staat op 2 punten en wordt in artikel 106.2, d.2), van deel 1 van het gecoördineerde bestek als volgt omschreven :

> "De beoordeling van dit sub-subcriterium zal o.m. geschieden op basis van:
> - de helderheid van de structuur van de BAFO;
> - de duidelijkheid en leesbaarheid van de in de BAFO opgenomen informatie;
> - de eenduidigheid van de engagementen m.b.t. de geboden oplossingen en technologieën die tijdens het ontwerp en de uitvoering van de bouw van de Trams een invloed kunnen hebben.
>
> Voor dit sub-subcriterium zal een commissie de eventuele onduidelijkheden in de BAFO beoordelen in volgorde van belangrijkheid:
> 1. onduidelijkheden gerelateerd aan veiligheid;
> 2. onduidelijkheden met een invloed op duurzaamheid, toegankelijkheid en elementen met betrekking tot het comfort van de chauffeur en de reizigers;
> 3. onduidelijkheden met een impact op onderhoudbaarheid, meerkosten, betrouwbaarheid en duurzaamheid van de verschillende componenten van de Trams, alsook aspecten die niet zouden kunnen worden ondergebracht bij de voorgaande punten.
>
> Voor dit sub-subcriterium worden 2,00 punten toegekend indien de BAFO goed opgesteld is. Bij eventuele onduidelijkheden in de BAFO zal dit

> puntenaantal worden verminderd, rekening houdend met de hiervoor vermelde volgorde van belangrijkheid m.b.t. onduidelijkheden.
> Voor de goede orde wordt verduidelijkt dat onder dit sub-subcriterium de kwaliteit en de duidelijkheid van de initieel door de Inschrijver ingediende BAFO wordt beoordeeld, waarbij eventueel door de Inschrijver op verzoek van de Aanbestedende Overheid verstrekte verduidelijkingen (zie Deel 1 – v), stap 3) buiten beschouwing worden gelaten. Het feit dat de Aanbestedende Overheid in voorkomend geval geen verzoek tot verduidelijking m.b.t. de BAFO aan de Inschrijver heeft gericht, kan evenwel niet door de Inschrijver worden begrepen als zouden er geen onduidelijkheden zijn in de BAFO."

46. *Prima facie* lijkt uit het gunningsverslag niet te mogen worden afgeleid dat CAF een voorbehoud maakte bij de verbintenissen opgenomen in de BAFO, hetgeen in strijd zou zijn met de eis in artikel 80 van deel 1 van het bestek dat de BAFO in alle onderdelen onvoorwaardelijk bindend diende te zijn ten opzichte van de verwerende partij. Er lijkt door CAF veeleer te zijn verwezen naar het opnemen in de BAFO van elementen die in de uitvoeringsfase nader uitgewerkt moeten worden binnen de grenzen van het bestek en de verbintenissen in de BAFO.

Deel 2 van het bestek laat eveneens een nadere uitwerking toe van het ontwerp van de aangeboden tramvoertuigen, na de sluiting van de opdracht. Zo bepaalt artikel 36.8 van dat deel 2 onder meer:

> "Voor elke Categorie Trams wordt een fase van vaststelling van het definitief ontwerp van de Trams voorzien. De Opdrachtnemer dient de Aanbestedende Overheid het definitief ontwerp van de Trams van de in de Eerste Schijf opgenomen Categorie Trams over te maken binnen een termijn van zes (6) maanden vanaf de Aanvangsdatum Eerste Schijf, met het oog op visering daarvan door de Aanbestedende Overheid. De Opdrachtnemer dient de Aanbestedende Overheid het definitief ontwerp van de volgende Categorieën Trams over te maken binnen een termijn van drie (3) maanden vanaf de Aanvangsdatum van de Schijf waarin de eerste keer de nieuwe Categorie Trams wordt besteld, met het oog op visering daarvan door de Aanbestedende Overheid.
> Indien de Aanbestedende Overheid opmerkingen formuleert aangaande het ontwerp, dient de Opdrachtnemer deze te verwerken binnen een termijn van drie (3) maanden, waarna het definitief ontwerp opnieuw ter visering zal worden voorgelegd.

De visering van het definitief ontwerp wordt vastgesteld bij proces-verbaal voor elk van de drie Categorieën Trams.
Voorafgaandelijk aan de vaststelling van het definitief ontwerp van de Trams worden technische en functionele werkvergaderingen georganiseerd op initiatief van de Opdrachtnemer, in overleg met de Aanbestedende Overheid. Werkdocumenten (zoals functionele beschrijvingen, technische tekeningen, documentatie en andere werkdocumenten die dienen te leiden tot het dossier 'definitief ontwerp van de Trams') worden door de Opdrachtnemer tijdig ter beschikking gesteld van de Leidend Ambtenaar of zijn afgevaardigde."

Artikel 39.1 bepaalt onder meer :

"Minstens om de twee (2) weken wordt tussen de Opdrachtnemer en de Aanbestedende Overheid een technische werkvergadering gehouden tijdens de Bouw van de Trams. Een werkvergadering zal daarnaast eveneens worden gehouden telkens één der Partijen daarom verzoekt. De vergaderingen vinden plaats in de lokalen van de Aanbestedende Overheid, tenzij in onderling overleg anders werd overeengekomen. De Opdrachtnemer dient voor de technische werkvergaderingen in het kader van de projectopvolging functionele beschrijvingen over de systemen voor te bereiden en tijdig aan de Aanbestedende Overheid toe te zenden ter voorbereiding. Tijdens de technische werkvergaderingen is het Nederlands de voertaal en de bijhorende functionele beschrijvingen dienen eveneens in het Nederlands opgesteld te zijn. De notulen van deze vergaderingen, alle documentatie die tijdens of als resultaat van deze vergaderingen wordt opgesteld, worden door de Opdrachtnemer tevens in het Nederlands opgesteld.
De werkvergaderingen in verband met de stuurpost, de toelichting van de bedieningsmogelijkheden aan de rijinstructeurs, opleiding etc. dienen eveneens door de Opdrachtnemer te worden voorbereid met een aangepaste presentatie en toelichting in het Nederlands.
De Opdrachtnemer houdt rekening met de uitdrukkelijke wens van de Aanbestedende Overheid in verband met de voorgaande paragrafen om een nauwe samenwerking te onderhouden en tot een stapsgewijze vaststelling (en/of verbetering) van de door de Opdrachtnemer aangeboden technische en functionele oplossingen te komen (onverminderd de aansprakelijkheid van de Opdrachtnemer voor de goede uitvoering van de Opdracht), bij het doorlopen van de verschillende studiefasen en indienststellingsfasen, rekening houdend en in overeenstemming met de eisen uit het Bestek.
Er dient door de Opdrachtnemer voldoende ruimte en middelen in de projectplanning te worden voorzien voor optimalisaties en verbeteringen tijdens de voorstudie, de test- en opleveringsfase en de opstart van de gebruiksfase van de Trams."

Opgemerkt wordt voorts dat CAF, zoals in artikel 80.1 van deel 1, van het bestek gevraagd, aan haar BAFO de ondertekende verklaring toevoegde dat onder meer "de BAFO in al haar onderdelen onvoorwaardelijk bindend is ten opzichte van de Aanbestedende Overheid" alsmede dat CAF:

> "° volledig kennis heeft genomen van het Bestek, en dat hij bij het opstellen van de BAFO rekening heeft gehouden met terechtwijzende berichten 1 en 2,
> ° dit Bestek volledig heeft begrepen,
> ° "aan alle eisen van het Bestek voldoet, en
> ° zich ten opzichte van de Aanbestedende Overheid verbindt voor de in de BAFO opgegeven prijzen."

47. In de mate dat de verzoekende partij blijkbaar aanstoot neemt aan de mogelijkheid de "diverse voorzieningen voor de chauffeur" en de "binnensignalisatie" nader uit te werken, toont zij mede in het licht van de voormelde besteksbepalingen, waarover zij voor het indienen van de offertes nooit opmerkingen blijkt te hebben gemaakt, niet voldoende concreet aan dat die mogelijkheid de offerte voorwaardelijk en onvoldoende bindend maakt.

Zo bevestigde CAF in haar BAFO dat de diverse voorzieningen voor de chauffeur in overeenstemming met het bestek worden uitgevoerd, en tekende zij een model voor de stuurpost uit, zoals opgenomen in deel 3.2(b)-2 en 3.2(b)-12 van de BAFO.

Uit het designboek lijkt bovendien te kunnen worden afgeleid dat CAF in haar ontwerpen wel reeds in binnensignalisatie voorziet.

48. Er dient ten slotte te worden opgemerkt dat ook de BAFO van de verzoekende partij soms lijkt te verwijzen naar nadere uitwerking in de projectfase, die zich na de gunning lijkt te situeren, – zie bijvoorbeeld in deel 5.1. A TB, bladzijde 9, inzake potentieel om de kloof met geoptimaliseerde opstap te verkleinen, en bepaalde opmerkingen in deel 5.1 A "*Clause by clause*", zoals 1607 A, inzake bespreking integratie en van de displays en de functionaliteit.

49. In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij dat in ieder geval de punten voor het gunningscriterium "Design/ontwerp" niet correct zijn toegekend. Beide inschrijvers hebben hiervoor vrijwel dezelfde punten behaald, zijnde 2,28 punten voor CAF en 2,34 punten voor de verzoekende partij, terwijl in de BAFO van CAF tal van "elementen" nog geen vaste plaats hebben gekregen. De verzoekende partij daarentegen heeft wel aandacht gehad voor het design en heeft deze volledig uitgewerkt. Alle elementen, die uiteindelijk het design bepalen, lagen dan ook vast. Zij herhaalt dat dit problematisch is, aangezien CAF zich eigenlijk zelf de vrijheid gunt om naderhand het design definitief te gaan vastleggen en eens zij de opdracht heeft gewonnen, resoluut zal kiezen voor de gemakkelijkste, en minst mooie oplossingen. De verzoekende partij heeft naar eigen zeggen recht op minstens 1 punt meer voor het gunningscriterium "Design".

50. Nog daargelaten de vraag of de betwisting inzake de toegekende punten voldoende duidelijk is opgeworpen in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid want enkel opgenomen in de uitwerking van het middel zonder enige verwijzing naar deze grief in de weergave van het middel zelf, blijkt in dat licht evenmin *prima facie* waarom de verwerende partij haar beoordelingsvrijheid te buiten zou zijn gegaan door de verzoekende partij voor het subsubgunnings-criterium "Design", waarvoor, na herleiding van de gemiddelde score van alle commissieleden op 10 naar een score op 3 conform artikel 106.2, a.2) van het bestek (deel 1), CAF 2,28 punten scoorde en de verzoekende partij 2,34 punten op 3 of dus reeds 0,06, niet minstens één punt meer toe te kennen.

Het bestek omschrijft dit criterium als volgt :

> "a.2) Design/ontwerp (op 3,00 punten):
> Bij de beoordeling van het design zal worden uitgegaan van een globale kwalitatieve beoordeling. Het design van de Tram zal beoordeeld worden door een daartoe aangestelde commissie, waarbij elk commissielid het design beoordeelt aan de hand van volgende beoordelingsmatrix, die de met de kwalitatieve waarde overeenstemmende score in punten weergeeft:
>
> | | |
> |---|---|
> | Uitstekend design: | 10,00 punten; |
> | Zeer goed design: | 8,00 punten; |
> | Goed design: | 6,00 punten; |
> | Meer dan voldoende design: | 4,00 punten; |

Voldoende design: 2,00 punten;
Net niet-voldoende design: 0,00 punten.

De Inschrijver dient het ontwerp duidelijk en volledig te documenteren, zoals aangegeven in Deel 5 - paragraaf 1.c (administratief en technisch deel van de BAFO). Deze documentatie dient te worden overgenomen in Deel 6 — paragraaf 2.a — onderdeel 2.a.2), wat zal worden gebruikt voor de bepaling van de score (administratief en technisch deel).

Bij het design zal elk commissielid een beoordeling uitbrengen voor de volgende 5 aspecten in het ontwerp van de Tram en dit per Categorie Trams:

- het algemene ontwerp van de buitenzijde van het voertuig;
- de indeling van de eenrichtingstram voor Antwerpen;
- de indeling van de eenrichtingstram voor West-Vlaanderen;
- de indeling van de tweerichtingstram voor Oost-Vlaanderen;
- het algemene ontwerp van de stuurpost.

De gemiddelde score van alle commissieleden op 10 punten wordt vervolgens herleid naar een score op 3,00 punten, waarbij de score op 2 decimalen wordt afgerond."

De verzoekende partij concretiseert geenszins hoe noodzakelijk uit dit sub-subgunningscriterium en de eigen BAFO zou voortvloeien dat zij recht heeft op 1 bijkomend punt. In de mate dat zij dit afleidt uit het feit dat het ontwerp niet op alle punten definitief is, lijkt dit niet vereist door het bestek en wordt herhaald dat ook zij in haar offerte niet uitgaat van een dergelijke aanname.

Tussenbesluit

51. Ook dit subonderdeel is niet ontvankelijk in de mate dat het steunt op de schending van artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing.

Er wordt om de voormelde redenen ook niet *prima facie* aangetoond dat onzorgvuldig werd gehandeld of in strijd met het *patere legem*-beginsel of het gelijkheidsbeginsel, door de offerte van CAF niet te weren wegens een beweerd voorbehoud of door voor dit sub-subcriterium "Design" de verzoekende partij niet minstens 1 punt meer te geven. In de mate dat de verzoekende partij hieruit ook een "kennelijke beoordelingsfout" afleidt, lijkt deze grief verband te houden met de materiëlemotiveringsplicht en is het middel evenmin ernstig.

Het eerste subonderdeel is niet ernstig en bijgevolg is het tweede onderdeel van het eerste middel niet ernstig.

Derde onderdeel – uiteenzetting

52. In dit onderdeel worden de formele- en materiëlemotiveringsplicht geschonden geacht.

De verzoekende partij betoogt daartoe dat het feit dat er geen afbreuk wordt gedaan aan de "gebondenheid door deze verbintenissen" blijkbaar moet verklaren waarom het voor de verwerende partij aanvaardbaar is dat CAF in haar offerte ruimte heeft gelaten tot nadere uitwerking, maar dat onduidelijk is wat hiermee net wordt bedoeld: "Betekent dit dat er geen meerprijs meer kan worden gevraagd? Of dat de prijzen wel vastliggen, maar niet wat men hiervoor kan krijgen? Bombardier weet niet op welke manier deze zin moet worden geïnterpreteerd, zodat de formele motiveringsplicht is geschonden".

Voorts merkt zij, weliswaar enkel in de uitwerking van het middel, op dat de verwerende partij met geen woord in haar rapport rept over een analyse van het realistisch karakter van de prijzen van CAF voor het preventief onderhoud alhoewel zij aan dit element in het kader van De Lijn 3 een bijzondere aandacht had geschonken. In haar bijkomend rapport haalt de verwerende partij, volgens de verzoekende partij, motieven aan die eigenlijk irrelevant zijn aangezien ze geen rechtvaardiging bevatten van de lage prijzen van CAF. Ook het realistisch karakter van de gebreken klasse A en B van CAF wordt niet zorgvuldig nagegaan en geen enkel van de motieven hernomen in het aanvullend rapport kunnen deze zeer lage gebreken klasse A en B rechtvaardigen.

Derde onderdeel – beoordeling

53. De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3

van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: 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.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, 8°, *juncto* artikel 5, 9°, van de wet van 17 juni 2013, stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze een opdracht gunt, ongeacht de procedure”, die “de namen van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en 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”, bevat.

54. De verwerende partij argumenteert dat het middel niet ontvankelijk is in de mate dat het steunt op de wet van 29 juli 1991 nu de wet van 17 juni 2013 te dezen geldt als *lex specialis*. Deze exceptie dient thans niet te worden onderzocht aangezien het middelonderdeel dan in ieder geval nog ontvankelijk is in de mate dat het steunt op de artikelen 4 en 5 van de hiervoor vermelde wet van 17 juni 2013.

55. In de mate dat, zoals in bepaalde andere grieven in het tweede onderdeel, opnieuw enkel in de toelichting erbij, wordt gewezen op het niet zorgvuldig nagaan van het realistisch karakter van de gebreken klasse A en B van CAF, is deze grief vreemd aan de in dit onderdeel aan de orde zijnde motiveringsplicht. Minstens faalt deze grief om de redenen uiteengezet bij het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel van dit middel.

56. Te dezen wordt niet *prima facie* aangetoond dat de motivering van de bestreden beslissing, via het gunningsverslag van 12 september 2016 en het aanvullend beoordelingsverslag van 15 februari 2017, niet afdoende de redenen weergeeft waarom de gekozen offerte de voorkeur van de aanbestedende overheid

geniet.

57. Zo lijkt het gunningsverslag afdoende duidelijkheid te verschaffen over de bindende rechtskracht van de door CAF aangegane verbintenissen, door te oordelen dat er weliswaar ruimte wordt gelaten tot nadere uitwerking, maar dit geen afbreuk doet aan de gebondenheid van CAF door de betrokken in de BAFO opgenomen verbintenissen, nu dit niet los kan gezien worden van het aldaar beoordeelde sub-subgunningscriterium en de besteks-bepalingen, hiervoor geciteerd, die ruimte laten voor enige nadere uitwerking. Minstens blijkt uit het tweede subonderdeel van het tweede onderdeel van het hier besproken middel dat de verzoekende partij dit concreet in rechte kon betwisten.

58. Voorts bevat het aanvullend beoordelingsverslag, waarop de bestreden beslissing mede steunt, wel degelijk een beoordeling van het realistisch karakter van de prijzen van CAF voor het preventief onderhoud, alsook van het opgegeven aantal A- en B-gebreken.

Uit het voormelde eerste onderdeel en het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel blijkt voorts dat de verzoekende partij op grond van het aanvullend beoordelingsverslag ook de beoordeling van het realistisch karakter van de prijzen van CAF voor het preventief onderhoud inhoudelijk kon betwisten alsook het realistisch karakter van de door CAF opgegeven gebreken klasse A en B, zodat minstens voldaan lijkt aan de *ratio legis* van de formelemotiveringsplicht.

Dat het gunningsverslag van 12 september 2016 niet over het realistisch karakter van die prijzen zou spreken, is, indien al juist, dan ook niet langer relevant nu de bestreden beslissing ook steunt op het aanvullend beoordelingsverslag.

Dat bepaalde motieven in dat verslag volgens de verzoekende partij daarbij irrelevant zouden zijn, lijkt vreemd aan de ingeroepen formele-motiveringsplicht. Uit de beoordeling van het voormelde eerste onderdeel en het eerste subonderdeel van het tweede onderdeel is gebleken dat niet is aangetoond

dat die beoordeling niet zou steunen op voldoende draagkrachtige motieven.

Dat de verwerende partij niet heeft besloten dat er sprake is van een manifest abnormale prijs, zoals de verzoekende partij beweert, en dat de verzoekende partij het hiermee inhoudelijk niet eens is, toont geen schending van de formelemotiveringsplicht aan.

Tussenbesluit en besluit

59. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Bijgevolg is het eerste middel in zijn geheel niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

60. De verzoekende partij formuleert het tweede middel als volgt :

> "Schending van:
> - artikel XI.29 Wetboek Economisch recht;
> - artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012;
> - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem* beginsel.
> - de kennelijke beoordelingsfout.
>
> Doordat De Lijn beslist om de opdracht voor de 'levering van ca. 146 lagevloer trams voor entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en West-Vlaanderen, incl. strategische wisselstukken' te gunnen aan CAF, na het doorlopen van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking;
> En doordat De Lijn de offerte van CAF als 'volledig en formeel regelmatig beschouwt', alsook 'in overeenstemming met de essentiële bestekbepalingen';
> Terwijl De Lijn in haar bestek (zie onder meer 'stap 7. Beoordeling van de BAFO's' onder punt v) van het bestek (deel 1 – p. 27)) een regelmatigheidsonderzoek heeft voorzien, zodat artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 toepasselijk wordt gemaakt.
> En terwijl CAF een offerte aanbiedt in strijd met het Octrooi EP 1 171 336 B 1, dat ook geldig is in België, en het krachtens artikel XI.29 van het Wetboek Economisch recht verboden is voor een derde om zonder de

toestemming van de octrooihouder een voortbrengen waarop het octrooi betrekking heeft, aan te bieden; en terwijl de offerte van CAF bijgevolg onregelmatig is;
Zodat, de bestreden beslissing kennelijk in strijd is met het *patere legem* beginsel, artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, artikel XI.29 van het Wetboek Economisch recht, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel."

Ook dit middel wordt omstandig op de bladzijden 72 – 79 van het verzoekschrift nader toegelicht.

Beoordeling

61. Daargelaten de vaststelling dat de verzoekende partij herhaaldelijk schrijft dat de offerte van CAF substantieel onregelmatig is "wanneer zou komen vast te staan dat het octrooi [van Bombardier] wordt geschonden" en de vraag of hiermee voldaan is aan haar stelplicht en bewijslast, lijkt de Raad van State, zoals omstandig wordt betoogd door de verwerende partij en de tussenkomende partij, geen rechtsmacht te hebben om van deze grief kennis te nemen aangezien de beoordeling ervan lijkt te vereisen dat uitspraak wordt gedaan over de vraag of al dan niet een octrooi werd geschonden, bijgevolg over het bestaan van een burgerlijk recht, een betwisting waarvoor de gewone rechtbank rechtsmacht heeft krachtens artikel 144 van de Grondwet.

62. In de mate dat, opnieuw enkel in de toelichting bij het middel, en niet in het middel zelf, wordt aangevoerd dat de verwerende partij onzorgvuldig handelde door de octrooikwestie niet nader te onderzoeken, moet de Raad van State vaststellen dat ook hier het uitgangspunt van deze grief in essentie de beweerde octrooiinbreuk is, waaromtrent hij geen rechtsmacht heeft.

In ieder geval kan wel worden opgemerkt dat de verwerende partij na briefwisseling vanwege de verzoekende partij daaromtrent, een onderzoek begon, dat zij CAF contacteerde die de octrooiinbreuk betwistte en een inbreukopinie inwon bij een octrooigemachtigde, die op 12 december 2016 concludeerde dat er geen inbreuk is.

In de huidige stand van het geding is aldus niet aangetoond dat de verwerende partij ter zake onzorgvuldig handelde.

63. In ondergeschikte orde voert de verzoekende partij in de toelichting bij het middel aan dat, indien het octrooi niet zou zijn geschonden, omdat CAF in tegenstelling tot wat het gunningsverslag vermeldt, geen starre assen zou hebben aangeboden voor de lagevloertrams, de verwerende partij dan een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan bij de puntentoekenning voor het subcriterium 3 "Bijkomende kwaliteit", sub-subcriterium "Wielvering, starre assen en onderstel" en dan minstens twee punten teveel toekende aan CAF.

64. De grief wordt niet aanvaard. Het subgunningscriterium "Bijkomende kwaliteit" staat in totaal op 10 punten en bevat onder meer het sub-subcriterium "Wielvering, starre assen en onderstel" op 5 punten dat in artikel 106.2, c.1), van deel 1 van het bestek onder meer als volgt wordt beschreven:

> "Voor dit sub-subcriterium zal de Aanbestedende Overheid onder meer de volgende elementen positief beoordelen: de wielopbouw en op verticale afschuiving gebaseerde wielvering, het gebruik van starre assen, het kunnen draaien onder 180° (om de verticale as) en het van plaats kunnen wisselen van de verschillende draaistellen/onderstellen onder de aangeboden Trams van elke Categorie Trams."

Aldus lijken onder dit sub-subcriterium, anders dan de verzoekende partij meent, geen drie, maar minstens, want "onder meer", reeds vijf elementen te worden beoordeeld: 1° de wielopbouw, 2° de al dan niet op verticale afschuiving gebaseerde wielvering, 3° het gebruik van starre assen, 4° het kunnen draaien onder 180° (om de verticale as) en 5° het van plaats kunnen wisselen van de verschillende draaistellen/onderstellen onder de aangeboden trams van elke categorie trams.

65. In de mate dat de verzoekende partij voorts aanvoert dat de starre assen "vanuit een technisch standpunt zonder twijfel het meest belangrijke

onderdeel" van deze – volgens haar drie, maar in feite zo lijkt minstens vijf – beoordelingselementen vormen, en het gebruik van starre assen daarom "minstens een waarde van 2 punten, of zelfs van 3 punten heeft", onderbouwt zij dit niet concreet noch waarom zulks voortvloeit uit het bestek.

Opgemerkt wordt trouwens dat op een vraag over dit artikel 106.2, c.1) in de eerste vragenronde, door de verwerende partij op 23 september 2015 onder meer werd geantwoord: "Het betreft een globale beoordeling op basis van de elementen vermeld in Deel 1 – Artikel 106.2, c.)".

66. De verzoekende partij voert in dit kader voorts aan dat er "bij voorkeur" relevante referenties dienen te worden opgegeven en dat CAF in ieder geval geen referenties zal kunnen overleggen omdat de aangeboden tram nog nooit in productie is geweest.

Artikel 106.2, c.1) omschrijft dit als volgt :

> "Er dienen bij voorkeur relevante referenties te worden opgegeven die de onderbouwing en opgegeven elementen ondersteunen en kunnen leiden tot een betere beoordeling van het sub-subcriterium."

Prima facie lijkt dit niet in te houden dat zonder dergelijke referenties geen goede beoordeling voor dit subcriterium mogelijk was.

Voorts blijkt in ieder geval *prima facie* uit het gunningsverslag dat in de BAFO van CAF werd vermeld dat het wielstelontwerp de tram voor Tallinn en Stockholm als grondslag heeft, en vergelijkbare wielen worden gebruikt in de voertuigen van Zaragoza en Birmingham.

67. Er wordt, ook rekening houdend met haar beoordelingsvrijheid ter zake, dan ook niet *prima facie* aangetoond dat de verwerende partij niet redelijkerwijze voor dit sub-subgunningscriterium een score van 4 op 5 mocht geven aan CAF.

Bijgevolg wordt in deze ondergeschikte grief dan ook niet *prima facie* aangetoond dat onzorgvuldig werd gehandeld of in strijd met het *patere legem*-beginsel of het gelijkheidsbeginsel door de puntentoekenning voor dit sub-subcriterium 3 "Wielvering, starre assen en onderstel". In de mate dat de verzoekende partij hieruit ook een "kennelijke beoordelingsfout" afleidt, lijkt die grief verband te houden met de materiëlemotiveringsplicht en is het middel evenmin ernstig.

68. Ten slotte vraagt de verzoekende partij als voorlopige maatregel, dat de Raad van State, om de belangen van de verzoekende partij te vrijwaren en op grond van artikel 17, §1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, "de procedure schorst in afwachting van een procedure ten gronde, in het kader waarvan een burgerlijke rechter zich zal uitspreken over de vraag of het octrooi is geschonden".

69. Dit verzoek is geen grief of middel maar een bijkomende vordering en wordt hierna dan ook afzonderlijk besproken.

70. Het tweede middel valt deels buiten de rechtsmacht van de Raad en is voor het overige niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

71. De verzoekende partij formuleert het derde middel als volgt :

> "Schending van:
> - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem* beginsel;
> - Artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012;
> - de kennelijke beoordelingsfout.
>
> Doordat De Lijn beslist om de opdracht voor de 'levering van ca. 146 lagevloer trams voor entiteiten Antwerpen, Oost-Vlaanderen en

West-Vlaanderen, incl. strategische wisselstukken' te gunnen aan CAF, na het doorlopen van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking;
En doordat De Lijn de offerte van CAF als 'volledig en formeel regelmatig beschouwt', alsook 'in overeenstemming met de essentiële bestek-bepalingen',
Terwijl De Lijn in haar bestek (zie onder meer 'stap 7. Beoordeling van de BAFO's' onder punt v) van het bestek (deel 1 – p. 27)) een regelmatigheidsonderzoek heeft voorzien, zodat artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 toepasselijk wordt gemaakt.
En terwijl De Lijn in haar gunningsverslag d.d. 12 september 2016 vaststelt dat de trams van CAF 'voldoen aan de voorschriften van de brandnorm EN 45545-HL2, met uitzondering van de vouwbalg, die voldoet aan de standaard DIN 5510 niveau 3'.
En terwijl, de standaard DIN 5510 niveau 3 norm niet meer toepasselijk is sedert maart 2016.
Zodat, de bestreden beslissing kennelijk in strijd is met het *patere legem* beginsel, artikel 94 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel."

Beoordeling

72. In dit middel, uitvoerig nader toegelicht op de bladzijden 80 – 84 van het verzoekschrift, voert de verzoekende partij in hoofdorde en in essentie aan dat de offerte van CAF substantieel onregelmatig is want niet in overeenstemming met de essentiële besteksbepalingen aangezien in het gunningsverslag werd vastgesteld dat de trams aangeboden door CAF "voldoen aan de voorschriften van de brandnorm EN 45545-HL2, met uitzondering van de vouwbalg, die voldoet aan de standaard DIN 5510 niveau 3", terwijl de norm DIN 5510 niveau 3 niet meer toepasselijk is sedert 31 maart 2016.

73. In de mate dat het middel steunt op de schending van artikel 94 van het koninklijk besluit Plaatsing lijkt het niet ontvankelijk om de redenen uiteengezet bij het eerste middel.

74. De andere grief betreft artikel 13.5, a) van deel 3 van het bestek (bladzijden 39 en volgende van de gecoördineerde versie) dat onder meer als volgt luidt :

> "Bij het ontwerp van de Tram zal er uitdrukkelijk aandacht worden besteed aan het voorkomen van brand, mogelijke oorzaken van brand, het inperken van een beginnende brand en het beperken van de gevolgen op menselijk en op materieel vlak indien toch brand zou ontstaan.
> De Tram zal voldoen aan de Europese brandnorm EN 45545 met inachtneming van de klasse HL2 of zal minstens voldoen aan de norm DIN 5510 niveau 3."

75. In zoverre de verzoekende partij in haar grief bedoelde te betogen dat, aangezien de norm DIN 5510 niveau 3 volgens haar niet meer in werking is sedert 31 maart 2016, de offerte wat de vouwbalgen betreft, had moeten voldoen aan de geldende – strengere – normen, wordt die grief niet aanvaard.

76. In het gunningsverslag wordt vastgesteld: "De trams voldoen aan de voorschriften van de brandnorm EN 45545-HL2, met uitzondering van de vouwbalg, die voldoet aan de standaard DIN 5510 niveau 3".

77. De verzoekende partij toont *prima facie* niet aan dat deze DIN-norm, omdat die niet langer geldig zou zijn, niet meer van toepassing mag blijven door de verwijzing ernaar als technische specificatie in het bestek. Zij leidt het tegendeel blijkbaar af uit onder meer de volgende omschrijving van "Regelgeving" in het bestek (bladzijden 12 - 13 van de gecoördineerde versie):

> "elke toepasselijke bepaling die is neergelegd in:
> (a) een wettelijke bepaling van het Belgische recht (waaronder begrepen wetten in formele zin, lagere wetgeving en bepalingen van internationaal recht of EU-recht met directe werking) of enige tot het Belgische recht te rekenen bepaling opgenomen in een ander algemeen verbindend voorschrift of in een vergunning, machtiging, bindend advies of besluit (waaronder ook begrepen een beschikking, aanwijzing, richtlijn en verzoek) van enig overheidsorgaan of -instelling, op gemeentelijk, provinciaal, deelstatelijk, nationaal, supranationaal of intergouvernementeel niveau (waaronder ook begrepen een bestuursorgaan of toezichthoudende of beleidsbepalende instantie); en
> (b) omzendbrieven."

De verzoekende partij wijst aldus geen wettelijke of reglementaire bepaling aan die de naleving van de voormelde normen EN 45545-HL2 of

DIN 5510 niveau 3 te dezen in rechte verplicht stelt. Dit vloeit, zo lijkt, enkel voort uit het bestek.

De verzoekende partij toont evenmin concreet aan dat de verwerende partij deze specificatie vervolgens heeft gewijzigd of diende te wijzigen nadat die DIN-norm niet meer geldig zou zijn, dus vanaf 1 april 2016 en er niet mocht voor kiezen de DIN-norm als brandveiligheidstoets te behouden.

Opgemerkt wordt trouwens dat de verzoekende partij hierover eerder nooit een opmerking lijkt te hebben gemaakt en in haar BAFO dus toen volgens haar middel de norm DIN 5510 al niet meer toepasselijk was, zélf naar die DIN-norm verwijst.

Aldus is in ieder geval niet *prima facie* aangetoond dat CAF van het bestek afwijkt doordat de DIN-norm sedert 31 maart 2016 niet meer geldig zou zijn nu niet is aangetoond dat deze DIN-norm niet van toepassing kan zijn gebleven door de – ongewijzigde – verwijzing ernaar in het bestek.

78. In ondergeschikte orde betoogt de verzoekende partij, opnieuw enkel in de toelichting bij het middel, nog dat minstens de puntentoekenning foutief is gebeurd en dat CAF 0,21 punten minder had moeten krijgen op het Financieel Criterium doordat deze vouwbalgen heeft aangeboden die slechts voldoen aan de norm DIN 5510 niveau 3, hoewel deze norm niet meer van kracht is en het bestek had voorgeschreven dat men hiermee rekening moest houden bij het indienen van de BAFO. De meerprijs van een vouwbalg volgens de EN-norm is volgens haar immers 1.788.208 euro.

79. Deze grief wordt *prima facie* niet bijgevallen.

Te dezen lijkt de verzoekende partij immers in ieder geval geen belang te hebben bij een schorsing op grond van deze grief alleen nu het betrokken puntengetal in meer, noch op zichzelf, noch samen met de scorebetwisting aan de

orde in het vierde middel, van aard is om de rangschikking te wijzigen, aangezien het eerste en het tweede middel, waarin ook bepaalde scores werden betwist, niet ernstig werden bevonden. Het totale puntenverschil bedraagt immer 2,7 punten.

80. Het derde middel is niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

81. De verzoekende partij formuleert het vierde middel als volgt :

> "Schending van:
> - de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het *patere legem* beginsel
> - artikel 95 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012
>
> Doordat, De Lijn de offerte van CAF [lees Bombardier] voor wat betreft het preventief onderhoud eenzijdig heeft aangepast met een bedrag van 8.220.362,74 €;
> Terwijl, De Lijn tijdens de onderhandelingen nooit aan Bombardier heeft laten kennen dat zij op 1.200.000 km nog onderhoudstaken zou laten uitvoeren.
> En terwijl, het niet gaat om een materiële of rekenfout in de zin van artikel 95 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012;
> Zodat, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het *patere-legem* beginsel en artikel 95 van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 zijn geschonden."

Beoordeling

82. In dit middel, omstandig toegelicht op de bladzijden 84 – 87 van het verzoekschrift, betwist de verzoekende partij in essentie de verhoging door de verwerende partij met een bedrag van 8.220.362,74 euro van de kost van het preventief onderhoud in haar BAFO. Zij acht dit strijdig met artikel 106 van deel 1 van het bestek, betoogt dat het niet gaat om een materiële fout of rekenfout in de zin van artikel 96 – wellicht wordt artikel 95 bedoeld – van het koninklijk besluit

Plaatsing en werpt op dat het gaat om een eenzijdige wijziging en dat een toevoeging bij de prijs voor het preventief onderhoud tijdens de onderhandelingen nooit aan bod is gekomen.

83. Deze grief betreft de volgende beoordeling in het gunningsverslag van 12 september 2016 :

> "Nog wat betreft de kost voor het preventief onderhoud (POH), bleek uit de door Bombardier Transportation Belgium NV aangeleverde detail-berekening dat de kosten voor het preventief onderhoud werden berekend tot 1.200.000 km, zonder evenwel rekening te houden met de onderhoudsbeurten die op 1.200.000 km (met name, in het 20e jaar, hetzij 20 jaar x 60.000 km) dienen te gebeuren. Op basis van de opgegeven onderhoudsintervallen in het Onderhoudsprogramma moeten een kilometerstand van 1.200.000 km de taken worden uitgevoerd van volgende onderhoudsintervallen: 2.500 km, 10.000 km, 15.000 km, 20.000 km, 30.000 km, 40.000 km, 60.000 km, 80.000 km, 120.000 km, 240.000 km, 300.000 km, 600.000 km en 1.200.000 km. Deze taken werden echter door Bombardier Transportation Belgium NV niet meegerekend voor de berekening van de kost voor het preventief onderhoud."

84. Naar eigen zeggen verloor de verzoekende partij door deze aanpassing 0,94 punten. Aldus lijkt zij geen belang te hebben bij een schorsing op grond van deze grief alleen nu dit niet van aard is de rangschikking te wijzigen. Het totale puntenverschil bedraagt immer 2,7 punten. Zelfs samengenomen met de subsidiaire grief aan de orde in het derde middel, waar het zou gaan om 0,21 punten die CAF te veel zou hebben gekregen, blijft dit het geval, nu het eerste en het tweede middel, waarin ook bepaalde scores werden betwist, niet ernstig werden bevonden.

85. Het vierde middel is niet ernstig.

VIII. Algemeen besluit

86. Aldus is geen van de middelen ernstig bevonden en dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in haar geheel te

worden verworpen.

IX. Voorlopige maatregelen

87. In het kader van het tweede middel vraagt verzoekende partij, op de bladzijden 77 tot 79 van het verzoekschrift, als voorlopige maatregel dat de Raad van State "de procedure schorst in afwachting van een procedure ten gronde, in het kader waarvan een burgerlijke rechter zich zal uitspreken over de vraag of het octrooi is geschonden" respectievelijk "het schorsen van de gunningsprocedure totdat voor een burgerlijke rechter is komen vast te staan dat het octrooi al dan niet is geschonden". In het beschikkend gedeelte van het verzoekschrift wordt deze vraag als volgt geformuleerd "[i]n ondergeschikte orde, voorlopige maatregelen op te leggen bestaande uit het schorsen van de bestreden beslissing, totdat een burgerlijke rechter zich heeft uitgesproken over de schending van het Europees Octrooi EP 1 171 336 B 1".

88. Overeenkomstig artikel 15 van de wet van 17 juni 2013 kan de Raad van State "[o]nder dezelfde voorwaarden als die bedoeld in artikel 14 en zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist", "in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid, eventueel op straffe van een dwangsom", niet alleen de uitvoering van de in artikel 14 bedoelde beslissingen schorsen, maar ook "zolang het vernietigingsberoep bij hem aanhangig is :
1° de voorlopige maatregelen bevelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen worden geschaad;
2° de voorlopige maatregelen bevelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak".

89. De vaststelling volstaat hier dat geen middel ernstig is zodat geen voorlopige maatregel kan worden opgelegd. Bijgevolg dient het verzoek daartoe te worden verworpen.

X. Kosten

90. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State *juncto* artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', de verwerende partij de gevraagde rechtsplegingsvergoeding van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

In zoverre ook de tussenkomende partij een rechtsplegings-vergoeding vordert, wordt erop gewezen dat zij, overeenkomstig het uitdrukkelijk bepaalde in artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, niet voor deze vergoeding in aanmerking komt.

BESLISSING

1. Het verzoek van de sa Construcciones y Auxiliar De Ferrocarriles tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

3. De Raad van State verwerpt de vordering tot het opleggen van voorlopige maatregelen.

4. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 juli 2017, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,

bijgestaan door

Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Greta Scheveneels	**Dierk Verbiest**