

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 255.522 van 17 januari 2023  
in de zaken A. 237.941/XII-9301 (I)  
A. 238.058/XII-9309 (II)**

In zake: I + II  
de BV EBUSCO  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Stijn Verbist, Alexander Van Eyck en Gaël Bedert  
kantoor houdend te 2560 Kessel  
Torenvenstraat 16  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

I  
de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Hans Plancke en Daan Degrande  
kantoor houdend te 1050 Brussel  
Louizalaan 99  
bij wie woonplaats wordt gekozen

II  
de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Hans Plancke en Gauthier Vlassenbroeck  
kantoor houdend te 1050 Brussel  
Louizalaan 99  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. (I.) De vordering, ingesteld op 16 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 30 november 2022 waarbij de offerte van de bv Ebusco voor de opdracht ‘Raamovereenkomst voor de

levering en eventueel onderhoud van e-bussen - perceel 1' als substantieel onregelmatig wordt beschouwd.

(II.) De vordering, ingesteld op 28 december 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Vlaamse Vervoermaatschappij De Lijn van 30 november 2022 waarbij de opdracht 'Raamovereenkomst voor de levering en eventueel onderhoud van e-bussen - perceel 1' wordt gegund aan de nv Iveco.

## *II. Verloop van de rechtspleging in de beide zaken*

2. De verwerende partij heeft in de beide zaken een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzittingen, die hebben plaatsgevonden op 5 en 12 januari 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gaël Bedert, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hans Plancke, die in de zaak A. 237.941/XII-9301 verschijnt voor de verwerende partij en advocaten Hans Plancke en Justine Hendrickx die in de zaak A.238.058/XII-9309 verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft in de beide zaken een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

## *III. Feiten*

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit met als voorwerp 'Raamovereenkomst voor de levering en eventueel onderhoud van e-bussen', verdeeld over vijf percelen.

Perceel 1, dat thans in het geding is, heeft betrekking op de ‘Raamovereenkomst voor de levering van elektrische gelede bussen (ca. 18 m.) en bijhorend onderhoud’.

De opdracht wordt geplaatst met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 117, § 1, eerste lid, 3°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016).

De opdracht wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.

In het toepasselijk bestek wordt het voorwerp van de opdracht als volgt toegelicht:

“1.2 Voorwerp van de opdracht

Deze opdracht betreft:

- het leveren van een (indicatief) 500-tal elektrische gelede bussen (met lage vloer en ongeveer 18m in lengte) met drie deuren;
  - Deze elektrische bussen moeten kunnen geleverd worden in 2 versies:
    - POST 1: bus met enkel depotladen via een CCS2 stekker. Deze post zal bij de uitvoering de referentie 225A1 krijgen;
    - POST 2: bus met opportunity laden met een pantograaf laadsysteem op het dak en een CCS2 stekker. Deze post zal bij de uitvoering de referentie 225A2 krijgen;
  - het eventueel onderhoud van de elektrische bussen;
  - het leveren van wisselstukken voor de elektrische bussen;
  - En alle andere prestaties die in het bestek beschreven staan. Voor onder andere diagnose toestellen, software, opleiding, ...
- Een gedetailleerde omschrijving van deze raamovereenkomst is terug te vinden in deel 3 ‘Technische en/of functionele bepalingen’ en deel 4 ‘Onderhoud en Onderhoudscontract’ bij dit bestek.”

3.2. Twaalf ondernemingen dienen een aanvraag tot deelneming in, waaronder de verzoekende partij.

Bij beslissing van 16 mei 2022 worden alle kandidaten geselecteerd voor deelname aan de plaatsingsprocedure. Samen met de uitnodiging

tot indiening van een eerste offerte ontvangen de kandidaten het initiële bestek, opgesteld op 11 mei 2022 (opdrachtnummer PG1771-100717/225A).

In het ‘Eerste Deel. Algemene administratieve bepalingen’ van dit bestek worden in punt ‘1.5 Gunningcriteria van de opdracht (art. 85 KB Plaatsing)’ de volgende gunningscriteria en hun respectievelijke weging bepaald:

“- TCO - Total Cost of Ownership (70 punten)

- Rijbereik Post 1 (20 punten)

- Laadtijd Post 2 (10 punten)

De technische kwaliteit van het aangeboden voertuig wordt bepaald door de som van de bovenstaande componenten, met aparte weging.

Alle kosten worden berekend voor de totale leeftijd van de bus, 16 jaar en 960.000 km.”

Voorts wordt in punt ‘1.7.4 Bij de offerte toe te voegen documenten (art. 76 KB Plaatsing)’ aan de inschrijvers gevraagd bij de offerte “een volledig ingevulde technische inlichtingenfiche [te voegen] volgens het model in ‘Deel 7 bijlage 1: Titelblad Technische inlichtingenfiche’ en ‘bijlage 3 Technische inlichtingen PG1771 100717’”. In dit model van bijlage 3 worden in punt 3.4.7 ‘Oprijplaat voor rolstoel/Kinderwagen’ gegevens in tabelvorm opgevraagd met betrekking tot de breedte, het draaggewicht, de oprijhelling, het merk en het type.

Ook wordt in datzelfde punt aan de inschrijvers gevraagd een reeks andere documenten aan hun offerte toe te voegen, waaronder een beschrijving van het voertuig “volgens de structuur en nummering van het technisch deel 3 van het bestek. Dit document wordt benoemd ‘6.1 Voertuigbeschrijving’”.

In het ‘Derde deel: Technische en/of functionele bepalingen’ van dit bestek zijn de volgende punten voor deze zaak relevant:

“3.2 Onderbouw/Chassis

[...]

3.2.8 Knielsysteem

Er wordt een knielsysteem voorzien dat toelaat het voertuig te laten zakken langs de kant van de deuren.

Het knielsysteem zal werken volgens hiernavolgende sequentie:

1. Indien nodig knielen: drukknop knielsysteem ingedrukt houden tot de autobus volledig is gezakt: dit mag maximaal 4 seconden duren;
2. indien nodig: elektrische oprijplaat uit
3. pas nadat de elektrische oprijplaat volledig uit is > deuren openen;
4. reizigers uit/in;
5. deuren sluiten: nadat de laatste deur volledig is gesloten komt het voertuig automatisch terug op de juiste hoogte: maximaal 8 seconden;
6. totale tijd van knielen en terug op hoogte komen: maximaal 10 sec.;
7. elektrische oprijplaat (indien uitgereden) terug intrekken
8. autobus kan vertrekken.

**OPMERKINGEN:**

- > de elektrische oprijplaat mag nooit na het knielen kunnen uitgereden worden;
- > de elektrische oprijplaat mag niet in- of uitrijden als de deur open is;
- > er wordt een mogelijkheid voorzien om op eender welk moment [...] de knielprocedure te onderbreken en de bus terug op hoogte te brengen.

[...]

### 3.4 Interieur

[...]

#### 3.4.7 Elektrische oprijplaat voor rolstoel/kinderwagen

Het voertuig dient uitgerust te worden met een elektrische oprijplaat, die toelaat aan rolstoelgebruikers zich gemakkelijk aan boord te begeven. De oprijplaat bevindt zich in de 2de deur van het voertuig.

In het dashboard bevindt er zich een getuigenlamp of een melding via een display.

Het volledige oppervlak van de oprijplaat dient stroef- en slipvrij te zijn. Ook eventuele gekleurde markeringen dienen stroef- en slipvrij te zijn.

De inschrijver levert bij de offerte een beschrijving samen met een tekening van de plaat ten opzichte van de grond en ten opzichte van een verhoogd perron van 15 cm.

Zie 3.2.8 Knielsysteem met betrekking tot de procedure voor het gebruik van de elektrische oprijplaat.”

3.3. Eind juni wordt een vraag- en antwoondronde met de inschrijvers georganiseerd, naar aanleiding waarvan het bestek en de bijhorende inventaris op 4 juli 2022 licht worden gewijzigd.

Ingevolge vraag 8 waarin een tegenstrijdigheid tussen “[s]equentie en opmerking” wordt opgemerkt, wordt in dit bestek (versie 2) het woord “na” in punt 3.2.8. vervangen door het woord “voor”, zodat de eerste van de “opmerkingen” in dat punt thans luidt:

“> de elektrische oprijplaat mag nooit voor het knielen kunnen uitgereden worden;”

3.4. Zeven inschrijvers dienen tijdig een eerste offerte in, waaronder de verzoekende partij. In deze eerste offerte stelt de verzoekende partij blijkens document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’ een elektrische oprijplaat met een “top-open werking”, dus een openklapbare oprijplaat voor. Het type en het merk van de openklapbare oprijplaat worden verduidelijkt in bijlage 3 ‘Technische Inlichtingen’ bij de offerte.

Met een brief van 31 augustus 2022 stelt de verwerende partij aan de verzoekende partij onder meer de volgende vragen:

“28 Zie ‘bijlage 3 Technische inlichtingen fiche’ lijn 146 en 147: De oprijplaat die jullie hier vermelden is van het type openklapbaar. Is een oprijplaat van het type openschuifbaar mogelijk?

29 Zie ‘bijlage 3 Technische inlichtingen fiche’ lijn 146 en 147: Gelieve de verschillende veiligheidssystemen en werkingsprincipes te beschrijven met betrekking [tot] de openklapbare oprijplaat.

Wat als er een persoon of een licht voorwerp zich op de oprijplaat bevindt wanneer deze bediend wordt?

Is er een knelpreventie wanneer de oprijplaat terug wordt binnengehaald? Hoe worden passagiers geïnformeerd wanneer de oprijplaat wordt bediend?

Wat als de oprijplaat tijdens het openklappen in contact komt met een passagier of een voorwerp?

Wat gebeurt er als de plaat bij het openen buiten het voertuig een hindernis tegenkomt?

Enzovoort ...”

Met een e-mailbericht van 13 september 2022 antwoordt de verzoekende partij als volgt:

“28 Ebusco gaat De Lijn een voorstel doen voor een type elektrische openschuifbare oprijplaat. Desalniettemin, is de aangeboden elektrische oprijplaat conform het bestek van De Lijn.

29 Op het moment dat een persoon of licht voorwerp zich op de oprijplaat bevindt, gaat de klep niet open. De aandrijving is zodanig ontwikkeld dat deze in deze situatie doorslipt. De chauffeur zal in deze situatie een signaal krijgen dat de rolstoelplank niet uitgekapt kan worden.

Ja er is een knelpreventie wanneer de oprijplaat terug wordt binnengehaald. De rolstoelplank stopt zodra de weerstand te groot wordt. De passagier wordt door middel van geluid- en lichtsignalen gewaarschuwd/geïnformeerd op het moment dat de oprijplaat wordt bediend of in beweging komt.

Op het moment dat de oprijplaat in contact komt met een voorwerp/passagier bij het bedienen van de oprijplaat, dan wordt de oprijplaat automatisch tot stilstand gebracht op het moment dat de weerstand te groot wordt.

De oprijplaat stopt met functioneren op het moment dat bij het openen van de oprijplaat buiten het voertuig een hindernis tegenkomt. Op het moment dat de oprijplaat weerstand voelt, stopt deze met functioneren.”

Op 19, 28 en 30 september 2022 vinden met de inschrijvers onderhandelingen plaats.

Tijdens de onderhandeling op 30 september 2022, die specifiek werd georganiseerd ter bespreking van de oprijplaat voor de percelen 1 en 4, stelt de verzoekende partij een PowerPointpresentatie voor, getiteld ‘Automatische oprijplaat De Lijn – Ebusco\_final’, waarin zij drie oplossingen voor de elektrische oprijplaat schetst.

Bij brieven van 3 oktober 2022 wordt het BAFO-bestek aan de inschrijvers meegedeeld. In dit bestek blijven de hiervoor aangehaalde bepalingen ongewijzigd. Alle inschrijvers worden ook uitgenodigd een tweede offerte in te dienen.

3.5. Dezelfde zeven inschrijvers dienen tijdig een BAFO in.

3.6. In haar BAFO, ingediend op 17 oktober 2022, voorziet de verzoekende partij, blijkens document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’ (p. 25): “De bus wordt uitgerust met een elektrische oprijplaat welke een top-open werking heeft”, met andere woorden opnieuw een openklapbare oprijplaat.

Als bijlage bij dit document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’ voegt de verzoekende partij de voornoemde PowerPointpresentatie bij. Daarin is op ‘slide 2’ vermeld:

“(Vrij vertaald)

Ebusco wenst De Lijn meer informatie te verstrekken betreffende de elektrische rolstoelplaat.

Op dit ogenblik bestaan er verschillende opties binnen Ebusco's architectuur van de bus. Deze presentatie zal verschillende oplossingen voorstellen, vergezeld van ons advies/onze voorkeur.

Oplossingen:

1. Elektrische openklapbare oprijplaat in de huidige structuur  
'Gewenste oplossing'
2. Elektrische uitschuifbare oprijplaat deels in de vloer  
'Alternatieve oplossing'
3. Elektrische uitschuifbare oprijplaat volledig in de vloer geïntegreerd  
'Oplossing conform de huidige vereisten van De Lijn'

Vervolgens worden deze drie oplossingen nader toegelicht. Op 'slide 7' staat vermeld:

“(Vrij vertaald)

Oplossing

3. Elektrische uitschuifbare oprijplaat volledig in de vloer geïntegreerd

Bestaande uitschuifbare oprijplaat (44 mm hoog) volledig in de vloer geïntegreerd (44 mm diep)

Verplaatsen van 2 batterij-onderdelen naar het dak, gering effect op de rijvaardigheid en inzetbaarheid van de batterij in het uiterste bereik

Voldoet aan [...]

Noodgeval: geen handbediening

Volledig conform de wettelijke vereisten en de gevraagde uitschuifbare oprijplaat De Lijn (bestek)

Dagelijkse proeftest vereist om de werking te verzekeren.”

waarna op 'slide 8' wordt vermeld: “ELECTRIC RAMP RESULT”

“(Vrij vertaald) Met optie 3, met een volledig geïntegreerde verschuifbare oprijplaat, biedt Ebusco een e-bus aan die volledig aan de specificaties (uit het bestek) van De Lijn voldoet”.

In bijlage 3 'Technische Inlichtingen' bij de BAFO verwijst de verzoekende partij, net zoals in de eerste offerte, zowel voor post 1 als post 2, naar hetzelfde type en merk openklapbare oprijplaat, met ditmaal de volgende vermelding: “gebaseerd op elektrische openklapbare oprijplaat; merk wordt aangepast n.a.v. keuze leverancier elektrische sliding ramp”.

3.7. In een brief van 14 november 2022 (met als referte: Aanbesteding PG1171-100717/225A, dit is perceel 1), na het verstrijken van de indieningstermijn voor de BAFO, benadrukt de verzoekende partij dat zij “een automatisch uitschuifbare oprijplaat conform het bestek van De Lijn heeft

aangeboden”. Zij verwijst hiervoor naar de volgende “verschillende onderdelen van haar aanbieding”:

- “- Presentatie ‘Automatische oprijplaat De Lijn – Ebusco\_final’ als bijlage van ‘6.1. Voertuigbeschrijving – Bijlagen’ waarin op de laatste pagina duidelijk bevestigd wordt dat Ebusco een automatisch uitschuifbare oprijplaat conform bestek aanbiedt aan De Lijn.
- Hoofdstuk ‘3.2.8. Knielsysteem’ van document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’. Hierin wordt nadrukkelijk verwezen naar de werking van de automatisch uitschuifbare oprijplaat.
- In document ‘6.4 Buitenaanzichten – Ebusco’ is de cassette van de automatisch uitschuifbare oprijplaat duidelijk zichtbaar bij deur 2 ten opzichte van deur 3.”

3.8. Op 30 november 2022 wordt een gunningsverslag opgesteld.

Daarin wordt gesteld dat de BAFO van de verzoekende partij substantieel onregelmatig is op grond van de volgende motieven:

“B. 2de en laatste offerte

[...]

B4. Technisch nazicht

[...]

Ebusco

In de offerte wordt voor de posten 1 en 2 onder de technische inlichtingenfiche een rolstoelplaat aangeboden van het kanteltype. De plaat scharniert naar buiten. Hierdoor wordt niet voldaan aan art. § 3.2.8 van het bestek dat de verplichte sequentie van het openen van de deuren beschrijft van de bus. De deuren mogen pas openen nadat de bus is geknield en de oprijplaat op het perron is gepositioneerd. Het bestek is hier heel duidelijk over: ‘de elektrische oprijplaat mag niet in- of uitrijden als de deur open is’ (§ 3.2.8 van het bestek). In geval van een kantelplaat kan deze sequentie niet gevolgd worden omdat de plaat van binnen de bus doorheen de open deuren naar buiten de bus kantelt. De kantelplaat kan dus enkel met geopende deuren naar buiten kantelen. De in het bestek beschreven sequentie (met gesloten deuren) werd verplicht opgelegd omwille van de veiligheidsvereisten binnen en buiten het voertuig, het reizigerscomfort, alsook om de tijdspanne dat de deuren geopend zijn zo kort mogelijk te houden.

De Lijn ziet de volgende onveilige situaties ontstaan in geval van een kantelplaat:

x Reizigers of voorwerpen die zich binnen de bus op de kantelplaat bevinden, terwijl de plaat moet open kantelen;

x Knelling van reiziger of voorwerpen bij het terug sluiten van de plaat;

x Reizigers die zich buiten het voertuig bevinden voor de deur, terwijl de plaat opent.

Het reizigerscomfort komt in het gedrang omdat de deur meer open dient te staan (hetgeen onaangenaam is bij koud weer) en omdat de kantelplaat plaats inneemt in de bus, waardoor er minder plaats is voor reizigers. Bovendien stijgt het elektrisch verbruik omdat de deur meer open dient te staan.

Om de voormelde redenen betreft deze afwijking een substantiële onregelmatigheid.

In de offerte werden eveneens onder 6.1 ‘Voertuigbeschrijving’ drie verschillende varianten (‘Solutions’) van mogelijke oprijplaten aangeboden, zijnde de ‘preferred solution’, de ‘alternative solution’ en [de] ‘compliant solution’ waardoor het voor De Lijn niet duidelijk is welke oplossing nu concreet tegen welke prijs wordt aangeboden.

Vooreerst werd duidelijk bepaald in het bestek, onder artikel 1.3.3, dat varianten niet zijn toegelaten.

Vervolgens stelt het bestek onder artikel 2.9 dat in geval van tegenstrijdigheid of dubbelzinnigheid bijlage 3, de ‘Technische inlichtingenfiche’ de voorrang krijgt op alle andere documenten van de offerte.

Op basis daarvan besluit De Lijn dat de kantelplaatoplossing die opgegeven wordt in de technische inlichtingenfiche en die door de inschrijver tevens omschreven wordt als zijn ‘preferred solution’ moet weerhouden worden ter beoordeling. Hierbij werd zoals hierboven vermeld besloten dat deze niet voldoet aan artikel § 3.2.8 van het bestek. Eveneens blijft er onzekerheid aangaande de concreet aangeboden oplossing van de inschrijver wat de vergelijkbaarheid van de offerte verhindert en dus een substantiële onregelmatigheid inhoudt ingevolge art. 74 KB Plaatsing Speciale Sectoren.

De aanbestedende overheid heeft hierbij reeds in de eerste offerteronde een voorbehoud gemaakt (zie ‘A5. Technisch nazicht’ hierboven). Zij heeft Ebusco hiervan op de hoogte gesteld. Ebusco heeft de onregelmatigheid niet in de tweede offerte gecorrigeerd.”

Na analyse van de vijf overblijvende offertes aan de hand van de gunningscriteria, wordt in het gunningsverslag voorgesteld de opdracht te gunnen aan “Iveco”.

3.9. De raad van bestuur van De Lijn maakt zich op 30 november 2022 de motieven van het gunningsverslag eigen en besluit, in het verlengde daarvan, onder meer om de BAFO van Ebusco voor perceel 1 als substantieel onregelmatig te weren en om dit perceel te gunnen aan de nv Iveco.

Met een e-mailbericht van 30 november 2022 en een aangetekende brief van 1 december 2022 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij “conform artikel 8, § 1 van 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’” mee dat haar offerte voor de raamovereenkomst voor de levering van elektrische gelede bussen (ca. 18 m.) en bijhorend onderhoud (perceel 1) “onregelmatig is bevonden en geweerd”. In de voornoemde brief wordt een uittreksel uit het gunningsverslag met de hiervoor aangehaalde motivering voor de wering van de offerte opgenomen.

De beslissing van 30 november 2022 om de offerte van de verzoekende partij substantieel onregelmatig te verklaren is de bestreden beslissing in zaak A.237.941 (I).

3.10. Na kennisname van de nota van de verwerende partij in de zaak A.237.941 (I) dient de verzoekende partij een tweede vordering tot schorsing bij uiterste dringende noodzakelijkheid in, ditmaal gericht “tegen de beslissing van De Lijn om de opdracht, nl. de raamovereenkomst voor de levering en eventueel onderhoud van e-bussen - perceel 01 - (elektrische gelede bus ca. 18 m), te gunnen aan een derde, voor verzoekende partij onbekende, inschrijver”. Als bestreden beslissing wordt dezelfde kennisgevingsbrief gevoegd als in zaak A.237.941 (I).

De beslissing van 30 november 2022 om de opdracht te gunnen aan de nv Iveco is de bestreden beslissing in zaak A. 238.058 (II).

#### *IV. Samenvoeging*

4. De eerste vordering is gericht tegen de beslissing waarbij de BAFO van de verzoekende partij onregelmatig is bevonden en geweerd. De tweede vordering is gericht tegen de gunningsbeslissing. De middelen zijn identiek in de beide zaken. De zaken zijn samenhangend en worden samengevoegd.

## *V. Ontvankelijkheid van de vorderingen*

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij in de beide zaken opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

## *VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden*

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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’ (hierna: rechtsbeschermingswet), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

## *VII. Onderzoek van de middelen in de beide zaken*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

7. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 42 en 74 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017), gelezen in samenhang met het gelijkheidsbeginsel, het materiële motiveringsbeginsel en de formele motiveringsplicht, en van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.

Zij vat haar middel samen als volgt:

- “38. Aangezien verwerende partij de weringsbeslissing klaarblijkelijk steunt op artikel 74 KB Speciale Sectoren om redenen dat verzoekende partij een rolstoelplaat zou hebben aangeboden van het kanteltype wat niet zou overeenkomen [met] de bepaling in artikel 3.2.8 van het bestek dat de verplichte sequentie van het openen van de deuren beschrijft;
39. Aangezien verwerende partij verder meent dat in de offerte van verzoekende partij onder ‘6.1. voertuigbeschrijving’ drie verschillende varianten (‘solutions’) van mogelijke oprijplaten zouden worden aangeboden, zijnde de ‘preferred solution’, de ‘alternative solution’ en [de] ‘compliant solution’ zodoende dat het niet duidelijk zou zijn welke oplossing tegen welke prijs nu concreet zou worden aangeboden;
40. Dat verwerende partij vooreerst opmerkt dat varianten niet zouden zijn toegelaten in het bestek overeenkomstig artikel 1.3.3;
41. Aangezien verwerende partij overeenkomstig artikel 2.9 van het bestek meent te kunnen uitgaan van bijlage 3 ‘technische inlichtingenfiche’ nu deze voorrang krijgt op alle andere documenten van de offerte;
42. Dat verwerende partij op basis daarvan besluit dat de kanteloplossing die door verzoekende partij als [haar] ‘preferred solution’ wordt omschreven, moet worden weerhouden ter beoordeling [van] wat niet voldoet aan artikel 3.2.8 van het bestek;
43. Dat verwerende partij tot slot opnieuw stelt dat er onzekerheid aangaande de concreet aangeboden oplossing zou bestaan wat de vergelijkbaarheid van de offertes zou verhinderen en dus een substantiële onregelmatigheid zou inhouden;
44. Dat verwerende partij hieromtrent in de eerste offerteronde reeds een voorbehoud zou hebben gemaakt en verzoekende partij deze onregelmatigheid in haar tweede offerte niet zou hebben gecorrigeerd;
45. Dat verzoekende partij evenwel vaststelt dat deze motivering geheel tegenstrijdig is aangezien verwerende partij eerst stelt dat zij ervan uit kan gaan dat er een kanteloplossing wordt aangeboden ook wel de ‘preferred solution’ genoemd;
46. Zodoende dat verwerende partij deze oplossing ook heeft beoordeeld en er dus kennelijk geen onduidelijkheid bestond voor verwerende partij omtrent de aangeboden oplossing en de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrag werd gebracht;
47. Dat verwerende partij echter niet verduidelijkt waarom zij de ‘preferred solution’ weerhoudt als aangeboden versie terwijl deze terminologie enkel voorkomt in de PowerPoint van verzoekende partij en in diezelfde PowerPoint nochtans ook sprake is van een ‘alternative solution’ en [een] ‘compliant solution’ en deze laatste oplossing, de ‘compliant solution’, wordt aangeduid als ‘result’ en ‘volledig in overeenstemming met het bestek’;
- De PowerPoint sluit bijgevolg af met een duidelijke conclusie, nl. ‘result’, vrij te vertalen als het resultaat, hetzij hetgeen voorwerp is van de offerte,

en dus hetgeen wordt aangeboden. De terminologie in de PowerPoint maakt dit verder duidelijk:

‘Compliant’: vrij te vertalen als ‘conform-die voldoet aan’: deze term duidt reeds aan dat de technische specificaties van de elektrische uitschuifbare oprijplaat volledig conform de besteisen zijn.

48. Maar er is meer: DE LIJN geeft geen correcte weergave in de bestreden beslissing van de wijze waarop de technische uitvoeringen in de PowerPoint zijn vermeld geweest. De bestreden beslissing stelt: ‘In de offerte werden eveneens onder 6.1 ‘Voertuigbeschrijving’ drie verschillende varianten (‘Solutions’) van mogelijke oprijplaten aangeboden, zijnde de ‘preferred solution’, de ‘alternative solution’ en [de] ‘compliant solution’ ...’

Terwijl in het document ‘6.1 Voertuigbeschrijving’ deze terminologie (‘preferred solution’, ‘alternative solution’ en ‘compliant solution’) nergens voorkomt. De bestreden beslissing geeft aldus blijk van een verkeerde lezing van de BAFO van verzoekende partij.

Deze terminologie werd enkel en alleen gebruikt in de PowerPoint. Deze PowerPoint dient uiteraard in zijn geheel gelezen te worden, zonder dat fragmentarisch hieruit stukken tekst kunnen geïsoleerd worden om vervolgens apart te interpreteren.

Dat voor zover de bestreden beslissing met de voormelde terminologie zou verwijzen naar de inhoud van de PowerPoint, dient vastgesteld te worden dat zij inderdaad de inhoud van deze PowerPoint niet correct citeert en weergeeft.

49. Immers is er nergens in de PowerPoint sprake van enkel de term ‘compliant solution’ maar wordt telkens vermeld:

Slide 2: ‘compliant solution to current requirements de Lijn’

(Vrije vertaling: ‘conforme uitvoering volgens huidige eisen van De Lijn’)

Slide 7: ‘compliant solution to current requirements de Lijn’

(Vrije vertaling: ‘conforme uitvoering volgens huidige eisen van De Lijn’)

Slide 8 : ‘Electric Ramp / Result

With option 3 with a fully integrated sliding ramp cassette, Ebusco offers a fully compliant bus against the specification (Bestek) De Lijn’

(Vrije vertaling: Elektrische oprijplaat / Resultaat: ‘Met optie 3 met een volledig geïntegreerde oprijplaat, biedt Ebusco een bus aan die volledig conform is aan de eisen (bestek) van De Lijn’)

Waarbij geldt dat ‘option 3’ deze is die op slide 7 wordt toegelicht, hetzij de ‘compliant solution to current requirements de Lijn’.

Dat de BAFO m.a.w. duidelijk en onbetwistbaar een geïntegreerde uitschuifbare oprijplank biedt die volledig conform is aan het bestek. Er kan geen twijfel zijn over het feit dat hetgeen wordt aangeboden door verzoekende partij de ‘compliant solution’ is.

Dat aldus blijkt dat de bestreden beslissing een eigen interpretatie maakt van de inhoud van de BAFO van verzoekende partij, waarbij DE LIJN essentiële woorden weglaat, om zo vervolgens te besluiten dat de

compliant versie niet degene zou zijn die wordt aangeboden in de BAFO van verzoekende partij, maar wel de preferred solution, quod non.

Door het weglaten van de zeer duidelijke en onmogelijk verkeerd te begrijpen woorden die telkens volgen op ‘compliant solution’ heeft DE LIJN de inhoud van de BAFO van verzoekende partij verkeerd weergegeven en verkeerd beoordeeld, en ten onrechte als onduidelijk beschouwd, terwijl zij zelf de onduidelijkheid heeft gecreëerd door voormelde bewoordingen weg te laten in haar beoordeling.

50. Dat daarmee sprake is van een kennelijk onzorgvuldige beoordeling in hoofde van verwerende partij, minstens bevat de weringsbeslissing een tegenstrijdige motivering inzake de aangeboden oplossing;

51. Zodoende dat verzoekende partij niet in staat is om te begrijpen waarom haar compliant solution niet werd beoordeeld terwijl deze nochtans wordt aangeduid als zijnde ‘result’ en volledig in overeenstemming met het bestek is;

52. Dat daarmee ook sprake is van een beperking waarmee een legitiem doel van algemeen belang wordt nagestreefd, doch het evenredigheidsbeginsel niet wordt nageleefd aangezien verder wordt gegaan dan noodzakelijk is om dit legitiem doel te bereiken;

53. Dat de schending van voormelde rechten en vrijheden ook dient te worden gelezen in het licht van de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het materiële motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel.”

### *Beoordeling*

8. De BAFO van de verzoekende partij werd als substantieel onregelmatig verklaard omwille van twee motieven, namelijk een onregelmatigheid in verband met de elektrische oprijplaat (voorwerp van het eerste en het tweede middel) en het voorbehoud bij de eenheidsprijs van de HS-batterijen opgegeven in de wisselstukkenlijst (voorwerp van het derde middel).

9. Wat de elektrische oprijplaat betreft, is de BAFO van de verzoekende partij substantieel onregelmatig bevonden omdat: 1) de door de verzoekende partij aangeboden elektrische oprijplaat niet voldoet aan punt 3.2.8 van het bestek; 2) het niet duidelijk is welke oplossing concreet tegen welke prijs wordt aangeboden, wat de vergelijkbaarheid van de offerte verhindert.

De verwerende partij lijkt op het eerste gezicht terecht te betogen

dat deze motivering in twee onderdelen rekening houdt met twee uitgangspunten, namelijk enerzijds het uitgangspunt dat de verzoekende partij een openklapbare oprijplaat heeft aangeboden, en anderzijds het uitgangspunt dat onzeker is welke oplossing de verzoekende partij heeft aangeboden, en dat deze twee onderdelen elk op zich de onregelmatigheid van de offerte zouden kunnen verantwoorden.

In dit licht lijkt deze motivering op het eerste gezicht niet intern tegenstrijdig.

10. De kern van het betoog van de verzoekende partij is dat zij niet een openklapbare maar een uitschuifbare oprijplaat heeft aangeboden, conform de bestekseis. “[L]outer volledigheidshalve” stelt de verzoekende partij evenwel *in fine* van het eerste middel, dat het merkwaardig is dat, hoewel deze “post” geen minimale eis betrof, de verwerende partij in de bestreden beslissing aangeeft dat enkel de uitschuifbare oprijplaat na het openen van de bus kan worden toegelaten, terwijl volgens de verzoekende partij een openklapbare oprijplaat ook veilig was geweest.

10.1. Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de oplossing van de openklapbare oprijplaat strijdig te zijn met punt 3.2.8 van het bestek betreffende het knielsysteem, in het bijzonder met de vereiste dat “de elektrische oprijplaat [niet mag] in- of uitrijden als de deur open is”, en lijkt de verwerende partij de BAFO van de verzoekende partij, voor zover ervan uitgegaan mag worden dat deze oplossing hierin werd aangeboden, wettig als substantieel onregelmatig te hebben beschouwd.

10.2. De verwijzingen in de bestreden beslissing naar punt 1.3.3 van het bestek (luidens hetwelk varianten niet zijn toegelaten) en naar punt 2.9 van het bestek (waarin de volgorde van de documenten in afnemend belang worden opgesomd in geval van tegenstrijdigheid en dubbelzinnigheid) lijken op het eerste gezicht te moeten worden beschouwd als overtollige motieven, zodat de kritiek van de verzoekende partij op deze motieven niet nader hoeft te worden onderzocht.

10.3. Voor zover de verzoekende partij stelt dat de verwerende partij de oplossing van een openklapbare oprijplaat in concreto heeft beoordeeld zodat de vergelijkbaarheid van de offertes niet in het gedrang werd gebracht, gaat zij eraan voorbij dat in dat geval het logische gevolg van dit uitgangspunt is dat haar BAFO wettig wegens de strijdigheid met punt 3.2.8 van het bestek als onregelmatig kon worden beschouwd, zodat dit argument niet dienend lijkt te zijn.

11. Zoals hoger gesteld, is de kern van het betoog van de verzoekende partij evenwel dat zij niet een openklapbare maar een uitschuifbare oprijplaat heeft aangeboden, conform de bestekseis. In die zin voert de verzoekende partij kritiek op het motief in de bestreden beslissing dat “er onzekerheid aangaande de concreet aangeboden oplossing van de inschrijver [blijft] wat de vergelijkbaarheid van de offerte verhindert en dus een substantiële onregelmatigheid inhoudt”.

11.1. Bij nazicht van de BAFO van de verzoekende partij, als vertrouwelijk stuk neergelegd maar waarop de Raad van State acht heeft kunnen slaan, lijkt op het eerste gezicht dat verwarring mogelijk is omtrent de vraag welke oprijplaat zij heeft aangeboden.

Enerzijds stelt zij in bijlage 3 ‘Technische inlichtingen’ het type en merk van een openklapbare oprijplaat voor, weliswaar met de vermelding: “gebaseerd op elektrisch openklapbare oprijplaat; merk wordt aangepast n.a.v. keuze leverancier elektrische sliding ramp”. Uit die laatste vermelding lijkt op het eerste gezicht te kunnen worden afgeleid, zoals de verwerende partij stelt, dat de leverancier van een uitschuifbare oprijplaat, en bijgevolg de prijs ervan, op het moment van het opstellen van de BAFO nog niet bekend is. Nog in de zin van een openklapbare oprijplaat stelt de verzoekende partij in document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’ eveneens een elektrische oprijplaat voor “welke een top-open werking heeft”.

Anderzijds stelt zij in de voornoemde PowerPointpresentatie, gevoegd als bijlage bij de BAFO, als derde mogelijke oplossing, een uitschuifbare oprijplaat voor.

11.2. Evenwel lijkt uit het feit dat de PowerPointpresentatie aangeeft dat deze derde oplossing de “compliant solution” is, niet met zekerheid te kunnen worden afgeleid dat het ook die oplossing is die daadwerkelijk wordt aangeboden, gelet op voormelde bijlage 3 en document 6.1.

Het woord “result” met aangevinkt vierkantje op ‘slide 8’ van de PowerPointpresentatie doet niet anders besluiten.

Ten overvloede wordt vastgesteld dat andere delen van de BAFO eveneens tegenspreken dat een uitschuifbare oprijplaat wordt voorgesteld. De verwerende partij verwijst in dit verband naar een tekening betreffende punt ‘3.4.3.3. Branddetectiesysteem’ in hetzelfde document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’ (p. 23), waaruit blijkt dat de batterijonderdelen niet op het dak maar in de vloer worden voorzien, precies op de plaats waar de uitschuifbare oprijplaat normaal moet worden geplaatst. De verwerende partij verwijst ook naar illustraties van het interieur van de bus in document 6.2. ‘Grond en opstandplan 2D’ en document 6.3. ‘Grond en opstandplan 3D’, met daarop de aanduiding van een (zelfs manuele) openklapbare kantelplaat.

11.3. Uit wat voorgaat, kan worden vastgesteld dat in de BAFO van de verzoekende partij zowel naar een openklapbare als naar een uitschuifbare oprijplaat wordt verwezen en dat deze BAFO tal van inconsistenties bevat. De verzoekende partij maakt bijgevolg op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij de perken van de wettigheid te buiten is gegaan met haar oordeel dat er onzekerheid bestaat aangaande de concreet aangeboden oplossing van de verzoekende partij.

12. Voor zover de verzoekende partij betoogt dat de vermelding van

de openklapbare oprijplaat in bijlage 3 ‘Technische inlichtingen’ en document 6.1. een zuiver materiële fout zou betreffen – ontstaan uit het overnemen van gegevens uit haar eerste offerte – die de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 42, § 2, van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017 diende te verbeteren en waarbij zij de werkelijke bedoeling van de inschrijver had dienen na te gaan, kan zij voorshands niet worden bijgevalen.

In dit verband stelt de Raad van State vast dat het in de eerste plaats de inschrijver is die instaat voor een zorgvuldige redactie en indiening van zijn offerte, en voorts dat de mogelijkheid voor een aanbestedende overheid om in sommige gevallen verduidelijking aan de inschrijvers te vragen, in beginsel geen verplichting daartoe omvat.

Met een zuiver materiële fout wordt in principe een verschrijving of vergissing bedoeld, begaan bij de materiële verrichtingen die gepaard gaan met het opstellen van een offerte zoals het uitschrijven, het invullen en het overbrengen van cijfergegevens. Er lijkt op het eerste gezicht te dezen geen sprake van een dergelijke “zuiver” materiële fout. In het bijzonder lijkt de verwerende partij terecht erop te wijzen dat uit de aangevulde vermelding in bijlage 3 ‘Technische inlichtingen’ gevoegd bij de BAFO blijkt dat de verzoekende partij de gegevens van haar eerste offerte niet louter heeft overgenomen, doch integendeel bijkomend vermeldt dat het voorgestelde type en het merk van een openklapbare oprijplaat zal worden aangepast “n.a.v. keuze leverancier elektrische sliding ramp”.

Op het eerste gezicht lijkt het niet relevant dat de verzoekende partij “minstens [...] de wil had om de versie aan te bieden conform het bestek”, wat volgens haar zou blijken uit de vragen en antwoorden of uit de onderhandelingen, wanneer dit niet ook blijkt uit wat werd aangeboden in de BAFO, zijnde het enige bindende voorstel van een inschrijver. Dat het volgens de verzoekende partij steeds de bedoeling is geweest om een uitschuifbare oprijplaat aan te bieden, kan niet voldoende duidelijk uit de onzorgvuldig opgestelde BAFO

worden afgeleid.

In die omstandigheden lijkt het verbeteren van de verwijzingen in de BAFO naar een openklapbare oprijplaats, op grond dat het om een materiële fout gaat, op het eerste gezicht niet aan de orde.

13. In de brief van 14 november 2022 bevestigt de verzoekende partij weliswaar dat zij “een automatisch uitschuifbare oprijplaat conform het bestek [...] heeft aangeboden”, maar deze bevestiging *post factum* is niet van aard de voornoemde tegenstrijdigheden in de BAFO weg te nemen. Met de verwijzing naar de PowerPointpresentatie tijdens de onderhandelingen, toont de verzoekende partij niet aan, zoals hoger gesteld, dat zij ook haar BAFO heeft aangepast in de zin van de in die presentatie beschreven derde oplossing. Uit de verwijzing in de BAFO naar ‘3.2.8. Knielsysteem’ in document ‘6.1. Voertuigbeschrijving’, dat zonder meer een woordelijke herhaling betreft van de kwestieuze besteksbepaling aangaande “de werking van de automatisch uitschuifbare oprijplaat”, kan evenmin worden afgeleid dat zij effectief een uitschuifbare oprijplaat aanbiedt. De verwijzing ten slotte naar document ‘6.4 Buitenaanzichten – Ebusco’, waarop de cassette van de automatisch uitschuifbare oprijplaat duidelijk zichtbaar zou zijn, lijkt te strijden met de tekeningen aangehaald door de verwerende partij, zoals hoger vermeld *sub* 11.2.

14. Voor zover de verzoekende partij stelt dat het type oprijplaat geen impact heeft op de totaalprijs en bijgevolg op de gebeurlijke rangschikking, lijkt het te gaan om een loutere bewering. De inventaris van de BAFO vermeldt immers enkel de totaalprijs van een bus, nergens wordt de kostprijs van een openklapbare of een uitschuifbare oprijplaat vermeld.

Ter zitting bevestigt de verzoekende partij dat zij zich ertoe verbonden heeft het type uitschuifbare oprijplaat aan te bieden, ongeacht wat de meerprijs daarvan is, doch dit blijkt alvast niet uit de BAFO. Bovendien maakt de verwerende partij ter zitting aannemelijk dat de keuze voor een uitschuifbare

oprijplaat ook een impact kan hebben op de totaalprijs, aangezien het model ‘Ebusco versie 3.0.’ waarmee de verzoekende partij haar offerte indiende, alsdan moet worden “herdacht”.

15. Gelet op wat voorgaat, maakt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet aannemelijk dat de verwerende partij, door te verklaren dat de BAFO van de verzoekende partij op grond van de voormelde motieven substantieel onregelmatig is en ze bijgevolg te weren, de aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

#### *B. Tweede middel*

17. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 1.3 van het bestek, gelezen in samenhang met artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, en van het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht.

Zij vat haar middel samen als volgt:

“86. Aangezien DE LIJN, nadat zij eerder stelt dat zij bij haar beoordeling uitgaat van de ‘preferred solution’ (zie het eerste middel), besluit dat het toch onduidelijk zou zijn welke versie door EBUSCO zou zijn aangeboden wat de vergelijkbaarheid van de offertes zou verhinderen en hetgeen een substantiële onregelmatigheid zou inhouden overeenkomstig artikel 74 KB Plaatsing Speciale Sectoren.

87. Aangezien DE LIJN verder stelt dat aangezien drie verschillende varianten werden aangeboden, de offerte strijdt met artikel 1.3.3 op basis waarvan varianten niet zijn toegelaten.

88. Dat echter uit dezelfde weringsbeslissing moet worden afgeleid dat DE LIJN een in concreto beoordeling heeft gemaakt van de ‘preferred solution’ om vervolgens te besluiten dat de offerte van EBUSCO substantieel onregelmatig zou zijn wegens strijdigheid met artikel 3.4.7 van het bestek.

89. Zodoende dat DE LIJN, zonder evenwel te motiveren waarom zij de

‘preferred solution’ heeft beoordeeld, toch kennelijk meende dat de offerte vergelijkbaar was.

90. Aangezien in casu daarentegen moet worden vastgesteld dat er zelfs geen sprake is van variante offertes aangezien het duidelijk is dat verzoekende partij de ‘compliant solution’ zou en wou aanbieden en bovendien de aangeboden oplossing ofwel ‘result’, zijnde de ‘compliant solution’, geen enkele impact had op de offerteprijs.

91. Dat de bestreden beslissing aldus kennelijk behept is met een tegenstrijdige motivering, minstens een motiveringsgebrek.”

### *Beoordeling*

18. De verwijzing in de bestreden beslissing naar punt 1.3.3 van het bestek, luidens hetwelk varianten niet zijn toegelaten, lijkt op het eerste gezicht te moeten worden beschouwd als een overtollig motief, zodat de kritiek die de verzoekende partij hieromtrent ontwikkelt, niet nader hoeft te worden onderzocht.

19. Uit de loutere vaststelling dat de bestreden beslissing woordelijk overeenstemt met de eerdere weringsbeslissing van 30 november 2022 met betrekking tot perceel 1, lijkt op het eerste gezicht niet te volgen dat de verwerende partij te dezen geen eigen beoordeling over de BAFO van de verzoekende partij met betrekking tot perceel 4 zou hebben gemaakt.

20. De verzoekende partij benadrukt nog dat, nu de verwerende partij zelf stelt dat de zogenaamde ‘preferred solution’ “weershouden” “moet” worden ter beoordeling en niet “kan”, haar volgende stelling dat er wel onzekerheid zou zijn over de aangeboden oplossing daarmee geheel tegenstrijdig is.

Zoals bij de beoordeling van het eerste middel op het eerste gezicht is vastgesteld, houdt de motivering rekening met twee uitgangspunten, en lijkt de eerste bestreden beslissing in dit licht niet intern tegenstrijdig.

21. Voor zover de verzoekende partij nog stelt dat de verwerende partij niet toelicht waarom de vergelijkbaarheid van de offertes verhinderd zou

zijn, aangezien zij de aangeboden technische uitvoering (dit is de openklapbare oprijplaat) wel heeft getoetst aan het bestek, lijkt de verzoekende partij op het eerste gezicht niet consequent in haar argumentatie. Zoals beoordeeld in het eerste middel, lijkt de verwerende partij in dat geval wettig te hebben kunnen besluiten dat de BAFO van de verzoekende partij wegens de strijdigheid met punt 3.2.8 van het bestek als onregelmatig moet worden beschouwd.

22. Het tweede middel is niet ernstig.

### *C. Derde middel*

23. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 74 van het koninklijk besluit plaatsing speciale sectoren 2017, de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5, 8°, van de rechtsbeschermingswet, de verplichting van afdoende motivering vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, het gelijkheidsbeginsel, vervat in artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, en de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij vat het middel samen als volgt:

“99. Aangezien verwerende partij meent dat in de inventaris onder post 1 en post 2 (lees: de batterij) slechts een prijs wordt opgegeven vanaf het 8e jaar terwijl zij de prijs wil kennen vanaf jaar 1;

100. Aangezien verwerende partij verder motiveert dat zij altijd wisselstukken moet kunnen aankopen en doordat EBUSCO slechts een prijs geeft vanaf het 8e jaar er sprake zou zijn van een voorbehoud, wat haar een discriminerend voordeel zou verschaffen ten opzichte van de andere inschrijvers;

101. Dat echter moet worden vastgesteld dat verzoekende partij wel degelijk een prijs voor jaar 1 t/m 7 heeft gegeven. Dat de mededeling dat de prijs pas vanaf 8 jaar zou gelden in de marge wordt vermeld in een niet-officieel veld (nl. dat geen deel uitmaakt van de verplicht in te vullen velden in dit document);

102. Dat het e.e.a. nochtans niet impliceert dat er onzekerheid bestaat over de uitvoering van de verbintenis in hoofde van verzoekende partij aangezien haar prijzen vastlagen.

103. Zodoende bestond er geen enkel risico op verstoring van de

mededinging of op wijziging van de essentiële elementen van de offerte.  
104. Dat de bestreden beslissing de formele en materiële motiveringsplicht kennelijk schendt, omdat ze zelf geen afdoende en draagkrachtige motieven bevat, tevens in elk geval gebaseerd is op onjuiste en onwettige motieven.

105. Derhalve dat uw Raad, in de uitoefening van het hem opgedragen rechtmatigheidstoezicht desgevraagd wel mag nagaan of deze beoordeling berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven en of het bestuur daarbij de grenzen van de redelijkheid niet te buiten is gegaan. De Raad mag daarbij desgevraagd een beoordeling sanctioneren die niet zorgvuldig is.”

### *Beoordeling*

24. De verzoekende partij voert in het derde middel kritiek op de beoordeling in de bestreden beslissing volgens welke, wat de eenheidsprijs van de HS-batterijen opgegeven in de wisselstukkenlijst betreft, de offerte van de verzoekende partij een onrechtmatig voorbehoud bevat, namelijk dat de prijs pas geldt vanaf jaar 8, waarmee zij zich een discriminerend voordeel ten opzichte van de andere inschrijvers zou hebben verschaft.

25. Zoals hoger gesteld *sub* 8, werd de BAFO van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig verklaard omwille van twee motieven, namelijk een onregelmatigheid in verband met de elektrische oprijplaat en het voorbehoud bij de eenheidsprijs van de HS-batterijen opgegeven in de wisselstukkenlijst.

In die context dient de kritiek van de verzoekende partij op het tweede motief in de bestreden beslissing niet nader te worden onderzocht, omdat dit motief, in het licht van het motief wat de elektrische oprijplaat betreft – dat bij het onderzoek van het eerste en het tweede middel rechtmatig werd bevonden – een overtuigend motief vormt. Zelfs al zou die kritiek ernstig zijn, dan nog zou ze de schorsing van de tenuitvoerlegging van het onregelmatig bevinden van haar BAFO niet kunnen verantwoorden.

De kritiek op het tweede motief is dan ook onontvankelijk bij gebrek aan belang.

26. Het derde middel is niet ontvankelijk.

#### *D. Vierde middel*

27. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: richtlijn 2014/24/EU).

Zij vat dit middel samen als volgt:

“121. Dat het Hof van Justitie het volgende [heeft] overwogen: ‘(...) aanbestedende overheden moeten in het bijzonder niet alleen de in artikel 18 van richtlijn 2014/24 genoemde aanbestedingsbeginselen naleven, waaronder met name de beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid, maar ook het beginsel van eerbiediging van de rechten van de verdediging’;

122. Dat dit algemeen beginsel van Unierecht, waarvan het recht om in elke procedure te worden gehoord integrerend deel uitmaakt, van toepassing is wanneer de administratieve overheid voornemens is jegens een bepaald persoon een bezwarend besluit vast te stellen, zoals een besluit tot uitsluiting van een aanbestedingsprocedure;

123. Dat in casu geen sprake is geweest van een horen van verzoekende partij. Dat daarentegen verzoekende partij nog een toelichting heeft gegeven bij schrijven van 14 november 2022, hetgeen klaarblijkelijk buiten beschouwing is gelaten door verwerende partij;

124. Dat moet worden vastgesteld dat een behoorlijk aanbestedende overheid te dezen de rechten van verdediging niet heeft gerespecteerd door zonder meer de offerte van verzoekende partij te weren niettegenstaande uit alle elementen samen genomen, vaststaand blijkt dat verzoekende partij de bedoeling had om de compliant solution aan te bieden.”

#### *Beoordeling*

28. Artikel 18 van richtlijn 2014/24/EU werd woordelijk omgezet in het Belgisch recht, namelijk in artikel 4, eerste lid, artikel 5, § 1, en artikel 7, eerste

lid, van de wet overheidsopdrachten 2016.

Wanneer een Europese richtlijn in het interne recht is omgezet, kan hij niet meer ontvankelijk rechtstreeks worden ingeroepen, behalve om aan te voeren dat de omzetting niet correct zou zijn gebeurd. De verzoekende partij voert de niet-correcte omzetting van de voormelde richtlijnbevestiging evenwel niet aan in het middel. Overigens is richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing op de voorliggende overheidsopdracht, die betrekking heeft op de speciale sectoren.

29. Voor zover de verzoekende partij in haar toelichting verwijst naar een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ, 14 januari 2021, C-387/19, RTS Infra, punt 34), zou in dit middel een schending van de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur kunnen worden gelezen.

Een beslissing om een offerte substantieel onregelmatig te verklaren lijkt evenwel op het eerste gezicht geen maatregel die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie ten aanzien van het gedrag van de inschrijver uitmaakt. Anders dan een beslissing tot uitsluiting van een ondernemer wegens een ernstige beroepsfout – voorwerp in het aangehaalde arrest van het Hof van Justitie – voldoet de voorliggende beslissing met andere woorden op het eerste gezicht niet aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur. Aldus blijkt niet dat een aanbestedende overheid die vaststelt dat een offerte behept is met een substantiële onregelmatigheid, ertoe gehouden zou zijn om die vaststelling eerst aan de inschrijver voor te leggen alvorens te beslissen over de regelmatigheid.

30. Het vierde middel is niet ernstig.

### *VIII. Besluit*

31. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt in de beide zaken dan ook

verworpen.

## **BESLISSING**

**1. De zaken nrs A. 237.941/XII-9301 en A. 238.052/XII-9309 worden samengevoegd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.**

**2. De verzoekende partij wordt in de beide zaken verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zeventien januari tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,  
bijgestaan door

Silja Doms,

**De griffier**

**Silja Doms**

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

**De voorzitter**

**Patricia De Somere**