

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.010 van 1 maart 2024
in de zaak A. 241.090/XII-9464**

In zake: de BV GANDA CARS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Andi Zrza
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

Tussenkommende partijen:

- I.
 1. de NV BUS DE POLDER
 2. de NV GEENENS
 3. de NV GRUSON AUTOBUS
 4. de NV DECEUNINCK AUTO'S
 5. de NV KATRIVA
 6. de NV FIRMA VAN COILLIE
 7. de BV V.D. VOORDEsamen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens, Leen De Vuyst en
Hannah Mignolet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen
- II. de NV AUTOBUS-AUTOCARS DEMUYNCK &
VANSTEELANDT
- III. de BV VAN HOOREBEKE EN ZOON
- IV.
 1. de NV LENOIR
 2. de NV PARMENTIER AUTOBUS
 3. de NV DEMUYNCK & VANSTEELANDT
 4. de NV COACH PARTNERS WEST-VLAANDEREN

samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie, Thomas Fiers en Jade Leenaert
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 februari 2024, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de “beslissing die de raad van bestuur van De Lijn op 17 januari 2024 heeft genomen [...] in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging inzake de overheidsopdracht ‘Exploitatie en vergroening van geregeld busvervoer voor rekening van de V.V.M. De Lijn-West 1’ (ref. NBE/Oost1/Oost2/West1/West2)” tot gunning van de percelen 6 en 8 en van de overige percelen in het kader van de voormelde overheidsopdracht.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 15 februari 2024 hebben (I.) de nv Bus De Polder, de nv Geenens, de nv Gruson Autobus, de nv Deceuninck Auto’s, de nv Katriva, de nv Firma Van Coillie, de bv V.D. Voorde, samen vormend een tijdelijke maatschap, (II.) de nv Autobus-Autocars Demuynck & Vansteelandt, (III.) de bv Van Hoorebeke en Zoon en (IV.) de nv Lenoir, de nv Parmentier Autobus, de nv Demuynck & Vansteelandt en de nv Coach Partners West-Vlaanderen, samen vormend een tijdelijke maatschap, gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 februari 2024.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens en Andi Zrza , die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Hans Plancke, Gauthier Vlassenbroeck en Emma Renglé, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaten Nathanaëlle Kiekens, Leen De Vuyst en Hannah Mignolet, die verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de tweede, derde en vierde tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van diensten uit met als voorwerp ‘Exploitatie en vergroening van geregeld busvervoer voor rekening van de V.V.M. De Lijn - West 1’.

De opdracht, die achttien percelen omvat, betreft de exploitatie van geregeld vervoer voor rekening van De Lijn met de beschreven type voertuigen en het daarbij horend personeel.

Er wordt gekozen voor de plaatsing van de opdracht met een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 120 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet overheidsopdrachten 2016), bepaling welke geldt voor de ‘speciale sectoren’.

De opdracht wordt Europees en nationaal bekendgemaakt.

3.2. Naar aanleiding van de kennisname van de selectieleidraad wordt door één van de geïnteresseerde kandidaten, gezien de samenstelling van de percelen nog niet gekend is, onder meer gevraagd of het toegelaten is dat de percelen in de offertefase gecombineerd worden ingediend. De verwerende partij antwoordt hierop dat de prijs per perceel individueel moet worden ingediend.

3.3. Er worden 39 aanvragen tot deelneming ingediend voor welbepaalde of alle percelen van de opdracht. De verzoekende partij dient een aanvraag tot deelneming in voor de percelen 3, 5, 6 en 8.

3.4. Met een gemotiveerde beslissing van 29 maart 2023 beslist de verwerende partij om 37 kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partijen, te selecteren en uit te nodigen om een offerte in te dienen.

3.5. Het op de opdracht toepasselijke bestek met referentie NBE Oost1/Oost2/West1/West2, dat herhaaldelijk wordt gewijzigd en waarvan in de loop van de onderhandelingsprocedure vier versies aan de kandidaten worden meegedeeld, betreft een gezamenlijk bestek voor vier afzonderlijke overheidsopdrachten. Enkel de opdracht ‘West 1’, die oorspronkelijk achttien percelen omvat maar waarvan voor twee percelen de plaatsingsprocedure zal worden stopgezet (zie overweging 3.13, hierna), maakt het voorwerp uit van de voorliggende vordering. Behoudens indien het uitdrukkelijk anders wordt aangegeven, wordt hierna verwezen naar de bepalingen van de vierde en laatste versie van het bestek, die op 28 november 2023 aan de inschrijvers werd bezorgd.

Luidens het bestek bedraagt de initiële looptijd van een perceel tien jaar en kunnen de percelen door de opdrachtgever zes keer worden verlengd met één jaar. Deze termijn vangt aan op de datum van bestelling, zijnde wanneer de dienstregeling effectief wordt uitgevoerd. Deze datum zal volgens het bestek in principe plaatsvinden rond 1 juli 2025.

Punt 1.03.6 van het bestek voorziet in een beperking op het aantal percelen dat aan één inschrijver kan worden gegund. Wat opdracht ‘West 1’ betreft, gaat het, in geval de verwerende partij beslist om zestien percelen te gunnen, om maximaal zes percelen die aan één inschrijver kunnen worden gegund.

De inschrijvers dienen om die reden in de offerte ook een voorkeursvolgorde op te geven.

Het bestek vermeldt voorts de volgende gunningscriteria: ‘Financieel (Total Cost of Ownership) 80 pt.’ en ‘Niet financieel 20 pt.’. Het niet financiële criterium wordt in het bestek als volgt omschreven:

“Het niet financiële criterium bestaat enerzijds uit het Implementatieplan (8pt.) en operationeel plan (8pt.) waarbij de inschrijver duidelijk dient aan te tonen dat hij nagedacht heeft over de voorbereiding en uitvoering van de opdracht over de jaren heen. Zo moet duidelijk blijken dat men weet hoe elektrificatie moet aangepakt worden bouwtechnisch en vergunning technisch, wat de doorlooptijden en de kosten zijn alsook gevorderde contacten moet hebben met de diverse leveranciers. Daarnaast dient men aan te tonen hoe men met potentiële problemen bij elektrisch rijden tijdens de uitvoering zal omgaan maar ook met alle andere aspecten van een kwalitatieve uitvoering zoals personeelsbeleid teneinde voldoende chauffeurs te kunnen garanderen. Meer algemeen geeft men aan hoe te zullen omgaan met het kwaliteitsmanagementsysteem. De inschrijver dient hiervoor de vragen in bijlage 10 omstandig te beantwoorden.

Anderzijds wenst De Lijn de opdrachtnemer die meer inzet op vergroening (4 pt.) extra te stimuleren.”

Wat dit laatste subgunningscriterium ‘vergroening’ betreft, vermeldt het bestek de volgende evaluatiemethode:

“De inschrijver die zich contractueel engageert om sneller te vergroenen dan het tempo opgelegd in het tabblad ‘vergroeningsritme’ van de inventaris voor het betrokken perceel krijgt onderstaande punten:

De inschrijver volgt het vergroeningsritme van een specifiek perceel.	0 pt.
De inschrijver die 50 % sneller vergroent dan wat hem wordt opgelegd in een specifiek perceel bij aanvang.	2 pt.
De inschrijver die 100 % zero-emissie zal rijden bij aanvang.	4 pt.

De inschrijver is in gebeurlijk geval door zijn offerte inzake extra vergroening gebonden en stelt zich als opdrachtnemer bloot aan de toepasselijke straffen, boeten en ambtshalve maatregelen zo de extra vergroeningsinspanning niet behaald wordt.”

Punt 1.07.6 ‘Toegang tot de Exploitanten Toepassing en gebruik bij de opmaak van de offerte’ bepaalt voorts dat elke geselecteerde kandidaat

toegang krijgt tot de Exploitanten Toepassing van De Lijn, zijnde de beheerssoftware voor wanneer de opdracht in uitvoering is. Daarbij wordt aangekondigd dat, aangezien het klaarzetten van de taken per perceel een grote werklast vertegenwoordigt, De Lijn

“alle geselecteerde kandidaten zal contacteren met vraag voor welke percelen zij exact een offerte wensen in te dienen. Het kan immers zijn dat een kandidaat na het lezen van het bestek en de voorgestelde dienstregeling niet langer interesse heeft voor een welbepaald perceel waarvoor hij een aanvraag tot deelneming heeft ingediend. Tegen uiterlijk 27 april 2023 moet een finale keuze gemaakt zijn. Op basis van de opgegeven antwoorden zullen de taken op maat van elke geselecteerde kandidaat opgeladen worden in de Exploitanten Toepassing en kan men dus niet meer inschrijven voor andere percelen dan deze die men opgaf.”

3.6. Elf geselecteerde kandidaten dienen een eerste offerte in voor één of meer percelen. De verzoekende partij dient op 29 augustus 2023 een eerste offerte in voor de percelen 6 en 8 van de opdracht die respectievelijk betrekking hebben op de Regio Gent (Gent – Eeklo – Brugge – Zelzate) en de Regio Gent Stad.

3.7. In het kader van de eerste onderhandelingsfase deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat haar offerte momenteel te duur is en vraagt zij of zij voorstellen heeft voor aanpassingen aan het bestek die de prijs zouden verlagen. In antwoord hierop vraagt de verzoekende partij onder meer of het mogelijk is om te werken met combinaties van percelen.

3.8. Vanaf de derde versie van het bestek, die op 18 oktober 2023 aan de inschrijvers wordt meegedeeld, worden onder punt 1.05 ‘Gunningscriteria van de opdracht’ bepalingen toegevoegd waarbij “de mogelijkheid wordt gegeven om een combinatie in te dienen” onder een aantal voorwaarden. In de vierde en laatste versie van het bestek luiden deze bepalingen als volgt:

“Er wordt de mogelijkheid gegeven om een combinatie in te dienen van percelen onder volgende voorwaarden:
Voorwaarden voor het in rekening brengen van een geldende combinatie
ALGEMEEN : het gevraagde vergroeningsritme in de opgegeven percelen in de combinatie moet hetzelfde zijn zoals in de afzonderlijke percelen.

Voorwaarde 1	Combinatie tussen maximaal 2 percelen zijn toegestaan. Een perceel mag bovendien maar in één combinatie voorkomen.
Voorbeeld voorwaarde 1	<p>Wat kan wel : een combinatie indienen van P1 en P2 en een combinatie van P3 en P4 binnen 1 opdracht.</p> <p>Wat kan niet: een combinatie indienen van P1 en P2 en een combinatie van P2 en P3 omdat P2 tweemaal voorkomt in de voorgestelde combinaties binnen 1 opdracht.</p>
Voorwaarde 2	Enkel combinatie(s) van percelen worden in acht genomen waarvan de percelen als individuele percelen in de voorkeurlijst zijn opgenomen voor de opdracht West 1, West 2, Oost 1, Oost 2 van de percelen.
Voorbeeld voorwaarde 2	<p>Voor West 1 kunnen maximaal 3 unieke combinaties worden toegewezen.</p> <p>Voor West 2 kunnen maximaal 5 unieke combinaties worden toegewezen.</p> <p>Voor Oost 1 kunnen maximaal 5 unieke combinaties worden toegewezen.</p> <p>Voor Oost 2 kunnen maximaal 4 unieke combinaties worden toegewezen.</p>
Voorwaarde 3	De inschrijver die een combinatie van percelen maakt, dient verplicht 2 prijzen op te geven per perceel nl. een prijs voor het perceel binnen de combinatie en een prijs voor het perceel los van de combinatie m.a.w. het afzonderlijk perceel.
Voorbeeld voorwaarde 3	Er wordt ingediend voor een combinatie P1+P2. De inschrijver geeft een TCO prijs op voor P1 in de combinatie en een TCO prijs op voor P1 buiten de combinatie. Idem voor P2.
Voorwaarde 4	Een combinatie van percelen wordt enkel in acht genomen als elke TCO van de opgenomen percelen in de combinatie goedkoper is dan de afzonderlijke TCO van de betrokken percelen van andere inschrijvers (m.a.w. TCO's van percelen in de combinaties van andere inschrijvers wordt niet gebruikt om te vergelijken, enkel de afzonderlijke TCO's van de andere inschrijvers wordt gebruikt als vergelijkende basis). Indien deze voorwaarde niet vervuld is, wordt de combinatie niet in rekening gebracht en worden enkel nog de

	<p>afzonderlijke prijzen van de percelen nog in rekening gebracht voor een verdere beoordeling.</p> <p>Opmerking 1: een combinatie van percelen waarvoor de inschrijver voor beide percelen de enige afzonderlijke inschrijver is voor het betrokken perceel buiten de combinatie wordt per definitie beoordeeld in de combinatie.</p> <p>Opmerking 2: een combinatie van percelen waarvoor de inschrijver 1 of 2,... voor 1 van de percelen de enige unieke inschrijver is buiten de combinatie wordt eveneens in rekening gebracht enkel op voorwaarde dat zijn perceel uiteraard in de combinatie goedkoper is dan zijn afzonderlijk perceel.</p>
Voorbeeld voorwaarde 4	Zie voorbeeld 1 hieronder uitgewerkt.
Voorwaarde 5	<p>Het aantal maximaal unieke combinaties (zie voorwaarde 2) kan verminderen indien er percelen niet gegund worden binnen de opdracht W1, W2, O1 en O2. De inschrijver dient daarom zijn combinaties volgens een voorkeurlijst op te nemen van hoog naar laag.</p> <p>Indien een perceel niet gegund worden binnen 1 geldende combinatie vervalt eveneens de combinatie voor beoordeling.</p>

[...]"

In een nieuw punt 1.07.4 van het bestek wordt inzake de aan de offerte toe te voegen documenten onder meer het volgende vermeld:

"Inventaris indien een combinatie van percelen wordt ingediend: naast de meetstaat voor de percelen individueel moet voor elk perceel een meetstaat worden ingediend als het in een combinatie is opgenomen. Dit dient duidelijk aangeduid worden dat het over de meetstaat gaat van het perceel in combinatie. Bij een combinatie dienen er 4 meetstaten ingediend te worden. 2 afzonderlijke en anderzijds 2 meetstaten van de betrokken percelen in de combinatie, (...)"

3.9. Naar aanleiding van deze bestekwijzigingen stellen een aantal inschrijvers, anderen dan de verzoekende partij, onder meer in het licht van voormeld punt 1.07.6 van het bestek, de vraag of er opnieuw mag worden

ingeschreven op alle percelen, en dus ook op percelen waarvoor in de vorige ronde nog geen offerte werd ingediend.

Uit de lijst van vragen en antwoorden van 18 oktober 2023 blijkt dat hierop door de verwerende partij wordt geantwoord dat men geen offerte kan indienen voor percelen waarvoor men niet reeds een offerte had ingediend, hetgeen door de verwerende partij als volgt wordt toegelicht:

“Indien voor een bepaald perceel een geselecteerde kandidaat geen initiële offerte heeft ingediend binnen de gestelde indieningsdatum, hier in dit geval 31 augustus 2023, dan kan er ook geen offerte ingediend worden bij een volgende offerteronde. Men kan ook geen offerte indienen met oog op regularisatie van een nooit ingediende offerte noch deelnemen aan de onderhandelingen.

(...)

Het toestaan van een korting per perceel wanneer men voor verschillende percelen inschrijft en beide percelen zouden gegund worden omvat geen wijziging van de opdracht.

Door het toestaan van een korting wordt geen afbreuk gedaan aan de opportuniteiten die reeds bestonden. Men was steeds vrij om te kiezen voor welke percelen men inschreef en zelf te bepalen waar mogelijke synergiën kunnen gevonden worden.

Er worden door de bestekwijzigingen in versie 1 18 10 2023 dus geen bijkomende opportuniteiten gecreëerd.

Het toelaten van een combinatie van de reeds ingediende percelen is uitgedrukt in mogelijks een voordeliger TCO dat de inschrijver kan aanbieden voor elk perceel in de combinatie. Er is nog altijd gevraagd om ook voor elk perceel afzonderlijk uit de combinatie een TCO in te dienen. Er zijn zoals gedefinieerd in het bestek voorwaarden gekoppeld aan de geldigheid van de combinatie waar de ingediende TCO's uit de combinatie vergeleken worden met de TCO's van de individuele percelen. Als er aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, dan zal de aanbestedende entiteit naar de vergelijking gaan van de TCO's van de individuele percelen om de toewijs van de afzonderlijke percelen te bepalen.

Het feit dat men als inschrijver initieel niet voor een afzonderlijk perceel heeft ingediend, kan een offerte met een combinatie van 2 percelen waar 1 of 2 percelen niet afzonderlijk werd aangeboden bij de initiële offerte, niet in rekening worden gebracht (...).”

3.10. Met een aangetekend schrijven van 31 oktober 2023 deelt ook de Federatie van Belgische Autobus- en Autocar-ondernemers een aantal belangrijke opmerkingen en bedenkingen mee aan de verwerende partij. Zij uit daarbij onder

meer bedenkingen bij de “nieuwigheid van de mogelijkheid tot het indienen van een combinatie van percelen”.

3.11. Op 28 november 2023 wordt de vierde en laatste versie van het bestek aan de inschrijvers meegedeeld.

3.12. Op basis van dit bestek en een verbeterend bericht van 13 december 2023 dienen de elf geselecteerde kandidaten die een eerste offerte hadden ingediend een vierde en laatste offerte in. Voor de eerste vier percelen van de opdracht worden de inschrijvers nog uitgenodigd tot het indienen van een vijfde offerte en wat het vierde perceel betreft, een zesde offerte.

3.13. In het gunningsverslag van 10 januari 2024 wordt vooreerst voorgesteld om niet over te gaan tot gunning van de percelen 10 en 12 van de opdracht, met als gevolg dat het aantal te gunnen percelen op zestien wordt gebracht en maximaal zes percelen aan dezelfde inschrijver kunnen worden gegund.

In het kader van de beoordeling van het gunningscriterium ‘Total Cost of Ownership’ wordt onder punt 3.1. van het gunningsverslag onder meer nagegaan welke inschrijvers gebruik hebben gemaakt van combinaties van percelen en of deze voldoen aan de in het bestek gestelde voorwaarden. Zowel de verzoekende partij als de eerste tussenkomende partij blijken gebruik te hebben gemaakt van deze mogelijkheid.

In punt 4. ‘Besluit’ van het gunningsverslag wordt weergegeven welke inschrijvers op grond van het regelmatigheidsonderzoek en de analyse van de offertes gemaakt in de voorafgaande punten in het gunningsverslag, de economisch meest voordelige offerte hebben ingediend, op basis van de gunningcriteria en rekening houdend met de beperking van het maximaal te gunnen percelen binnen de opdracht ‘West 1’.

3.14. Op 17 januari 2024 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij inzake de opdracht ‘West 1’ om overeenkomstig het

gunningsverslag de percelen 10 en 12 niet te gunnen, en om de overige percelen te gunnen aan de volgende inschrijvers:

Perceelnr	Perceelnr	Perceelnaam	Inschrijver met de economische meest voordelige offerte	TCO
01	2503001	Regio Brugge	Gino Tours nv	63.200.907,99
02	2503002	Regio Brugge - Tielt	FERRY CARS nv	38.036.503,89
03	2504001	Regio Eeklo (Eeklo - Zelzate - Brugge - Gent	FERRY CARS nv	43.079.073,00
04	2504002	Regio Aalter (Aalter - Eeklo - Brugge - Gent - Zelzate)	FERRY CARS nv	17.453.688,00
05	2504003	Regio Brugge (Brugge - Eeklo - Gent - Aalter)	Van Hoorebeke en Zoon	44.578.518,00
06	2504004	Regio Gent (Gent - Eeklo - Brugge - Zelzate)	Bus De Polder nv	47.637.789,00
07	2504005	Regio Oudenaarde - Gent (Waregem - Oudenaarde - Deinze - Gavere - Gent - Lokeren)	PARMENTIER AUTOBUS	23.200.959,46
08	2504006	Regio Gent Stad	Bus De Polder nv	23.800.170,00
09	2506001	Regio Kortrijk Centrum	'MOBILE PARTNERS'	66.094.212,00
11	2506003	Regio Waregem	'MOBILE PARTNERS'	40.062.433,87
13	2511001	Regio Roeselare Centrum	Bus De Polder nv	37.814.877,00
14	2511002	Regio Roeselare Oost	MANDEL CAR TOERISME nv	20.270.545,53
15	2511003	Regio Roeselare Westhoek	Bus De Polder nv	18.199.581,34
16	2511004	Regio Torhout	Bus De Polder nv	55.593.468,00
17	2515001	Regio Ieper	Bus De Polder nv	37.224.017,00
18	2515002	Regio Diksmuide	Autobus - Autocars Demuynck & Vansteelandt nv	32.076.288,00

3.15. Met een aangetekend schrijven en een e-mailbericht van 18 januari 2024 wordt de verzoekende partij ervan in kennis gesteld dat de percelen 6 en 8 van de opdracht niet aan haar werden gegund. Als bijlage wordt een kopie gevoegd van het gunningsverslag.

IV. Tussenkost

4. (I.) De nv Bus De Polder, de nv Geenens, de nv Gruson Autobus, de nv Deceuninck Auto's, de nv Katriva, de nv Firma Van Coillie, de bv V.D. Voorde, samen vormend een tijdelijke maatschap, (II.) de nv Autobus-Autocars Demuynck & Vansteelandt, (III.) de bv Van Hoorebeke en Zoon en (IV.) de nv Lenoir, de nv Parmentier Autobus, de nv Demuynck & Vansteelandt en de nv Coach Partners West-Vlaanderen, samen vormend een tijdelijke maatschap, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg worden hun verzoeken tot tussenkost ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5.1. De verzoekende partij richt haar beroep niet alleen tegen de gunning van de percelen 6 en 8, zijnde de enige percelen waarvoor zij een offerte blijkt te hebben ingediend, maar tegen de integrale gunningsbeslissing en dus de gunning van alle percelen. Anticiperend op een exceptie van gebrek aan belang zet zij in haar verzoekschrift uiteen waarom zij in het licht van de door haar aangevoerde middelen meent belang te hebben bij de schorsing van de tenuitvoerlegging niet alleen van de gunningsbeslissing wat de percelen 6 en 8 betreft, maar bij uitbreiding ook van de gunningsbeslissing in haar geheel.

De verwerende partij en de eerste tussenkomende partij werpen een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de vordering op in zoverre ze ook gericht is tegen de gunning van percelen waarvoor de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend. De verzoekende partij heeft volgens hen dan ook enkel belang bij de vordering in de mate dat ze gericht is tegen de beslissing aangaande de percelen 6 en 8.

Ook de overige tussenkomende partijen werpen een vergelijkbare exceptie op. Bovendien is de vordering volgens hen in haar geheel onontvankelijk bij gebrek aan ontvankelijke middelen.

5.2. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om uitspraak te doen over de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties 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

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016 *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, samen gelezen met artikel 38/6 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels overheidsopdrachten’ (hierna: het koninklijk besluit uitvoering 2013), artikel 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, het transparantiebeginsel, de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel,

“Doordat De Lijn oorspronkelijk niet in de mogelijkheid voorzag om combinaties van percelen op te nemen in de offerte. Pas vanaf de derde versie van het bestek (en nadat de inschrijvers al twee offertes hadden ingediend) werd deze mogelijkheid door De Lijn gecreëerd. Dit had tot gevolg dat de inschrijvers enkel nog combinaties konden maken tussen de percelen waarvoor zij aanvankelijk een offerte hadden ingediend (terwijl aanvankelijk nochtans niet geweten was dat het maken van dergelijke combinaties toegestaan zou worden, hetgeen evident een impact had op het aantal percelen waarvoor aanvankelijk werd ingeschreven). Deze wetenschap zou ook andere inschrijvers dan de oorspronkelijke inschrijvers alsnog een offerte hebben kunnen doen indienen;

Terwijl de aanbesteder weliswaar over een bepaalde marge beschikt om wijzigingen door te voeren in het Bestek, maar deze marge begrensd is door het gelijkheidsbeginsel. De oorspronkelijke voorwaarden van de Opdracht mogen dan ook niet wezenlijk worden gewijzigd, en al zeker niet in die zin dat (i) inschrijvers op een andere manier zouden hebben ingeschreven voor de Opdracht mochten ze de doorgevoerde wijziging van meet af aan hebben gekend; dat (ii) bepaalde inschrijvers door deze wezenlijke wijziging worden bevoordeeld; en zelfs dat (iii) andere inschrijvers dan de oorspronkelijke inschrijvers een offerte konden hebben ingediend;

En terwijl het mededingingsbeginsel vereist dat de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht zodanig wordt ingericht dat te allen tijde een reële en eerlijke concurrentie mogelijk wordt gemaakt, wat onder meer inhoudt dat inschrijvers zich ook in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen in een gelijke positie moeten bevinden.”

7.2. De verzoekende partij betoogt in essentie dat er sprake is van een verboden wezenlijke wijziging van het bestek en een kunstmatige beperking van de mededinging doordat de verwerende partij pas vanaf de derde versie van het bestek en nadat de inschrijvers al twee offertes hadden ingediend, heeft voorzien in de mogelijkheid om combinaties van percelen op te nemen in de offerte, hetgeen tot gevolg had dat de inschrijvers enkel nog combinaties konden maken tussen de percelen waarvoor zij een eerste offerte hadden ingediend.

Zij licht toe dat het perfect mogelijk is dat een bepaalde inschrijver niet voor perceel X afzonderlijk zou inschrijven omdat het uitvoeren van dit perceel alleen te hoge transactiekosten zou genereren en bijgevolg niet rendabel is. Dat zou volgens de verzoekende partij anders kunnen zijn indien de mogelijkheid wordt geboden om een offerte in te dienen voor de combinatie van de percelen X en Y, bijvoorbeeld omdat de transactiekosten, stelplaatsen en de praktische uitvoerbaarheid van de percelen dan gedeeld en gespreid kunnen worden over beide percelen heen, omdat perceel X en Y bijvoorbeeld

aangrenzende percelen zijn. Zodoende heeft een inschrijver volgens de verzoekende partij de zekerheid dat perceel X enkel aan haar gegund zal worden in combinatie met perceel Y (indien zij hiervoor de economisch meest voordelige offerte zou indienen). Dat biedt voor de inschrijver de nodige incentive om alsnog voor perceel X in te schrijven (in combinatie met perceel Y), omdat zij dan weet dat zij de combinatie X-Y gegund kan krijgen (en niet alleen perceel X afzonderlijk). Precies daarom is het volgens de verzoekende partij cruciaal om van meet af aan te weten of er al dan niet een mogelijkheid bestaat om een offerte in te dienen voor een combinatie van percelen: dit determineert immers voor welke percelen een inschrijver aanvankelijk zal inschrijven.

7.3. De verzoekende partij betoogt dat deze wezenlijke wijziging, op basis waarvan het mogelijk was om een offerte in te dienen voor een combinatie van percelen, een nieuwe realiteit inhield en heel wat nieuwe opportuniteiten creëerde. Uit de vragen en antwoorden van de inschrijvers bij het gewijzigde bestek blijkt volgens haar dat niet alleen de verzoekende partij maar ook andere inschrijvers bedenkingen hadden bij deze gewijzigde realiteit en deze wijziging als een “wezenlijke wijziging” beschouwden. In haar antwoorden erkent de verwerende partij zelf dat deze wijziging tot gevolg heeft dat meer voordelige TCO's kunnen worden aangeboden. Bovendien blijkt ook de Federatie van Belgische Autobus- en Autocarondernemers zich over deze wezenlijke wijziging bij de verwerende partij te hebben beklagd in een officieel schrijven van 31 oktober 2023.

Het betreft volgens de verzoekende partij dan ook een wijziging die, indien zij van meet af aan bekend was geweest, onmiskenbaar een invloed zou hebben gehad op het aantal percelen waarvoor zij had ingeschreven en de opgegeven TCO-prijs in geval van gecombineerde percelen. Deze wetenschap zou ook andere inschrijvers dan de oorspronkelijke inschrijvers alsnog een offerte hebben kunnen doen indienen. Ook werd volgens de verzoekende partij zo een ongelijk speelveld gecreëerd ten nadele van de kleinere inschrijvers.

7.4. Ook de antwoorden van de verwerende partij op de vragen van de inschrijvers overtuigen volgens de verzoekende partij niet. In zoverre de verwerende partij aangeeft dat men steeds vrij was om te kiezen voor welke

percelen men inschreef, stelt de verzoekende partij dat deze “keuze” van meet af aan was gebaseerd op een foutief feitelijk uitgangspunt, namelijk dat men aanvankelijk geen offerte kon indienen voor een “combinatie van percelen” maar enkel voor percelen afzonderlijk. In zoverre de verwerende partij verwijst naar de in het bestek vermelde voorwaarden en de mogelijke niet vervulling ervan, werpt de verzoekende partij op dat het niet aan de verwerende partij toekomt om een hypothetische beoordeling te maken over perceelcombinaties die nooit ingediend zijn kunnen worden. Zij benadrukt dat volgens de rechtspraak van de Raad van State een loutere kans om de overheidsopdracht in de wacht te slepen bovendien volstaat.

De verzoekende partij betoogt dat het dan ook gaat om een schoolvoorbeeld van een verboden wezenlijke wijziging, die bovendien rechtstreeks betrekking heeft op het prijs criterium, in die zin dat ontegensprekelijk andere combinaties en TCO-prijzen konden worden aangeboden mochten de inschrijvers op transparante wijze en van meet af aan op de hoogte zijn geweest van de wezenlijke wijziging. Zij verwijst naar de presstext-rechtspraak van het Hof van Justitie (HvJ 19 juni 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06), die getransponeerd werd in artikel 38/3 van het koninklijk besluit uitvoering 2013, en stelt dat deze rechtspraak eveneens doorwerkt naar de gunningsfase, aangezien in deze context de algemene beginselen van gelijkheid en transparantie evenzeer van toepassing zijn.

7.5. De verzoekende partij doet voorts gelden dat de huidige niet transparante werkwijze enkel in het voordeel van de grote inschrijvers speelde die wel van meet af aan voor alle percelen (of zeer veel percelen) konden inschrijven, en dus automatisch meer kans maakten om deze percelen gegund te krijgen, *a fortiori* door de combinaties die hiertussen opeens mogelijk bleken. Kleinere inschrijvers zouden zich daarentegen tot een aantal percelen hebben beperkt in functie van de haalbaarheid om deze percelen in de toenmalige foutieve veronderstelling dat deze percelen enkel afzonderlijk uitgevoerd konden worden. Aldus zou de verwerende partij ook op kunstmatige wijze de mededinging hebben beperkt, waardoor bepaalde inschrijvers ten onrechte bevoordeeld werden, en andere benadeeld.

7.6. De verzoekende partij betwijfelt ten slotte ook of het bevoegd orgaan van de verwerende partij tot deze wezenlijke wijziging besloten heeft en vraagt de Raad van State om dit te willen verifiëren in het administratief dossier.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

8. De verwerende partij werpt een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op omdat de wijziging geen gevolgen heeft gehad voor de draagwijdte van de bestreden beslissing en omdat de verzoekende partij de wijziging zelf gevraagd heeft en niet aangevochten. Verwijzend naar haar exceptie van onontvankelijkheid bij het beroep werpt zij ook op dat het belang bij dit middel in elk geval beperkt is tot de gunning van de percelen 6 en 8.

Ook de eerste tussenkomende partij werpt een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel op. Zij stelt dat de kritiek laattijdig is in de mate dat deze betrekking heeft op percelen waarvoor de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend. Daarnaast heeft de verzoekende partij volgens haar geen belang bij haar middel en dit zowel wat de percelen betreft waarvoor zij geen offerte heeft ingediend, als voor de percelen 6 en 8 van de opdracht.

De overige tussenkomende partijen werpen op dat de kritiek in het eerste middel in zijn geheel laattijdig is. Daarnaast werpen ook zij een exceptie van gebrek aan belang bij het middel op, zowel wat de percelen 6 en 8 als wat de overige percelen betreft.

9. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen aangevoerde excepties van onontvankelijkheid van het eerste middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Ernst van het middel

10. In het eerste middel voert de verzoekende partij aan dat er sprake is van een verboden wezenlijke wijziging van het bestek en een kunstmatige beperking van de mededinging doordat de verwerende partij vanaf de derde versie van het bestek en nadat de inschrijvers al twee offertes hadden ingediend, zou hebben voorzien in de mogelijkheid om combinaties van percelen op te nemen in de offerte.

11. Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 behandelen de aanbesteders de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en handelen zij op een transparante en proportionele wijze.

Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers veronderstelt dat de gunningsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden. De gelijkheid die aan de gunning van overheidsopdrachten ten grondslag ligt, veronderstelt voorts dat degenen die voor gunning van de opdracht in aanmerking willen komen van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de aanbestedende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offertes.

Artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 luidt:

“Een aanbesteder stelt geen overheidsopdracht op met het doel om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. De mededinging wordt geacht kunstmatig te zijn beperkt indien de overheidsopdracht is ontworpen met het doel bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen of te benadelen.”

12. De vraag rijst of de verwerende partij te dezen, vanaf de derde versie van het bestek, heeft voorzien in de mogelijkheid van een combinatie van percelen in de zin zoals zulks door de verzoekende partij wordt begrepen.

Om de hierna volgende redenen lijkt dat niet het geval te zijn en lijkt het middel dan ook op een verkeerd uitgangspunt te steunen.

13. Artikel 2, 52°, van de wet overheidsopdrachten 2016 definieert het begrip perceel als “de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering”.

Artikel 137 van de wet overheidsopdrachten 2016, dat de verdeling van opdrachten in percelen regelt, luidt als volgt:

“De aanbestedende entiteit kan beslissen een opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen waarvan zij de omvang en het voorwerp bepaalt. De aanbestedende entiteit vermeldt in de aankondiging van de opdracht, in het verzoek tot bevestiging van belangstelling, of wanneer tot mededinging is opgeroepen in een aankondiging inzake het bestaan van een kwalificatiesysteem, in de uitnodiging tot inschrijving of tot onderhandeling, of offerte kunnen worden ingediend voor één, voor meer, dan wel voor alle percelen. De voorwaarden en regels van artikel 58, § 2, zijn van toepassing. De verwijzing naar de aankondiging van een opdracht moet evenwel gelezen worden als een verwijzing naar de aankondiging van de opdracht of de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling, tot inschrijving, of tot onderhandeling.”

Artikel 58, § 2, van de wet overheidsopdrachten 2016, waarnaar wordt verwezen in artikel 137, laatste lid, van die wet, bepaalt:

“De aanbestedende overheid mag, zelfs indien er offertes mogen worden ingediend voor meer of alle percelen, het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen beperken, mits het maximum aantal percelen per inschrijver in de aankondiging van een opdracht is aangegeven. De aanbestedende overheid vermeldt in de opdrachtdocumenten de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels die zij voornemens is toe te passen om te bepalen welke percelen zullen worden gegund indien de toepassing van de gunningscriteria zou leiden tot de gunning van meer percelen dan het maximumaantal aan een zelfde inschrijver.”

Zowel met de verdeling van opdrachten in percelen als met de mogelijkheid om het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen te beperken, wordt beoogd de toegang voor kmo's tot de overheidsopdrachten te vergemakkelijken.

Artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 'plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren' (hierna: koninklijk besluit speciale sectoren 2017), luidt bovendien:

“De inschrijver mag in zijn offertes voor meerdere percelen, hetzij één of meerdere prijskortingen aanbieden, hetzij één of meerdere verbeteringsvoorstellen in het kader van zijn offerte, voor het geval dat deze percelen hem zouden worden gegund, op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten het niet verbieden.”

Artikel 65, lid 3, van richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 'betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG' (hierna: richtlijn 2014/25/EU) luidt:

“De lidstaten kunnen bepalen dat, indien meer dan één perceel aan dezelfde inschrijver kan worden gegund, de aanbestedende instanties een opdracht kunnen gunnen voor een combinatie van percelen of voor alle percelen wanneer zij in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot bevestiging van de belangstelling, tot inschrijving, of tot onderhandeling hebben gespecificeerd dat zij zich daartoe de mogelijkheid voorbehouden en aangegeven hebben welke percelen of groepen van percelen kunnen worden gecombineerd.”

In de parlementaire voorbereiding bij artikel 2.10, tweede lid, van de Nederlandse Aanbestedingswet 2012, waarin de voormelde bepaling werd omgezet, wordt een combinatie-inschrijving als volgt toegelicht (Tweede Kamer der Staten-Generaal, vergaderjaar 2015-2016, 34 329, nr. 3, p. 27-28):

“Een combinatie-inschrijving betreft het geval waarin de inschrijver aangeeft dat hij met één inschrijving meedingt naar twee of meer percelen. Bijvoorbeeld: in een aanbesteding met drie percelen dient een inschrijver een inschrijving in voor percelen twee en drie samen. Dit betekent dat de

inschrijver alleen de combinatie van die percelen kan winnen en niet de individuele percelen. Mocht de inschrijver niet het hoogste aantal punten behalen bij perceel twee maar wel bij perceel drie dan zou hij in een situatie zonder combinatie-inschrijvingen perceel drie gegund krijgen. In het geval van een combinatie-inschrijving is dit echter niet zo. De inschrijving is dan gedaan onder voorwaarde dat beide percelen door de ondernemer worden gewonnen. In het genoemde voorbeeld krijgt de ondernemer geen van de percelen gegund. Combinatie-inschrijvingen kunnen er in omstandigheden toe leiden dat het combineren van de percelen de uitvoering efficiënter maakt. Omdat die efficiency niet goed kan worden doorberekend als het risico bestaat dat de ondernemer één van de percelen niet krijgt gegund en andere wel, kan hij de voorwaarde aan zijn inschrijving verbinden dat hij de opdracht alleen zal uitvoeren als hij alle percelen waarvoor hij de combinatie-inschrijving heeft ingediend gegund krijgt.”

14. Te dezen bepaalt het bestek dat de inschrijver voor alle percelen een offerte kan indienen, maar dat er aan de inschrijver per afzonderlijke opdracht maar een maximaal aantal percelen gegund kunnen worden, om welke reden de inschrijvers een voorkeurvorgorde dienen op te geven.

In de derde versie van het bestek wordt uitdrukkelijk gesteld dat de “mogelijkheid [wordt] gegeven om een combinatie in te dienen van percelen” onder vijf voorwaarden waarbij als eerste voorwaarde wordt opgelegd dat slechts een combinatie tussen maximaal twee percelen is toegestaan en dat een perceel bovendien maar in één combinatie mag voorkomen. Als tweede voorwaarde wordt opgelegd dat enkel combinaties van percelen in acht worden genomen waarvan de percelen als individuele percelen in de voorkeurlijst zijn opgenomen. Als derde voorwaarde wordt gesteld dat “[d]e inschrijver die een combinatie van percelen maakt, [...] verplicht 2 prijzen [dient] op te geven per perceel nl. een prijs voor het perceel binnen de combinatie en een prijs voor het perceel los van de combinatie m.a.w. het afzonderlijk perceel”.

Het lijkt dus niet zo te zijn dat in het voorliggende geval initieel een inschrijving enkel voor een combinatie van twee percelen niet was toegelaten door het bestek, en vanaf de derde versie van het bestek wel zou zijn toegelaten. Er moet immers steeds een bod worden gedaan op het perceel afzonderlijk dat vervolgens in een combinatie kan worden opgenomen.

Het oorspronkelijke bestek lijkt geen bepaling te bevatten die de opgave van een prijskorting verbodt. Op het eerste gezicht lijkt de litigieuze wijziging in de derde versie van het bestek dan ook te gaan om het louter expliciteren en verbinden aan voorwaarden van de mogelijkheid geboden door artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.

Het lijkt derhalve dan ook niet te gaan om een wezenlijke wijziging van de opdrachtdocumenten in de zin dat, mocht reeds bij aanvang in deze mogelijkheid voorzien zijn, dit inschrijvers zou hebben aangetrokken die nu geen offerte hebben ingediend.

15. Dat het middel steunt op een verkeerd uitgangspunt, blijkt eens te meer uit de toelichting van het middel waarin de verzoekende partij stelt dat het perfect mogelijk is dat een inschrijver niet voor een bepaald perceel inschrijft omdat het uitvoeren van dit perceel alleen niet rendabel is, doch dat dit anders kan zijn wanneer een inschrijver de zekerheid heeft dat dit perceel enkel aan hem zal worden gegund in combinatie met een ander perceel en hij van bepaalde schaalvoordelen en synergieën kan genieten.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt de litigieuze wijziging van het bestek de inschrijvers deze zekerheid immers net niet te bieden. Een korting in geval van gunning van meerdere percelen is toegelaten onder voorwaarden, zonder dat daarmee afbreuk wordt gedaan aan de verplichting om voor ieder perceel afzonderlijk in te schrijven met de bijhorende verplichting om de opdracht voor dat perceel afzonderlijk te kunnen volbrengen indien het wordt gegund. Met de tussenkommende partijen dient op het eerste gezicht ook te worden vastgesteld dat de kans om een voor de inschrijver minder gunstig perceel afzonderlijk gegund te krijgen reëel is en dit zowel in het licht van de mogelijkheid tot stopzetting van de plaatsingsprocedure voor bepaalde afzonderlijke percelen als in het licht van de in het bestek gestelde voorwaarden aan het indienen van kortingen bij gunning van meerdere percelen.

16. Door in de derde versie van het bestek in navolging van vragen vanwege de inschrijvers uitdrukkelijk te stellen dat “de mogelijkheid [wordt] gegeven om een combinatie in te dienen van percelen” lijkt de verwerende partij

weliswaar zelf enigszins voor verwarring te hebben gezorgd. Echter blijkt uit de omschrijving van de voorwaarden om dergelijke “combinatie” in te dienen op het eerste gezicht duidelijk dat het gaat om een minder ingrijpende wijziging dan diegene waarop de verzoekende partij haar middel steunt en die door de verzoekende partij zelf bij de verwerende partij lijkt te zijn bepleit.

17. Ook de grieven waarin aangevoerd wordt dat er sprake zou zijn van een kunstmatige beperking van de mededinging, een ongelijke behandeling in het voordeel van de grote inschrijvers en een mogelijke onbevoegdheid van het orgaan dat tot de litigieuze wijziging van het bestek heeft besloten, lijken aldus naar het voorlopig oordeel van de Raad van State te steunen op voormeld verkeerd uitgangspunt dat het gaat om dergelijke wezenlijke wijziging van het bestek.

18. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, §§ 1 en 3, tweede lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 ‘betreffende de lage-emissiezones’ (hierna: besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023), en meer specifiek de wijziging die voormeld besluit aanbrengt in artikel 2, § 1, 2°, d), 1), van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘betreffende lage-emissiezones’ (hierna: LEZ-besluit), in samenhang gelezen met artikel 7 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie en van artikel 1.05 van het op de opdracht toepasselijke bijzonder bestek, in samenhang gelezen met het wettigheidsbeginsel,

“Doordat uit de bestreden beslissing blijkt dat De Polder niet 100% zero-emissie zal rijden bij aanvang van de Opdracht (noch in 2027): zij scoorde immers 2/4 op het subgunningscriterium ‘vergroening’”(terwijl Ganda Cars van meet af aan en gedurende de volledige Opdracht (en dus ook in 2027) 100% zero-emissie zal rijden en bijgevolg 4/4 scoorde op voormeld vergroeningscriterium);

Terwijl krachtens het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 betreffende de lage-emissiezones geldt dat bussen M3 klasse I (en dus de bussen die De Lijn gebruikt voor het geregeld vervoer) in geen geval meer in de lage-emissiezones mogen rondrijden vanaf 1 januari 2027, tenzij deze bussen volledig (en dus 100%) emissievrij zijn. Dit is echter niet het geval voor De Polder gelet op het (trager) vergroeningsritme dat zij, in strijd met voormeld wettelijk kader, aanbiedt in haar offerte, waardoor zij tegen 2027 niet zero-emissie zal rijden. Dit leidt ertoe dat de gekozen inschrijver De Polder perceel 6 van de Opdracht onder de gestelde voorwaarden niet wettig kan uitvoeren, waardoor haar offerte substantieel onregelmatig moest worden verklaard (eerste middelonderdeel);

En doordat de keuzemogelijkheid die het betrokken subgunningscriterium ‘vergroening’ biedt om van voormeld wettelijk kader af te wijken, een onwettig (prijs)voordeel verschaft aan de inschrijvers die hiervan, *ipso facto* op onrechtmatige wijze, gebruik maken. Op basis van deze assumptie konden inschrijvers een onrechtmatige offerte en prijszetting aanbieden, waarbij het wettelijk kader naast zich werd neergelegd (zijnde 100% zero-emissie rijden tegen 2027), wat hun aangeboden TCO-prijs veel goedkoper maakte. Van meet af aan 100% zero-emissie rijden is immers veel duurder. Inschrijvers die dus het wettelijk kader volgden werden bestraft aangezien zij noodzakelijkerwijs een veel hogere TCO-prijs dienden aan te bieden, waardoor zij minder kans maakten om de Opdracht in de wacht te slepen (terwijl inschrijvers die het wettelijk kader naast zich neerlegden, hiervoor werden beloond). Dit verstoort manifest het gelijk speelveld tussen de inschrijvers (tweede middelonderdeel);

Terwijl De Lijn het gelijk speelveld onder de inschrijvers te allen tijde dient te waarborgen en geenszins de keuze mocht laten aan inschrijvers om voor een onwettig alternatief te kiezen (en *a fortiori* geen percelen aan dergelijke inschrijvers mocht gunnen);”

Zoals blijkt uit de samenvatting en de toelichting bij het middel valt het uiteen in twee onderdelen.

19.1. In een eerste onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de offerte die de gekozen inschrijver voor perceel 6 indiende, strijdig is met het LEZ-besluit omdat deze inschrijver er niet in zou voorzien dat de bussen die in de lage-emissiezones rondrijden vanaf 1 januari 2027 emissievrij zijn.

Rijden door de lage-emissiezone te Gent is volgens haar ook onvermijdelijk in het kader van de dienstverlening die moet worden uitgevoerd voor perceel 6 van de opdracht.

De verzoekende partij doet gelden dat er aldus sprake is van een onregelmatigheid die van aard is een discriminerend voordeel op te leveren of de verbintenis van de gekozen inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken, en dat de offerte om die reden met toepassing van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard. Deze onregelmatigheid kan volgens haar ook niet worden geregulariseerd of gedurende de uitvoeringsfase worden gecorrigeerd.

Nog los daarvan moet volgens de verzoekende partij ook de schending van artikel 7 van de wet overheidsopdrachten 2016 worden vastgesteld, dat een algemene bepaling over de naleving van onder meer het milieurecht bevat.

Zij betoogt voorts dat het niet de bedoeling kan zijn dat de opdrachtdocumenten dan wel de bestreden beslissing strijdig zijn met de hogere norm die vervat zit in het LEZ-besluit.

Ook zou de verwerende partij hebben gehandeld in strijd met het transparantie- en het zorgvuldigheidsbeginsel doordat de verwerende partij het besluit van 22 september 2023 waarbij het LEZ-besluit werd gewijzigd gewoonweg naast zich heeft neergelegd en de inschrijvers hiervan niet op de hoogte heeft gebracht.

19.2. In een tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat het subgunningscriterium ‘vergroening’ in het bestek onwettig is, discrimineert en het gelijk speelveld tussen de inschrijvers verstoort. Zij stelt dat het LEZ-besluit vereist dat de Lijnbussen die zullen worden ingezet voor de dienstverlening in het kader van perceel 6 van de opdracht, vanaf 1 januari 2027 allen (zonder uitzondering) 100% zero-emissie moeten rijden. Volgens de verzoekende partij biedt het betrokken subgunningscriterium dan ook ten onrechte een keuzemogelijkheid om van het wettelijk kader inzake de lage emissiezones af te

wijken, hetgeen ook een onwettig prijsvoordeel verschaft aan inschrijvers die hiervan op onrechtmatige wijze gebruik maken. Zij kunnen volgens de verzoekende partij immers een veel lagere TCO-prijs bieden dan inschrijvers die wel van meet af aan 100 % zero-emissie rijden.

De huidige beoordelingsmethodiek biedt de inschrijvers volgens de verzoekende partij de mogelijkheid om een onwettige offerte in te dienen. Ten gevolge van het gewijzigde LEZ-besluit had de verwerende partij volgens haar voor alle percelen van de opdracht die interfereren met LEZ-zones moeten opleggen dat de inschrijvers “100 % zero-emissie moeten rijden van bij aanvang”.

“Geheel ten overvloede” merkt zij in de toelichting bij het tweede onderdeel nog op dat het relatieve gewicht dat aan dit vergroeningscriterium is toegekend (4 punten) manifest disproportioneel is ten aanzien van de fundamentele impact die een volledige vergroening van bij aanvang heeft op de TCO-kost. Het resultaat is volgens haar immers dat een inschrijver die wel wetsconform handelt weliswaar een score van 4/4 behaalt op het vergroeningscriterium, maar hiervoor gelet op de veel grotere investeringskost wordt afgestraft in het kader van het veel gewichtigere TCO-criterium dat op 80 punten staat.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

20. De verwerende partij werpt, wat het tweede onderdeel betreft, een exceptie van gebrek aan belang op omdat de verzoekende partij haar kritiek op het betrokken gunningscriterium pas voor de eerste keer uit in haar verzoekschrift.

De eerste tussenkomende partij werpt een *exceptio obscuri libelli* op in de mate dat het middel gericht zou zijn tegen andere percelen dan perceel 6. Daarnaast betoogt zij ook dat de verzoekende partij hoe dan ook geen belang heeft bij haar kritiek voor zover deze gericht is tegen andere percelen dan perceel 6.

De overige tussenkomende partijen betogen dat het eerste onderdeel onontvankelijk is omdat het uitgaat van juridisch foutieve uitgangspunten. Wat het tweede onderdeel betreft, werpen zij een exceptie van onontvankelijkheid bij gebrek aan belang op.

21. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen aangevoerde excepties van onontvankelijkheid van het tweede middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Ernst van het middel

Eerste onderdeel

22. In het eerste onderdeel doet de verzoekende partij gelden dat ingevolge het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 de “bussen M3 klasse I (en dus bussen die De Lijn gebruikt voor het geregeld vervoer) in geen geval meer in de lage-emissiezones mogen rondrijden vanaf 1 januari 2027, tenzij deze bussen volledig (en dus 100%) emissievrij zijn”. Zij werpt op dat de gekozen inschrijver voor perceel 6 een offerte heeft ingediend “die indruist tegen het wettelijk kader dat vanaf 1 januari 2027 van kracht zal zijn”, om welke reden deze offerte substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard.

23. Voorafgaandelijk valt reeds op te merken dat dit onderdeel van het middel uitsluitend betrekking lijkt te hebben op de gunning van perceel 6 van de opdracht, dat de regio Gent (Gent-Eeklo-Brugge-Zelzate) omvat. Voor perceel 6 blijkt de gekozen inschrijver op het subgunningscriterium ‘vergroening’ 2 punten te hebben behaald, hetgeen overeenkomstig het bestek impliceert dat de inschrijver 50 % sneller vergroent dan wat hem wordt opgelegd in een specifiek perceel bij aanvang. De verzoekende partij behaalt met 4 punten de maximale score op dit subgunningscriterium aangezien zij aanbiedt om 100 % zero-emissie te rijden van bij de aanvang van de opdracht.

Uit de stukken van het administratief dossier blijkt dat diezelfde gekozen inschrijver wat perceel 8 van de opdracht (regio Gent Stad) betreft, net als de verzoekende partij aanbiedt om 100 % zero-emissie te rijden van bij de aanvang van de opdracht. Voor perceel 8 blijken de beide inschrijvers dan ook het maximaal aantal punten te hebben behaald op het subgunningscriterium “vergroening”.

In zoverre het onderdeel ook gericht zou zijn tegen de gunning wat perceel 8 betreft, mist het dus feitelijke grondslag.

24. Wat de grieven van de verzoekende partij betreft, dient in de eerste plaats te worden opgemerkt dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023, dat het nieuwe reglementair kader bevat waarop de verzoekende partij doelt en waarop haar middel steunt, luidens artikel 6 ervan pas in werking treedt zes maanden na de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* en dus op 27 april 2024. Aangezien het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 bij aanneming van de bestreden beslissing nog niet in werking was getreden, kan er geen sprake zijn van enige schending van artikel 2 van dit besluit.

25. Naast de vaststelling dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 vooralsnog niet in werking is getreden, valt in de tweede plaats op te merken dat de nieuwe regeling waarnaar de verzoekende partij verwijst hoe dan ook pas vanaf 1 januari 2027 zal gelden, terwijl de opdracht in principe reeds zal aanvangen rond 1 juli 2025. Dit wordt door de verzoekende partij in haar verzoekschrift ook erkend. In zoverre de verzoekende partij, anders dan de gekozen inschrijver, in haar offerte aanbiedt om voor perceel 6 reeds van bij aanvang van de opdracht 100 % zero-emissie te rijden, lijkt het dan ook te gaan om een eigen keuze van de verzoekende partij, waarvoor zij in het kader van de beoordeling van het subgunningscriterium ‘vergroening’ wordt beloond.

26. In de derde plaats dient te worden vastgesteld dat het eerste onderdeel van het middel ook juridische grondslag lijkt te missen in de mate dat het

zonder meer uitgaat van een verbod voor de betrokken bussen om in de lage-emissiezones te mogen rondrijden vanaf 1 januari 2027.

Artikel 4 van het decreet van 27 november 2015 ‘betreffende lage-emissiezones’ bepaalt immers:

“§ 1. De Vlaamse Regering bepaalt de motorvoertuigen waarvoor de toegang tot een LEZ zonder meer toegelaten is, met in voorkomend geval een registratie bij een gemeente die een LEZ op haar grondgebied invoert.

De Vlaamse Regering bepaalt de gevallen waarin de registratie, vermeld in het eerste lid, verplicht is.

§ 2. Voor de motorvoertuigen die niet onder toepassing van paragraaf 1 vallen, onderwerpt de gemeente die op haar grondgebied een LEZ invoert, de toegang tot de LEZ aan een verbod of aan voorwaarden die van dien aard zijn dat zij het gebruik van de LEZ door voertuigen die milieuhinder veroorzaken, afremmen.

De Vlaamse Regering kan nadere regels bepalen met betrekking tot de voorwaarden en het verbod, vermeld in het eerste lid.”

Bij besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 wordt artikel 2, § 1, van het LEZ-besluit als volgt vervangen:

“§ 1. Ter uitvoering van artikel 4, § 1, van het decreet van 27 november 2015 is de toegang tot een LEZ toegestaan voor de voertuigen die vallen onder een of meer van de volgende categorieën:

[...]

2° de motorvoertuigen van de categorie M en N die voldoen aan de volgende voorwaarden:

[...]

d) vanaf 1 januari 2027 tot en met 31 december 2027: een van de volgende soorten motorvoertuigen:

1) motorvoertuigen van de categorie M1, de categorie M2, klasse III of B, de categorie M3, klasse III of B en de categorie N waarvan de dieselmotor ten minste voldoet aan Euronorm VI of 6;

[...]”.

De bussen die vallen onder categorie M3, klasse I, krijgen dus vanaf 1 januari 2027 niet meer automatisch toegang tot een lage-emissiezone.

Bij het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 wordt evenwel ook artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 vervangen als volgt:

“Bij het onderwerpen aan voorwaarden voor toegang tot een LEZ ter uitvoering van artikel 4, § 2, van het decreet van 27 november 2015 gelden de volgende bepalingen:

1° de toegangsvoorwaarden worden gedifferentieerd in functie van de emissie van de voertuigen, waarbij voertuigen met hogere emissies aan strengere voorwaarden worden onderworpen. Hierop kan een uitzondering voorzien worden voor ceremonieel vervoer, voor voertuigen die blijkens hun bouw, uitrusting of andere permanente kenmerken speciaal zijn uitgerust voor toezicht, controle, onderhoud van infrastructuur en installaties van algemeen belang, en voor voertuigen die, door of in opdracht van het leger, de politiediensten, de wegbeheerder, de civiele bescherming of de brandweer, gebruikt worden voor noodsituaties of voor reddingsoperaties;

2° een individuele toelating voor een voertuig wordt altijd in de tijd beperkt tot maximaal één jaar en is hernieuwbaar en kan worden verleend aan de volgende categorieën van voertuigen:

a) voertuigen van categorie M en N, andere dan de voertuigen vermeld in 1°, waarvan de dieselmotor ten minste voldoet aan de volgende normen:

- 1) tot en met 31 december 2025: euro 4 of euro IV;
- 2) tot en met 31 december 2027: euro 5 of euro V;
- 3) tot en met 31 december 2030: euro 6 of euro VI;
- 4) vanaf 1 januari 2031: euro 6d of euro VI;

[...]

4° De gemeenten bepalen de verdere toekenningsvoorwaarden van een individuele toelating en van de LEZ-dagpas. [...]

Als een voertuig een LEZ betreedt zonder voorafgaande individuele toelating, kunnen de gemeenten aanvullende voorwaarden opleggen met het oog op regularisatie.”

Artikel 4, § 3, van het reglement voor een lage-emissiezone in Gent, zoals gewijzigd door de gemeenteraad op 19 december 2023 met inwerkingtreding op 27 april 2024, bepaalt dat de volgende motorvoertuigen worden toegelaten mits LEZ-toelating:

“3) Volgende motorvoertuigen komen vanaf 1 januari 2026 tot en met 31 december 2027 in aanmerking voor een LEZ-toelating:

(a) de motorvoertuigen die vallen onder de categorie M of N met een dieselmotor die voldoet aan Euronorm 5 of V;

[...]

4) Volgende motorvoertuigen komen vanaf 1 januari 2027 tot en met 31 december 2027 in aanmerking voor een LEZ-toelating:

De motorvoertuigen die vallen onder de categorie M2 klasse I, II of A of onder de categorie M3 klasse I, II of A met een dieselmotor die voldoet aan Euronorm 6, 6d of VI.

5) Volgende motorvoertuigen komen vanaf 1 januari 2028 tot en met 31 december 2030 in aanmerking voor een LEZ-toelating:

(a) De motorvoertuigen die vallen onder de categorie M of N met een dieselmotor die voldoet aan Euronorm 6 of VI

[...]

6) Volgende motorvoertuigen komen vanaf 1 januari 2028 tot en met 31 december 2030 in aanmerking voor een LEZ-toelating: De motorvoertuigen die vallen onder de categorie M2 klasse I, II of A of onder de categorie M3 klasse I, II of A met een dieselmotor die voldoet aan Euronorm 6d”.

Uit het feit dat welbepaalde voertuigen vanaf 1 januari 2027 niet langer automatisch toegang blijven krijgen tot de lage-emissiezone (LEZ), kan op het eerste gezicht niet worden afgeleid dat de toegang in geen geval meer mogelijk is. Overeenkomstig het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023, bepaalt het reglement voor een lage-emissiezone in Gent dat bussen die vallen onder de categorie M3, klasse I, een toelating kunnen verkrijgen om vanaf 1 januari 2027 in de lage-emissiezone te rijden, ook al zijn ze niet volledig emissievrij.

27. De verzoekende partij lijkt op het eerste gezicht ook eraan voorbij te gaan dat perceel 6, anders dan perceel 8, betrekking heeft op de ruimere regio Gent (Gent-Eeklo-Brugge-Zelzate) waardoor het op het eerste gezicht niet ondenkbaar is dat bepaalde lopen van bussen kunnen worden uitgevoerd buiten de lage-emissiezone van de stad Gent. Zo stelt de verwerende partij dat zij op basis van de planningstool Hastus, lopen van bussen kan bepalen die ervoor zorgen dat vijf van de twintig lopen in perceel 6 niet door de lage-emissiezone in Gent gaan, hetgeen zij staft in het administratief dossier met tabellen van lopen, gegeneerd door die planningstool.

28. In het licht van al het voorgaande faalt dan ook de stelling dat er in de offerte van de gekozen inschrijver sprake is van een onregelmatigheid die van aard is een discriminerend voordeel op te leveren of de verbintenis van de gekozen

inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken, en dat de offerte om die reden met toepassing van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard.

29. In zoverre de verzoekende partij nog opwerpt dat de verwerende partij bijkomend onzorgvuldig en met schending van het transparantiebeginsel zou hebben gehandeld door de inschrijvers niet op de hoogte te brengen van de nieuwe regelgeving die lopende de plaatsingsprocedure werd aangenomen, valt op te merken dat inschrijvers met ervaring in de sector bij het indienen van hun laatste offerte alleszins geacht kunnen worden kennis te hebben gehad van de wijzigingen aan het LEZ-besluit zelf die op 27 oktober 2023 in het *Belgisch Staatsblad* werden bekendgemaakt en die zoals hiervoor reeds werd opgemerkt pas op 27 april 2024 in werking zullen treden.

30. In zoverre de verzoekende partij ter terechtzitting nog aanvoert dat geen rekening kon worden gehouden met de laatste wijziging van het reglement voor een lage-emissiezone van de stad Gent die zou dateren van na de datum van indiening van de offertes en bijkomend verwijst naar de situatie in 2030, geeft zij een nieuwe wending aan haar middel waarvan zij niet aantoont dat zij dit niet reeds in haar verzoekschrift kon ontwikkelen. De exceptie van onontvankelijkheid die de verwerende partij dienaangaande ter terechtzitting opwerpt, is gegrond.

Overigens lijkt aangenomen te kunnen worden dat de inschrijvers bij indiening van hun offerte alleszins op de hoogte waren van de vorige versies van het LEZ-reglement van de stad Gent en het gegeven dat in een systeem van individuele toelatingen wordt voorzien mits betaling van een retributie.

31. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

32. In een tweede onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het subgunningscriterium ‘vergroening’ in het bestek onwettig is en het gelijk speelveld tussen de inschrijvers verstoort omdat het de inschrijver ten onrechte een keuzemogelijkheid biedt om van het wettelijk kader inzake de lage-emissiezones af te wijken, hetgeen ook een onwettig prijsvoordeel verschaft.

33. Het is in de eerste plaats de aanbestedende overheid die haar behoeften en dus het voorwerp van de opdracht bepaalt. Het komt dan ook aan haar toe om de gunningscriteria vast te stellen. De aanbestedende overheid beschikt daarbij over een aanzienlijke beslissingsruimte. Het komt niet aan de Raad van State toe om zich uit te spreken over de opportuniteit van de keuze voor bepaalde gunningscriteria. De door een aanbestedende overheid vastgestelde gunningscriteria moeten echter wel verband houden met het voorwerp van de opdracht, mogen de aanbestedende overheid geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, moeten uitdrukkelijk zijn vermeld in de opdrachtdocumenten en moeten de fundamentele beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie eerbiedigen.

34. Op te merken valt dat het bestek aan de inschrijvers per perceel een minimumpercentage van vergroening van de busvloot oplegt, dat terug te vinden is in de meetstaat. Daarenboven bevat het bestek een subgunningscriterium ‘vergroening’ in het kader waarvan inschrijvers worden gestimuleerd om sneller te vergroenen dan volgens het tempo opgelegd in het tabblad “vergroeningsritme” van de meetstaat voor het betrokken perceel.

35. Vastgesteld dient te worden dat ook het tweede onderdeel van het middel blijkt te steunen op de wijzigingen vervat in het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 en de premisse dat het LEZ-besluit vereist dat de Lijnbussen die zullen worden ingezet voor de dienstverlening in het kader van

perceel 6 van de opdracht, vanaf 1 januari 2027 allen (zonder uitzondering) 100% zero-emissie moeten rijden.

Zoals reeds gebleken is bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel is het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023, vooralsnog niet in werking getreden. Op het eerste gezicht kan dan ook geen sprake zijn van enige strijdigheid van voormeld subgunningscriterium in het bestek met artikel 2 van dit besluit.

Bovendien is het volgens het LEZ-besluit nog steeds mogelijk om vanaf 1 januari 2027 niet volledig emissievrij te rijden met een bus van categorie M3, klasse I, in een lage-emissiezone voor zover daarvoor een toelating is verkregen. Er blijkt op het eerste gezicht ook niet dat een goedkeuring zou kunnen worden geweigerd indien aan de voorwaarden voor een toelating is voldaan en de retributie wordt betaald.

Het is dan ook niet omdat de gekozen inschrijver vanaf die datum niet 100% elektrisch rijdt, dat dit bij aannahme van de bestreden beslissing en *ipso facto* een afwijking van het wettelijk kader zou inhouden en het betrokken subgunningscriterium het indienen van een onwettige offerte zou toelaten.

36. Met de tussenkomende partijen kan bovendien worden vastgesteld dat de in het bestek vooropgestelde evaluatiemethode voor het criterium ‘vergroening’ wat de toekenning van een hogere puntenscore betreft hoe dan ook enkel verwijst naar een versneld vergroeningsritme “bij aanvang” van de opdracht. De stelling van de verzoekende partij dat het betrokken subgunningscriterium een keuzemogelijkheid biedt om van voormeld wettelijk kader af te wijken, lijkt ook om die reden niet te kunnen worden bijgevalen.

37. Evenmin dient de Raad van State in te gaan op wat de verzoekende partij “[g]eheel ten overvloede” formuleert, te meer omdat de daarin aangevoerde onevenredigheid is gegrond op het onderscheid tussen een inschrijver

die wetsconform en een inschrijver die niet wetsconform handelt, terwijl is vastgesteld dat het bestek op het eerste gezicht niet uitnodigt tot handelingen die strijdig zijn met het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023.

38. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

39. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 3°, *juncto* artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017, van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, van artikel 4 *juncto* artikel 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016, van de formele motiveringsplicht die zij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringwet) en de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5 van de rechtsbeschermingswet, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht,

“Doordat De Lijn, in het bijzonder wat betreft perceel 6 van de Opdracht, zonder meer is heengestapt over het substantieel prijsverschil van maar liefst 36,5% dat zich in dezen voordoet, zonder hiervoor een prijsverantwoording te vragen aan de gekozen inschrijver De Polder, doch door integendeel zelf in een prijsverantwoording te voorzien. Dit terwijl artikel 44, § 1 KB Plaatsing speciale sectoren de aanbesteder in dergelijk geval geen keuzemogelijkheid laat: zij diende met name een schriftelijke prijsverantwoording aan De Polder zelf te vragen. De Lijn kan er te dezen dus niet mee volstaan om zelf, in plaats van de inschrijver, een mogelijke verantwoording voor de abnormaal hoge prijzen te fabriceren, wat zij nochtans wel doet in de bestreden beslissing (eerste middelonderdeel); En doordat niet uit de bestreden beslissing blijkt dat De Lijn eveneens een prijsonderzoek op het niveau van de eenheidsprijzen heeft doorgevoerd, terwijl dit nochtans verplicht is, zoals ook blijkt uit de vaste rechtspraak van Uw Raad: ‘het algemeen prijsonderzoek vereist een nauwgezette controle van alle bedragen van elke offerte en een onderlinge prijsvergelijking van alle eenheids- en totaalprijzen van alle offertes’ (tweede middelonderdeel); En doordat de bestreden beslissing alleszins geen blijk geeft van een zorgvuldig en diligent uitgevoerde prijsonderzoek, nu steeds in een analoge

standaardmotivering wordt voorzien om de abnormale prijsverschillen alsnog zelf (en dus vanuit De Lijn) te verantwoorden, terwijl een gedegen prijsonderzoek veronderstelt dat het prijsonderzoek bij ieder perceel in concreto zorgvuldig gebeurt en gebaseerd is op ‘een behoorlijk onderzoek van de zaak en rekening houdend met alle relevante gegevens’ en aldus steunt op een correcte feitenvinding en draagkrachtige motieven, veeleer dan te voorzien in loutere gekopieerde standaardmotiveringen. Het voorgaande geldt des te meer voor een overheidsopdracht van een dergelijke grootorde en financiële inzet (derde middelonderdeel)”.

Zoals blijkt uit de samenvatting en de toelichting bij het middel valt het uiteen in drie onderdelen die alle betrekking hebben op het prijsonderzoek.

39.1. In het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het substantieel prijsverschil tussen de offertes van de beide inschrijvers voor perceel 6 minstens aanleiding had moeten geven tot een vermoeden van schijnbare abnormaliteit. De verwerende partij heeft volgens haar dan ook ten onrechte nagelaten om een schriftelijke prijsverantwoording te vragen aan de gekozen inschrijver voor perceel 6. Het komt volgens de verzoekende partij ook niet toe aan de verwerende partij om dienaangaande zelf een prijsverantwoording te ontwikkelen. Op grond van de thans geldende regelgeving is het pas mogelijk om met een eigen argumentatie de schijnbaar abnormale prijzen te rechtvaardigen nadat eerst een bevraging bij de betrokken inschrijver is gebeurd. Volledigheidshalve merkt zij op dat de prijsstoelichting in het kader van de onderhandelingen niet kan worden gelijkgesteld met een prijsbevraging in de zin van artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017.

Noch los van het feit dat de verwerende partij ten onrechte geen bijzondere prijsbevraging heeft uitgevoerd bij de gekozen inschrijver voor perceel 6, kan ook de eigen prijsverantwoording die de verwerende partij verstrekt en waarbij zij verwijst naar het verschil in vergroeningsritme volgens de verzoekende partij niet worden aanvaard. Zij verwijst in dat verband naar het tweede middel, waaruit volgens haar blijkt dat het trager vergroeningsritme dat de gekozen inschrijver zich vooropstelde voor perceel 6, in strijd is met het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023. Om diezelfde reden diende de offerte van de gekozen inschrijver volgens haar substantieel onregelmatig te worden verklaard met toepassing van artikel 44, § 3, tweede lid, van het koninklijk

besluit speciale sectoren 2017 op grond van de vaststelling dat het totale offertebedrag abnormaal laag is omdat de offerte niet voldoet aan de in artikel 7, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieurecht, en dit ongeacht of de schending in kwestie al dan niet strafrechtelijk wordt beteugeld.

39.2. In het tweede onderdeel werpt de verzoekende partij meer algemeen op dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij een prijsonderzoek heeft gevoerd op het niveau van de eenheidsprijzen, terwijl dit nochtans verplicht is. Zij erkent daarbij dat op de aanbestedende overheid geen verplichting rust om formeel te motiveren waarom een prijs *a priori* geen abnormaal karakter vertoont, maar stelt dat minstens uit het administratief dossier moet blijken dat de verwerende partij wel degelijk tot een onderzoek van de eenheidsprijzen is overgegaan. Aangezien zij vermoedt dat dergelijk prijsonderzoek op het niveau van de eenheidsprijzen niet, of minstens niet naar behoren is uitgevoerd en zij dit zelf omwille van het vertrouwelijk karakter ervan niet kan verifiëren, verzoekt zij de Raad van State om dit na te gaan.

39.3. In een derde onderdeel doet zij nog gelden dat het prijsonderzoek onzorgvuldig werd gevoerd, hetgeen ook tot uiting zou komen in de weinig draagkrachtige standaardmotiveringen in het gunningsverslag. Bij wijze van illustratie verwijst zij daarvoor naar de prijsverantwoordingen die de verwerende partij geeft in het gunningsverslag voor de percelen 8, 9 en 15. De verwerende partij zou aldus niet gehandeld hebben als een redelijke en zorgvuldig handelende aanbesteder. Minstens heeft de verwerende partij met deze standaardmotiveringen gehandeld in strijd met de formele motiveringsplicht. Dit klemt volgens haar des te meer nu de verwerende partij te dezen over een grote beoordelingsvrijheid beschikte om te oordelen dat een prijs geen abnormaal karakter vertoont.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

40. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar kritieken wat de percelen 9 en 15 van de opdracht betreft, waarvoor zij immers geen offerte heeft ingediend.

De eerste tussenkomende partij werpt ook ten aanzien van het derde middel een *exceptio obscuri libelli* op in de mate dat het gericht zou zijn tegen andere percelen dan perceel 6. Daarnaast betoogt zij dat de verzoekende partij hoe dan ook geen belang heeft bij haar kritiek voor zover deze gericht is tegen andere percelen dan de percelen 6 en 8.

Ook de overige tussenkomende partijen werpen twee vergelijkbare excepties op.

41. Een onderzoek en een beoordeling van de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen aangevoerde excepties van onontvankelijkheid van het derde middel is slechts noodzakelijk indien het middel ernstig zou worden bevonden, hetgeen, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

Ernst van het middel

Eerste onderdeel

42. In het eerste onderdeel van het middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de verwerende partij, wat perceel 6 betreft, “zonder meer is heengestapt over het substantieel prijsverschil van maar liefst 36,5 %” tussen de beide offertes, zonder hiervoor een prijsverantwoording te vragen aan de gekozen inschrijver. De verwerende partij zou ook ten onrechte zelf in een prijsverantwoording hebben voorzien voor dit prijsverschil, die bovendien niet kan worden aanvaard.

43. In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 moet de aanbestedende overheid nagaan of de in de offertes aangeboden prijzen abnormaal lijken, met andere woorden of de ingediende offertes een aanwijzing bevatten dat deze abnormaal zouden kunnen zijn. Dat kan met name het geval zijn wanneer de in een offerte aangeboden prijs aanmerkelijk hoger of lager is dan de prijs van de andere offertes of dan de gebruikelijke marktprijs.

De aanbestedende overheid beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 over een beoordelingsruimte om al dan niet over te gaan tot een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, als bedoeld in artikel 44 van het voornoemde besluit.

De Raad van State mag, gesteld voor de toetsing van de beoordeling van de motieven van een aanbestedende overheid om prijzen al dan niet als abnormaal te beschouwen en om al dan niet een prijsverantwoording te vragen, zijn eigen beoordeling niet in de plaats stellen van die van het bestuur. Het komt aan de Raad van State enkel toe om desgevraagd na te gaan of de betrokken motieven van dat onderzoek naar behoren zijn bewezen en of de beoordeling van het bestuur met de vereiste zorgvuldigheid en binnen de perken van de redelijkheid is geschied.

44. In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

Op grond van de materiële motiveringsplicht moet echter wel uit het administratief dossier blijken dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige wijze heeft nagekeken. De motieven op grond waarvan zij

alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit het dossier te blijken.

45. Te dezen blijkt uit het gunningsverslag dat de verwerende partij wel degelijk een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd, dat tot de volgende bevindingen heeft geleid:

“Uit het algemeen prijs- en kostenonderzoek volgens artikel 43 koninklijk besluit van 18 juni 2017 plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren (KB Plaatsing speciale sectoren) van de opgegeven prijzen in de inventaris van de ingediende vierde offerte en vijfde offerte voor perceel 2511004, blijkt dat er geen aanduidingen zijn die wijzen op vermoedelijke abnormale en/of speculatieve prijzen voor de belangrijkste posten van deze offertes.

Elk inschrijver heeft de kans gekregen om zijn TCO per perceel toe te lichten en te duiden op vlak :

a. Kwaliteitsparameters : aantal lege kilometers, aantal ingezette bussen, beschikbare dagen chauffeur, aantal ingezette reservevoertuigen, vergroeningsritme

b. Prijsparameters :

-Afschrijfw waarde bus en kostenpost batterij

-Infrastructuur capex /opex en laadinfrastructuur

-Onderhoudspersoneel

-Wisselstukken

-Verzekeringen

-Prijscomponent administratie

-Verbruik : het verbruik van de ingezette dieselvoertuigen/ verbruik elektrische voertuigen

c. Andere parameters : banden, olie, additieven met een minimale impact op de TCO zijn onderzocht geweest of deze in lijn liggen met de interne normering van de Lijn.

Algemene conclusie

De kostenverdeling per parameter verschilt van inschrijver tot inschrijver afhankelijk van zijn eigen kostenstructuur, financieringsmodel (kredietlast/eigen vermogen), stelplaats specifieke parameters (vergroening, ledige km,...), beschikbare dagen chauffeur, risico- en winstmarges. Deze elementen werden allemaal op een correcte manier verduidelijkt en er werden geen onregelmatigheden vastgesteld. Bij een totale TCO verschil van 15% of meer bij de toekenning van het perceel (3.3. Samenvatting) werd alsnog een korte motivatie genoteerd om dit te duiden.

[...]

Perceel 6 – 2504004 Regio Gent (Gent-Eeklo-Brugge-Zelzate)

Firma	TCO	TCO (80p)	OP+IP (16 p)	Vergroening(4p)	Totaal score (100p)
Bus De Polder (C)	€ 47.637.789,00	80,00	16	2	98,00
Ganda Cars bv	€ 65.064.738,00	58,57	16	4	78,57

TCO verschil = 36,5%

Er is geen indicatie van onregelmatige prijzen bij de offertes van Bus De Polder en Ganda Cars. Beide inschrijvers hebben een duidelijk ‘overzicht detailverklaring kostenposten’ ingediend die de prijs per kostencomponent verduidelijkt. Elementen die het TCO verschil verklaart, zijn o.a. het verschil in financieringsmodel (eigen middelen versus kredietlast) en bijgevolg oa impact op afschrijving bus en batterij, Ganda Cars voorziet een versneld vergroeningsritme t.o.v. het vooropgesteld vergroeningspercentage in het bestek voor perceel 6 (2504004), de hoogte van infrastructuurkosten en andere vaste kosten, kost onderhoudspersoneel,... Er is tevens een regressie analyse uitgevoerd waarbij een abstractie wordt gemaakt van het gevraagde vergroeningseffect (dezelfde vergroening als Ganda Cars bij Bus De Polder) met als resultaat dat de TCO van Bus De Polder nog steeds lager is dan bij Ganda Cars.”

Dat de aanbestedende overheid een algemeen prijs- en kostenonderzoek heeft gevoerd met betrekking tot de ingediende offertes, vindt ook bevestiging in de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, die de Raad van State bij zijn onderzoek mag betrekken. Zo bevatten die stukken diverse financiële analyses en een nota prijsonderzoek waaruit blijkt dat de verwerende partij de offertes heeft onderworpen aan een prijs- en kostenonderzoek.

46. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij zonder meer over het substantieel prijsverschil is heengestapt, mist het dan ook feitelijke grondslag. Uit het gunningsverslag blijkt dat daadwerkelijk door de verwerende partij is ingegaan op het prijsverschil.

Het kan de verwerende partij voorts moeilijk ten kwade worden geduid dat zij een motivering heeft opgenomen betreffende het resultaat van het prijsonderzoek, wat op het eerste gezicht geenszins is gelijk te stellen aan het zelf bezorgen van een prijsverantwoording in de plaats van een inschrijver.

47. Met de verzoekende partij kan worden vastgesteld dat de prijs van de gekozen inschrijver voor perceel 6 aanzienlijk lager ligt dan de door haar geboden prijs voor dit perceel, hetgeen aanleiding had kunnen zijn voor de verwerende partij om een prijsverantwoording te vragen in het kader van een bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen.

Op het eerste gezicht kan evenwel niet worden aangenomen dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek heeft verricht door te dezen de gekozen inschrijver niet om een dergelijke prijsverantwoording te hebben verzocht.

Immers blijkt uit het dossier dat de verwerende partij, overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 en het bestek, de inschrijvers in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek reeds herhaaldelijk om een prijsstoelichting heeft gevraagd.

In het kader van dat algemeen prijs- en kostenonderzoek blijkt de verwerende partij bovendien bijzondere aandacht te hebben besteed aan het verschil in prijs tussen de beide inschrijvers. Daarbij worden ook een aantal verklaringen voor het prijsverschil geboden.

Zoals blijkt uit het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier, heeft de verwerende partij tussen de beide inschrijvers voor perceel 6 een verschil opgemerkt in het financieringsmodel (eigen middelen versus kredietlast) met onder andere impact op de afschrijvingen van de bus en de batterij. Tevens werd een verschil opgemerkt in de hoogte van de infrastructuurkosten en andere vaste kosten, alsook in de kost van het onderhoudspersoneel. Daarnaast biedt ook het verschil in vergroeningsritme volgens de verwerende partij een verklaring voor het prijsverschil.

Naast de vaststelling dat er te dezen voor perceel 6 slechts twee inschrijvers zijn, hetgeen in beginsel geen evident uitgangspunt lijkt om de ene of de andere offerte te bestempelen als behept met een abnormale prijs, lijken de aangehaalde elementen op het eerste gezicht van aard te zijn om een verklaring te kunnen bieden voor het niveau van de prijzen die door de gekozen inschrijver zijn aangeboden.

48. Bovendien heeft de verzoekende partij in haar tweede middel zelf de nadruk gelegd op de verschillende aanpak door haarzelf en de gekozen inschrijver voor perceel 6 inzake de snelheid van de elektrificatie van het voertuigenpark, wat tot hogere kosten leidt bij de verzoekende partij. Zo stelt zij

zelf dat “het van meet af aan financieren van een volledig 100% elektrische vloot van bussen (...) objectief gewoon veel duurder [is], hetgeen dus rechtstreeks een impact heeft op de aangeboden TCO”. Als redenen hiervoor verwijst zij onder meer naar de aankoopprijs van een elektrisch busvoertuig die dubbel zo hoog zou zijn als voor een klassiek dieselveertuig, een bijkomende financieringskost ter vervanging van de elektrische batterij na ongeveer 8 jaar en verschillen inzake afschrijving en bankfinanciering. Kortom, de verzoekende partij lijkt aldus zelf te verwijzen naar objectieve gegevens die mee het grote prijsverschil tussen de beide inschrijvers kunnen verklaren.

Dat het gaat om een grote opdracht, met een lange looptijd, die betrekking heeft op busvervoer, lijkt op het eerste gezicht niet van aard om anders te oordelen. Ook het gegeven dat de gekozen inschrijver op vele percelen van de opdracht ‘West 1’ de maximumscore behaalde op het gunningscriterium ‘Total Cost of Ownership’, toont, rekening houdend met de hiervoor reeds aangehaalde elementen, op zich niet aan dat er sprake zou zijn van een abnormale prijszetting. Overigens lijkt zich op het eerste gezicht geen met perceel 6 vergelijkbaar prijsverschil voor te doen wat de overige percelen van de opdracht betreft en ten aanzien van de offertes van andere inschrijvers dan de verzoekende partij.

49. In zoverre de verzoekende partij onder verwijzing naar het tweede middel voorts aanvoert dat het verschil in vergroeningsritme tussen de beide inschrijvers geen verklaring kan bieden voor het prijsverschil en betoogt dat de offerte van de gekozen inschrijver ook met toepassing van artikel 44, § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede middel, dat niet ernstig werd bevonden.

50. Bijgevolg lijkt op het eerste gezicht ook de kritiek van de verzoekende partij inzake de afwezigheid van een prijsverantwoording vanwege de gekozen inschrijver niet te kunnen worden bijgevalen. Artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 legt immers enkel een bevraging op “[i]ndien uit het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 43 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal laag of hoog lijken”, wat te dezen niet het geval lijkt te zijn.

51. Het gunningsverslag en de overige stukken van het administratief dossier doen aldus blijken van de redenen op grond waarvan de verwerende partij heeft geoordeeld dat, ondanks het substantiële verschil tussen de prijs van de gekozen inschrijver en de prijs van de verzoekende partij, er voor de verwerende partij geen aanwijzing was van een abnormale prijs van de gekozen inschrijver en er dus geen aanleiding was om een nader onderzoek te doen naar de door die partij aangeboden prijs.

De Raad van State neemt vooralsnog dan ook aan dat de verwerende partij een zorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, waarvan de neerslag is terug te vinden in het gunningsverslag, dat in de bestreden beslissing wordt bijgevalen, en in het administratief dossier.

Nu de verwerende partij tot de conclusie kwam dat de eerste tussenkomende partij geen abnormaal lijkende prijs aanbood, diende zij geen ruimere formele motivering in de bestreden beslissing zelf op te nemen. De door de verzoekende partij aangehaalde bepalingen en beginselen lijken derhalve niet te zijn geschonden.

52. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

53. In het tweede onderdeel betoogt de verzoekende partij dat uit het gunningsverslag niet blijkt dat de verwerende partij een prijsonderzoek heeft gevoerd op het niveau van de eenheidsprijzen.

54. Wat het onderzoek van de eenheidsprijzen betreft, valt vooreerst op te merken dat de inschrijvers bij hun offerte een ‘Overzicht detailverklaring kostenposten meetstaat’ dienden te voegen, dat zoals blijkt uit de nota prijsonderzoek van 10 januari 2024 door de verwerende partij bij haar prijsonderzoek werd betrokken.

Het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht ook tabellen te bevatten met een financiële analyse van de verwerende partij waarin de

eerste offertes vergeleken worden en tabellen waarin alle eenheidsprijzen daadwerkelijk naast elkaar worden geplaatst door de verwerende partij via een systeem van analyse van de verschillende aangeboden gegevens.

Op het eerste gezicht kan op basis van de vertrouwelijke stukken van het administratief dossier, waaronder de nota ter voorbereiding van de onderhandelingen, de verslagen van de onderhandelingen, de bij de offertes gevoegde meetstaten en bijlagen inzake het “overzicht detailverklaring kostenposten meetstaat” en de nota prijsonderzoek van 10 januari 2024, die de Raad van State heeft kunnen inzien, worden vastgesteld dat de verwerende partij een omstandig prijsonderzoek heeft gevoerd, met inbegrip van een onderzoek naar de verschillende prijsparameters.

55. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

56. In een derde onderdeel voert de verzoekende partij nog aan dat het prijsonderzoek onzorgvuldig werd gevoerd, minstens dat er sprake zou zijn van een gebrekkige motivering gelet op de weinig draagkrachtige standaardmotiveringen in het gunningsverslag.

57. Uit de beoordeling van het eerste en tweede onderdeel van het middel is reeds gebleken dat de verwerende partij een omstandig prijsonderzoek heeft gevoerd. Er is niet aannemelijk gemaakt dat zij daarbij enige onzorgvuldigheid aan de dag heeft gelegd.

58. Voorts dient ook in dit onderdeel eraan te worden herinnerd dat indien een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 en artikel 43 van het koninklijk besluit speciale sectoren 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formele motiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

59. Met de verzoekende partij kan worden vastgesteld dat bepaalde motieven op grond waarvan in het kader van het prijsonderzoek wordt besloten dat niet lijkt dat er abnormale prijzen werden aangeboden, bij meerdere percelen worden vermeld, zoals bijvoorbeeld het verschil in financieringsmodel (eigen middelen versus kredietlast) en de hoogte van infrastructuurkosten en andere vaste kosten.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, lijkt het te dezen echter niet bevreemdend dat bepaalde motieven bij meerdere percelen terugkomen omdat het voorwerp van de opdracht busvervoer is en aanbieders er bijvoorbeeld een gelijkaardig businessmodel kunnen op nahouden onder meer inzake het verkiezen van eigen middelen versus kredietlast. Bovendien kan gelet op de aard van de opdracht worden aangenomen dat bepaalde vaststellingen die gelden voor één perceel ook van toepassing zijn voor een ander perceel wanneer dezelfde inschrijvers een offerte hebben ingediend voor verscheidene percelen en een vergelijkbare prijszetting hebben gedaan.

Het gegeven dat de voornoemde elementen in bepaalde percelen terugkomen als motieven in het prijsonderzoek, lijkt op het eerste gezicht dan ook niet aan te tonen dat dat onderzoek onzorgvuldig werd gevoerd.

60. Het derde onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

61. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen, zonder dat nog dient te worden ingegaan op de door de tweede, derde en vierde tussenkomende partijen gevraagde belangenafweging.

IX. Kosten

62. De eerste tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, vierde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

1. De verzoeken tot tussenkomst van (I.) de nv Bus De Polder, de nv Geenens, de nv Gruson Autobus, de nv Deceuninck Auto's, de nv Katriva, de nv Firma Van Coillie, de bv V.D. Voorde, samen vormend een tijdelijke maatschap, (II.) de nv Autobus-Autocars Demuynck & Vansteelandt, (III.) de bv Van Hoorebeke en Zoon en (IV.) de nv Lenoir, de nv Parmentier Autobus, de nv Demuynck & Vansteelandt en de nv Coach Partners West-Vlaanderen, samen vormend een tijdelijke maatschap, worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt 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.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op een rolrecht van 1950 euro, elk voor een dertiende.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op een maart tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Inge Vos,
bijgestaan door
Silja Doms,

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Inge Vos