

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 264.331 van 26 september 2025
in de zaak A. 241.090/XIV-39.508**

In zake : de BV G.C.
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 B.D.P.
- 2. de NV G.
- 3. de NV G.A.
- 4. de NV D.A.
- 5. de NV K.
- 6. de NV F.V.C.
- 7. de BV V.D.V.

samen 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 A.D.V.

III. de BV V.H.

IV. 1. de NV L.

2. de NV P.A.

3. de NV D.V.

4. de NV C.P.W.V.

samen vormend een tijdelijke maatschap

allen 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 het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 maart 2024, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing die de raad van bestuur van De Lijn op 17 januari 2024 heeft genomen [...] inzake de overheidsopdracht ‘Exploitatie en vergroening van geregeld busvervoer voor rekening van de V.V.M. De Lijn-West1’” om de percelen 6 en 8 te gunnen aan een andere inschrijver en niet aan de verzoekende partij, evenals “de gunning van de overige percelen in het kader van voormelde overheidsopdracht”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 259.010 van 1 maart 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.010) is de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen en wordt het verzoek tot tussenkomst van de hierboven in sub I tot en met sub IV vermelde tussenkomende partijen ingewilligd.

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

De eerste en tweede tussenkomende partij hebben in het kader van het annulatieberoep een memorie ingediend.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij en de eerste en tweede tussenkomende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 juni 2025 om 14:15 uur.

Staatsraad Inge Vos heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens en Andi Zrza, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten Hans Plancke en Gauthier Vlassenbroeck, die verschijnen voor de verwerende partij, advocaten Leen De Vuyst en Hannah Mignolet die verschijnen voor de hierboven in sub I. vermelde tussenkomende partijen, en advocaat Jade Leenaert, die verschijnt voor de hierboven in sub II tot en met sub IV vermelde 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. In arrest nr. 259.010 van 1 maart 2024 (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.010), waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid is verworpen, worden de feiten als volgt weergegeven:

“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’ [...], 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

	<p>percelen in de voorkeurlijst zijn opgenomen voor de opdracht West 1, West 2, Oost 1, Oost 2 van de percelen.</p>
<p>Voorbeeld voorwaarde 2</p>	<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	<p>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.</p>
<p>Voorbeeld voorwaarde 3</p>	<p>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.</p>
Voorwaarde 4	<p>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 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</p>

	de combinatie goedkoper is dan zijn afzonderlijk perceel.
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	[nv G.T.]	63.200.907,99
02	2503002	Regio Brugge - Tielt	[nv F.C.]	38.036.503,89
03	2504001	Regio Eeklo (Eeklo - Zelzate - Brugge - Gent	[nv F.C.]	43.079.073,00
04	2504002	Regio Aalter (Aalter - Eeklo - Brugge - Gent - Zelzate)	[nv F.C.]	17.453.688,00
05	2504003	Regio Brugge (Brugge - Eeklo - Gent - Aalter)	[bv V.H..]	44.578.518,00
06	2504004	Regio Gent (Gent - Eeklo - Brugge - Zelzate)	[nv B.D.P.]	47.637.789,00
07	2504005	Regio Oudenaarde - Gent (Waregem - Oudenaarde - Deinze - Gavere - Gent - Lokeren)	[nv P.A.]	23.200.959,46
08	2504006	Regio Gent Stad	[nv B.D.P.]	23.800.170,00
09	2506001	Regio Kortrijk Centrum	[tm M.P.]	66.094.212,00
11	2506003	Regio Waregem	[tm M.P.]	40.062.433,87
13	2511001	Regio Roeselare Centrum	[nv B.D.P.]	37.814.877,00
14	2511002	Regio Roeselare Oost	[nv M.C.T.]	20.270.545,53
15	2511003	Regio Roeselare Westhoek	[nv B.D.P.]	18.199.581,34
16	2511004	Regio Torhout	[nv B.D.P.]	55.593.468,00
17	2515001	Regio Ieper	[nv B.D.P.]	37.224.017,00
18	2515002	Regio Diksmuide	[nv A.D.V.]	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. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

4. Alle partijen vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden, dan wel van bepaalde stukken die door de verwerende partij werden neergelegd in het administratief dossier, en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

Er zijn geen gronden aangevoerd door de partijen om het aangevoerde vertrouwelijk karakter ervan te lichten. De Raad van State mag overigens deze stukken in zijn beoordeling betrekken.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

5. 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 zes door haar aangevoerde middelen meent belang te hebben bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing in zijn geheel, dus wat alle percelen betreft, en, in ondergeschikte orde, van de gunning van de percelen 6 en 8 waarvoor zij een offerte indiende.

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

De tweede tussenkomende partij werpt op “dat geen enkel middel ontvankelijk is, en dit wat geen enkel perceel betreft, ondergeschikt minstens niet wat de percelen 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 en 18 betreft. Bijgevolg is ook de vordering tot nietigverklaring zelf onontvankelijk, minstens wat deze genoemde percelen betreft”.

De verzoekende partij repliceert dat geen van de opgeworpen excepties gegrond is nu geen argumenten worden ontwikkeld die de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring als dusdanig in twijfel trekken.

Beoordeling

6. De beoordeling van de ontvankelijkheid van het beroep in zoverre het ook gericht is tegen de gunning van percelen waarvoor de verzoekende partij geen offerte heeft ingediend, is slechts nodig indien een van de middelen gegrond wordt bevonden, hetgeen uit wat volgt niet blijkt.

VI. Onderzoek van de middelen

Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. In het eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), artikel 4 van de wet van 17 juni 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 van 14 januari 2013), artikel 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016, het transparantiebeginsel, de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie, het mededingingsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“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 offertes 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”.

In de toelichting van het middel zet de verzoekende partij uiteen dat zij belang heeft bij het middel aangezien het de wettigheid van de bestreden beslissing in zijn geheel aantast, waardoor de opdracht aan geen enkele inschrijver mocht worden gegund. Bovendien overstijgt het middel volgens haar het belang van de verzoekende partij en raakt het aan de openbare orde. Zij merkt, onder verwijzing naar het arrest van 2 december 2005, nr. 152.173, ECLI:BE:RVSCE:2005:ARR.152.173, inzake Labonorm, ook op dat het middel ontvankelijk is, ook al is het (mede) gericht tegen de gewijzigde bepalingen van het bestek.

Wat de grond van het middel betreft, doet zij gelden dat de verwerende partij vanaf de derde bestekversie een wezenlijke wijziging doorvoerde nu opeens werd toegelaten om eveneens een offerte voor combinaties van percelen in te dienen, wat aanvankelijk verboden was, hetgeen het aantal initiële inschrijvingen beïnvloedde. Meerdere inschrijvers hebben volgens haar ook kritiek geuit op deze wezenlijke wijziging die, mocht zij voorheen zijn gekend, tot meerdere en/of andere inschrijvingen zou hebben geleid. De wezenlijke wijziging bevoordeelde ook grote marktspelers en schond zodoende het gelijk speelveld tussen de inschrijvers. De verzoekende partij betoogt voorts dat de

verboden wezenlijke wijziging de gehele bestreden beslissing aantast en dat het standpunt van de verwerende partij dat er geen sprake zou zijn van een wezenlijke wijziging niet overtuigt en berust op diverse drogredenen. Zij benadrukt dat zijzelf fundamenteel anders zou hebben ingeschreven mocht de voormelde wezenlijke wijziging haar van meet af aan gekend zou zijn geweest. Ook blijkt volgens haar niet dat de raad van bestuur van de verwerende partij de voormelde wezenlijke wijziging heeft gemandateerd, waarbij zij de Raad van State verzoekt om dit te willen verifiëren in het administratief dossier.

De verzoekende partij zet voorts een aantal argumenten uiteen op grond waarvan zij meent dat in het kader van een grondiger onderzoek waartoe de procedure tot nietigverklaring zich leent, het oordeel in het arrest van 1 maart 2024, nr. 259.010, ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.259.010, gewezen in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, en waarin het eerste middel niet ernstig werd bevonden, dient te worden herzien. Zij doet daarbij gelden dat het standpunt, op basis waarvan de “combinatiemogelijkheid” zoals geëxpliciteerd in het bestek *de facto* moet worden gelezen als een “kortingsmogelijkheid”, niet in overeenstemming is met de realiteit van het dossier.

Tot slot verzoekt zij de Raad van State, wanneer hij het eerste middel zou verwerpen, om eerst aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de hierna volgende prejudiciële vragen te stellen met betrekking tot de interpretatie van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, zoals vervat in artikel 36.1 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), alsmede in artikel 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU), die zij formuleert als volgt:

“-Dient artikel 65.3 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', gelezen in het licht van artikel 36.1 van Richtlijn 2014/25/EU en de Europeesrechtelijke beginselen inzake non-discriminatie- en transparantie, voortvloeiend uit de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zo uitgelegd te worden dat een aanbesteder, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, na ontvangst van de eerste en tweede offertes,

1) het daaropvolgende (derde) bestek in die mate kan wijzigen zodat het opeens mogelijk wordt om ook een offerte in te dienen voor een combinatie van percelen, terwijl dit in het initiële bestek verboden was, zonder dat dit wordt aangemerkt als een wezenlijke wijziging?

2) deze combinatiemogelijkheid, vervolgens, enkel toestaat voor de percelen waarvoor de inschrijvers initieel hebben ingeschreven op basis van foutieve informatie, en met name zonder te weten dat zij, naast voor de individuele percelen waarvoor sowieso een offerte moest worden ingediend, ook een offerte voor een combinatie van percelen konden indienen (met de eventuele toepassing van schaalvoordelen en synergiën die een impact kunnen hebben op de prijszetting)? Dit alles wetende dat grote marktspelers die initieel voor veel individuele percelen hadden ingeschreven bevoordeeld werden door deze wijziging die hen nu toeliet om combinaties tussen al deze percelen waarvoor zij aanvankelijk inschreven, in tegenstelling tot kleine(re) marktspelers, c.q. KMO's die zich niet in deze positie bevonden en voor wie de combinatiemogelijkheid in dit stadium niet (meer) dezelfde voordelen biedt, doch waarvan de eerdere communicatie tot andere keuzes van percelen waarvoor men inschreef had geleid?

-Dient artikel 65.3 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, gelezen in het licht van artikel 36.1 van Richtlijn 2014/25/EU en de Europeesrechtelijke beginselen inzake non-discriminatie- en transparantie, voortvloeiend uit de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zo uitgelegd te worden dat een aanbesteder, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, zomaar mag verwachten dat de voormelde combinatiemogelijkheid, die in het bestek uitdrukkelijk als dusdanig staat vermeld, in wezen moet worden begrepen als een kortingsmogelijkheid in de zin van artikel 65.3 van Richtlijn 2014/25/EU die steeds bestaan zou hebben (in strijd met de bewoordingen van het bestek waarin uitdrukkelijk wordt gesproken over een "combinatiemogelijkheid)?"

8. In de memorie van wederantwoord doet de verzoekende partij, in replek op de door de verwerende partij en de tussenkomende partijen aangevoerde excepties van niet-ontvankelijkheid van het middel gelden dat het eerste middel de wettigheid van de gehele plaatsingsprocedure aantast, dat zij in elk geval belang heeft bij het middel wat de gunning van de percelen 6 en 8 betreft

en dat zij geen reden ziet om af te zien van de gevestigde en recent ook bevestigde *Labonorm*-rechtspraak van de Raad van State.

Wat de grond van het middel betreft, betoogt zij in haar memorie van wederantwoord dat het gehele verweer steunt op de bewering dat de combinatiemogelijkheid die het bestek voorschrijft in wezen moet worden gelezen als een kortingsmogelijkheid, hetgeen volgens de verzoekende partij een louter gekunsteld verweer betreft dat niet overtuigt, onder meer omdat het ingaat tegen de letterlijke bewoordingen van het bestek en gelet op de interne tegenstrijdigheden in het verweer. De essentie van het eerste middel is volgens haar het volgende: “De initiële, definitieve en onherroepelijke keuze die tegen uiterlijk 27 april 2023 diende te worden gemaakt, werd dus door de inschrijvers gemaakt zonder kennis van de (later toegevoegde) mogelijkheid om alsnog combinaties tussen de gekozen percelen te kunnen maken, hetgeen pas een half jaar later kenbaar werd gemaakt”. Deze wezenlijke wijziging was volgens de verzoekende partij enkel voor de eerste tussenkomende partij voordelig die als enige marktpartij voor zo goed als alle 18 percelen (op de percelen 1 en 11 na) kon en had ingeschreven. Dat andere inschrijvers zoals de verzoekende partij zich aldus benadeeld voelden, is volgens haar niet louter hypothetisch maar blijkt ook uit de rondes van vragen en antwoorden waarbij de inschrijvers zich hierover expliciet beklagen. Het is volgens de verzoekende partij dan ook hoogst ongeloofwaardig dat de verwerende partij blijft aanvoeren dat er in het derde bestek slechts sprake was van een “verduidelijking”. Het gegeven van een onduidelijk geredigeerd bestek dat tot een dermate verwarring en verkeerde interpretaties heeft geleid, volstaat volgens haar op zich al om tot de gegrondheid van het middel te besluiten wegens een schending van de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie alsook het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel.

9. In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij, wat de ontvankelijkheid van het eerste middel betreft, naar de uiteenzetting in de memorie van wederantwoord. Zij merkt voorts op dat de argumenten die in het auditorsverslag worden aangehaald om tot de niet-ontvankelijkheid van het

middel te besluiten, in wezen betrekking hebben op de gegrondheid ervan (te weten of er nu sprake is van een combinatie-inschrijving of niet).

Wat de gegrondheid van het middel betreft, stelt zij in de eerste plaats dat zij in het kader van het annulatieberoep haar eerste middel heeft verduidelijkt ingevolge de misverstanden die hieromtrent volgens haar waren gerezen in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, wat toegelaten is. Zij bevestigt dat zij in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid voorhiel dat het niet interessant noch rendabel was om voor bepaalde percelen een afzonderlijke offerte in te dienen en dat zij overigens dezelfde mening toegedaan blijft. Het voorgaande neemt volgens haar niet weg dat zij ook voor welbepaalde minder interessante percelen een offerte zou hebben ingediend, mochten de combinatievoorwaarden van het bestek haar eerder gekend zijn. De assumptie in het auditoraatsverslag dat zij in voorkomend geval enkel een prijs voor een combinatie van percelen zou hebben opgegeven, kan volgens haar niet worden bijgevalen. Evenmin is er volgens haar sprake van een verandering van ‘het geweer van schouder’, dan wel van een inconsistent betoog. Zij merkt op dat zij in het kader van het vernietigingsberoep enkel haar eerste middel verder verduidelijkt in die zin dat zij ook een bod zou doen op een afzonderlijk (op zich genomen minder interessant) perceel om dit perceel vervolgens ook in combinatie te kunnen opnemen (waar wel interessante synergiën kunnen worden bekomen, zelfs in combinatie met percelen die individueel genomen minder interessant zijn).

De verzoekende partij stelt voorts dat het auditoraatsverslag uitgaat van een interpretatie die diametraal indruist tegen de bewoordingen van het bestek, waarbij zij argumentatie uit het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord herneemt.

Hoe het bestek, ondanks de bewoordingen ervan, diende te worden geïnterpreteerd (te weten als een ‘kortingsmogelijkheid’ dan wel ‘combinatie’) doet volgens de verzoekende partij zelfs niet ter zake. Zij doet gelden dat haar kritiek zich toespitst op de onduidelijkheid en het gebrek van transparantie van het bestek.

Zij merkt ook op dat in het auditoraatsverslag ten onrechte niet zou zijn ingegaan op de afzonderlijk aangevoerde schending van het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel, nu weliswaar wordt erkend dat de werkwijze van de verwerende partij voor ‘verwarring’ heeft gezorgd, maar hieraan geen gevolgen worden verbonden. Dat in het verweer en auditoraatsverslag enkel wordt ingegaan op het verschil tussen een “combinatie-inschrijving” en de “kortingsmogelijkheid” leidt volgens de verzoekende partij de aandacht af van de essentie, zijnde het onduidelijk initiële bestek dat strijdig is met het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel, waarop niet wordt ingegaan. Het gegeven dat de ‘kortingsmogelijkheid’ in de zin van artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 inherent van toepassing zou zijn, neemt volgens haar niet weg dat het bestek ter zake andersluidende bepalingen kan opnemen en dat lijkt volgens haar te dezen 117 keer te zijn gebeurd nu uitdrukkelijk melding wordt gemaakt van een “combinatiemogelijkheid”.

Ondergeschikt stelt de verzoekende partij in haar laatste memorie dat de voorgestelde prejudiciële vragen wel degelijk pertinent zijn en verzoekt zij om minstens de tweede prejudiciële vraag zoals geformuleerd in het verzoekschrift tot nietigverklaring te stellen. Die vraag is volgens haar niet toegespitst op het bestek, maar op een onzorgvuldigheid en een gebrek aan transparantie van de aanbestedende overheid. Wel kan de vraag volgens haar nog meer worden veralgemeend als volgt:

“Kan er nog sprake zijn van de naleving van artikel 36.1 van Richtlijn 2014/25/EU en de Europeesrechtelijke beginselen inzake non-discriminatie- en transparantie, voortvloeiend uit de artikelen 49 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, wanneer een aanbesteder, in het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging, in de opdrachtdocumenten uitsluitend de term ‘combinatiemogelijkheid’ vermeldt, doch dit in de realiteit dient te worden begrepen als een kortingsmogelijkheid in de zin van artikel 65.3 van Richtlijn 2014/25/EU die steeds bestaan zou hebben, louter omdat voor ieder perceel afzonderlijk een offerte moet worden ingediend (en dus ook voor een afzonderlijk perceel dat in een combinatie wordt opgenomen)?”

In elk geval kan het verzoek tot prejudiciële vraagstelling volgens haar niet worden afgewezen op grond van een gebrek aan belang bij het middel.

Beoordeling

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.

Minstens is er volgens de verzoekende partij sprake van een onduidelijk geredigeerd bestek dat tot een dermate verwarring en verkeerde interpretaties heeft geleid dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie alsook het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel zijn geschonden.

11. Artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016 bepaalt dat de aanbestedende overheid de gunning van overheidsopdrachten baseert op de economisch meest voordelige offerte.

Overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet van 17 juni 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 van 17 juni 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.”

Het zorgvuldigheidsbeginsel houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden. Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld. De overheid is onder meer verplicht om zorgvuldig te werk te gaan bij de voorbereiding van de beslissing en de feitelijke en juridische aspecten van het dossier deugdelijk te onderzoeken, zodat zij met kennis van zaken kan beslissen.

12. In de mate dat in het middel wordt aangevoerd dat er sprake is van een verboden wezenlijke wijziging van het bestek en een kunstmatige beperking van de mededinging doordat vanaf de derde bestekversie opeens werd toegelaten om een offerte voor combinaties van percelen in te dienen, wat aanvankelijk volgens de verzoekende partij verboden was, rijst in de eerste plaats de vraag of de verwerende partij te dezen, pas 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 blijkt dat niet het geval te zijn en blijkt deze grief dan ook op een verkeerd uitgangspunt te steunen.

13. Artikel 2, 52°, van de wet van 17 juni 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 van 17 juni 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 van 17 juni 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.”

14. Te dezen bepaalt het initiële bestek van 11 april 2023 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. Het blijkt voorts geen bepaling te bevatten die de opgave van een prijskorting verbiedt, zodat de inschrijvers overeenkomstig voormeld artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 in hun offerte voor meerdere percelen één of meerdere prijskortingen konden aanbieden voor het geval dat deze percelen hen zouden worden gegund.

Daarnaast bepaalt het initiële bestek dat tegen uiterlijk 21 april 2023 een finale keuze gemaakt moet zijn inzake de percelen waarvoor men exact een offerte wenst in te dienen.

In de derde versie van het bestek van 18 oktober 2023 wordt bovendien 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”.

Aldus blijkt duidelijk dat er steeds een bod moet worden gedaan op het perceel afzonderlijk dat vervolgens in een “combinatie” kan worden opgenomen. Dit impliceert dat een inschrijver aan zijn offerte alleszins niet de voorwaarde kan verbinden dat hij de opdracht alleen zal uitvoeren als hij alle percelen waarvoor het de “combinatie” heeft ingediend, gegund krijgt.

De litigieuze wijziging in de derde versie van het bestek blijkt 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. 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.

Dat in de derde versie van het bestek veelvuldig het begrip “combinatie” wordt gehanteerd, doet daar niet aan af en toont in het licht van het voorgaande niet aan dat het zou gaan om iets anders dan een prijskorting voor een combinatie van percelen.

Het blijkt 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. 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, blijken aldus te steunen op voormeld verkeerd uitgangspunt dat het gaat om dergelijke wezenlijke wijziging van het bestek. Net als de andere inschrijvers heeft de verzoekende partij desgewenst steeds toepassing kunnen maken van de mogelijkheid geboden door artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 voor de percelen waarop zij inschreef. Uit niets blijkt dat de verzoekende partij bij het uitwerken van haar offerte over minder of andere informatie dan de eerste tussenkomenende partij zou hebben beschikt.

16. Volgens de verzoekende partij is de essentie van het middel thans dat er sprake is van een onduidelijk initieel bestek dat strijdig is met het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel omdat de inschrijvers tegen uiterlijk 27 april 2023 een finale keuze dienden te maken wat de percelen betreft waarvoor zij

wensten in te schrijven, terwijl pas een half jaar later, zijnde op 18 oktober 2023 een derde versie van het bestek werd gepubliceerd waarin werd voorzien in de mogelijkheid om een combinatie van percelen in te dienen onder bepaalde voorwaarden.

Deze grief kan evenmin worden aangenomen.

Artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 bepaalt immers dat een inschrijver in zijn offertes voor meerdere percelen één of meerdere prijskortingen mag aanbieden voor het geval dat deze percelen hem zouden worden gegund, op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten het niet verbieden.

Zoals reeds hiervoor werd vastgesteld, blijkt te dezen niet dat het initieel bestek het aanbieden van dergelijke korting verbood.

Dat het initiële bestek niet uitdrukkelijk verwijst naar de mogelijkheid om dergelijke korting te bieden, maakt het bestek op grond waarvan uiterlijk tegen 27 april 2023 de keuze diende te worden gemaakt voor welke percelen een offerte wordt ingediend, dan ook niet onduidelijk. Dit blijkt immers genoegzaam uit de toepasselijke wettelijke bepaling die de inschrijvers worden geacht te kennen. De argumentatie van de verzoekende partij dat zij aanvankelijk op veel meer percelen zou hebben ingeschreven indien zij reeds van de bestekwijziging in de derde versie van het bestek op de hoogte zou zijn geweest, staat ook haaks op de vaststelling dat haar aanvraag tot deelneming reeds beperkt was tot slechts vier percelen.

Het gegeven dat in de derde versie van het bestek, na opmerkingen van de inschrijvers, uitdrukkelijk gesteld wordt dat “de mogelijkheid [wordt] gegeven om een combinatie in te dienen van percelen”, belet voorts niet dat uit de omschrijving van de voorwaarden om dergelijke “combinatie” in te dienen duidelijk blijkt dat het louter gaat om het expliciteren en verbinden aan voorwaarden van de mogelijkheid geboden door artikel 58 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017.

Bovendien kan een eventuele verwarring in hoofde van bepaalde inschrijvers door het (veelvuldig) gebruik van de term “combinatie” vanaf de derde versie van het bestek die dateert van 18 oktober 2023 geen impact hebben gehad op de finale keuze inzake de percelen waarvoor wordt ingeschreven die de inschrijvers op basis van de initiële versie van het bestek tegen uiterlijk 27 april 2023 dienden te maken en dus hieraan voorafging. Een eventuele onduidelijkheid in de derde versie van het bestek of een verduidelijking in nieuwe bestekken voor nieuwe deelopdrachten toont met andere woorden niet aan dat de inschrijvers niet op transparante wijze hun finale keuze inzake de percelen waarvoor wordt ingeschreven, hebben kunnen maken, noch dat de eventuele verwarring op dit punt de verzoekende partij zou hebben benadeeld.

17. Ook de voorgestelde prejudiciële vragen, waarvan de verzoekende partij in de laatste memorie verzoekt om minstens de tweede vraag te stellen, zijn niet relevant voor de oplossing van het geschil, vermits zij, zoals hiervoor werd uiteengezet, uitgaan van de foutieve premisse dat het pas vanaf de derde versie van het bestek opeens mogelijk wordt om ook een offerte in te dienen voor een “combinatie” van percelen, terwijl dit in het initiële bestek “verboden” was.

De tweede prejudiciële vraag betreft bovendien geen vraag tot uitlegging van het Europese Unierecht. De formulering ervan komt er op neer dat de verzoekende partij het wil overlaten aan het Hof van Justitie van de Europese Unie om te oordelen over de interpretatie van het bestek en of een nationale handeling in overeenstemming is met het Unierecht. Bovendien blijkt zij betrekking te hebben op de interpretatie van de derde versie van het bestek, om welke reden zij in het licht van hetgeen hiervoor onder punt 16 werd opgemerkt evenmin relevant is voor de oplossing van het geschil.

18. Het eerste middel is niet gegrond.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

19. In het tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1 en § 3, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 2 en 3 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), in samenhang gelezen met artikel 7 van de wet van 17 juni 2016, de artikelen 4, § 3, 6), van het LEZ-reglement Gent en 3, 2°, a), 3), van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 *juncto* artikel 4, § 2, van het decreet van 27 november 2015 ‘betreffende lage-emissiezones’ (hierna: decreet van 27 november 2015) en artikel 3, 2°, van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 ‘betreffende lage-emissiezones’ (hierna: besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016); artikel 4 van de wet van 17 juni 2016, *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet; artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de speciale sectoren’ (hierna: koninklijk besluit van 18 juni 2017); het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.

Samengevat, acht zij deze bepalingen en beginselen geschonden,

“doordat [eerste tussenkomende partij] in het kader van perceel 6 van de Opdracht pas 100% zero-emissie zal rijden vanaf 2034 (en [verzoekende partij] van meet af aan en gedurende de volledige Opdracht 100% zero-emissie zal rijden, waardoor zij bijgevolg 4/4 scoorde op het vergroeningscriterium en [eerste tussenkomende partij] 2/4);

Terwijl krachtens de LEZ-regelgeving geldt dat ‘M3 klasse I’-bussen, die De Lijn gebruikt voor het geregeld vervoer, niet langer automatisch in LEZ Gent mogen rondrijden vanaf 1 januari 2027, tenzij deze bussen volledig (en dus 100%) emissievrij zijn. [Eerste tussenkomende partij] zal vanaf 2027 echter slechts 67,5% vergoend rijden, waardoor [zij] vanaf 2027 een LEZ-toelating nodig heeft. Er bestaat echter geen zekerheid dat [zij] deze toelating zal krijgen. Noch staat vast dat zij deze toelating jarenlang zal kunnen blijven verlengen, noch staat vast dat [zij] hiermee rekening heeft gehouden in de opbouw en prijszetting van [haar] offerte. Nog los daarvan kunnen dergelijke LEZ-toelatingen tot uiterlijk 31 december 2030 worden bekomen, doch

[eerste tussenkomende partij] diende een finale offerte in waaruit blijkt dat zij ook vanaf 2031 niet 100% emissievrij zal rijden. Hierdoor schendt [zij] onmiskenbaar, en in elk geval vanaf 2031, de LEZ-regelgeving. De offerte van [de eerste tussenkomende partij] is in die zin dan ook onvolledig, concurrentieverstorend en voorwaardelijk, en dus substantieel onregelmatig;”

In de toelichting bij het middel wordt vooreerst samengevat het volgende gesteld:

- De Lijnbussen die vallen onder categorie M3, klasse I, krijgen vanaf 1 januari 2027 niet meer automatisch toegang tot de LEZ Gent, tenzij (i) deze integraal zero-emissie rijden, dan wel (ii) een tijdelijke en voorwaardelijke LEZ-toelating bekomen om de LEZ Gent te betreden;
- Deze LEZ-toelating is voorwaardelijk: (i) zij geldt enkel voor welbepaalde voertuigen; (ii) zij kan voor telkens maximaal één jaar worden verkregen; (iii) mits het betalen van een retributievergoeding; én (iv) na uitdrukkelijke schriftelijke goedkeuring door de Stad Gent; waarbij in elk geval geldt dat de Lijnbussen in kwestie tot uiterlijk 31 december 2030 dergelijke LEZ-toelatingen kunnen aanvragen.

Daarna wordt uitvoerig beargumenteerd waarom het gegeven dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 pas in werking treedt zes maanden na de bekendmaking ervan in het Belgisch Staatsblad en dus op 27 april 2024, geen afbreuk doet aan de voormelde analyse.

De verzoekende partij doet, aan de hand van een aantal van haar dienstverleningstabellen, voorts gelden dat de lage-emissiezone onmiskenbaar interfereert met de diensten die moeten worden voorzien in het kader van perceel 6 van de opdracht. Het is volgens haar de verwerende partij zelf die dergelijke “lopen” oplegt aan zijn dienstverleners die de verzoekende partij omschrijft als “de rijdschema’s die de chauffeurs telkens moeten volgen bij het verlenen van een bepaalde dienst. Telkens staat per loop aangeduid aan welke halte een buschauffeur dient te passeren en tegen welk tijdstip hij daar dient aan te komen.” Zij benadrukt daarbij dat in geen geval van deze schema’s, c.q. “lopen” mag worden afgeweken.

Er zijn volgens de verzoekende partij meerdere redenen voorhanden om te besluiten dat de offerte van de eerste tussenkomende partij behept is met onwettigheden en om die reden onuitvoerbaar is, met als gevolg dat haar offerte substantieel onregelmatig is in de zin van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017. Ten eerste zal de eerste tussenkomende partij volgens haar niet in staat zijn om de gevraagde dienstverlening in het kader van perceel 6 van de opdracht uit te voeren. Ten tweede staat het in ieder geval vast dat zij vanaf 1 januari 2031 de dienstverlening voor perceel 6 in geen geval nog op wettige wijze kan uitvoeren. Ten derde is de betrokken onregelmatigheid ook van aard om een discriminatoir voordeel te bieden aan de eerste tussenkomende partij met concurrentievervalsing tot gevolg. Ten vierde zijn aanbesteders volgens haar verplicht om een offerte onregelmatig te verklaren wanneer de schending van het milieurecht heeft toegelaten om een abnormaal lage prijs voor te stellen. Ten vijfde is het volgens haar tekenend dat de verwerende partij in haar nota met opmerkingen zelf heeft erkend dat een offerte die niet voldoet aan de LEZ-regelgeving als substantieel onregelmatig moet worden beschouwd. Zij merkt ook anticipatief op dat de substantieel onregelmatige offerte van de eerste tussenkomende partij niet kan worden geregulariseerd.

Daarnaast ligt volgens de verzoekende partij met de bestreden beslissing ook een schending van het wettigheidsbeginsel voor. Het kan volgens haar niet de bedoeling zijn dat de opdrachtdocumenten dan wel de bestreden beslissing strijdig is met de hogere normen die vervat zitten in de LEZ-regelgeving.

De verzoekende partij betoogt voorts dat de verwerende partij het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel heeft geschonden doordat zij, ondanks de hierover door de verzoekende partij geuite bezorgdheid, de inschrijvers niet op de hoogte heeft gesteld van het gewijzigde normatief kader en, meer nog, zelf de betrokken LEZ-regelgeving naast zich neer heeft gelegd door alsnog een substantieel onregelmatige offerte te aanvaarden.

De verzoekende partij ontkent niet dat de LEZ-regelgeving wel degelijk toelaat dat dergelijke LEZ-toelatingen nog kunnen worden bekomen vanaf

1 januari 2027. Zij wijst in dat verband echter nog op een aantal wettigheidskritieken die volgens haar in het kader van de schorsingsprocedure nog niet aan bod zijn gekomen en die pas ontwikkeld konden worden na kennisname van het verweer in het kader van de voormelde procedure.

Ten eerste werpt zij op dat voor de periode van 1 januari 2027 tot 31 december 2030 ook rekening dient te worden gehouden met het voorwaardelijk en speculatief karakter van het verkrijgen van LEZ-toelatingen (die dan nog eens viermaal, telkens voor een jaar hernieuwd en goedgekeurd door de Stad Gent zouden moeten worden) en, meer in het bijzonder, de impact hiervan op het volledig, zeker en niet-discriminatoir karakter van de finale offerte van de eerste tussenkomende partij.

Ten tweede meent de verzoekende partij dat de handelwijze van de eerste tussenkomende partij, waarbij gewoon LEZ-toelatingen worden gekocht teneinde niet te moeten voldoen aan de op dat moment vigerende LEZ-normen, op gespannen voet staat met de ratio van de opdracht (en de LEZ-regelgeving zelf) die precies naar een maximale vergroening streven. Het louter “afkopen” van deze verplichtingen kan hiermee niet worden gelijkgesteld.

Ten derde moet volgens haar bijkomend rekening worden gehouden met (i) het precair en voorwaardelijk karakter van deze LEZ-toelatingen, alsook met (ii) de doorrekening hiervan in de TCO-prijs van de finale offerte van de eerste tussenkomende partij, wat klaarblijkelijk niet is gebeurd. In dergelijk geval kan volgens haar bezwaarlijk sprake zijn van een volledige, zekere en onvoorwaardelijke offerte.

Ten vierde moet, voor de periode die volgt na 1 januari 2031, volgens de verzoekende partij in elk geval worden vastgesteld dat de offerte van de eerste tussenkomende partij onuitvoerbaar is gelet op de LEZ-regelgeving die op dat ogenblik zal gelden. Deze zal vanaf 1 januari 2031 immers nog steeds niet 100% zero-emissie rijden (doch slechts 80%), terwijl de eerste tussenkomende partij vanaf dat ogenblik in geen geval nog LEZ-toelatingen kan verkrijgen.

Ten vijfde merkt de verzoekende partij op dat, door de offerte van de eerste tussenkomende partij alsnog te aanvaarden, de verwerende partij op onwettige wijze een discriminatoire TCO-prijs beoordeelt ten nadele van een inschrijver die wel volstrekt conform de LEZ-regelgeving handelde waardoor het gelijk speelveld tussen de inschrijvers zou zijn geschonden.

Ten zesde herhaalt zij dat er geen enkele reden voorhanden is om geen rekening te houden met de bepalingen van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023.

20. In de memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij vooreerst vast dat geen van de procespartijen haar belang met betrekking tot de aanvoering van het tweede middel betwist, in zoverre dit middel enkel betrekking heeft op de nietigverklaring van de bestreden beslissing wat perceel 6 van de opdracht betreft.

Wat de grond van het middel betreft, verwijst zij naar de uiteenzetting in haar verzoekschrift en voegt daar in haar memorie van wederantwoord nog een aantal punctuele kritieken aan toe. Daarbij zet zij in een eerste algemene opmerking uiteen dat het integrale verweer de inhoudelijke discussie van de problematiek die zich onmiskenbaar zal voordoen vanaf 1 januari 2031, wanneer de aankoop van dergelijke LEZ-toelatingen niet meer mogelijk is en wat thans de essentie van het tweede middel is, tracht te vermijden. Vervolgens doet zij gelden dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 wel degelijk reeds in acht diende te worden genomen bij de beoordeling van de offertes en het nemen van de bestreden beslissing op basis van de concrete elementen eigen aan de zaak waarvan de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij volgens haar volkomen abstractie maken. Nog los van de temporele inwerkingtreding noopte minstens het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij er volgens haar toe de gekende en cruciale principes van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 in acht te nemen bij de beoordeling van de offertes. Zij wijst er ook op dat opdrachtdocumenten en offertes niet zomaar gewijzigd kunnen worden lopende de uitvoering van de opdracht.

Wat de periode vanaf 1 januari 2027 tot en met 31 december 2030 betreft, doet zij gelden dat de eerste tussenkomende partij gedurende deze periode noodzakelijkerwijs LEZ-toelatingen moet kopen die echter voordelig zijn én niet ingecalculeerd in de TCO-prijs van de eerste tussenkomende partij. Wat de periode vanaf 1 januari 2031 betreft, is de offerte van de eerste tussenkomende partij volgens haar ontegensprekelijk substantieel onregelmatig wegens een ontoereikend vergroeningsritme. Deze laatste grief heeft volgens haar nadere aandacht in het kader van het annulatieberoep omdat deze nog niet eerder kon worden ontwikkeld. Zij stelt ook vast dat de verwerende partij erkent dat er geen LEZ-toelatingen meer kunnen worden gekocht vanaf 1 januari 2031. De verwerende partij en de eerste tussenkomende partij slagen er volgens haar ook niet in om aan te tonen dat de eerste tussenkomende partij op grond van haar offerte perceel 6 van de opdracht op wettige wijze kan uitvoeren vanaf 1 januari 2031. Uit de stukken 41 en 42 van het administratief dossier kan volgens haar niets dienstig worden afgeleid, laat staan dat daaruit zou kunnen worden opgemaakt dat 25 % van de dienstverlening van perceel 6 integraal buiten de LEZ zou vallen. Ook stuk 9 van de eerste tussenkomende partij, waaruit zou kunnen worden afgeleid dat diverse ritten integraal buiten de LEZ vallen, is volgens haar nietszeggend. Daarbij kan volgens haar ook geen beroep worden gedaan op standaardclausules uit het bestek om te beweren dat de eerste tussenkomende partij “zekere verbintenissen” zou zijn aangegaan, noch kan de substantieel onregelmatige offerte worden geregulariseerd. In repliek op de door de verwerende partij in ondergeschikte orde opgeworpen exceptie van onwettigheid wat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 betreft, zet de verzoekende partij tot slot nog uiteen dat er geen enkele reden voorhanden is waarom voormeld besluit in strijd zou zijn met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, zodat er evenmin reden is om dit besluit niet toepasbaar te verklaren met toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

21. In de laatste memorie doet de verzoekende partij gelden dat in het auditorsverslag weliswaar wordt erkend dat de inschrijvers in hun offerte wel degelijk rekening dienden te houden met het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023, maar dat daaraan niet de correcte draagwijdte en gevolgtrekkingen worden toegekend.

Wat de periode van 1 januari 2027 tot en met 31 december 2030 betreft, herhaalt zij haar argumentatie dat uit niets blijkt dat de eerste tussenkomende partij de te betalen LEZ-retributies in haar offerte heeft ingecalculeerd. Uit de bestreden beslissing blijkt volgens haar ook niet dat de omstandigheid van de LEZ-toelatingen en de daaraan verbonden retributiebedragen überhaupt is onderzocht, zodat met de *post factum* - motivering van de verwerende partij geen rekening mag worden gehouden.

Wat de periode vanaf 1 januari 2031 betreft, herhaalt zij dat de offerte van de eerste tussenkomende partij in elk geval substantieel onregelmatig is wegens een ontoereikend vergroeningsritme. Zij stelt dat deze problematiek, ondanks haar uitdrukkelijke vraag, onvoldoende werd onderzocht in het auditorsverslag. Dat mogelijk nog een nieuwe regeling zou worden uitgewerkt in het LEZ-reglement tegen 2031, op grond waarvan opnieuw met LEZ-toelatingen kan worden gewerkt, betreft volgens haar een louter hypothetische bewering die nergens uit de LEZ-regelgeving blijkt. Ook de verwerende partij erkent volgens haar dat de eerste tussenkomende partij vanaf 1 januari 2031 geen LEZ-toelatingen meer zal kunnen verkrijgen. De verzoekende partij merkt voorts op dat de stukken 41 en 42 van het administratief dossier, waarop de verwerende partij haar argumentatie steunt, in het auditorsverslag onbesproken blijven en dat evenmin wordt ingegaan op de afzonderlijk geformuleerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Beoordeling

Vooraf

22. Voorafgaandelijk valt op te merken dat dit middel, zoals ook door de verzoekende partij wordt erkend, uitsluitend betrekking heeft 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.

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

“§ 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 besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 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 (LEZ).

Bij het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 wordt 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.”

Voormeld 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, is luidens artikel 6 ervan pas in werking is getreden zes maanden na de bekendmaking ervan in het *Belgisch Staatsblad* en dus op 27 april 2024.

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”.

Op grond van artikel 3 van het Retributiereglement voor de lage-emissiezone van de stad Gent, zoals gewijzigd door de gemeenteraad op 19 december 2023 met inwerkingtreding op 27 april 2024, behoren de voertuigen in categorie M3 tot tariefklasse C, waarvoor een retributietarief geldt van 1150 euro voor een toelating van één jaar.

24. Vastgesteld wordt dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 bij het indienen van de finale offertes en de aanname van de bestreden beslissing weliswaar reeds was bekendgemaakt op 27 oktober 2023 maar nog niet in werking getreden.

Bijgevolg konden de inschrijvers in hun offerte rekening houden met zekere wijzigingen die vanaf 27 april 2024 gedurende de looptijd van de opdracht zouden gelden.

25. Voorts valt 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.

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, blijkt het dan ook te gaan om een eigen keuze van de verzoekende partij, waarvoor zij overigens in het kader van de beoordeling van het subgunningscriterium ‘vergroening’ wordt beloond.

Grievens wat de periode vanaf 1 januari 2031 betreft

26. Aangezien de verzoekende partij zelf aangeeft dat de aangevoerde grieven wat de periode vanaf 1 januari 2031 betreft, thans de essentie van haar middel uitmaken, past het om deze eerst te behandelen.

Uit de uiteenzetting van de verzoekende partij blijkt dat deze grieven steunen op het dubbele uitgangspunt dat vast staat dat na 31 december 2030 geen individuele LEZ-toelatingen meer kunnen worden verleend én dat de opdracht slechts uitvoerbaar is in overeenstemming met de LEZ-regelgeving mits het hanteren van een vergroeningspercentage van 100 % vanaf die datum.

Zoals hierna zal blijken, wordt geen van beide uitgangspunten waarop deze grieven steunen, door de verzoekende partij aangetoond noch aannemelijk gemaakt.

27. In zoverre de verzoekende partij er zonder meer van uitgaat dat zowel de inschrijvers bij hun inschrijving als de verwerende partij bij haar beoordeling van de offertes ermee rekening dienden te houden dat vanaf 1 januari 2031 geen LEZ-toelatingen meer zouden kunnen worden verleend en dat de offerte van de gekozen inschrijver om die reden substantieel onregelmatig had moeten worden bevonden, kan zij niet worden bijgevalen.

Zij gaat er immers aan voorbij dat het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023, dat werd bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 27 oktober 2023 en dus vóór de indiening van de laatste offerte voor perceel 6, zodat de inschrijvers er kennis van konden nemen, ook in een systeem van LEZ-toelatingen voorziet voor de betrokken voertuigen vanaf 1 januari 2031 (artikel 3, eerste lid, 2°, a), 4) van het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016). De wijziging aan het reglement voor een lage-emissiezone in Gent, die wat de LEZ-toelatingen voor de betrokken voertuigen betreft, enkel een regeling omvat tot en met 31 december 2030, werd daarentegen pas op 20 december 2023 bekendgemaakt, zodat noch de verzoekende partij, noch de gekozen inschrijver er kennis van konden hebben bij indiening van hun laatste offerte op respectievelijk 14 december 2023 en 17 december 2023. Het betoog dat de gekozen inschrijver het gewijzigde LEZ-reglement niet zou hebben nageleefd, doet om die reden geen afbreuk aan de geldigheid van de bestreden beslissing.

Ook de interpretatie die de verzoekende partij geeft aan de voormelde wijziging van het (lokale) LEZ-reglement, kan niet worden gevolgd. Het LEZ-reglement werd al een paar keer gewijzigd waarbij telkens het systeem van de toelatingen voor de eerstkomende jaren werd geregeld. Uit het feit dat het LEZ-reglement van 23 april 2019 sinds de wijziging ervan door de gemeenteraad op 19 december 2023, vooralsnog slechts regelt welke motorvoertuigen tot en met 31 december 2030 een LEZ-toelating kunnen verkrijgen, kan niet met zekerheid worden afgeleid dat er na 31 december 2030 geen LEZ-toelatingen meer zullen worden gegeven voor motorvoertuigen onder de categorie M3, klasse I, te meer daar het besluit van de Vlaamse Regering van 26 februari 2016 met ingang van 27 april 2024 in deze mogelijkheid voorziet. Of er te Gent een volledig verbod komt op LEZ-toelatingen voor motorvoertuigen onder de categorie M3, klasse I, stond met andere woorden op het moment van de indiening en de beoordeling van de offertes nog niet vast.

28. De verzoekende partij maakt voorts evenmin aannemelijk dat de opdracht slechts uitvoerbaar is in overeenstemming met de LEZ-regelgeving mits het hanteren van een vergroeningspercentage van 100 % vanaf 1 januari 2031,

terwijl de gekozen inschrijver zich er in de offerte toe verbindt om 80 % vergroend te zullen rijden gedurende de jaren 2031, 2032 en 2033.

Zij blijkt er immers aan voorbij te gaan dat perceel 6, anders dan perceel 8, betrekking heeft op de ruimere regio Gent (Gent-Eeklo-Brugge-Zelzate) waardoor redelijkerwijze aangenomen kan worden dat verschillende ritten integraal buiten de lage-emissiezone van de stad Gent vallen. Daardoor is het niet ondenkbaar dat bepaalde “lopen” van bussen, zijnde de samenstelling van ritten die een voertuig aflegt, 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 staaft in het administratief dossier met tabellen van “lopen”, gegeneerd door die planningstool. In zoverre de verzoekende partij betoogt dat de onderste vijf rijen wel degelijk ritten in het grijs bevatten, die dus de LEZ doorkruisen, kan zij niet worden bijgetreden nu het blijkt te gaan om gearceerde grijze vakken die staan voor lege ritten.

Hoewel de voorgelegde gegevens uit de planningstool vrij abstract zijn, overtuigen de concrete dienstregelingen die de verzoekende partij als zittende dienstverlener kan voorleggen als stuk en waaruit moet blijken dat die de lage-emissiezone van de stad Gent doorkruisen, niet van het tegendeel. Anders dan zij het ziet, blijken de “lopen” immers geen vaststaand gegeven te zijn waarvan de inschrijvers in geen enkel geval mogen afwijken. Dit vindt ook bevestiging in bijlage 15 ‘Handleiding opmaak diensten’ bij het bestek, evenals in de door de eerste tussenkomende partij voorgelegde handleiding van de verwerende partij om de diensten aan te maken via de exploitantentoepassing waaruit onder meer blijkt dat inschrijvers een nieuwe loop kunnen maken.

29. In het licht van het voorgaande blijkt niet dat de verwerende partij heeft gehandeld in strijd met de LEZ-regelgeving, noch dat zij onzorgvuldig zou hebben gehandeld doordat de impact van de LEZ-regelgeving bij de

beoordeling van de offertes niet met de correcte draagwijdte ervan, in rekening zou zijn gebracht.

Er wordt niet aangetoond dat de verwerende partij de offerte van de gekozen inschrijver onregelmatig had moeten verklaren omdat een schending van het milieurecht zou hebben toegelaten om een abnormale prijs voor te stellen.

Tevens faalt het standpunt 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 van 18 juni 2017 substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard.

30. 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 moeten worden geacht kennis te hebben gehad van de wijzigingen aan het LEZ-besluit van de Vlaamse Regering die op 27 oktober 2023 in het *Belgisch Staatsblad* werden bekendgemaakt en die zoals hiervoor reeds werd opgemerkt pas zes maanden later, op 27 april 2024 in werking zullen treden. De verzoekende partij betwist ook niet dat zijzelf van het gewijzigde wetgevende kader op de hoogte was.

31. In zoverre de verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord voor het eerst opwerpt dat het zorgvuldigheidsbeginsel de verwerende partij ertoe noopte om alle inschrijvers alsnog de mogelijkheid te bieden om hun finale offertes af te stemmen op de nieuwe LEZ-regelgeving, om de uiterste indieningsdatum voor de finale offertes uit te stellen, dan wel het bestek te conformeren aan het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023

geeft zij op niet-ontvankelijke wijze een nieuwe wending aan het tweede middel waarvan niet blijkt dat zij deze grieven niet reeds in haar verzoekschrift had kunnen opwerpen.

Grieven wat de periode van 1 januari 2027 tot en met 31 december 2030 betreft

32. Uit het feit dat welbepaalde voertuigen vanaf 1 januari 2027 niet langer automatisch toegang krijgen tot de lage-emissiezone, kan 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.

De verzoekende partij ontkent niet dat de LEZ- regelgeving wel degelijk toelaat dat dergelijke LEZ toelatingen voor de betrokken bussen nog kunnen worden verkregen vanaf 1 januari 2027 tot en met 31 december 2030.

33. Hoewel het verkrijgen van een LEZ-toelating tijdelijk is en aan bepaalde voorwaarden wordt onderworpen, kan de verzoekende partij niet worden bijgevalen waar zij stelt dat er om die reden bezwaarlijk sprake kan zijn van een volledige, zekere en onvoorwaardelijke offerte in hoofde van de gekozen inschrijver. Zo bepaalt artikel 3 van het besluit van de Vlaamse Regering van 22 september 2023 dat de toelating hernieuwbaar is. Voorts is het niet ongebruikelijk dat in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht om bepaalde toelatingen moet worden verzocht en kunnen worden toegekend tegen de betaling van een (compenserende) retributie. Te dezen, betreft het louter een aantal formele voorwaarden (tijdige aanvraag, bewijs van de categorie van motorvoertuig, de retributie betalen), waarvan kan worden aangenomen dat als hieraan wordt voldaan, de toelating wordt toegekend. Het LEZ-reglement bepaalt in artikel 4, § 3, b), dat onvolledige en foutieve aanvragen worden afgewezen. Er is geen reden waarom de verwerende partij ervan had moeten uitgaan dat de aanvragen van de gekozen inschrijver onvolledig of foutief zouden geschieden.

34. In zoverre de verzoekende partij voorts betoogt dat de handelwijze van de eerste tussenkomenende partij, waarbij LEZ-toelatingen worden aangevraagd “op gespannen voet staat met de ratio van de Opdracht (en de LEZ-regelgeving zelf) die precies naar een maximale vergroening streven”, gaat zij eraan voorbij dat het besluit van 26 februari 2016 uitdrukkelijk in dergelijke “uitfasering” door middel van een systeem van individuele toelatingen voorziet.

35. De verzoekende partij kan evenmin worden bijgevalen waar zij stelt dat de verwerende partij had moeten besluiten tot substantiële onregelmatigheid van de offerte van de gekozen inschrijver nu niet blijkt dat de kostprijs van deze toelatingen is inbegrepen in TCO-prijs van de finale offerte, hetgeen volgens haar door de verwerende partij ook uitdrukkelijk wordt erkend.

In de memorie van antwoord wijst de verwerende partij erop dat de gekozen inschrijver in haar finale offerte van 17 december 2023 nog geen rekening kon houden met de exacte (aangepaste) bedragen van de retributies voor de LEZ-toelatingen aangezien het gewijzigde retributiereglement van de Stad Gent, pas werd bekendgemaakt op 20 december 2023. Daaruit kan evenwel niet worden afgeleid dat de verwerende partij zou hebben erkend dat de bedragen voor het verkrijgen van LEZ-toelatingen niet in de finale offerte van de gekozen inschrijver zouden zijn begrepen. Hoewel de exacte bedragen onder het gewijzigde LEZ-reglement nog niet bekend waren, kon de gekozen inschrijver op basis van de vorige versie ervan, reeds een inschatting maken van de retributiekosten die met dergelijke LEZ-toelatingen gepaard zouden gaan en haar vaste kosten hierop afstemmen.

In het licht van de vergroeningsevolutie van de offerte van de gekozen inschrijver, het relatief beperkt karakter van de betrokken retributiekosten, de door deze inschrijver voorgelegde detailverklaring inzake de kosten van de meetstaat en de bestekbepaling die erin voorziet dat de inschrijvers “zich op eigen kosten en risico conform aan de gestelde voorwaarden van de desbetreffende zone [stellen]” kan voorts worden aangenomen dat er geen reden was voor de

verwerende partij om eraan te twijfelen dat de betrokken retributiekosten deel uitmaakten van de vaste kosten in de offerte van de gekozen inschrijver.

Aangezien de LEZ-regelgeving uitdrukkelijk voorziet in de mogelijkheid van het verkrijgen van LEZ-toelatingen doch de verzoekende partij, anders dan de gekozen inschrijver, ervoor gekozen blijkt te hebben om hier geen gebruik van te maken, welke keuze in het kader van de beoordeling van het subgunningscriterium ‘vergroening’ wel degelijk blijkt te zijn beloond, blijkt evenmin dat het gelijk speelveld tussen de inschrijvers zou zijn geschonden.

In zoverre de verzoekende partij in haar laatste memorie voor het eerst aanvoert dat uit de bestreden beslissing niet blijkt dat de omstandigheid van de LEZ-toelatingen en de daaraan verbonden retributiebedragen überhaupt is onderzocht, zodat met de *post factum* motivering van de verwerende partij geen rekening mag worden gehouden, geeft zij op niet-ontvankelijke wijze een nieuwe wending aan haar middel, nu niet blijkt dat zij deze grief niet reeds in het verzoekschrift had kunnen opwerpen.

Conclusie

36. De verzoekende partij maakt, gelet op het voorgaande, niet aannemelijk dat de verwerende partij, door de offerte van de gekozen inschrijver niet substantieel onregelmatig te bevinden, de in het middel aangevoerde regelgeving en beginselen zou hebben geschonden.

Het tweede middel is niet gegrond.

Derde middel

Uiteenzetting van het middel

37. In het derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1 en § 3, tweede lid, van de wet van 17 juni

2016, het subgunningscriterium “vergroening” opgenomen in artikel 1.05 van het bestek “in samenhang gelezen met (i) de geschonden geachte bepalingen inzake de LEZ-regelgeving zoals vervat in het tweede middel en (ii) het wettigheidsbeginsel (dat inzonderheid in artikel 159 van de Grondwet tot uiting komt)”, artikel 4 van de wet van 17 juni 2016, *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet; artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017; het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.

Samengevat, acht zij deze bepalingen en beginselen geschonden,

“Doordat het subgunningscriterium “vergroening” toelaat om van de LEZ-regelgeving af te wijken en derhalve onwettig en discriminerend is. De meetstaat bij perceel 6 de Opdracht (i.e. een Gentse LEZ-perceel) voorziet immers een standaard vergroeningspercentage van 80% vanaf 2029 t.e.m 2033.

Nochtans is het vanaf 1 januari 2031 verplicht om 100% emissievrij te rijden, zonder dat er nog een mogelijkheid bestaat om LEZ-toelatingen te bekomen. Het standaard vergroeningsritme zoals voorzien in het Bestek schendt dus onmiskenbaar, en in elk geval vanaf 2031, de LEZ-regelgeving.

Dit laat inschrijvers toe om van het wettelijk kader af te wijken, hetgeen een onwettig (prijs)voordeel verschaft aan inschrijvers die hiervan, ipso facto op onrechtmatige wijze, gebruik maken (zoals in casu, De Polder). Inschrijvers die dus het wettelijk kader volgden werden bestraft aangezien zij noodzakelijkerwijs een veel hogere TCO-prijs dienden aan te rekenen, waardoor zij minder kans maakten om de Opdracht in de wacht te slepen (terwijl inschrijvers die het wettelijk kader miskenden, hiervoor werden beloond). Dit verstoort manifest het gelijk speelveld tussen de inschrijvers; Terwijl De Lijn het gelijk speelveld onder de inschrijvers te allen tijde dient te waarborgen en inschrijvers geenszins de keuze mocht laten om sedert 1 januari 2031 voor een onwettig alternatief te kiezen (en a fortiori geen percelen aan dergelijke inschrijvers mocht gunnen);”

38. In de memorie van wederantwoord zet de verzoekende partij, in repliek op de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid van het middel omdat de verzoekende partij zou hebben nagelaten om haar kritiek te uiten tijdens de plaatsingsprocedure, uiteen dat daarbij voorbij gegaan wordt aan het arrest van 2 december 2005, nr. 152.173, ECLI:BE:RVSCE:2005:ARR.152.173, inzake Labonorm op grond waarvan de

verzoekende partij wel degelijk huidige kritiek gericht tegen het bestek en het daarin opgenomen vergroeningsritme nog op ontvankelijke wijze kan aanvoeren.

Zij verwijst voorts naar haar uiteenzetting inzake het tweede middel en wijst er op dat de verwerende partij de LEZ-regelgeving heeft genegeerd bij de gunning van de opdracht, waardoor de regelgeving niet consequent wordt gehandhaafd. De verzoekende partij stelt dat de verwerende partij door het ontbreken van aanpassingen aan het vergroeningscriterium onregelmatige offertes toelaat, en doet ook gelden dat de verwerende partij het bestek had kunnen aanpassen om te voldoen aan de LEZ-vereisten, maar dit naliet.

39. In haar laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat het auditorsverslag adviseert tot de verwerping van het derde middel op grond van het argument dat het niet uitgesloten is dat er ook nog na 31 december 2030 LEZ-toelatingen zouden kunnen worden verleend voor de Lijnbussen van de eerste tussenkomende partij. Zij verwijst naar haar bespreking van het tweede middel waarin dit hypothetisch standpunt volgens haar omstandig werd weerlegd. Het uitgangspunt op basis waarvan het auditorsverslag besluit tot de verwerping van het derde middel, mist volgens haar dus feitelijke en juridische grondslag. Zij benadrukt dat het middel dient te worden onderzocht vanuit het standpunt dat er na 31 december 2030 géén LEZ-toelatingen meer kunnen verleend voor de Lijnbussen van de eerste tussenkomende partij.

Beoordeling

40. In het derde middel voert de verzoekende partij in essentie aan dat het subgunningscriterium ‘vergroening’ en het standaard vergroeningspercentage voor perceel 6 vanaf 2031 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.

41. 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. Daarbij wordt vastgesteld dat de in het bestek vooropgestelde evaluatiemethode voor het criterium ‘vergroening’ wat de toekenning van een hogere puntenscore betreft enkel verwijst naar een versneld vergroeningsritme “bij aanvang” van de opdracht.

42. Uit de uiteenzetting van de verzoekende partij blijkt dat ook het derde middel, waarin de wettigheid van het subgunningscriterium ‘vergroening’ en van het standaard vergroeningspercentage in het bestek wordt betwist, steunt op het dubbele uitgangspunt dat vast staat dat na 31 december 2030 geen individuele LEZ-toelatingen meer kunnen worden verleend én dat de opdracht slechts uitvoerbaar is in overeenstemming met de LEZ-regelgeving mits het hanteren van een vergroeningspercentage van 100 % vanaf die datum.

Dit wordt onder meer bevestigd in de toelichting bij het derde middel in het verzoekschrift waarin wordt gesteld:

‘In het tweede middel werd reeds omstandig geduid dat de betrokken Lijnbussen allen (zonder uitzondering) 100% zero-emissie moeten rijden, en dit ten laatste tegen 1 januari 2031. Immers is het zo dat LEZ-toelatingen uiterlijk nog tot 31 december 2030 kunnen worden verkregen, waardoor het hoe dan ook noodzakelijk is dat sedert 1 januari 2031 een 100% elektrische busvloot voorhanden is met het oog op de dienstverlening voor de percelen 6 en 8 van de Opdracht (zijnde, de Gentse LEZ-percelen)’. [...]

Ook in haar laatste memorie betwist de verzoekende partij de conclusie in het auditorsverslag dat het derde middel eveneens is ontwikkeld vanuit eenzelfde premisse als diegene waarop het tweede middel is gesteund, niet. Integendeel verwijst zij in de laatste memorie voor het derde middel uitsluitend naar haar uiteenzetting inzake het tweede middel.

43. Zoals hiervoor reeds is gebleken bij de beoordeling van het tweede middel (zie *supra* punten 22 t.e.m. 36), wordt geen van beide uitgangspunten waarop ook de grieven in het derde middel blijken te steunen, door de verzoekende partij aangetoond noch aannemelijk gemaakt.

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

44. Om dezelfde redenen als hiervoor reeds weergegeven bij de beoordeling van het tweede middel, is het derde middel dan ook niet gegrond.

Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

45. In een vierde middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 153, 3°, *juncto* artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 en de artikelen 43 en 44 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, van artikel 44, § 1 en § 3, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, *juncto* artikel 7 van de wet van 17 juni 2016, van artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81 van de wet van 17 juni 2016, van artikel 4 *juncto* artikel 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016, van de formelemotiveringsplicht die zij afleidt uit de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: wet van 29 juli 1991) en de artikelen 4, eerste lid, 8°, en 5 van de wet van 17 juni 2013, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht,

“Doordat De Lijn, in het bijzonder wat betreft perceel 6 van de Opdracht, lichtzinnig 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 [...], 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 gekozen inschrijver] 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.

46. 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 prijs-toelichting in het kader van de onderhandelingen niet kan worden gelijkgesteld met een prijsbevraging in de zin van artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 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 van 18 juni 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 van 17 juni 2016 bedoelde verplichtingen op het gebied van het milieurecht, en dit ongeacht of de schending in kwestie al dan niet strafrechtelijk wordt beteugeld.

De verzoekende partij wijst in haar verzoekschrift nog op een aantal “objectieve factoren” op basis waarvan het volgens haar onzorgvuldig te noemen valt om het prijsverschil tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijver nog “normaal” te bevinden. Zij merkt ook op dat de Raad van State in zijn rechtspraak in het verleden veel kleinere prijsverschillen dan het voorliggende prijsverschil als substantieel heeft aangemerkt. Zij doet ook gelden dat een loutere (informele) prijstoelichting in geen geval kan worden gelijkgesteld met een effectieve ‘prijsverantwoording’ in de zin van artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017. De motivering die in de bestreden beslissing wordt opgenomen betreft volgens haar ook een standaardmotivering die niet van aard is om een dermate exponentieel prijsverschil te verantwoorden. Zij erkent voorts dat de hogere kosten die verbonden zijn aan het exploiteren van een volledig elektrische busvloot mede het prijsverschil in kwestie duiden, maar stelt dat de essentie van haar tweede en derde middel precies is dat de gekozen inschrijver, minstens sedert 1 januari 2031, eveneens deze kosten diende in te calculeren, bij gebreke waarvan er sprake is van abnormaal lage TCO-prijzen. Tot slot merkt zij nog op dat de elementen die zij aanvoert niet “op zich” moeten worden bekeken, maar dat het geheel van de feiten relevant en doorslaggevend is.

47. 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.

Zij merkt ook op dat het niet volstaat om de eenheidsprijzen gewoonweg “naast elkaar te plaatsen”, maar dat tussen deze eenheidsprijzen een daadwerkelijke inhoudelijke vergelijking dient te gebeuren. Ook volstaat het volgens haar niet om de ingediende totale TCO als referentie te gebruiken, maar moet het nazicht van de totaalprijzen en van de eenheidsprijzen volledig onafhankelijk van elkaar gebeuren.

48. 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, waarin telkens de volgende standaardzin zou worden gebruikt “Elementen die het TCO verschil verklaart, zijn o.a. het verschil in financieringsmodel (eigen middelen versus kredietlast), de hoogte van infrastructuurkosten en andere vaste kosten,...”. 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 klemmt 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.

Zoals ook blijkt uit het eerste onderdeel van het middel, kan er volgens de verzoekende partij voor de beoordeling van het derde onderdeel van het middel niet vertrokken worden vanuit de premisse dat er geen sprake is van een abnormaal lage prijs in hoofde van de gekozen inschrijver voor perceel 6. Het feit dat de verschillende percelen betrekking hebben op vergelijkbare diensten is volgens de verzoekende partij geen vrijgeleide voor de verwerende partij om telkenmale zonder meer dezelfde standaardmotiveringen over te nemen.

49. In de memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij in essentie dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek heeft gevoerd, specifiek rond het prijsverschil van 36,5% bij perceel 6. Dit verschil is veel groter dan bij andere percelen en werd door de verwerende partij afgehandeld met een generieke standaardmotivering, zonder diepgaande analyse. De verzoekende partij stelt dat deze aanpak onzorgvuldig is en de geldigheid van alle toewijzingen aantast. Voorts doet de verzoekende partij gelden dat het gebrek aan gedifferentieerde motivatie bij de beoordeling van prijsverschillen wijst op een onvoldoende onderzoek door de verwerende partij, zeker gezien de concurrentiestrategie van de gekozen inschrijver.

50. In de laatste memorie merkt de verzoekende partij inzake het eerste onderdeel van het vierde middel op dat in het auditoraatsverslag niet wordt ingegaan op het specifiek en uitzonderlijk karakter van “het exuberant prijsverschil in perceel 6 als dusdanig”. Zij herneemt vervolgens opnieuw de specifieke gegevens die reeds werden aangehaald in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord en die volgens haar nog onvoldoende in aanmerking werden genomen.

Wat het tweede onderdeel betreft herhaalt zij dat het louter naast elkaar zetten van eenheidsprijzen een onvoldoende prijsonderzoek op het niveau van de eenheidsprijzen uitmaakt en dat niet blijkt dat de verwerende partij een gefilterd en gericht onderzoek op het niveau van de eenheidsprijzen heeft verricht.

Wat het derde onderdeel betreft betoogt zij nog dat de essentie van haar grief niet zozeer is dat telkens dezelfde parameters werden gebruikt in de motivering van het prijsonderzoek, maar wel dat de uiteindelijke beoordeling en invulling van deze parameters telkens nagenoeg dezelfde standaard stijlformule is en alleszins weinig inhoudelijk gedifferentieerd overkomt.

Beoordeling

Eerste onderdeel

51. In het eerste onderdeel van het middel betoogt de verzoekende partij in essentie dat de verwerende partij, wat perceel 6 betreft, “lichtzinnig” 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.

52. In het algemeen prijsonderzoek bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 moet de aanbestedende entiteit 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 entiteit beschikt in het kader van het algemeen prijsonderzoek als bedoeld in artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 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.

53. In dit verband herinnert de Raad van State eraan dat indien een aanbestedende entiteit in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 en artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 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.

54. 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 :

-Afschrijfwarde bus en kostenpost batterij

-Infrastructuur capex /opex en laadinfrastructuur

- Onderhoudspersoneel
- Wisselstukken
- Verzekeringen
- Prijscomponent administratie
- Verbruik : het verbruik van de ingezette dieselloortuigen/ 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 (16p)	Vergroening (4p)	Totaalscore (100p)
[B.D.P.] (C)	€47.637.789,00	80,00	16	2	98,00
[G.C.]	€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 [B.D.P.] en [G.C.]. 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, [G.C.] 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 [G.C.] bij [B.D.P.]) met als resultaat dat de TCO van [B.D.P.] nog steeds lager is dan bij [G.C.].”

Dat de aanbestedende entiteit 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.

55. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat de verwerende partij lichtzinnig 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 geenszins is gelijk te stellen aan het zelf bezorgen van een prijsverantwoording in de plaats van een inschrijver.

56. Hoewel voor perceel 6 de prijs van de gekozen inschrijver 36,5 % lager ligt dan de door de verzoekende partij geboden prijs voor dit perceel, maakt de verzoekende partij voorts, ook in de concrete omstandigheden van de zaak waar zij op wijst in haar procedurestukken, niet aannemelijk dat de verwerende partij een onzorgvuldig prijsonderzoek heeft verricht door te dezen in het kader van het algemeen prijsonderzoek niet te hebben besloten tot een schijnbaar abnormale prijs in hoofde van de gekozen inschrijver en aldus niet te zijn overgegaan tot een bijzonder prijsonderzoek met verzoek tot prijsverantwoording.

Immers blijkt uit het administratief dossier dat de verwerende partij, overeenkomstig artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 en het bestek, de inschrijvers in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek reeds herhaaldelijk om een prijstoelichting 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.

In zoverre de verzoekende partij doet gelden dat de Raad van State in zijn rechtspraak reeds “veel kleinere prijsverschillen [...] als substantieel aanmerkte”, gaat zij eraan voorbij dat dergelijke beoordeling steeds rekening dient te houden met de concrete omstandigheden van de zaak en er te dezen voor perceel 6 slechts twee inschrijvers zijn, hetgeen in beginsel geen evident uitgangspunt is om de ene of de andere offerte te bestempelen als behept met een schijnbaar abnormale prijs. De verzoekende partij toont voorts niet aan dat de aangehaalde elementen niet van aard zijn om een verklaring te kunnen bieden voor het niveau van de prijzen die door de gekozen inschrijver zijn aangeboden.

57. 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. De verzoekende partij erkent zelf dat het gaat om objectieve gegevens die mee het grote prijsverschil tussen de beide inschrijvers kunnen verklaren.

In zoverre de verzoekende partij onder verwijzing naar het tweede en derde 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 van 18 juni 2017 substantieel onregelmatig had moeten worden verklaard, volstaat het te verwijzen naar de beoordeling van het tweede en derde middel, die niet gegrond werden bevonden.

Hiermee wordt ook de argumentatie van de verzoekende partij dat de motivering in de bestreden beslissing, waarin onder meer wordt gewezen op een verschil in vergroeningsritme als een verklaring voor het prijsverschil, een standaardmotivering zou uitmaken, ontkracht.

58. Dat het gaat om een grote opdracht, met een lange looptijd, die betrekking heeft op busvervoer, is 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, niet aan dat er sprake zou zijn van een abnormale prijszetting. Overigens blijkt zich 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.

59. Bijgevolg kan ook de kritiek van de verzoekende partij inzake de afwezigheid van een prijsverantwoording vanwege de gekozen inschrijver niet worden bijgevalen. Artikel 44, § 1, van het koninklijk besluit van 18 juni 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 blijkt te zijn.

60. 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 prijsverschil van 36,5 % tussen de offerte van de gekozen inschrijver en die 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.

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 blijken derhalve niet te zijn geschonden.

61. Het eerste onderdeel is niet gegrond.

Tweede onderdeel

62. 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.

63. Wat het onderzoek van de eenheidsprijzen betreft, valt vooreerst op te merken dat de inschrijvers reeds 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 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 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, kan worden vastgesteld dat de verwerende partij een omstandig prijsonderzoek heeft gevoerd, met inbegrip van een onderzoek naar de verschillende prijsparameters.

Daaruit volgt dat het niet aannemelijk wordt gemaakt dat geen prijsonderzoek op het niveau van de eenheidsprijzen werd gevoerd. Anders dan de verzoekende partij het ziet, blijkt het prijsonderzoek ook niet beperkt te zijn tot het louter naast elkaar zetten van eenheidsprijzen.

64. Het tweede onderdeel is niet gegrond.

Derde onderdeel

65. 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.

66. 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.

67. Voorts dient ook in dit onderdeel eraan te worden herinnerd dat indien, zoals te dezen, een aanbestedende overheid in het kader van het algemeen prijs- en kostenonderzoek met toepassing van artikel 84 van de wet van 17 juni 2016 en artikel 43 van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 tot de vaststelling komt dat er geen abnormale prijzen zijn, de formelemotiveringsplicht niet vereist dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven in het gunningsverslag of in de bestreden beslissing.

68. De verzoekende partij gaat er in haar kritiek inzake het hanteren van een standaardmotivering aan voorbij dat naast een aantal gemeenschappelijke motieven over de percelen heen, er voor bepaalde percelen ook bijkomende motieven worden gehanteerd op grond waarvan in het kader van het prijsonderzoek wordt besloten dat niet lijkt dat er abnormale prijzen werden aangeboden. Zoals onder het eerste onderdeel van het middel reeds werd vastgesteld, wordt voor perceel 6 bijvoorbeeld ook gewezen op een verschil in vergroeningsritme als een verklaring voor het prijsverschil.

Uit het enkele gegeven dat bepaalde motieven, zoals bijvoorbeeld het verschil in financieringsmodel (eigen middelen *versus* kredietlast) en de hoogte van infrastructuurkosten en andere vaste kosten, bij meerdere percelen worden vermeld, kan dan ook niet worden afgeleid dat er sprake is van een motiveringsgebrek.

Het is ook 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, toont dan ook niet dat het onderzoek onzorgvuldig werd gevoerd.

69. Het derde onderdeel van het vierde middel is niet gegrond.

Conclusie

70. Het vierde middel is niet gegrond.

Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

71. Een vijfde middel is genomen uit de schending van artikel 153, 1°, *juncto* 81, § 1, van de wet van 17 juni 2016, artikel 4 van diezelfde wet, *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016 “waarin het mededingingsbeginsel zit vervat en op grond waarvan ondernemers geen handelingen mogen stellen die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen (ook samen gelezen met artikel 62, lid 3 KB Plaatsing speciale sectoren *juncto* artikel 101 VWEU)”, artikel 40, § 3, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 “op grond waarvan ‘alle kosten’ die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht in de eenheidsprijzen en globale prijzen dienen inbegrepen te zijn”, artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017 “dat inhoudt dat een offerte substantieel onregelmatig moet worden verklaard wanneer o.m. de verbintenis van de inschrijver om de Opdracht onder de gestelde voorwaarden uit

te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker is”, artikel IV.2 Wetboek Economisch Recht (hierna: WER) *juncto* artikel 102 VWEU “op grond waarvan een misbruik van machtspositie door een onderneming verboden is”; het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat [de eerste tussenkomende partij], als dominante marktspeler in de sector, met haar instelprijs, c.q. TCO-prijs, minstens voor wat betreft perceel 6, zijn machtspositie heeft misbruikt door het hanteren van een (onrealistische) roofprijs (eerste middelonderdeel).

Terwijl artikel IV.2 WER misbruik door een onderneming die zich in een machtspositie bevindt verbiedt, en, in het verlengde daarvan, aanbesteders geen offertes mogen aanvaarden die roofprijzen bevatten op straffe van schending van het gelijk speelveld tussen de inschrijvers.

En doordat de aangeboden prijs door [de eerste tussenkomende partij] bovendien ook nog eens onmogelijk de lading kan dekken in het licht van de gevraagde dienstverlening, waardoor [de eerste tussenkomende partij] ter zake een onvolledige, onuitvoerbare en onrealistische offerte indiende (tweede middelonderdeel). Terwijl een offerte wordt geacht ‘alle kosten’ te hebben ingeprijsd die inherent zijn aan de uitvoering van de opdracht zodat de gevraagde dienstverlening probleemloos kan worden uitgevoerd. Indien dit niet het geval is, moet de onvolledige offerte substantieel onregelmatig worden verklaard, wat te dezen niet gebeurde.

En doordat de Opdracht werd gegund aan de ‘Tijdelijke Maatschap Hansea West 1’, (bestaande uit 7 geselecteerde entiteiten), hoewel deze combinatie-entiteit op zich niet geselecteerd was, noch een offerte indiende (derde middelonderdeel). Terwijl de Opdracht enkel mocht worden gegund aan een inschrijver die een offerte indiende. En terwijl een consortium bestaande uit enkel geselecteerde entiteiten, die de Opdracht ook elk op zich konden uitvoeren, de vrije mededinging schendt.”

In de toelichting bij het eerste onderdeel van het vijfde middel zet de verzoekende partij uiteen dat de eerste tussenkomende partij haar dominante marktpositie gebruikt en roofprijzen aanbood die het gelijk speelveld tussen de inschrijvers verstoorden.

In de toelichting bij het tweede onderdeel van het vijfde middel zet zij uiteen dat de eerste tussenkomende partij inschreef met onrealistische TCO-prijzen die de kosten van de gevraagde dienstverlening niet dekken. In het kader

van dit onderdeel van het middel verzoekt de verzoekende partij de Raad van State ook om “een deskundige aan te stellen, teneinde [de] Raad te adviseren over de conformiteit van de offerte van [de eerste tussenkomende partij] met de noodzakelijke kosten en investeringen die nodig zijn om de percelen 6 en 6 van de Opdracht op regelmatige en conforme wijze uit te voeren (i.e. de Gentse LEZ-percelen waarvoor de genoemde aanzienlijke vergroeningskosten- en investeringen zich noodzaken).”

In de toelichting bij het derde onderdeel van het vijfde middel zet de verzoekende partij uiteen dat de offerte-indiening door de tijdelijke maatschap ‘Hanse West 1’ en de tijdelijke maatschap ‘Mobile partners’ onwettig is en de mededinging schendt.

72. In de memorie van wederantwoord wijst de verzoekende partij er op dat de Belgische Mededingingsautoriteit (BMA), naar aanleiding van een klacht die door de verzoekende partij werd ingediend, een onderzoek voert naar deze mogelijke marktverstoring door de eerste tussenkomende partij en dat dit onderzoek nog steeds lopende is.

Zij stelt voorts in essentie dat de eerste tussenkomende partij door middel van roofprijzen haar concurrenten uit de markt probeert te drijven en zet uiteen waarom de argumenten van de verwerende partij en de tussenkomende partijen volgens haar niet overtuigen. Zij betoogt dat de eerste tussenkomende partij minstens een machtspositie heeft op de aanbestedingsmarkt van het openbaar busvervoer in de vervoerregio Gent, hetgeen bij uitbreiding ook daarbuiten en voor de andere percelen zou gelden. In het bijzonder wat perceel 6 betreft zou de eerste tussenkomende partij abnormale lage prijzen hebben gehanteerd om de verzoekende partij uit de markt te kunnen drijven en aldus haar machtspositie hebben misbruikt. Zij zet voorts uiteen waarom er “mededingingsrechtelijk” sprake zou zijn van door de eerste tussenkomende partij aangeboden roofprijzen voor perceel 6. Zij betoogt tevens “overheidsopdrachtenrechtelijk” dat de onrealistische TCO-prijs voor perceel 6 de verbintenis van de eerste tussenkomende partij om dit perceel onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande (minstens onvolledig en onzeker) maakt, waardoor de betrokken offerte substantieel onregelmatig is. Zij herhaalt ook haar verzoek om een deskundige aan te stellen.

omdat de eerste tussenkomende partij met zekerheid en op basis van concreet cijfermateriaal daadwerkelijk een onrealistisch lage prijs heeft aangeboden voor perceel 6, die lager ligt dan de werkelijke kosten, en stelt dat een onafhankelijke expert noodzakelijk is om dit nader te onderzoeken. Wat het derde onderdeel van het middel betreft, doet zij nog gelden dat, ook in het licht van het verweer van de verwerende partij, niet blijkt dat de wijziging in de samenstelling van tm ‘Hanse West 1’ voorafgaand aan de indiening van de eerste offerte werd aanvaard.

73. In de laatste memorie merkt de verzoekende partij op dat het auditorsverslag adviseert tot ongegrondverklaring van het eerste middelonderdeel omwille van de ongegrondverklaring van het vierde middel. Aangezien het vierde middel wel degelijk gegrond moet worden bevonden, faalt volgens de verzoekende partij ook de premisse in het auditorsverslag om tot ongegrondheid van het eerste onderdeel te besluiten naar recht. Het is volgens haar ook merkwaardig dat in het auditorsverslag niet wordt ingegaan op het lopende onderzoek van de BMA, te meer daar er na de neerlegging van de memorie van wederantwoord nog een persbericht vanwege de BMA is verschenen op 11 september 2024 waaruit blijkt dat de klacht van de verzoekende partij kennelijk serieus wordt genomen en huiszoeken werden uitgevoerd. Gelet op dit onderzoek vanwege de BMA is er volgens de verzoekende partij wel degelijk aannemelijk gemaakt dat er sprake is van enige onzorgvuldigheid in hoofde van de verwerende partij of dat minstens hiertoe een aannemelijk risico bestaat. Zij verzoekt de Raad van State om rekening te houden met het lopende BMA-onderzoek bij de beoordeling van de zaak.

De beoordeling in het auditorsverslag van het tweede onderdeel van het middel steunt volgens haar op de verkeerde premisse dat het eerste onderdeel van het middel niet gegrond zou zijn. Dit klemmt volgens haar des te meer aangezien het persbericht van de BMA toch tot enig onderzoek had moeten nopen, in plaats van een verwerping van dit gewichtig onderdeel van het middel op basis van een louter “cascadeargument”. Zij verwijst voorts naar de argumentatie in haar verzoekschrift en memorie van wederantwoord waaruit volgens haar blijkt dat de onrealistische TCO-prijs voor perceel 6 de verbintenis van de eerste tussenkomende partij om dit perceel onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande of minstens onvolledig en onzeker maakt, zodat de offerte substantieel

onregelmatig is in de zin van artikel 74, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, welke argumentatie volgens haar onvoldoende zou zijn onderzocht in het auditorsverslag. Zij volhardt ook in haar verzoek om in dit verband een deskundige aan te stellen.

Wat het derde onderdeel van het middel betreft, merkt de verzoekende partij op dat de beoordeling in het auditorsverslag gesteund is op de analyse van twee vertrouwelijke stukken waartoe zij geen inzage heeft. Zij merkt op dat de zogenaamde “materiële misslag” veertig keer in het gunningsverslag wordt herhaald, hetgeen de onzorgvuldigheid van de bestreden beslissing zou onderstrepen. Zij herhaalt dat de eerste schending erin bestaat dat niet blijkt dat de verwerende partij formeel voorafgaande toestemming heeft verleend aan de tijdelijke maatschap om een offerte te mogen indienen. Het feit dat de offerte werd ingediend als tijdelijk maatschap, betekent volgens haar nog niet dat hiervoor een “voorafgaande toestemming” vanwege de verwerende partij werd verkregen. Dergelijke voorafgaande toestemming kan volgens haar ook niet blijken uit onderhandelingen na indiening van de offertes. De nieuwe entiteit “TM Hansea West 1” werd volgens de verzoekende partij aldus niet voorafgaand aan de indiening van de eerste offerte aanvaard, wat volgens haar ook temporeel niet kon omdat de tijdelijke maatschap pas later werd opgericht. De tweede schending bestaat er volgens de verzoekende partij in dat de opdracht werd gegund aan een niet-geselecteerde entiteit. Zij doet voorts afstand van haar kritiek met betrekking tot de opgeworpen schending van artikel 101, lid 1 VWEU en de kritiek inzake de economische eenheid die werd geformuleerd met betrekking tot dit middelonderdeel. Dat neemt volgens haar niet weg dat het huidig samengaan van zeven geselecteerde entiteiten ook vanuit mededingingsrechtelijke oogpunt vragen doet rijzen.

Beoordeling

74. In het auditorsverslag wordt het vijfde middel, in zijn drie onderdelen, ongegrond bevonden op grond van de volgende overwegingen:

“Eerste onderdeel

80. De verzoekende partij spreekt over ‘roofprijzen’ die werden aangeboden door de [eerste tussenkomende partij].

Uit de bespreking van het eerste en tweede onderdeel van het vierde middel is 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. In het gunningsverslag is uitvoerig uiteengezet waarom er geen aanwijzingen van abnormale prijzen waren voor wat betreft perceel 6. Daar er geen reden voorhanden is om te twijfelen aan de zorgvuldigheid van het gevoerde prijsonderzoek, wat heeft toegelaten om in het concrete geval het grote prijsverschil tussen de beide inschrijvers op perceel 6 niet aan te merken als abnormaal, behoort het niet tot de mogelijkheid om de Raad van State, die geen hogere beroepsinstantie is die het prijsonderzoek eens overdoet, tot het oordeel te brengen dat er sprake moet zijn van ‘abnormaal lage roofprijzen’^[...] die per definitie abnormale prijzen en dus ‘onwettige roofprijzen’ zijn.^[...]

De uitkomst van de beoordeling van het vierde middel verhindert dat tot een gegrondbevinding van het eerste middelonderdeel kan worden besloten. Daarbij wordt benadrukt dat de verzoekende partij zelf in de toelichting bij het middel de koppeling maakt met de vermeende gegrondheid van het vierde middel.

81. Geheel ten overvloede kan nog worden opgemerkt dat de verwerende partij met haar bestek een cap heeft gelegd op het aantal percelen dat een inschrijver kan binnenhalen, wat de vrije mededinging ten goede komt. Ook erkent de verzoekende partij dat wanneer te hoge prijzen worden aangeboden voor bepaalde percelen, de verwerende partij niet tot gunning overgaat, maar tot wel herbesteding, wat eveneens de vrije mededinging optimaliseert.

82. Het middelonderdeel is ongegrond.

Tweede onderdeel

83. In de toelichting bij het tweede middelonderdeel is te lezen:

‘Het lijkt geen twijfel dat [B.D.P.], in het bijzonder voor perceel 6 van de Opdracht, roofprijzen hanteerde. Dit leidt ertoe dat [G.C.] voor dit perceel in zijn offerte een onrealistische TCO-prijs voorstelde die de werkelijke kosten niet dient’.

Uit de beoordeling van het eerste middelonderdeel volgt dat niet kan worden aangenomen dat de [B.D.P.] heeft ingeschreven met ‘roofprijzen’.

84. In de memorie van wederantwoord wordt benadrukt dat wordt betwist dat het prijsonderzoek zorgvuldig is gebeurd.

Tot dergelijke vaststelling is in het vierde middel evenwel niet gekomen.

Derhalve gaat het middelonderdeel uit van een uitgangspunt dat niet wordt bijgetreden, waardoor het om die reden moet worden verworpen. Dienvolgens kan evenmin worden ingegaan op het verzoek tot aanstelling van een deskundige om de normaliteit van de prijszetting in de offerte van de [eerste tussenkomende partij] na te gaan.

85. Het middelonderdeel is ongegrond.

Derde onderdeel

86. De verzoekende partij erkent dat de “Tijdelijke Maatschap Hansea West 1” bestaat uit zeven geselecteerde ondernemingen.

87. Het bijzonder bestek bepaalt:

‘Voorafgaandelijk is De Lijn reeds overgegaan tot een kwalitatieve selectie van de inschrijvers op basis van de documenten en inlichtingen opgenomen

in de aankondiging van de opdracht en de selectieleidraad. De inschrijver heeft deze documenten reeds bijgevoegd bij zijn aanvraag tot deelneming.

De inschrijver dient door de aanbestedende entiteit geselecteerd te zijn om een offerte te mogen indienen. De inschrijver mag, mits voorafgaande toestemming van de aanbestedende entiteit, de samenstelling van zijn [combinatie wijzigen of een nieuwe combinatie creëren. Indien de wijziging/creatie wordt toegestaan, dient voor] elke niet-geselecteerde firma een correct UEA ingediend te worden.

Het feit dat de inschrijver geselecteerd is, ontslaat hem niet van de verplichting te blijven voldoen aan de uitsluitingsgronden en selectiecriteria, zoals bepaald in artikel 67 en volgende van het KB Plaatsing en in de gebeurlijke selectieleidraad.

De Lijn behoudt zich het recht voor om gedurende de opdracht op elk ogenblik de bij de selectie overhandigde documenten en attesten opnieuw op te vragen'. [...]

88. De vennootschappen die de [eerste tot en met zevende] tussenkomende partijen vormen, hebben op 29 augustus 2023 hun wens geacteerd om in het kader van de voorliggende opdracht een tijdelijke maatschap op te richten. Daartoe is beslist door de enige bestuurder van die vennootschappen. [...]

De offerte van de eerste tussenkomende partijen werd vervolgens ingediend als tijdelijke maatschap, [...] en die is aanvaard door de verwerende partij. Tevens kan de verwerende partij worden bijgevalen dat blijkt uit de besprekingen die door haar werden gevoerd, dat die plaatsvonden met 'Hanse', [...] wat bevestigt dat de offerte-indiening door de tijdelijke maatschap werd aanvaard.

De materiële misslag in het gunningsverslag waarbij werd gegund aan de [eerst tussenkomende partij] neemt niet weg dat de tijdelijke maatschap door de verwerende partij werd toegestaan en dat die werd uitgenodigd om offertes in te dienen.

89. De verzoekende partij maakt helemaal niet aannemelijk waarom het aanvaarden van de offerte van de tijdelijke maatschap een mededingingsbeperkende handeling inhoudt, in strijd met artikel 5, § 1, van de wet van 17 juni 2016 en artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Artikel 5, § 1, van de wet van 17 juni 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.

Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen'.

Artikel 101, lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie luidt:

'Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat

de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en met name die welke bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings bepalen van de aan- of verkoopprijzen of van andere contractuele voorwaarden;
- b) het beperken of controleren van de productie, de afzet, de technische ontwikkeling of de investeringen;
- c) het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen;
- d) het ten opzichte van handelspartners toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging;
- e) het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding

door de handelspartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten’.

De verwerende partij wijst op de mogelijkheid om combinaties van ondernemers te aanvaarden en dat voornoemd artikel 101, lid 1, te dezen niet toepasselijk is, omdat de deelgenoten van de tijdelijke maatschap behoren tot dezelfde groep. Op dat verweer repliceert de verzoekende partij niet. Er mag worden aangenomen dat de verzoekende partij weet dat de [eerste tot en met zevende] tussenkomende partijen geen concurrenten zijn en als een enkele economische eenheid moeten worden beschouwd. Artikel 101, lid 1, van het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie is dan ook niet toepasselijk op de casus. [Zie de Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, C/2023/4752 final.]

Daarbij komt dat in deze kritiek de verzoekende partij verwijst naar de ‘hogergenoemde wettigheidsbezwaren op het vlak van mededingingsbeperking die [zij] in het licht van huidig middel heeft opgeworpen’, terwijl de verzoekende partij geen onwettigheid heeft aangetoond.

90. De tijdelijke maatschap Mobile Partners en zijn deelgenoten hebben nooit voor dezelfde percelen twee offertes ingediend. Heeft een deelgenoot voor een bepaald perceel een offerte ingediend, dan heeft de tijdelijke maatschap dat niet gedaan.

91. Het middelonderdeel kan niet worden aangenomen.

Conclusie inzake het middel

92. Enige schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen is niet aangetoond.

[...]”

75. De verzoekende partij betwist deze conclusie.

In zoverre de verzoekende partij in haar laatste memorie wat het eerste onderdeel van het middel betreft benadrukt dat het auditoraatsverslag steunt op een verkeerde premisse, volstaat echter de vaststelling dat het vierde middel niet

gegrond werd bevonden. In de mate dat zij verwijst naar het persbericht van de BMA van 11 september 2024 gaat zij eraan voorbij dat de wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing van 17 januari 2024 dient te worden beoordeeld op het ogenblik van het nemen ervan.

Er is bijgevolg evenmin reden om aan te nemen dat de beoordeling in het auditoraatsverslag van het tweede onderdeel van het middel zou steunen op verkeerde premisses. Voor zover de verzoekende partij met het tweede onderdeel van het middel een nieuwe beoordeling van de Raad van State zou verwachten wat de door de eerste tussenkomende partij geboden TCO-prijs voor perceel 6 betreft en vraagt om een deskundige aan te stellen, valt op te merken dat het niet aan de Raad van State als wettigheidsrechter is om zelf – in de plaats van de verwerende partij – de ingediende offertes te onderzoeken en opnieuw te beoordelen. Er is dan ook geen reden tot aanstelling van een deskundige.

In zoverre de verzoekende partij wat het derde onderdeel betreft betwist dat de vermelding van de nv B.D.P. in het gunningsverslag louter een materiële misslag betreft, gaat zij voorbij aan de door de verwerende partij geboden verklaring dat de geselecteerde ondernemingen allen deel uitmaken van de groep Hansea en dat de andere vennootschappen dan de nv B.D.P. allen 100 % in haar eigendom zijn. In de mate dat de verzoekende partij doet gelden dat het louter indienen van een offerte en het voeren van onderhandelingen niet doen blijken van een voorafgaande toestemming zoals vermeld in het bestek, wordt vastgesteld dat de verwerende partij in de vragen en antwoorden bij het bestek heeft aangegeven dat de oprichting van een tijdelijk maatschap “uiterlijk bij indiening van de offerte [dient] aangegeven te worden”. Uit de vertrouwelijk stukken van het administratief dossier, waar de Raad acht op heeft kunnen slaan, blijkt ook dat de eerste tussenkomende partij in haar eerste offerte, die anders dan de verzoekende partij betoogt wel degelijk dateert van na de oprichting van de tijdelijke maatschap, aan deze voorwaarde heeft voldaan. De stukken inzake de oprichting van de Tijdelijke Maatschap Hansea West 1 blijken ook deel uit te maken van haar eerste offerte. De offerte werd aldus ingediend als tijdelijke maatschap van geselecteerde kandidaten en die is aanvaard door de verwerende partij.

Aldus faalt ook de kritiek van de verzoekende partij dat de opdracht zou zijn gegund aan een niet-geselecteerde entiteit.

Wat het derde onderdeel van het middel betreft, doet de verzoekende partij in haar laatste memorie afstand van haar kritiek met betrekking tot de opgeworpen schending van artikel 101, lid 1 VWEU en de kritiek inzake de economische eenheid en beperkt zij zich voor het overige tot het parafraseren van enkele argumenten ontwikkeld in het verzoekschrift en de verwijzing naar het lopende onderzoek van de BMA.

76. In die omstandigheden en na eigen onderzoek, ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het vijfde middel ongegrond.

Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

77. Een zesde middel is genomen uit de schending van artikel 6 van de wet van 17 juni 2016, artikel 4 van diezelfde wet, *juncto* de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 245, *juncto* artikel 314 van het Strafwetboek, artikel 153, 1°, *juncto* artikel 81, § 1 en § 3, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie.

De verzoekende partij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat de CEO van [de eerste tussenkomende partij] (c.q. [H.] Groep), [J.L.], de voorzittersfunctie bekleedt bij het ‘Federaal Comité Geregelde Diensten’ van de Belgische federatie van Autobus- en Autocarondernemers, die intensief met De Lijn heeft onderhandeld om het Bestek en de daarin vervatte opdrachtvoorwaarden van de huidige Opdracht vast te stellen. Zodoende kon [J.L.] als CEO van [H.], minstens indirect, een invloed uitoefenen bij de vormgeving van de huidige Opdracht, terwijl laatstgenoemde overduidelijk ook een financieel, economisch en persoonlijk belang heeft dat de deelopdrachten te dezen zoveel mogelijk aan [de eerste tussenkomende partij], c.q. [H.] worden gegund. Dit kan niet ernstig worden

betwist en tast de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de voorzitter van het Federaal Comité Geregelde Diensten onvermijdelijk aan.

Terwijl De Lijn er als aanbesteder net op moet toezien dat, ook tijdens de plaatsing van een overheidsopdracht, (zelfs iedere schijn van) belangenconflict wordt voorkomen, onderkend en opgelost, teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren. Er is te dezen evenwel geen enkele indicatie voorhanden dat De Lijn in dit verband mitigerende maatregelen zou hebben genomen.”

In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij op het feit dat het bestek geen vereisten bevat omtrent het bezitten van eigen stelplaatsen in de regio, evenals op het gegeven dat het vergroeningscriterium, dat de kern van de opdracht uitmaakt, slechts een score van 4 punten vertegenwoordigt. Het voorhanden zijn van een of meer objectieve elementen volstaat volgens haar om te concluderen dat de aanwezigheid van een belangenconflict de uiteindelijke beslissing kan hebben beïnvloed. Zodra dergelijke objectieve elementen worden aangevoerd, is er volgens haar sprake van een omkering van de bewijslast en staat het aan de aanbestedende entiteit om haar onpartijdigheid te bewijzen. Ook benadrukt zij dat een schijn van partijdigheid reeds voldoende is om tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing over te gaan. Te dezen is het risico op onpartijdigheid volgens de verzoekende partij meer dan aannemelijk. Noch uit de bestreden beslissing, noch uit de stukken van het administratief dossier blijkt volgens haar dat voldoende aandacht is besteed aan deze “nochtans markante belangenvermenging in hoofde van de CEO van [H.]”. Dit risico is volgens haar des te groter indien huidig verzoekschrift in zijn geheel wordt gelezen tezamen met de overige opgeworpen middelen.

78. In de memorie van wederantwoord stelt de verzoekende partij, in replek op de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van gebrek aan voldoende duidelijke uiteenzetting van het middel, dat het middel duidelijk en derhalve ontvankelijk is. Zij wijst erop dat het niet nodig is om onweerlegbare bewijzen van een belangenconflict te leveren, maar dat het aannemelijk maken van een risico op favoritisme volstaat. De verzoekende partij bekritiseert dat de verwerende partij en de eerste tussenkomende partij onvoldoende aandacht hebben besteed aan het mogelijke belangenconflict van J.L., CEO van H., tijdens het hele proces. Daarnaast merkt zij op dat enkele wijzigingen in de huidige aanbesteding, zoals het ontbreken van eisen voor regionale stelplaatsen, in het voordeel van de

eerste tussenkomende partij werken. De verzoekende partij benadrukt dat de verwerende partij geen verweer heeft geboden tegen deze bedenkingen, wat volgens haar wijst op een gebrek aan zorgvuldig bestuur.

79. In de laatste memorie erkent de verzoekende partij opnieuw dat zij geen concrete bewijzen kan voorleggen, maar herhaalt zij dat volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, de Raad van State en het Hof van Cassatie een plausibel risico op het bestaan van favoritisme voldoende is. Zij meent dat daaraan is voldaan. Zij herhaalt dat een schijn van partijdigheid reeds voldoende is om tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing over te gaan en dat het risico op favoritisme groter is indien huidig vernietigingsberoep in zijn geheel wordt opgevat samen met de overige grieven. Zij verwijst in dit verband ook naar het lopende onderzoek van de BMA. Nergens uit de bestreden beslissing of het verweer van de verwerende partij blijkt dat ook maar enige aandacht is besteed aan de potentiële belangenvermenging in hoofde van de CEO van H., hetgeen volgens haar allerm minst getuigt van zorgvuldig bestuur.

Beoordeling

80. In het auditoraatsverslag wordt het zesde middel ongegrond bevonden op grond van de volgende overwegingen:

“98. Artikel 6, § 1, van de wet van 17 juni 2016 luidt:

‘De aanbesteder treft de nodige maatregelen om tijdens de plaatsing en de uitvoering belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen, teneinde vertekening van de mededinging te vermijden en de gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren.

Het begrip belangenconflict beoogt ten minste iedere situatie waarin een bij de plaatsing of de uitvoering betrokken ambtenaar, openbare gezagsdrager of andere persoon die op welke wijze ook aan de aanbesteder verbonden is, met inbegrip van de namens de aanbesteder optredende aanbieder van aanvullende aankoopactiviteiten, alsook elke persoon die bij de plaatsing of op het resultaat ervan invloed kan hebben, direct of indirect, financiële, economische of andere persoonlijke belangen heeft die geacht kunnen worden hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de plaatsing of de uitvoering in het gedrang te brengen.

De Koning kan ook andere situaties benoemen als belangenconflicten’.

99. In het arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021 heeft de Raad van State overwogen (punt 18):

‘Voor zover de verzoekende partij in haar eerste middel, dat zoals reeds opgemerkt uitgaat van een verkeerd uitgangspunt, nog in fine wijst op het risico op manipulatie ten voordele van de gekozen inschrijver, omdat ‘niet [kan] worden uitgesloten dat de wijzigingen in het bestek zijn doorgevoerd op maat van Compass Group en met de bedoeling om de opdracht alsnog aan deze kandidaat te gunnen’, stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij –alleszins niet in haar eerste middel – overtuigende gegevens aanbrengt waaruit zou moeten blijken dat de gekozen inschrijver uit die wijzigingen enig voordeel zou kunnen halen, dat ook niet aan de verzoekende partij toeviel. Deze kan niet worden bijgevalen in haar repliek in haar laatste memorie dat dit bewijs niet relevant zou zijn; ook al kan met haar worden ingestemd dat een risico op manipulatie of favoritisme volstaat, dan nog dient dit minstens aannemelijk te worden gemaakt. Loutere beweringen en veronderstellingen volstaan daartoe niet’.

100. Ook al is duidelijk dat de verzoekende partij van oordeel is dat er een belangenconflict is opgetreden, en is het middel in die zin ontvankelijk waarbij wordt voorgehouden dat er in die omstandigheid een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen voorhanden is, moet de verzoekende partij om doel te treffen, aannemelijk maken dat er, sinds [J.L.] voorzitter van VRA-bus is, een risico op manipulatie of favoritisme bestaat, waarbij loutere beweringen en veronderstellingen daartoe niet volstaan.

Hoewel het duidelijk was voor de verzoekende partij dat [J.L.] de voorzitter was van VRA-bus en zij daaromtrent geen enkele vraag of opmerking heeft geformuleerd aan het begin van de plaatsingsprocedure, ontwikkelt zij haar vierde en vijfde middel op grond van de bevindingen die volgen uit de gunning van de opdracht en bouwt zij minstens gedeeltelijk het huidige middel op die eerdere middelen. Het risico op manipulatie of favoritisme kan door de verzoekende partij mogelijk pas aannemelijk worden gemaakt door kennis te hebben van het gunningsverslag en, in het algemeen, het verloop van de gunningsprocedure. Om die reden kan niet worden voorgehouden dat het om een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar gaat. Het belang bij het middel kan de verzoekende partij in die omstandigheid dan ook niet worden onzegd.

101. [J.L.] die CEO is van [H.], is sinds april 2022 voorzitter van VRA-bus die een gesprekspartner is van de verwerende partij in het kader van het algemene mobiliteitsbeleid.

Daarmee is het ‘plausibel risico op het bestaan van favoritisme’ ten aanzien van de [eerste tussenkomende partij] en de suggestie dat [J.L.] ‘in staat [was] om in concreto invloed uit te oefenen op het verloop van de plaatsingsprocedure’ – zoals de verzoekende partij het omschrijft – op geen enkele wijze wordt aangetoond. Nergens wordt aannemelijk gemaakt dat het bestek op maat van de [eerste tussenkomende partij] is opgesteld, laat staan dat is aangetoond dat [J.L.] dat in zijn hoedanigheid van voorzitter van VRA-bus heeft betracht. De verzoekende partij overstijgt met haar betoog dat het gebrek aan vereisten wat betreft de stelplaatsen en de beperkte score op het vergroeningscriterium dankzij de voorzitter van VRA-bus in het voordeel van de [eerste tussenkomende partij] speelden, de loutere beweringen en

veronderstellingen niet. Met de clauses van het bestek heeft de verwerende partij net getracht om de kmo's op rechtmatige wijze te bevoordelen.

102. Het is niet omdat er een risico op favoritisme kan bestaan, dat er een omkering van de bewijslast volgt. Uit het aangehaalde arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021 kan worden afgeleid dat dat risico aannemelijk moet worden gemaakt. Loutere beweringen en veronderstellingen volstaan niet. Een beweerd risico op manipulatie en/of ongelijke behandeling dient concreet te worden aangetoond, minstens moet het bevestiging kunnen vinden in het administratief dossier, waaraan in het voorliggende geval niet wordt beantwoord.

103. De verzoekende partij betoogt in het verzoekschrift:

‘Zoals hoger opgemerkt, is dit risico op onpartijdigheid op heden meer dan aannemelijk. Uit de stukken die De Lijn bezorgde in het kader van de plaatsingsprocedure, noch uit de bestreden beslissing, kan geenszins worden afgeleid dat voldoende aandacht is besteed aan deze nochtans markante belangenvermenging in hoofde van de CEO van [H.]. Dit risico is des te groter indien huidig verzoekschrift in zijn geheel wordt gelezen tezamen met de overige opgeworpen middelen, waaronder de dominante marktpositie waarover [de eerste tussenkomende partij] beschikt en die zij onmiskenbaar in het bijzonder ten opzichte van [de verzoekende partij] heeft misbruikt, zoals De Lijn duidelijk ook al was opgevallen’.

Hieruit blijkt dat de verzoekende partij van oordeel is dat het de verwerende partij toekomt om het bewijs te leveren van het feit dat er geen risico op favoritisme was. Die opvatting staat evenwel haaks op de leer die kan worden getrokken uit het arrest nr. 251.011 van 22 juni 2021, die inhoudt dat dat risico aannemelijk moet worden gemaakt, waarbij loutere beweringen en veronderstellingen niet volstaan. De verzoekende partij spreekt over een ‘markante belangenvermenging’, maar nergens uit het administratief dossier blijkt die. Er is geen enkele indicatie dat de contacten met VRA-bus, onder voorzitterschap van de heer [J.L.], de voorafgaande marktconsultatie oversteeg, zoals toegelaten door artikel 51 van de wet van 17 juni 2016, dat luidt:

‘De aanbestedende overheid mag vóór het aanvatten van een plaatsingsprocedure marktconsultaties houden met het oog op de voorbereiding van de plaatsing van de opdracht, alsook om de ondernemers op de hoogte te brengen van haar plannen en eisen.

Met dit doel mag de aanbestedende overheid bijvoorbeeld het advies van onafhankelijke deskundigen, private of publieke instellingen of van marktdeelnemers inwinnen of ontvangen.

De voorafgaande marktconsultaties mogen worden gebruikt bij de planning en het verloop van de plaatsingsprocedure, mits dit niet leidt tot een vervalsing van de mededinging en geen aanleiding geeft tot een schending van de beginselen van non-discriminatie en transparantie’.

Dat er een vervalsing van de mededinging is geschied of de beginselen van non-discriminatie en transparantie zijn geschonden, is in de voorliggende zaak geenszins aangetoond. Waar verzoekende partij verwijst naar de overige middelen waaruit het misbruik van marktdominantie door de [eerste tussenkomende partij] moet blijken, volstaat het erop te wijzen dat die middelen niet zijn bijgetreden.

104. Een schending van de in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen is niet aangetoond.
[...]"

81. De verzoekende partij betwist deze conclusie. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, heeft zij evenwel niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij beperkt zich immers in haar laatste memorie tot het parafraseren van de argumenten ontwikkeld in het verzoekschrift en de memorie van wederantwoord.

In de mate dat zij in haar laatste memorie ook met betrekking tot het zesde middel verwijst naar een lopend onderzoek van de BMA wordt in herinnering gebracht dat de wettigheid van de bestreden gunningsbeslissing van 17 januari 2024 dient te worden beoordeeld op het ogenblik van het nemen ervan.

82. In die omstandigheden en na eigen onderzoek, ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het zesde middel ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op zesentwintig september tweeduizend vijftientwintig, door de Raad van State, XlVe kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Geert Debersaques