



Vlaams
Parlement

stuk **37-C** (2011-2012) – Nr. 1
ingediend op 1 december 2011 (2011-2012)

Verslag

van het Rekenhof

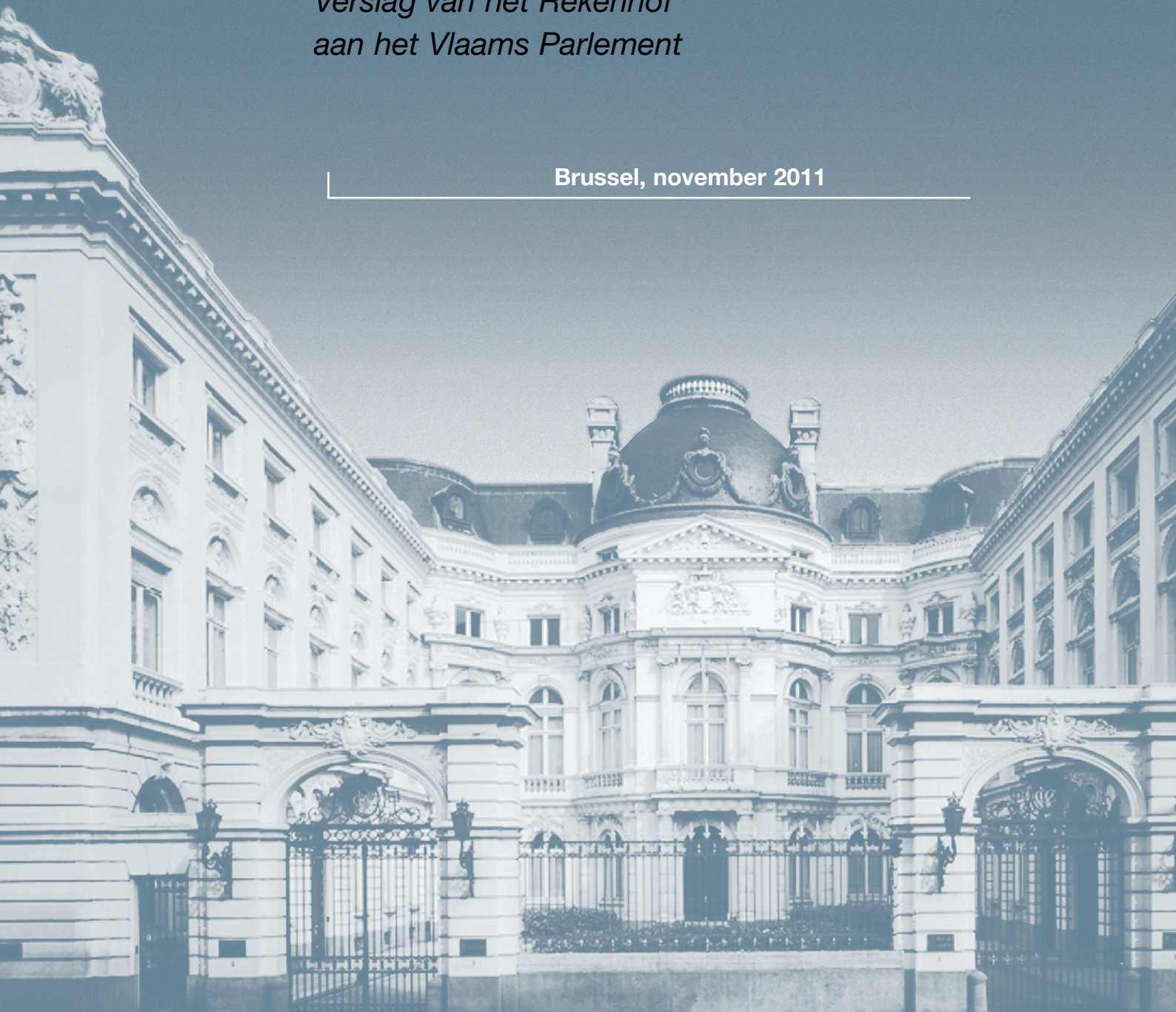
over de onderhandse aankoop van lagevloertrams
door de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn

R E K E N H O F

Onderhandse aankoop van lagevloertrams door de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn

*Verslag van het Rekenhof
aan het Vlaams Parlement*

Brussel, november 2011



REKENHOF

Onderhandse aankoop van lagevloertrams door de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn

*Verslag van het Rekenhof
aan het Vlaams Parlement*

Goedgekeurd in de
Nederlandse kamer van het Rekenhof
op 29 november 2011

Inhoud

Samenvatting	4
1 Inleiding	5
1.1 Kader en voorwerp van de audit.....	5
1.2 Onderzoeksvraag, normen en -methodiek	6
1.3 Procedure	6
1.4 Inhoud	6
2 Onderhandse gunning van lagevloertrams	8
2.1 Verloop van de Leveringen 255 en 261.....	8
2.2 Bijkomende onderhandse gunning geënt op Levering 255	11
2.2.1 Beslissing van de Vlaamse Regering	11
2.2.2 Wettigheid van de onderhandse gunning	12
2.2.3 Verhaalmogelijkheden van De Lijn	15
2.3 Conclusies	17
3 Planning en voorbereiding van Levering 261	18
3.1 Tijdige gunning en bestelling	18
3.2 Besluitvorming	18
3.3 Informatieverstrekking over en controle op alternatieve financieringen	19
3.4 Gevolgen	20
3.5 Conclusies	20
4 Algemene conclusies	22
5 Aanbevelingen	23
6 Reactie van de minister	24
Bijlage: Antwoord van de Vlaamse minister van Mobiliteit	26

Samenvatting

De Vlaamse Vervoermaatschappij - De Lijn dient regelmatig nieuwe trams aan te kopen ter vervanging van verouderde tramstellen. Zij moet deze aankopen volgens de Europese en nationale voorschriften inzake overheidsopdrachten altijd met een ruime mededinging organiseren.

Om het vereiste vervangingsritme van verouderde trams te kunnen aanhouden, had De Lijn uiterlijk in 2007 een nieuwe leveringsopdracht, Levering 261, moeten gunnen en een eerste lot trams van die levering bestellen. Zij had daarvoor in 2004 de opmaak van een lastenboek aangevat. Op 16 februari 2007 besliste de Vlaamse Regering de investeringen in, onder meer, rollend materieel van De Lijn met alternatieve financiering te realiseren. Ten gevolge van deze beslissing heeft De Lijn het gunningsdossier voor Levering 261 tijdelijk stilgelegd en startte zij een juridisch en economisch onderzoek naar de alternatieve financiering van deze levering. Omdat Levering 261 hierdoor aanzienlijke vertraging had opgelopen – de gunningsprocedure voor deze levering was bij het afsluiten van deze audit nog steeds lopende – werd in 2009 op het beëindigd leveringscontract 255 een achtste lot van dertien trams geënt en besteld voor een geraamd bedrag van 32,6 miljoen euro.

Het Rekenhof stelde vast dat de Vlaamse Regering noch De Lijn voorafgaand aan de beslissing tot alternatieve financiering van het rollend materieel, een kosten-batenanalyse heeft uitgevoerd van de keuze voor alternatieve financiering. Zij stelden evenmin een risicoanalyse op, die de risico's inschatte van de alternatieve financieringsvorm. Zij gingen ten slotte niet uit van een realistische planning en timing voor de realisatie van Levering 261 met alternatieve financiering.

Dit alles heeft de Vlaamse Regering en De Lijn ertoe geleid buiten elke vorm van mededinging en in strijd met de overheidsopdrachtenregeling een leveringsopdracht van 32,6 miljoen euro toe te wijzen aan de constructeur van een voorgaande tramlevering.

De belangrijke onderhandse uitbreiding van Levering 255 na de gunning van deze opdracht gaat ook in tegen het EU-recht, aangezien zij het gelijkheids- en mededingingsbeginsel, fundament van het overheidsopdrachtenrecht, in gevaar brengt.

In haar antwoord van 7 oktober 2011 stelde de minister van Mobiliteit dat De Lijn gemotiveerd gebruik heeft gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Het Rekenhof blijft bij zijn standpunt dat de opdracht is gegund in strijd met de overheidsopdrachtenregeling.

1 Inleiding

1.1 Kader en voorwerp van de audit

De VVM - De Lijn dient op regelmatige basis nieuwe trams aan te kopen voor de steden Gent en Antwerpen ter vervanging van verouderde PCC-tramstellen¹. Overeenkomstig de Europese en nationale overheidsopdrachtenregelgeving moet zij voor deze aankopen altijd een ruime mededinging organiseren.

In de periode 1997-2006 heeft de VVM - De Lijn met de leveringen 252 en 255 in totaal 112 trams besteld, bestemd voor de steden Gent en Antwerpen en voor de kust. De levering van de trams vond plaats in de periode 1999-2007:

- *Levering 252*,
omvattende de aankoop van 45 lagevloertrams met grote capaciteit, verdeeld over vijf loten: 31 trams voor Antwerpen en 14 trams voor Gent. De trams werden besteld in de periode 1997-2000 en geleverd in de periode 1999-2002.
- *Levering 255*,
omvattende de aankoop van 67 lagevloertrams met grote capaciteit, verdeeld over zeven loten: 34 trams voor Antwerpen, 21 trams voor Gent en 12 trams voor de kust. De trams werden besteld in de periode 2001-2006 en geleverd in de periode 2004-2007.

Bovendien plant de VVM sinds 2004 een nieuwe levering:

- *Levering 261*,
omvattende de aanschaffing van maximaal 88 (aanvankelijk: 98) lagevloertrams met grote capaciteit.

Omdat Levering 261 aanzienlijke vertraging opliep door het juridische en economische onderzoek naar de alternatieve financiering ervan, werd in 2009 op leveringscontract 255 een achtste lot van dertien trams geënt en besteld. Deze bestelling, voor een geraamd bedrag van 32,6 miljoen euro, vond plaats buiten elke vorm van mededinging.

De onderhandse gunning van dit achtste lot van dertien trams was het onderwerp van een rechtmatigheidsonderzoek van het Rekenhof.

¹ PCC is de afkorting voor *Presidents' Conference Committee-Car* en verwijst naar een conferentie in 1929 van de CEO's van verschillende Amerikaanse trambedrijven over de toekomst van de tram. Zij besloten een moderne standaardtram te bouwen om de strijd tegen de oprukkende auto en bus aan te kunnen. De Belgische fabrikant van rollend materieel La Brugeoise et Nivelles (BN) in Brugge, nu onderdeel van Bombardier Transportation, bouwde samen met ACEC (Ateliers de Constructions Electriques de Charleroi) na de Tweede Wereldoorlog PCC-trams voor de Europese markt.

1.2 Onderzoeksvraag, normen en -methodiek

Het Rekenhof onderzocht of de aankoop buiten beroep op de mededinging van dertien lagevloertrams voor een totaal bedrag van 32,6 miljoen euro, geënt op Levering 255, op rechtmatige wijze geschiedde. Het heeft daarbij de volgende normen gehanteerd:

- de Europese en Belgische regelgeving op de overheidsopdrachten, in het bijzonder artikel 40, derde lid, e, van richtlijn 2004/17/EG, en het corresponderende artikel 39, §2, 3°, a, van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993;
- de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State over de toepassingsvoorwaarden van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking;
- de rechtspraak van het Hof van Justitie over de mogelijkheid een overheidsopdracht uit te breiden tijdens haar uitvoering;
- de aanbevelingen uit het auditverslag van het Rekenhof over publiek-private samenwerking bij de Vlaamse overheid²;
- de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de verplichting tot deugdelijke en zorgvuldige besluitvorming.

Het onderzoek steunde op documenten³, mailverkeer, schriftelijk beantwoorde vragen(lijsten) en een interview.

1.3 Procedure

Het Rekenhof kondigde zijn audit op 11 januari 2011 aan bij de voorzitter van het Vlaams Parlement, de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken en de directeur-generaal en de voorzitter van de raad van bestuur van de VVM - De Lijn.

In het kader van de tegensprekelijke procedure heeft het Rekenhof het voorontwerp van verslag op 21 juni 2011 voorgelegd aan de directeur-generaal van de VVM - De Lijn. Het heeft de commentaar van De Lijn, bij brief van 27 juli 2011, verwerkt in het ontwerpverslag dat het op 23 augustus 2011 heeft voorgelegd aan de Vlaamse minister van Mobiliteit en Openbare Werken. Het antwoord van de minister, van 7 oktober 2011, is als bijlage opgenomen en wordt toegelicht in hoofdstuk 6.

1.4 Inhoud

Hoofdstuk 2 geeft de resultaten weer van het onderzoek naar de rechtmatigheid van de aankoop buiten beroep op de mededinging van de

² Stuk 37-A (2008-2009) – Nr.1.

³ Inzonderheid de besluiten van de Vlaamse Regering van 16 februari 2007 en 11 december 2009 en de aan deze besluiten voorafgaande nota's van de Vlaamse minister van Mobiliteit aan de Vlaamse Regering en hun bijlagen.

dertien lagevloertrams middels een uitbreiding van Levering 255. Hoofdstuk 3 gaat in op de aanleiding van de onderhandse toewijzing, meer bepaald de voorbereiding van Levering 261, de opvolger van Levering 255. De hoofdstukken 4 en 5 bevatten respectievelijk de belangrijkste conclusies en de aanbevelingen van het Rekenhof. Hoofdstuk 6 vat de reactie van de Vlaamse minister van Mobiliteit samen en bevat enkele nabeschouwingen van het Rekenhof.

2 Onderhandse gunning van lagevloertrams

2.1 Verloop van de Leveringen 255 en 261

Levering 255

Tramlevering 255 omvatte vijf loten en was uitbreidbaar met twee loten. De vijf basisloten en één bijkomend lot (lot 7) lieten de VVM toe gedurende de periode 2001-2006 trambestellingen te plaatsen en aan te rekenen op haar kapitaalsubsidies en eigen investeringen. Het andere bijkomende lot (lot 6) gebruikte de VVM om tien trams op de budgetten van de BAM (Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel) aan te kopen in het kader van het *minder hinder-plan*.

Om het vervangingsritme van verouderde trams te kunnen aanhouden, diende de VVM uiterlijk in 2007 een nieuwe overeenkomst (Levering 261) te gunnen en een eerste lot van de nieuwe overeenkomst te bestellen. Levering 261 zou 98 trams omvatten: 60 met kapitaalsubsidies en eigen investeringen gefinancierde trams en 38 met BAM-budgetten gefinancierde trams. De VVM vatte daarvoor in 2004 de opmaak van een nieuw lastenboek aan.

In 2006 werd duidelijk dat de VVM de bestelling van het aantal BAM-trams diende uit te stellen en te verminderen tot 21 wegens vertraging bij de uitbreiding van het Antwerpse tramnet. De VVM nam op grond van de voorziene realisatiedata van de netuitbreiding 6 trams op in het eerste lot en 15 trams in het vijfde lot van de Levering 261. Zij verschoof 17 trams naar een volgend dossier.

Beslissing van de Vlaamse Regering van 16 februari 2007

Op 16 februari 2007 besliste de Vlaamse Regering in middelen te voorzien ter uitvoering van de investeringen met alternatieve financiering in, onder meer, rollend materieel. Deze middelen zouden de vorm aannemen van beschikbaarheidsvergoedingen, die de VVM zou betalen aan (privé-)partners die hun voertuigen ter beschikking zouden stellen⁴.

⁴ De nota aan de Vlaamse Regering voorafgaand aan de beslissing van 16 februari 2007 over de alternatieve financiering van de investeringen van De Lijn en de oprichting van de nv Lijninvest (VR/2007/1602/DOC.0150) vermeldt dat ook voor de investeringen in nieuwe voertuigen (in casu trams en bussen) wordt gezocht naar alternatieve financiering, maar dan eerder via klassieke operationele lease-formules.

In de nota aan de Vlaamse Regering⁵ formuleerde de Vlaamse minister van Mobiliteit de noodzaak voor de alternatieve financiering van o.a. de aankoop van trams met de volgende argumenten:

- De raad van bestuur van De Lijn vestigde er begin 2006 de aandacht van de Vlaamse Regering op dat het geplafonneerde investeringsbedrag uit de meerjarenbegroting niet volstond om aan de dringende investeringsbehoeften te voldoen⁶.
- Op het politiek begrotingsoverleg werd voorgesteld te onderzoeken of met creatieve methodes bijkomende investeringsmiddelen voor het openbaar vervoer konden worden vrijgemaakt.
- De nodige structuren voor de alternatieve financiering zouden in grote mate analoog zijn aan die welke de Vlaamse Regering onderzocht en oprichtte voor alternatieve financiering in andere sectoren, zoals Openbare Werken, Zorg, Onderwijs en Sociale Huisvesting.

Ten gevolge van deze beslissing heeft De Lijn het gunningsdossier voor Levering 261 tijdelijk stilgelegd om de alternatieve financiering voor het rollend materieel te onderzoeken. Daartoe vond overleg plaats met verschillende leveranciers van rollend materieel (bus en tram), aannemers van het onderhoud van rollend materieel en financiële instellingen.

De raad van bestuur besliste op 16 juli 2008 het bestek voor Levering 261 aan te passen. Hij vroeg een prijsopgave voor de basisversie *gewone huur over 20 jaren* en de variante *aankoop op kapitaalsubsidies*. De beslissing stelde het aantal te verwerven trams nogmaals bij naar 88 trams: 50 met de beschikbaarheidsvergoedingen van het Vlaams Gewest gefinancierde trams en 38 door de BAM gefinancierde trams. De vertragingen in het dossier maakten het aangewezen alle 38 overblijvende BAM-trams weer in het dossier op te nemen.

De VVM publiceerde de promotieopdracht voor de verhuur van trams in het Bulletin der Aanbestedingen op 12 augustus 2008 en in het Europees Publicatieblad op 13 augustus 2008. Hij startte in augustus 2008 ook de opmaak van een bestek voor huur met aankoop als variante. Op 13 oktober 2008 opende de VVM vijf kandidaatstellingen. Op 21 januari 2009 besliste de raad van bestuur deze kandidaatstellingen te aanvaarden.

Beslissing van de Vlaamse Regering van 15 mei 2009

Op 15 mei 2009 besliste de Vlaamse Regering dat De Lijn 21 trams voor de openbare vervoerprojecten uit de eerste fase van het Masterplan Antwerpen (voorheen BAM-trams) zou aankopen. Zij ging voor de be-

⁵ VR/2007/1602/DOC 015.

⁶ Op 30 juni 2006 werd deze problematiek verder besproken in een ontmoeting tussen de raad van bestuur van De Lijn, de minister-president en de Vlaamse ministers van Begroting en van Mobiliteit.

trokken 21 trams dus uit van een aankoop, en niet (meer) van een eventuele huur op lange termijn.

Deze beslissing vereiste een herbepaling van de opdracht. De raad van bestuur besliste daarom op 29 juli 2009 bijkomende gegadigden de mogelijkheid te bieden zich kandidaat te stellen. Door de gewijzigde aankondiging ontving De Lijn op 13 november 2009 nog een bijkomende kandidaatstelling. Op 3 februari 2010 aanvaardde de raad van bestuur deze kandidaatstelling.

Op 24 februari 2010 keurde de raad van bestuur het bestek voor Levering 261 goed. Na een laatste technische controle bezorgde De Lijn het bestek op 9 april 2010 aan de zes geselecteerde kandidaten. Bij de afsluiting van de audit liep de gunningsprocedure nog. Als de raad van bestuur van de VVM de gunningsbeslissing in december 2011 goedkeurt en de overheidsopdracht begin 2012 kan sluiten, meent De Lijn dat de levering van 88 lagevloertrams kan plaatsvinden in de periode van augustus 2014 tot december 2018.

De onderstaande tabellen vatten de evolutie en samenstelling van bestelling 261 samen.

Tabel 1: Evolutie Levering 261

Tijdslijn	Aantal trams	financiering
Bij de aanvang in 2004	98 trams	60 door De Lijn 38 door de BAM
In de loop van 2006	81 trams	60 door De Lijn 21 door de BAM
raad van bestuur 16 juli 2008	88 trams	50 door De Lijn 38 door de BAM

Tabel 2: Huidige samenstelling Levering 261

Loten/schijven	Financiering
21 BAM-trams	die De Lijn met begrotingallocatie ME4104B met zekerheid zal aankopen
67 trams	die De Lijn zal huren (basisstructuur) of kopen (alternatieve structuur)
• 30 trams	met zekerheid
• 37 trams	onder de opschortende voorwaarde dat de VVM daarvoor de financiële middelen zal bekomen ⁷

⁷ Het Vlaams Gewest legde beschikbaarheidsvergoedingen vast voor slechts 30 trams. Bovendien legde het beschikbaarheidsvergoedingen voor openbaar vervoerprojecten eerste fase Masterplan vast voor slechts 21 BAM-trams. Om die reden deelt De Lijn de opdracht op in 51 trams die zij zeker zal bestellen en 37 trams die zij zal bestellen als zij daarvoor de middelen verwerft.

2.2 Bijkomende onderhandse gunning geënt op Levering 255

2.2.1 Beslissing van de Vlaamse Regering

De nagestreefde alternatieve financieringswijze en de daarop volgende herbepaling van de leveringsopdracht hebben de gunning van Levering 261 sterk vertraagd. Daarom heeft de Vlaamse Regering op 11 december 2009 een bedrag van 32,6 miljoen euro vastgelegd voor de aankoop van dertien lagevloerpooltrams⁸ door De Lijn⁹. De bestelling van deze trams geschiedde buiten elke mededinging op grond van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met het consortium dat instond voor Levering 255. Te dien einde werd Levering 255 uitgebreid met een achtste lot.

Omdat de leverancier de productielijnen voor leveringsopdracht 255 al jaren had ontmanteld, eiste hij voor de heropstart een vergoeding van 1,82 miljoen euro. Onderhandelingen brachten deze vergoeding terug tot 1,49 miljoen euro.

Uiteindelijk bedroeg de kostprijs van het achtste lot per tram 2,39 miljoen euro:

Tabel 3: kostprijs per tram

basisprijs per tram in het bestek voor Levering 255	1.907.000,00 euro
aanpassingen na bestek 255	46.372,94 euro
prijsindexatie sinds het bestek voor Levering 255	438.118,41 euro
Totale kostprijs per tram	2.391.491,35 euro

De heropstartkosten inbegrepen, zal de totale kostprijs voor de onderhandse uitbreiding van Levering 255 met dertien trams dus afgerond 32,6 miljoen euro bedragen. Daarbij komen nog enkele eigen leveringen van De Lijn¹⁰, geraamd op 2.000 euro per tram of in het totaal 26.000 euro.

Wegens de vertraging van Levering 261 door het juridische en economische onderzoek van de alternatieve financiering en de dringende noodzaak tot vervanging van PCC-trams, stelde de directeur-generaal van de VVM in zijn nota van 7 oktober 2009 aan de raad van bestuur voor der-

⁸ Met het systeem van *pooltrams* tracht De Lijn de tramcapaciteit optimaal te benutten door trams tijdens de zomervakantie in te zetten aan de kust en tijdens de rest van het jaar in Gent en Antwerpen.

⁹ Ten laste van programma ME B.A. 61.02 van de begroting 2009 van de Vlaamse Gemeenschap. Een belangrijke informatiebron vormen de nota aan de Vlaamse Regering (VR/2009/1112/DOC.1514) en zijn diverse bijlagen voorafgaand aan de beslissing van de Vlaamse Regering van 11 december 2009 houdende de beslissing tot onderhandse aankoop van de dertien lagevloertrams.

¹⁰ Bijkomende lijnfilmen voor de kust, bepaalde stekkers, enz.

tien bijkomende voertuigen aan te schaffen door de uitbreiding van Levering 255 met een achtste lot; waar origineel was voorzien dat de trams van Levering 261 zouden worden geleverd vanaf 2009, *zullen deze trams volgens de huidige status van dit dossier ten vroegste in 2010 besteld worden en ten vroegste vanaf einde 2012 geleverd worden.*

Ook de gemotiveerde beslissing van toewijzing van de raad van bestuur van De Lijn van 18 november 2009 gaf als redenen voor de onderhandse toewijzing van de dertien lagevloertrams op dat de bestaande PCC-trams niet meer veilig in bedrijf konden worden gehouden zonder belangrijke investeringen en dat de levering van nieuwe voertuigen *binnen een leasingovereenkomst aanzienlijke vertraging* had opgelopen.

De Vlaamse minister van Mobiliteit schreef in haar nota aan de Vlaamse Regering, die de beslissing van 11 december 2009 voorafging, dat de bestekken van Levering 261 zo werden aangepast dat een groot gedeelte van deze levering op alternatieve wijze zou worden gefinancierd. Zij verwachtte dat de levering daardoor na de offertefase en de onderhandelingen niet voor eind 2010 zou kunnen worden toegewezen en dat de eerste voertuigen pas eind 2012 zouden worden geleverd. Wegens de dringende noodzaak van vervanging van de PCC-trams stelde de minister dan ook voor Levering 255 met een achtste lot uit te breiden.

2.2.2 Wettigheid van de onderhandse gunning

De Lijn rechtvaardigt de onderhandse gunning van het achtste lot bij Levering 255 door te verwijzen naar artikel 39, §2, 3°, a, van de overheidsopdrachtenwet 1993. Dat artikel staat gunning bij onderhandelingsprocedure toe zonder naleving van de bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure wanneer [...] door de oorspronkelijke leverancier bijkomende leveringen te doen zijn, die bestemd zijn voor de gedeeltelijke vernieuwing van de leveringen of de installaties voor gewoon gebruik, of voor de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties, wanneer bij verandering van leverancier de aanbestedende overheid zich verplicht zou zien ander materieel aan te schaffen met verschillende technische eigenschappen die een onverenigbaarheid zouden teweegbrengen of tot buitenmaatse moeilijkheden zouden leiden inzake gebruik en onderhoud.

In reactie op de opmerking van het Rekenhof dat de Vlaamse Regering noch De Lijn heeft aangetoond dat de aanschaf van andere trams een onverenigbaarheid zou teweegbrengen of tot buitenmaatse gebruiks- en onderhoudsmoeilijkheden zou leiden, wat de noodzakelijke voorwaarde is voor de toepasselijkheid van artikel 39, §2, 3°, a, van de overheidsop-

drachtenwet 1993¹¹, stelde De Lijn¹² *dat een nieuw type tram de aanschaf van bijkomende relaisstukken en kalibers zou vereisen, alsmede aparte stocks van wisselstukken en bijkomende opleiding van chauffeurs en technici en dat de levering van een beperkt aantal trams noodzakelijk, doch enkel zinvol is indien het de levering betreft van bijkomende trams van een tramtype dat reeds in dienst is bij De Lijn*. De Lijn stelde dat ze deze argumentatie kan staven door meer gedetailleerde kostprijs- en technische analyses.

Het Rekenhof heeft De Lijn hierop verzocht de gedateerde interne (financiële) nota's over te zenden waarop de raad van bestuur van 18 november 2009 zich heeft gebaseerd om een beroep op artikel 39, §2, 3°, a, van de overheidsopdrachtenwet te rechtvaardigen. De Lijn heeft deze stavingstukken niet overgezonden¹³.

Het Rekenhof merkt op dat de werkelijke reden voor de onderhandse toekenning van de dertien lagevloertrams de vertraging van Levering 261 door de nagestreefde alternatieve financieringswijze was, met de resulterende doorkruising van het oorspronkelijk voorziene vervangingsritme van de trams. Dat blijkt ondubbelzinnig uit de bovengenoemde nota's van de directeur-generaal van De Lijn en de Vlaamse minister van Mobiliteit (zie punt 2.2.1). Een dergelijke hypothese – *in casu* het beroep op de uitzonderingsprocedure die de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wel degelijk is, omdat door een dralende besluitvorming een tijdige levering van trams via normale gunningsprocedures onmogelijk was geworden – is echter niet opgenomen in de hypothesen opgesomd in artikel 39, §2, van de overheidsopdrachtenwet 1993. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie dat hoogdringendheid niet als verantwoording kan worden ingeroepen wanneer deze hoogdringend-

¹¹ Zie D. D'Hooghe (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, nr. 439 e.v. en voetnoot 133: *[Deze hypothese] dient uiteraard te worden bewezen*. D'Hooghe verwijst naar het arrest van het Hof van Justitie van 8 april 2008 over de onderhandse aankoop van Agusta-helikopters door Italië. Het Hof overwoog o.m. dat wie zich op een afwijking wil beroepen, moet bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die deze afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan. In casu toonde de Italiaanse Republiek volgens het Hof niet aan waarom alleen de Agusta-helikopters de vereiste bijzondere technische kenmerken hadden. Zij toonde meer bepaald niet aan *in hoeverre een verandering van leverancier haar zou hebben gedwongen tot de aankoop van volgens een andere techniek vervaardigd materieel en dat dit tot incompatibiliteit of onevenredige technische moeilijkheden bij het gebruik of het onderhoud zou leiden* (rechtsoverwegingen 57 tot 60).

¹² Brief van 27 juli 2011 van De Lijn aan het Rekenhof. De aangehaalde passage staat ook in de nota van 7 oktober 2009 van de directeur-generaal van de VVM aan de raad van bestuur.

¹³ De Lijn heeft het Rekenhof op 2 augustus 2011 een op dezelfde datum opgesteld document overgezonden, waaruit moet blijken dat de meerprijs bij marktraadpleging voor de aankoop van het achtste lot trams niet minder dan 30% zou zijn geweest. Het Rekenhof formuleert het nodige voorbehoud met betrekking tot deze *post factum* opgestelde rechtvaardigingsnota.

heid voortvloeit uit handelen of nalaten van de aanbestedende overheid zelf¹⁴.

In dit verband verwijst het Rekenhof ook naar de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie houdende strikte en beperkende interpretatie van de afwijkingen van de voorschriften die de doeltreffendheid van de door het EU-Verdrag op het gebied van de overheidsopdrachten toegekende rechten beogen te verzekeren¹⁵.

Ten slotte betekent de uitbreiding van Levering 255 (oorspronkelijk 67 lagevloertrams) met 13 trams een wezenlijke contractwijziging die het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet bedoelden. Immers, de bijkomende opdracht vermeerderd het oorspronkelijke contract met 19,4%¹⁶. *Financieel* is dat percentage nog licht hoger (19,9%), rekening houdend met de meerprijs die voortvloeit uit de prijsaanpassingen voor het achtste lot trams (46.372,94 euro per tram)¹⁷. Volgens De Lijn, in de brief van 27 juli 2011 aan het Rekenhof, houdt de bestelling van het achtste op Levering 255 geënte lot trams geen *wezenlijke wijziging* van een bestaande overeenkomst in, maar gaat het om de gunning van een nieuwe opdracht via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Volgens De Lijn moet de motivering van de bestelling bijgevolg worden getoetst aan het voldoen aan de voorwaarden van het artikel 39, §2, 3°, a, van de overheidsopdrachtenwet 1993 (wat het eerste gedeelte van punt 2.2.2 van dit verslag behandelt) en niet aan de criteria vermeld in het Presetext-arrest.

¹⁴ Zaak 194/88 R, Europese Commissie/Italië, punt 17; zaak C-24/91, Europese Commissie/Spanje, punten 14-15; zaak C-107/92, Europese Commissie/Italië; zaak C-328/92, Europese Commissie/Spanje, punt 18; zaak C-318/94, Europese Commissie/Duitsland, punten 14-19; zaak C-385/02, Europese Commissie/Italië, punten 26-29; zaak C-394/02, Europese Commissie/Griekenland, punten 32 en 40-46. Zie verder D. D'Hooghe (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, nr. 405 e.v.

¹⁵ Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie: zaak 199/85, Europese commissie/Italië, inzonderheid punt 14 en conclusies van de advocaat generaal; zaak C-328/92, Europese commissie/Spanje, punten 15-16; zaak C-324/93, Evans Medical, punt 48; zaak C-318/94, Europese commissie/Duitsland, punt 13; gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Europese commissie/Duitsland, punt 58; zaak C-385/02, Europese commissie/Italië, punt 19 en conclusies van de advocaat generaal, punt 30; zaak C-340/02, Europese commissie/Frankrijk, punt 38; zaak C-126/03, Europese commissie/Duitsland; zaak C-84/03, Europese commissie/Spanje; zaak C-394/02, Europese commissie/Griekenland, punt 33; zaak C-337/05, Europese commissie/Italië, punten 57-58; zaak C-157/06; Europese commissie/Italië, punt 23.

¹⁶ In aantallen trams.

¹⁷ Het aankoopbedrag van 67 trams (67 x 1.907.000,00 euro of) is 127.769.000,00 euro. Het aankoopbedrag van dertien bijkomende trams aan niet-geïndexeerde aankoopprijs en het niet-geïndexeerde bedrag van de aanpassing is [(13 x 1.907.000,00 euro) + (13 x 46.372,94 euro)] of 25.393.848,22 euro. $100/127.769.000 \times 153.162.848,22 = 19,9\%$.

Onder verwijzing naar de rechtsleer heeft het Rekenhof twijfels omtrent de juridische draagkracht van deze argumentatie¹⁸. Het Hof van Justitie heeft op principiële wijze geoordeeld dat de plicht tot eerbiediging van het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers op een overheidsopdracht en het transparantiebeginsel zich niet beperken tot de gunningsfase, maar ook in acht dienen te worden genomen tijdens de uitvoeringsfase¹⁹. Het is van oordeel dat een wezenlijke wijziging van een gegunde opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe overheidsopdracht uitmaakt, waarvoor een nieuwe gunningsprocedure dient te worden uitgeschreven²⁰. De uitbreiding van Levering 255 met de onderhandse toewijzing van dertien lagevloertrams knelt bijgevolg met de basisprincipes van gelijkheid en mededinging.

2.2.3 Verhaalmogelijkheden van De Lijn

De leverancier van Levering 255, bij wie het achtste lot trams werd besteld, heeft t.o.v. het basisbestek van Levering 255 belangrijke bijkomende aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationclausules kunnen bedingen, die in strijd zijn met de algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)²¹ en die de verhaalmogelijkheden van De Lijn bij slechte of laattijdige uitvoering sterk beperken. Zo heeft de leverancier kunnen bedingen dat:

- de volledige aansprakelijkheid van de leverancier voor en in verband met het contract om gelijk welke rechtsredenen (inclusief alle aanspraken, contractuele boetes en forfaitaire schadevergoeding)

¹⁸ A.L. Durviaux, "La négociation des contrats publics en cours d'exécution et le droit communautaire", in: *Jaarboek Overheidsopdrachten 2010/2011*, EBP, Brussel, 2011, pp. 935-952.

¹⁹ Arrest van 19 juni 2008 in de zaak Presstext Nachrichtenagentur. Zaak C-454/06. Zie inzonderheid de randnummers 34 tot 37 van dit arrest. Zie over dit mijlpaalarrest het in vorige voetnoot vermelde artikel van A. L. Durviaux, evenals K. WAUTERS en K. MAN, "De wijzigingen van overheidsopdrachten en andere overeenkomsten: een Europees sausje?", *Cahiers de Droit Public/Publiekrechtelijke Kronieken* 2010, nr. 2, pp. 142-158. Het arrest Presstext werd bevestigd door navolgende rechtspraak van het Hof van Justitie: H.v.J., arrest van 29 april 2010, Europese Commissie tegen Duitsland, zaak C-160/08, overweging 99 e.v.; H.v.J., arrest van 13 april 2010, Wall A.G., zaak C-91/08, overweging 37 e.v.; H.v.J., arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller, zaak C-451/08, overweging 79 e.v.; H.v.J., arrest van 4 juni 2009, Europese Commissie tegen Griekenland, zaak C-250/07, overweging 52. Zie ook het verslag van het Rekenhof over het wegwerken van gevaarlijke punten en wegvakken in Vlaanderen (Vlaams Parlement, Stuk 37-J (2010-2011) – Nr. 1, pp. 16-18 en pp. 30-31).

²⁰ Het arrest Presstext Nachrichtenagentur (randnummer 37) verklaart voor recht dat een wijziging aan een basisovereenkomst als wezenlijk moet worden beschouwd als zij *het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld*. In dat geval moet voor de wijziging aan de basisopdracht weer een beroep worden gedaan op mededinging.

²¹ Inzonderheid de volgende artikelen van de AAV: 16, §1, tweede lid; 16, §2, 1°; 19; 20 en 66, §1. Daarbuiten kan a fortiori worden verwezen naar artikel 2, 2° van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, waarvan de AAV de bijlage vormen.

maximaal 25% van de netto contractwaarde voor de bestelling bedraagt;

- de aansprakelijkheid van de leverancier voor indirecte schade en gevolgschade, meer bepaald bedrijfsonderbreking, verlies van omzet en winst, verlies van orders, is uitgesloten, tenzij de opdrachtnemer in grove nalatigheid of met opzet heeft gehandeld;
- schadevergoedingsclaims, contractuele boetes en forfaitaire schadevergoeding ingeval de betrouwbaarheidswaarden niet worden bereikt, uitgesloten zijn;
- uitsluitend een forfaitaire schadevergoeding wordt aanvaard voor laattijdige levering overeenkomstig artikel 15.1 voor systematische gebreken bij het einde van de waarborgperiode overeenkomstig artikel 16.4.4 en voor de immobilisatieduur overeenkomstig artikel 16.6 en dat andere forfaits voor schadevergoeding en contractuele boetes uitgesloten zijn;
- een validering van de betrouwbaarheid overeenkomstig artikel 23.3.2 niet zal plaatsvinden voor het achtste lot.

De aanvaarding door De Lijn van deze aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationebedingen heeft bovendien geleid tot een inbreuk tegen het principe van de gelijke behandeling van de inschrijvers. Immers, na de sluiting van de overheidsopdracht zijn de bestekvoorwaarden nog in het voordeel van de medecontractant aangepast²².

De Lijn erkent²³ voormelde aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationebedingen, maar minimaliseert de impact van sommige. Zo merkt De Lijn over de beperking van de aansprakelijkheid van de leverancier tot maximaal 25% van de netto contractwaarde voor de bestelling op dat deze beperking *natuurlijk afwijkt van het algemene principe van de onbeperkte aansprakelijkheid van de leverancier bij overheidsopdrachten maar kan en mag verantwoord worden na de gevoerde onderhandelingen in dit dossier vermits deze 25% ruimschoots voldoende zal blijken om dervingvergoedingen te innen voor alle 13 trams die gezamenlijk meer dan 3 jaren stilstaan onder waarborg. Concreet zal de beperking tot 25% dus geen gevolgen hebben voor De Lijn*. Met betrekking tot de uitsluiting van de aansprakelijkheid van de leverancier voor indirecte schade en gevolgschade meent De Lijn *dat er geen sluitende en objectieveerbare berekeningssystemen bestaan om deze schade voldoende objectief te gaan koppelen aan een oorzaak die weer te vinden is in de leveringsopdracht van trams zelf*.

²² In dat verband wijst het Rekenhof andermaal op het arrest Pressetext Nachrichten-agentur (zie punt 2.2.2).

²³ Brief van 27 juli 2011 aan het Rekenhof.

2.3 Conclusies

Door een beroep te doen op alternatieve financiering voor de gunning van Levering 261 heeft de Vlaamse Regering de vereiste leveringscadans voor de vervanging van verouderde trams vertraagd.

Om toch tijdig over nieuwe trams te kunnen beschikken beslisten De Lijn en de Vlaamse Regering tot de onderhandse aankoop van dertien lagevloertrams voor een bedrag van 32,6 miljoen euro. Deze aankoop is in strijd met de overheidsopdrachtenregelgeving. Door deze onderhandse gunning werd het prijsregulerende effect van de mededinging volledig buiten spel gezet.

De belangrijke onderhandse uitbreiding van Levering 255 na de gunning van deze opdracht knelt verder met het EU-recht zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie. Een dergelijke uitbreiding buiten mededinging brengt immers het gelijkheids- en mededingingsbeginsel, fundament van het overheidsopdrachtenrecht, in gevaar.

De leverancier van de dertien trams heeft belangrijke bijkomende aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationclausules kunnen bedingen die indruisen tegen de algemene aannemingsvoorwaarden en die de verhaalmogelijkheden van De Lijn bij slechte of laattijdige uitvoering sterk beperken.

3 Planning en voorbereiding van Levering 261

De aanleiding voor de onderhandse toewijzing van dertien lagevloer-trams staat in nauw verband met de vraag of de Vlaamse Regering en De Lijn Levering 261, die de opvolger is van Levering 255, op een tijdige en zorgvuldige wijze hebben voorbereid.

3.1 Tijdige gunning en bestelling

In de periode 1997-2006 bestelde de VVM met Leveringen 252 en 255 in totaal 112 trams voor de steden Gent en Antwerpen en voor de kust. De levering van deze trams liep over de periode 1999-2007.

Om de verouderde trams bijtijds te kunnen vervangen diende De Lijn tijdig de gunningsprocedure voor Levering 261 te organiseren en na de sluiting van een overeenkomst, tijdig de onderscheiden tramloten te bestellen. Volgens De Lijn, die stelde dat zij sinds 2004 bezig was met het opstellen van het bestek voor Levering 261, was hiertoe vereist dat uiterlijk in 2007 een nieuwe overeenkomst werd gesloten en in datzelfde jaar een eerste lot van Levering 261 werd besteld.

Bij de afsluiting van onderhavig onderzoek was de gunningsprocedure voor Levering 261 echter nog altijd lopende. Uitgaande van een goedkeuring van de gunningsbeslissing door haar raad van bestuur in december 2011 en de sluiting van de overheidsopdracht begin 2012, voorziet De Lijn een eerste tramlevering in het kader van Levering 261 in de periode augustus 2014 - februari 2015²⁴. Dat is vijf jaar later dan wat volgens haar was vereist voor de noodzakelijke en tijdige vervanging van haar verouderde trams.

3.2 Besluitvorming

De jarenlange vertraging die Levering 261 heeft opgelopen, was voornamelijk het gevolg van de interfererende beslissingen van de Vlaamse Regering van 16 februari 2007 (beslissing tot alternatieve financiering van rollend materieel) en 15 mei 2009 (aankoop door De Lijn van 21 trams voor de openbare vervoerprojecten uit de eerste fase van het Masterplan Antwerpen, i.p.v. de oorspronkelijk voorziene langetermijnhuur). Volgens De Lijn ging het initiatief voor de alternatieve financiering niet van haar uit. Zonder deze interferenties zou zij het bestek voor Le-

²⁴ Het verwachte leveringsritme voor de 88 trams is als volgt: levering 10 zeer lange tweerichtingstrams voor Gent in augustus 2014–februari 2015; levering 10 zeer lange éénrichtingstrams voor Antwerpen in maart 2015–september 2015; levering 28 lange éénrichtingstrams voor Antwerpen in oktober 2015–november 2016; levering 10 lange éénrichtingstrams voor Antwerpen in december 2016–april 2017; levering 16 zeer lange tweerichtingstrams voor Gent in mei 2017–maart 2018; levering 14 zeer lange éénrichtingstrams voor Antwerpen in maart 2018–december 2018.

vering 261, naar eigen zeggen, begin 2007 hebben gepubliceerd en eind 2007 toegewezen en besteld, zoals voorzien en overeenkomstig haar handelwijze in het verleden, met name één jaarlijkse bestelling in de periode 2001-2006 op grond van Levering 255.

De Vlaamse Regering noch De Lijn heeft *voorafgaand* aan de beslissing van 16 februari 2007 tot alternatieve financiering van het rollend materieel van De Lijn:

- een kosten-batenanalyse uitgevoerd van de keuze voor alternatieve financiering;
- een risicoanalyse opgesteld die de risico's van een alternatieve financieringsvorm degelijk inschat, inzonderheid op het vlak van een tijdige tramlevering²⁵;
- een realistische planning en timing opgemaakt voor de realisatie van Levering 261 middels alternatieve financiering.

De wijzigende beslissing van de Vlaamse Regering van 15 mei 2009, die leidde tot een herbepaling van de opdracht, aanpassingen aan het bestek en de mogelijkheid tot indiening van bijkomende kandidaturen, heeft Levering 261 nog verder vertraagd.

3.3 Informatieverstrekking over en controle op alternatieve financieringen

Op 30 mei 2007 keurde het Vlaams Parlement een voorstel van resolutie goed over de informatieverstrekking over en de controle op alternatieve financieringen²⁶, waarin het voorschreef dat zijn Commissie voor Algemeen Beleid, Financiën en Begroting een omstandige toelichting dient te krijgen over alle projecten in het kader van alternatieve financiering. Niettegenstaande deze resolutie vermeldde het verslag van de Vlaamse Regering van 29 oktober 2010 over de alternatieve financiering van Vlaamse overheidsinvesteringen, de alternatieve financiering van Levering 261 niet. Het Rekenhof formuleerde daarover een opmerking in zijn verslag *Toetsing van de vierde rapportage over alternatieve financiering en publiek-private samenwerking aan de aanbevelingen van het Rekenhof*²⁷.

²⁵ In haar brief van 27 juli 2011 aan het Rekenhof merkt De Lijn op dat ze in 2008 heeft beslist ook prijs te vragen voor koop met het doel een alternatief te hebben voor huur en alternatieve financiering en dat dus bij een offerte waar een keuze tussen één van beide "financieringsmethoden" noodzakelijk zou geweest zijn, De Lijn bij de evaluatie van offertes of scenario's een uitgebreide risicoanalyse zou hebben uitgevoerd. Verder stelt De Lijn dat in 2009 t.g.v. een interne audit (*Beheer voertuigen exploitatie*) o.a. de risico's van alternatieve financiering werden onderzocht.

²⁶ Stuk 1143 (2006-2007) – Nr. 3.

²⁷ Stuk 37-M (2010-2011) – Nr. 1, punt 3.2.

3.4 Gevolgen

De vertraging die Levering 261 opliep door de opeenvolgende beslissingen van de Vlaamse Regering heeft verscheidene gevolgen:

- Om bij het vertraagde leveringsritme toch tijdig over nieuwe trams te kunnen beschikken, zagen de Vlaamse Regering en De Lijn zich genooddaakt voor 32,6 miljoen euro aan lagevloertrams onderhands aan te kopen in strijd met de overheidsopdrachtenregelgeving en zonder het prijsregulerend effect van mededinging.
- Bovendien diende De Lijn maximaal 50 PCC-trams beperkt te reviseren, met een totale geraamde kostprijs van 4,8 miljoen euro. Bij een tijdige levering waren deze uitgaven overbodig.
- Ten slotte dienen de oude PCC-trams langer dan voorzien te rijden, wat meer onderhoudskosten meebrengt (4.220.000 euro per jaar²⁸), alsook een hoger verbruik van niet gereviseerde PCC-trams (15.000 euro per jaar). Bovendien overweegt De Lijn een uitgebreide modernisering van 40 tot 79 PCC-trams bovenop de al vermelde revisie van 50 PCC trams (1.300.000 euro per gemoderniseerde PCC-tram)²⁹. Ook bieden de PCC-trams de reizigers minder comfort, minder toegankelijkheid³⁰, geen halteaankondiging en minder capaciteit³¹.

3.5 Conclusies

Tramlevering 261 was niet het voorwerp van een tijdige en zorgvuldige besluitvorming, vooral door een gebrekkige planning en voorbereiding van de investeringen in rollend materieel voor De Lijn via alternatieve financiering. Dat leidde tot de bekritiseerde, overbruggende onderhandse aankoop van de 13 lagevloertrams, maar ook tot bijkomende revisie- en onderhoudskosten aan de niet tijdig vervangen verouderde PCC-

²⁸ De onderhoudskosten per km bedragen voor een PCC-tram 1,28 euro per km, voor een gekoppeld stel van twee PCC-trams 2,56 euro per km en voor een nieuwe hermelijntram 0,91 euro per km. Met een zelfde aantal trams, betekent dat jaarlijks 4.220.000 euro meer onderhoudskosten. Bij niet koppelbare PCC-trams gaan deze meerkosten bovendien gepaard met minder dan de helft reizigerscapaciteit. Voor een zelfde reizigerscapaciteit zouden de jaarlijkse onderhoudsmeerkosten 5.453.000 euro bedragen (2 PCC-trams = 1 hermelijntram).

²⁹ Deze modernisering bevat, behalve de modernisering van elektriciteit, elektronica, wagenkast, deuren, binneninrichting, enz., ook een verlenging van de tram tot ca. 22 m, met integratie van een lagevloergedeelte. Dat zou de geraamde kostprijs voor de modernisering doen oplopen tot 1.300.000 euro per tram. Het is de bedoeling voor elke twee gemoderniseerde PCC-trams één PCC-tram uit dienst te nemen, wat de kosten zou beperken tot 867.000 euro per PCC-tram. Voor 40 PCC-trams betekent dit dat 27 PCC-trams worden vernieuwd en 13 PCC-trams buiten dienst worden gesteld terwijl de capaciteit ongewijzigd blijft. De totale geraamde kostprijs bedraagt aldus 35.100.000 euro. Voor 79 PCC-trams betekent dit dat 53 PCC-trams worden vernieuwd en 26 PCC-trams buiten dienst gesteld, met een totale geraamde kostprijs van 68.900.000 euro.

³⁰ Geen lage vloer, geen rolstoelplaats, moeilijk toegankelijk voor kinderwagens.

³¹ Zo kunnen de PCC's in Gent niet worden gekoppeld en bieden zij tijdens bepaalde ritten onvoldoende capaciteit aan.

trams en tot nadelen voor de reizigers op het vlak van comfort, toegankelijkheid en capaciteit.

4 Algemene conclusies

De leveringsopdracht van dertien lagevloertrams aan De Lijn voor een totaal bedrag van 32,6 miljoen euro, in afwachting van de vertraagde Levering 261, is in strijd met de overheidsopdrachtenregelgeving buiten elke mededinging onderhands toegewezen.

De toewijzing druist bovendien in tegen het principe van de gelijke behandeling. Zo brengt een belangrijke onderhandse uitbreiding van een opdracht na de gunning volgens het EU-recht, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie, het voor overheidsopdrachten fundamentele gelijkheids- en mededingingsbeginsel in gevaar. Bovendien heeft De Lijn de leverancier, tegen de algemene aannemingsvoorwaarden in, belangrijke bijkomende aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationclausules laten bedingen, die haar verhaalmogelijkheden bij slechte of laattijdige uitvoering sterk beperken. Deze beperkingen vormen een inbreuk op de gelijke behandeling van de inschrijvers, aangezien zij de bestekvoorwaarden na sluiting van de overheidsopdracht in het voordeel van de medecontractant wijzigden.

De aanleiding voor deze toewijzing was de laattijdige en onzorgvuldige besluitvorming voor Levering 261, vooral door een gebrekkige voorbereiding van de koppeling van alternatieve financiering aan de investeringen in rollend materieel voor De Lijn. Zij leidde bovendien tot bijkomende revisie- en onderhoudskosten aan de niet tijdig vervangen verouderde trams en tot nadelen voor de reizigers op het vlak van comfort, toegankelijkheid en capaciteit.

5 Aanbevelingen

- De Vlaamse Regering en De Lijn moeten de overheidsopdrachten-regelgeving strikt naleven. Een beroep op de onderhandelings-procedure zonder bekendmaking is een uitzonderingsprocedure, die de overheid maar mag aanwenden in de gevallen die de overheids-opdrachtenwet van 24 december 1993 voorschrijft. Een onzorgvul-dige planning van een gunningsprocedure vormt geen rechtvaardig-ingsgrond voor een beroep op deze uitzonderingsprocedure.
- Voor wezenlijke wijzigingen aan een bestaande overheidsopdracht na de contractsluiting moet een beroep worden gedaan op de me-dedinging.
- De Lijn moet de algemene aannemingsvoorwaarden eerbiedigen en mag geen aansprakelijkheidsbeperkingen en exoneratieclausules aanvaarden die ermee in strijd zijn en die haar verhaalmoogelijk-heden tegen een slechte of laattijdige uitvoering beperken.
- Voorafgaandelijk aan een beroep op alternatieve financiering moet de Vlaamse overheid tijdig een goed onderbouwde kosten-baten-analyse en een risicoanalyse uitvoeren. Zij moet de langere door-looptijd die voortvloeit uit de keuze voor alternatieve financiering vooraf en tijdig mee in rekening nemen.

6 Reactie van de minister

In haar antwoord van 7 oktober 2011 op het ontwerpverslag (zie bijlage) stelde de Vlaamse minister van Mobiliteit dat de Vlaamse Vervoermaatschappij – De Lijn voor de aankoop van dertien lagevloertrams gemotiveerd gebruik heeft gemaakt van artikel 39, §2, 3°, a) van de Overheidsopdrachtenwet 1993, dat onder bepaalde voorwaarden toelaat via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bijkomende leveringen te plaatsen bij de oorspronkelijke leverancier. Het niet gunnen van de opdracht aan de oorspronkelijke leverancier zou een meerprijs van ongeveer 30% op de totale kostprijs meebrengen en een nieuw type tram was bedrijfseconomisch niet te verantwoorden, wat het noodzakelijk maakte met de leverancier van de vorige opdracht te onderhandelen conform de uitzonderingsprocedure. De minister is dan ook van oordeel dat De Lijn alle voorwaarden van artikel 39, §2, 3°, a), van de Overheidsopdrachtenwet 1993 heeft nageleefd en geen beroep heeft gedaan op de hoogdringendheid ten gevolge van de discussie rond alternatieve financiering als verantwoording voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

De minister stelde dat de motivering voor de aanwending van artikel 39, §2, 3°, a) van de Overheidsopdrachtenwet 1993 niet *post factum* werd opgemaakt, maar was opgenomen in de toewijzingsbeslissing van de raad van bestuur en nader werd toegelicht op 27 november 2009 aan de inspecteur-generaal van Financiën, die een gunstig advies bezorgde.

Nog los van de vraag of bedrijfseconomische motieven kunnen begrepen worden onder de notie *technische onverenigbaarheid* of *buitenmaatse moeilijkheden inzake gebruik en onderhoud*, merkt het Rekenhof op dat in het auditverslag niet wordt gesteld dat het beroep op artikel 39, §2, 3°, a) Overheidsopdrachtenwet *post factum* is opgeworpen, wel dat ten tijde van de beslissing om een beroep te doen op deze uitzonderingsprocedure geen onderbouwing voorhanden was die het beroep op artikel 39, §2, 3°, a) kon rechtvaardigen.

De aanbeveling van het Rekenhof over het aanvaarden door De Lijn van aansprakelijkheidsbeperkingen en exoneratieclausules die strijdig zijn met de algemene aannemingsvoorwaarden en die de verhaalmogelijkheden van De Lijn tegen een slechte of laattijdige uitvoering beperken, vond de minister raadzaam. Wel bracht ze de motivering van De Lijn onder de aandacht om aan te tonen dat de beperkingen en clausules niet zonder reden werden aanvaard.

De minister erkende verder dat voorafgaand aan een beroep op alternatieve financiering een goed onderbouwde kosten-batenanalyse en een risicoanalyse moeten worden uitgevoerd. Evenmin betwistte zij dat de langere doorlooptijd die voortvloeit uit de keuze voor alternatieve financiering, vooraf en tijdig mee in rekening moet worden genomen. Zij verwees in dat verband naar acties van De Lijn in 2008 om in het kader van een overheidsopdracht voor de verwerving van 88 trams aan leveranciers zowel een offerte voor huur als aankoop van trams te vragen om de kosten en baten tegen elkaar af te wegen, alsook naar de lopende

kosten-batenanalyse voor de aankoop van trams middels alternatieve financiering. Intussen diende De Lijn wel de continuïteit van de openbare dienstverlening te verzekeren en werd dus beslist tot de aankoop van dertien lagevloertrams.

Bijlage: Antwoord van de Vlaamse minister van Mobiliteit

7 oktober 2011

Betreft: Ontwerpverslag Rekenhof over de onderhandse aankoop van lagevloertrams door De Lijn

Geachte heer voorzitter,

Op 23 augustus 2011 heeft het Rekenhof mij haar ontwerpverslag over "de onderhandse aankoop van lagevloertrams door de Vlaamse Vervoersmaatschappij - De Lijn" bezorgd.

Ten aanzien van de voorlopige aanbevelingen van het ontwerpverslag wens ik het volgende op te merken:

1. De eerste voorlopige aanbeveling:

"De Vlaamse Regering en De Lijn moeten de overheidsopdrachtenreggeving strikt naleven. Een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking is een uitzonderingsprocedure, die de overheid maar mag aanwenden in gevallen die de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 voorschrijft. Een onzorgvuldige planning van een gunningsprocedure vormt geen rechtvaardigingsgrond voor een beroep op deze uitzonderingsprocedure."

De Vlaamse Vervoersmaatschappij - De Lijn heeft voor de aankoop van dertien lagevloertrams zich gebaseerd op artikel 39 §2, 3° a) Wet van 24 december 1993 (verder afgekort "Wet Overheidsopdrachten").

De Wet Overheidsopdrachten laat de aanbestedende overheid toe om via een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bijkomende leveringen te plaatsen bij de oorspronkelijke leverancier. Voorwaarde voor het aanwenden van deze procedure is dat de aanbestedende overheid zich bij een verandering van leverancier verplicht zou zien ander materieel aan te schaffen met verschillende technische eigenschappen die een onverenigbaarheid zouden teweegbrengen of tot buitenmaatse moeilijkheden zouden leiden inzake gebruik en onderhoud.

Gebaseerd op de aanwezige marktkennis werd een kostprijs- en technische analyse uitgevoerd en besliste de Raad van Bestuur van De Lijn in een nota d.d. 7 oktober 2009 dat een nieuw type tram bedrijfseconomisch niet te verantwoorden zou zijn. Om deze reden werd gemotiveerd gebruik gemaakt van artikel 39 §2, 3° a) Wet Overheidsopdrachten.

De stelling van het Rekenhof, als zou de motivering post factum zijn opgemaakt, strookt niet met wat ik uit de lezing van de stukken kan opmaken³². De verantwoording was opgenomen in de beslissing van de Raad van Bestuur van 7 oktober 2009 en werd op 27 november 2009 nader toegelicht aan de heer Leo Pauwels, Inspecteur-generaal van Financiën. De Inspecteur-generaal heeft deze verantwoording aanvaard en het dossier gunstig geadviseerd.

De Lijn heeft aan het Rekenhof een volledige en becijferde bedrijfseconomische verantwoording overgemaakt waaruit blijkt dat het niet gunnen van de opdracht aan de oorspronkelijke leverancier aanleiding zou geweest zijn tot een meerprijs van ongeveer 30% op de totale kostprijs van de geauditeerde opdracht.

Deze bedrijfseconomische verantwoording mag niet worden aanzien als de eigenlijke verantwoording. Integendeel, het document dat aan het Rekenhof werd bezorgd, is niet meer dan het becijferde bewijs van de al aanwezige verantwoording van de gunningwijze van de opdracht.

Voor het analyseren van de impact van een nieuw tramtype op de exploitatiekosten van De Lijn, kon De Lijn steunen op ervaringen uit het verleden. Een belangrijk leerproces voor deze impactanalyse vormde volgens De Lijn de overschakeling van de PCC-trams naar de lagevloer Hermelijntrams.

De Lijn heeft alle voorwaarden van artikel 39 §2, 3° a) Wet Overheidsopdrachten nageleefd, waardoor een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking met dezelfde leverancier was toegestaan. In geen geval werd de (door het Rekenhof gesuggereerde) hoogdringendheid ten gevolge van de discussie rond de alternatieve financiering door De Lijn als verantwoording gebruikt voor de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

2. De tweede voorlopige aanbeveling

“Voor wezenlijke wijzigingen aan een bestaande overheidsopdracht na de contractsluiting moet een beroep worden gedaan op de mededinging.”

Het klopt dat steeds een beroep moet worden gedaan op de mededinging, behoudens de uitzondering voorzien in artikel 39 §2, 3° a) Wet Overheidsopdrachten. Zoals hierboven reeds uiteengezet, was het volgens De Lijn om bedrijfseconomische redenen noodzakelijk om met de leverancier van de vorige opdracht te onderhandelen conform deze uitzonderingsprocedure.

³² Zie voetnoot 14 van het ontwerpverslag van het Rekenhof.

3. De derde voorlopige aanbeveling

“De Lijn moet de algemene aannemingsvoorwaarden eerbiedigen en mag geen aansprakelijkheidsbeperkingen en exonerationeclausules aangaarden die ermee in strijd zijn en die haar verhaalmogelijkheden tegen een slechte of laattijdige uitvoering beperken.”

Deze aanbeveling vind ik raadzaam.

Toch wil ik de motivering van De Lijn onder de aandacht brengen.

Volgens De Lijn laat het ontwerpverslag van het Rekenhof uitschijnen dat de mogelijke vergoedingen en boetes die het oorspronkelijke lastenboek voor de lagevloertrams voorzag bij de nieuwe opdracht voor de aankoop van 13 trams in sommige gevallen zonder afdoende reden werden weggelaten.

De Lijn heeft voor de nieuwe opdracht uitvoerig geëvalueerd welke boete- of exonerationeclausules voor de nieuwe opdracht (die technisch zeer nauw diende aan te sluiten bij de vorig opdrachten) noodzakelijk waren.

Betreffende de verhaalmogelijkheden van De Lijn, bepaalde het oorspronkelijke bestek zes soorten boetes of vergoedingen:

1. Boete voor laattijdige levering van de trams
2. Boete voor laattijdige levering van documentatie
3. Minderwaarde na testen op het eerste voertuig van de gehele levering
4. Aftrek voor systematische gebreken aan het einde van de waarborgperiode
5. Dervingsvergoeding voor immobilisatie tijdens de waarborgperiode
6. Minderwaarde wegens niet voldoen bij het opmeten van de betrouwbaarheid in Reizigersdienst

In verband hiermee werd door De Lijn besloten:

- Voor de opdracht tot aankoop van dertien lagevloertrams diende geen (additionele) documentatie te worden aangeleverd, vermits het de bedoeling was een "identiek" tramtype aan te kopen en de documentatie dus al beschikbaar was bij De Lijn.
- Vermits om dezelfde reden geen bijkomende of andere testen op de levering van het eerste voertuig van de geauditeerde aankoop noodzakelijk waren konden deze testen ook geen onvoldoende resultaten opleveren.
- Verder voorzag het oorspronkelijke bestek ook een eenmalige opmeting van de betrouwbaarheid in reizigersdienst voor de gehele levering. Deze opmeting had al plaatsgevonden en diende dus niet voor elk lot of elke nieuwe gelijkaardige aankoop te worden herhaald.

Drie van de voorziene boeteclausules waren dus zonder voorwerp, en werden dus geschrapt. De andere drie boeteclausules werden behouden.

Wat de inschatting van de impact van de beperking tot 25% betreft, verwijs ik naar de initiële reactie van De Lijn op het auditverslag in haar brief van 27 juli 2011:

De volledige aansprakelijkheid van de leverancier is beperkt tot 25%. Dit wijkt natuurlijk af van het algemene principe van de onbeperkte aansprakelijkheid van de leverancier bij overheidsopdrachten maar kan en mag verantwoord worden na de gevoerde onderhandelingen in dit dossier vermits deze 25% ruimschoots voldoende zal blijken om der-vingvergoedingen te innen voor alle 13 trams die gezamenlijk meer dan 3 jaren stilstaan onder waarborg. Concreet zal de beperking tot 25% dus geen gevolgen hebben voor De Lijn.

Dit houdt aldus De Lijn in dat de 25% aansprakelijkheidsbeperking slechts ontoereikend zal blijken te zijn als alle 13 aangekochte trams tijdens de waarborgperiode gezamenlijk 3 jaar (gecumuleerde exploitatiedagen) zouden "stilstaan" (onbeschikbaar zijn). Gezien de eerdere ervaringen met dit tramtype is dit een uit te sluiten scenario.

4. De vierde voorlopige aanbeveling

“Voorafgaandelijk aan een beroep op alternatieve financiering moet de Vlaamse overheid tijdig een goed onderbouwde kosten-batenanalyse en een risicoanalyse uitvoeren. Zij moet de langere doorlooptijd die voortvloeit uit de keuze voor alternatieve financiering vooraf en tijdig mee in rekening nemen.”

Dat voorafgaand aan een beroep op alternatieve financiering een goed onderbouwde kosten-batenanalyse en een risicoanalyse moet worden uitgevoerd, wordt niet betwist. Evenmin wordt het gegeven betwist dat de langere doorlooptijd die voortvloeit uit de keuze voor alternatieve financiering vooraf en tijdig mee in rekening moet worden genomen.

Zo besliste De Lijn al in 2008 om in een overheidsopdracht, los van de geauditeerde opdracht, voor de verwerving van 88 trams aan leveranciers te vragen om zowel een offerte voor de huur van trams als een offerte voor de aankoop van trams in te dienen. Op deze manier kon De Lijn alle kosten en baten van de huur van trams afwegen tegen de kosten en baten van de aankoop van trams.

De Lijn onderzoekt momenteel nog de kosten en baten van de alternatieve financiering met inbegrip van de mogelijke risico's voor de aankoop van trams. Een studie rond alternatieve financiering verbiedt echter geenszins dat intussen de continuïteit van de openbare dienstverlening door De Lijn wordt verzekerd. In dat kader werd beslist tot de aankoop van dertien lagevloertrams. Volgens De Lijn is het eerder onzorgvuldig onmiddellijk een grotere groep trams aan te kopen zonder dat zij vooraf

beschikt over het resultaat van de kosten- en batenanalyse inzake alternatieve financiering versus aankoop.

Ten slotte werd het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, zoals hierboven aangehaald, verantwoord vanuit bedrijfseconomische redenen en niet door de doorlooptijd van het beroep op alternatieve financiering.

Met vriendelijke groeten,

Hilde Crevits
Vlaams minister van Mobiliteit en Openbare Werken

druk	Albe De Coker
adres	Rekenhof Regentschapsstraat 2 B-1000 Brussel
tel	02-551 81 11
fax	02-551 86 22
website	www.rekenhof.be