



Raad van State

origineel/ voor eensluidend verklaard afschrift

G/A. 219.859/XII-8.197

NOTA VAN DE VERWERENDE PARTIJ

VOOR:

De **Stad Roeselare**, vertegenwoordigd door haar College van Burgemeester en Schepenen, met burelen gevestigd te 8800 Roeselare, Botermarkt 2;

Bijgestaan en vertegenwoordigd door mrs. Dirk De Keuster en Uschi Steurs, advocaten te Handelslei 60, 2980 Sint – Antonius, Zoersel (fax. 03 484 44 08; dirk@dekeusteradvocaten.be) alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan.

“Verwerende partij”

TEGEN:

1. De NV Bouwbedrijf Furnibo, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0447.692.117, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8630 Veurne, Bedrijvenlaan 7;
2. De NV Persyn, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0405.435.056, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8850 Zwevegem, Blokellestraat 113A;
3. De NV EEG, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0442.891.013, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8560 Wevelgem, Oostlaan 5;

Partijen 1 tot en met 3 samen vormend de THV Furnibo-Persyn-EEG;

4. De BV BVBA Architectenbureau 3Architecten, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0876.011.651, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8800 Roeselare, Zwaaijkomstraat 1 bus3;
5. De BVBA Avapartners – Architects & Partners, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0429.416.228, met maatschappelijke zetel gevestigd te 9000 Gent, Congreslaan 36;
6. De CVBA BM Engineering – Studiebureau Boucherie, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0463.788.474, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8800 Roeselare, Knapenstraat 5;

Partijen 4 tot en met 6 samen vormend de THV 3Architecten-Avapartners-BM Engineering;



7. De NV SPIE Belgium, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0434.499.028, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1070 Anderlecht, Tweestationsstraat 150;
8. De CVBA Farys, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0554.887.312, met maatschappelijke zetel gevestigd te 9000 Gent, Stropstraat 1;

Partijen 1 tot en met 8 samen vormend de combinatie THV Furnibo-Persyn-EEG / SPIE – Farys + THV 3Architecten-Avapartners-BM Engineering;

Bijgestaan en vertegenwoordigd door mr. Barteld Schutyser (barteld.schutyser@eubelius.com), mr. Tom Villé (tom.ville@eubelius.com) en mr. Riet Straetmans (riet.straetmans@eubelius.com), advocaten te Louizalaan 99, 1050 Brussel, alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan.

“Verzoekende partij”



Inhoudsopgave

I.	FEITEN.....	4
II.	GEEN ERNSTIGE MIDDELEN.....	12
A.	EERSTE MIDDEL	12
1.	Samenvatting van het middel.....	12
2.	Weerlegging van het middel	12
a)	Algemeen.....	12
b)	Het eerste middelonderdeel	14
(1)	Het eerste middelonderdeel is niet ontvankelijk	14
(2)	Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.....	14
c)	Het tweede middelonderdeel is niet ernstig.....	17
d)	Het derde middelonderdeel is niet ernstig	18
e)	Het vierde middelonderdeel is niet ernstig.....	20
B.	TWEEDE MIDDEL	29
1.	Samenvatting van het middel.....	29
2.	Weerlegging van het middel	29
a)	Algemeen.....	29
b)	Het eerste middelonderdeel	30
(1)	Het middel is niet ontvankelijk.....	30
(2)	Het middel is niet ernstig	31
c)	Het tweede middelonderdeel	31
(1)	Het middel is niet ontvankelijk.....	32
(2)	Het middel is niet ernstig	32
d)	Het derde middelonderdeel	36
(1)	Het middel is niet ontvankelijk.....	37
(2)	Het middel is niet ernstig	37
e)	Het vierde middelonderdeel	38
(1)	Het middel is niet ontvankelijk.....	38
(2)	Het middel is niet ernstig	39
III.	BELANGENAFWEGING EN VERTROUWELIJKHEID.....	40
	ADMINISTRATIEF DOSSIER	42



Aan de Heer Eerste Voorzitter van de Raad van State,

Aan Mevrouw de Voorzitter van de Raad van State,

Aan de Dames en Heren Kamervoorzitters en Staatsraden, die de Raad van State samenstellen,

Aan de Dames en Heren, leden van het Auditoraat,

Aan de Dames en Heren Griffiers.

De verwerende partij heeft de eer bij uw Raad de volgende nota in te dienen.

I. FEITEN

1. De verzoekende partij vordert de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de verwerende partij van 12 juli 2016 waarbij de opdracht “PPS Zwembad Schiervelde Roeselare” wordt toegewezen aan Groep Sportoase NV namens SPV Sportoase Roeselare NV (hierna “Sportoase”) en niet aan de verzoekende partij (stuk nr. 10).

2. Op 22 september 2015 publiceerde verwerende partij een oproep tot kandidaatstelling voor het project “PPS Zwembad Schiervelde Roeselare” in het Bulletin der Aanbestedingen. Dezelfde opdracht werd op 26 september 2015 gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie (stuk nr. 1).

De Opdracht betreft het ontwerpen, bouwen, financieren, onderhouden en exploiteren (DBFMO-overeenkomst) van een stedelijk zwembad te Roeselare. De Opdracht heeft betrekking op een verplicht programma van eisen, namelijk het Zwembad en een facultatief, door de inschrijvers zelf te voorzien, eigen programma.

De Opdracht werd gegund met toepassing van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3. De aanvragen tot deelneming werden ingediend tegen uiterlijk 30 oktober 2015 om 11h00. Verwerende partij mocht naast de kandidatuur van verzoekende partij nog vier andere kandidaturen ontvangen, namelijk van S&R Roeselare NV, Consortium WGC-SFN-TPF-P&T/Roeselare, Groep Sportoase Roeselare NV en Pellikaan – Optisport Schiervelde Roeselare.

4. Bij besluit van 16 november 2015 van het College van Burgemeester en Schepenen van verwerende partij worden S & R Roeselare nv, Consortium WGC - SFN -TPF -P& T /Roeselare, Groep Sportoase NV, PELLIKAAN -OPTISPORT Schiervelde Roeselare en verzoekende partij geselecteerd voor verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure (stuk nr. 2).



5. Vervolgens wordt de gunningsleidraad (ook “bestek” genoemd) aan betreffende kandidaten ter kennis gebracht door verwerende partij (stuk nr. 3).

De gunningsleidraad, samen gelezen met de bijlagen, bevat de verdere toelichting bij de Opdracht, de opdrachtomschrijving en de gunningsprocedure voor de toewijzing van de Opdracht.

Zoals reeds vermeld heeft de Opdracht betrekking op een verplicht programma van eisen en een facultatief, door de inschrijvers zelf te voorzien, eigen programma.

Overeenkomstig de gunningsleidraad (stuk nr. 3, pagina 63-64) dient het verplicht programma te bestaan uit:

“8.3.1.1 Zwembad:

- *van een 25-meter zwembad (25 x 21) en een instructie/doelgroepenbad :*
 - *9 banen ifv schoolzwemmen (waarvan 5 banen in groot sportbad en 4 banen in instructiebad);*
 - *3 banen (permanent) voor baantjeszwemmers);*
- *Randaccommodatie (tribune, groepscabines, sanitair, opbergruimte, cafetaria met buitenterras ...);*
- *Faciliteiten voor officiële wedstrijden (startblokken, aftikplaten, ...);*
- *Faciliteiten ifv waterpolo: speelveld 25x15m (min. 20x10m), 1,8m diepte (ideaal 2m).*

De Inschrijver zorgt voor een maximale toegankelijkheid van de baden voor personen met een mobiele beperking.

8.3.1.2. Infrastructuur:

Daarenboven zal de Inschrijver instaan voor:

- *De realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de door de Opdrachtgever gewenste recreatieve structuur voor de Mandel (zie 8.2.3 “recreatieve structuur de Mandel”);*
- *De omvorming van een deel van de parking tot bezoekersparking, met dien verstande dat deze parking te allen tijde dienstig moet zijn om buiten de werkingsuren van het Zwembadcomplex ook ingezet te worden voor andere op de site Schiervelde aanwezige sport- en beursinfrastructuur.”*

Tevens vermeld de gunningsleidraad dat verwerende partij de regelmatigheid van de offertes zal nagaan.

5bis. Op 16 december 2015 om 14h00 vond een toelichtingsvergadering plaats, gecombineerd met een geleid plaatsbezoek aan de site “Schiervelde”.

Naar aanleiding van voormelde toelichtingsvergadering werden verscheidende vragen om inlichtingen gesteld door de geselecteerde kandidaten, welke beantwoord werden in drie Q&A documenten die werden meegedeeld aan de kandidaten (stuk nr. 4).

6. De uiterste datum voor indiening van de offertes werd bepaald op 21 maart 2016 om 11h00. Zowel verzoekende partij als S & R Roeselare nv, Consortium WGC - SFN -TPF -P& T /Roeselare en



SPV Sportoase Roeselare nv dienden tijdig een offerte in (stuk nr. 14). Door PELLIKAAN -OPTISPORT Schiervelde Roeselare werd geen offerte ingediend.

7. De voorstelling van de offertes door de kandidaten vond plaats op 7 april 2016.

Naar aanleiding van voormelde voorstelling heeft verwerende partij op 11 april 2016 om bijkomende inlichtingen verzocht met betrekking tot de offerte van verzoekende partij (stuk nr. 5). Hierop werd door verzoekende partij geantwoord bij schrijven dd. 15 april 2016 (stuk nr. 6).

8. Verwerende partij evalueert de basisoffertes op 22 april 2016. Een eerste verslag van nazicht wordt opgesteld dat nadien geïntegreerd is in het verslag van nazicht (stuk nr. 8).

Betreffende verslag van nazicht stelt dat er zich geen problemen voordoen met de formele regelmatigheid van de offertes, noch met de materiële geldigheid. De offertes werden tijdig, voldoende ondertekend en volledig ingediend en voldoen inhoudelijk aan het gevraagde in het opdrachtdocument.

Daarnaast wordt een beknopte beschrijving gegeven van de beoordeling van de basisoffertes in functie van de gunningscriteria.

9. De beoordeling van de basisoffertes op basis van de gunningscriteria leidde tot volgend resultaat:

BEOORDELINGSTABEL		Willemen	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningcriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25	6,25	12,5	18,75	18,75
		S	V	G	G
Gunningcriterium 2: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de wijze van exploitatie (35 punten)	35	8,75	26,25	35	26,25
		S	G	ZG	G
Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)	15	1	6	3	13
		1.680.000	1.580.000	1.640.000	1.440.000
Subcriterium 2: garanties en financiële zekerheden (5 punten)	5	1,25	2,5	2,5	5
		S	V	V	ZG
Subcriterium 3: investeringswaarde (15 punten)	15	6,4	15	11,38	11,19
		10.416.680	24.404.257	18.522.000	18.208.582
Subcriterium 4: winstdeling (5 punten)	5	1,25	3,75	3,75	3,75
		S	G	G	G



	100	24,9	66	74,38	77,94

Sportoase wordt als eerste gerangschikt. Verzoekende partij is de tweede in rangschikking. Er is een prijsverschil van 200.000 Euro op jaarbasis zijnde 6.000.000 Euro over de ganse periode van 30 jaar.

10. Bij schrijven dd. 28 april 2016 werd verzoekende partij op de hoogte gebracht van de uitnodiging tot de BAFO-fase. Aan betreffend schrijven werden de richtlijnen en bijkomende vragenlijst, zoals weergegeven in het verslag van nazicht, toegevoegd waarop verwerende partij in de BAFO-fase graag een antwoord wenste te ontvangen (stuk nr. 7).

Voor verzoekende partij bestond de toelichting en vragenlijst uit het volgende:

“

BIJLAGE BAFO GROEP FURNIBO

VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is om:

- 1) *binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt;*
- 2) *de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;*
- 3) *het interieur daar waar nodig te verfraaien;*
- 4) *het Eigen(recreatief) Programma verder uit te breiden;*
- 5) *het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing).*

Alle kosten en baten van alle de verbetervoorstellen moeten in het businessplan worden opgenomen en verrekend.

DELIVERABLES

De inschrijvers dienen ter beoordeling van de BAFO volgende documenten aan te leveren :

- 1) *een toelichtingsnota met betrekking tot de uitgevoerde verbetervoorstellen;*
- 2) *de aangepaste plannen + technische beschrijving + gewijzigde meetstaat;*
- 3) *het herwerkt businessplan en aanduiding van de subsidie in jaar 1 van de exploitatie.*

RICHTLIJNEN BAFO FURNIBO

architectuur en technieken



1. *De inschrijver wordt uitgenodigd om de functionaliteit van de luifel te optimaliseren en de afstanden tussen de parking en de inkom van het gebouw (cfr. fietsstallingen) zo kort mogelijk te maken.*
2. *De inschrijver zal een volledige schaduwstudie (360 °) aan de BAFO toevoegen.*

programma

3. *De inschrijver zal toelichten in welke mate de toekomstvisie (zwemponton) realistisch en haalbaar is (vergunningen, inname Mandel).*
4. *De inschrijver zal toelichten in welke mate hij beschikt over toelating van Eandis om in de onmiddellijke omgeving van de gascabine waterelementen aan te brengen.*

exploitatie

5. *De stad Roeselare deelt mee geen intentie te hebben om de polyvalente zaal te exploiteren.*
6. *De inschrijver verstrekt nadere toelichting over de werking van de automaten op het nat terras (muntinworp, andere).*
7. *De inschrijver wordt uitgenodigd om na te gaan in welke mate de exploitatiekost, in het bijzonder de hoge bezetting aan redders, geoptimaliseerd kan worden en in welke mate dit een repercussie kan hebben op de voorgestelde tariefstelling.*
8. *De inschrijver zal aangeven welke maatregelen hij zal voorzien om bij een gebeurlijk onvermogen van de bowlingexploitant de continuïteit van de exploitatie van de horeca/cafetaria te kunnen verzekeren.*

financieel

9. *De inschrijver dient in detail aan te geven welk deel van de buitenaanleg begrepen is in het door hem voorgesteld budget en wat tot het toekomstperspectief behoort.*
10. *De inschrijver dient te bevestigen of het budget voor het omleggen van de nutsvoorzieningen in zijn offerte is opgenomen.*
11. *De inschrijver dient te verduidelijken wie uiteindelijk in de op te richten projectvennootschap het commercieel risico zal dragen.” (originele benadrukking en onderlijning)*

Voor Sportoase bestond de toelichting en vragenlijst uit het volgende:

“

BIJLAGE BAFO SPORTOASE

VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is om:

- 1) *binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt;*



- 2) *de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;*
- 3) *het interieur daar waar nodig te verfraaien;*
- 4) *het Eigen(recreatief) Programma verder uit te breiden;*
- 5) *het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing).*

Alle kosten en baten van alle de verbetervoorstellen moeten in het businessplan worden opgenomen en verrekend.

DELIVERABLES

De inschrijver dient ter beoordeling van de BAFO volgende documenten aan te leveren :

- 4) *een toelichtingsnota met betrekking tot de uitgevoerde verbetervoorstellen;*
- 5) *de aangepaste plannen + technische beschrijving + gewijzigde meetstaat;*
- 6) *het herwerkt businessplan en aanduiding van de subsidie in jaar 1 van de exploitatie.*

RICHTLIJNEN BAFO SPORTOASE

architectuur en technieken

1. *De inschrijver dient zijn voorstel tot inrichting van de parking verder uit te werken en waarbij de toegang voor gemotoriseerd verkeer tot de achterliggende jeugdterreinen en het stadion Schiervelde onverminderd behouden blijft;*
2. *De inschrijver dient een volwaardige buitenspeeltuin te voorzien die optimaal in relatie staat met het zwembadcomplex en met opgave van de typetoestellen, hun kostprijs, en het totaal budget voor inpassing in het recreatieve Mandellandschap.*
3. *De inschrijver zal een volledige schaduwstudie (360 °) aan de BAFO toevoegen.*

programma

4. *De inschrijver wordt uitgenodigd om zijn recreatieve voorzieningen die - behoudens de glijbanen - eerder gericht zijn op passieve recreatie -attractiever te maken en desgevallend in bijkomende attractieve en dynamische infrastructuur te voorzien.*
5. *De inschrijver zal inzicht verstrekken in de door hem uitgevoerde marktstudie op basis waarvan de inkomsten voor fitness werden begroot.*
6. *De inschrijver wordt verzocht om een praktische oplossing voor te stellen om het vullen en stapelen van duikflessen zo dicht mogelijk bij het zwembad te laten gebeuren;*
7. *De inschrijver dient de nodige aanpassing te verrichten opdat in het zwembad kan worden gestaan (1.35 m) en waarbij minstens een lengte van 20 meter een diepte heeft van 3 meter om duikproeven te organiseren.*

beleving

8. *De inschrijver wordt uitgenodigd om de interne vormgeving die eerder als identiteitsloos en steriel overkomt te herdenken en aan te passen.*



9. *De inschrijver wordt uitgenodigd, evenwel zonder aan het concept van het gebouw te raken, na te gaan in welke mate de niveauverschillen beter kunnen worden overbrugd.*” (originele benadrukking en onderlijning)

11. De BAFO-offerte diende ontvangen te worden ten laatste op 27 mei 2016 om 16h00.

Mogelijkheid tot toelichting van de BAFO-offerte werd voorzien op 3 juni 2016 om 14h00.

12. Op 27 mei 2016 dienden zowel verzoekende partij als Sportoase een beste en laatste offerte (“BAFO”) in (stuk nr. 15).

Betreffende BAFO’s werden toegelicht op 3 juni 2016.

13. De evaluatie van beide BAFO’s door verwerende partij vond plaats op 6 juni 2016. Een verslag van nazicht werd opgesteld (stuk nr. 8).

De beoordeling van de basisoffertes op basis van de gunningscriteria leidde tot volgende eindscores tussen de verschillende inschrijvers:

BEOORDELINGSTABEL		Willemen	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningcriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25	6,25	12,5	18,75	18,75
		S	V	G	G
Gunningcriterium 2: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de wijze van exploitatie (35 punten)	35	8,75	26,25	35	35
		S	G	ZG	ZG
Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)	15	1	6	7	13
		1.680.000	1.580.000	1.560.000	1.440.000
Subcriterium 2. garanties en financiële zekerheden (5 punten)	5	1,25	2,5	2,5	5
		S	V	V	ZG
Subcriterium 3. investeringswaarde (15 punten)	15	6,4	15	11,29	11,34
		10.416.680	24.404.257	18.372.000	18.454.899
Subcriterium 4. winstdeling (5 punten)	5	1,25	3,75	3,75	3,75
		S	G	G	G
	100	24,9	66	78,29	86,84
Rangschikking		4	3	2	1



De in kleur aangeduide vlakken wijzen op de wijzigingen tussen de basisofferte en de BAFO-offerte. Hieruit blijkt dat Sportoase het aanbod heeft verbeterd (zie tweede gunningscriterium: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de wijze van exploitatie (35 punten)).

De verzoekende partij heeft de werkingssubsidie naar beneden aangepast met 80.000 Euro op jaarbasis. Er blijft nog een verschil van 120.000 Euro op jaarbasis gedurende 30 jaar (= 3.600.000 Euro).

14. Op basis van voormelde rangschikking werd Sportoase, als eerste gerangschikte inschrijver, als voorkeurbieder aangeduid door verwerende partij. De finale contractonderhandelingen werden gevoerd met Sportoase.

15. Op 12 juli 2016 besliste het College van Burgemeester en Schepenen van verwerende partij de Opdracht te gunnen aan Sportoase. Dit betreft de bestreden beslissing (stuk nr. 8).

Verzoekende partij werd bij schrijven dd. 13 juli 2016 op de hoogte gebracht van de gunningsbeslissing (stuk nr. 9).

16. Bij schrijven van haar raadsman dd. 15 juli 2016 heeft verzoekende partij aan verwerende partij verzocht inzage te verkrijgen in de BAFO van Sportoase (stuk nr. 10).

Bij e-mail dd. 18 juli 2016, uitgaande van de raadsman van verwerende partij, werd voormeld verzoek geweigerd op grond van artikel 11 van de Overheidsopdrachtenwet gelet op de technische en commerciële geheimen die de BAFO van Sportoase bevat (stuk nr. 11).

17. Bij e-mail dd. 20 juli 2016 specificeert verzoekende partij haar verzoek tot inzage van de BAFO van Sportoase (stuk nr. 12).

Bij schrijven dd. 25 juli 2016 citeerde de raadsman van verwerende partij een e-mail uitgaande van Sportoase, waarin bepaalde van de gevraagde informatie, zijnde het aantal redders (*Infra*), werd meegedeeld (stuk nr. 13).

18. Op 27 juli 2016 maakt verzoekende partij een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid aanhangig bij Uw Raad.



II. GEEN ERNSTIGE MIDDELEN

A. EERSTE MIDDEL

1. Samenvatting van het middel

19. Verzoekende partij leidt een eerst middel af uit de schending van:

- De punten 2.4, 3.2, 3.3, 3.4.21, 7.3.1.1, 7.4.5.2 en 8.3.2.1 van de gunningsleidraad, in samenhang met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat tevens in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 tot uitdrukking is gebracht;
- De artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna Formele Motiveringswet);
- De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Verzoekende partij stelt dat verwerende partij de basisofferte en de BAFO-offerte van Sportoase diende te weren aangezien zowel de basisofferte als de BAFO van Sportoase substantieel onregelmatige offertes zouden betreffen.

2. Weerlegging van het middel

a) Algemeen

20. In het eerste middel wordt de schending ingeroepen van de hierboven vermelde bepalingen van de gunningsleidraad in samenhang met het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”; de gelijkheid der inschrijvers (artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet); de formele motiveringsplicht (artikel 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991) en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijnde de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

21. Bij nadere lezing van de onderdelen zal uw Raad vaststellen dat de verzoekende partij tracht aan te tonen dat de offerte van Sportoase diende te worden geweerd wegens niet-conformiteiten.

22. Het artikel 95 van het Plaatsings-KB van 15 juli 2011 is niet van toepassing bij een onderhandelingsprocedure (zie o.m. R.v.St. nr. 96.667 van 19 juni 2001). In de rechtsleer wordt dan ook de stelling verdedigd dat het regelmatigheidsonderzoek niet van toepassing is bij een onderhandelingsprocedure (zie o.m. J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, 1997, 45).

Verwerende partij heeft zelf in artikel 3.2. van de gunningsleidraad bepaald dat zij een regelmatigheidsonderzoek zou doorvoeren. De regels inzake het regelmatigheidsonderzoek zijn dan ook door de verwerende partij van toepassing gemaakt (zie o.m. R.v.St. nr. 223.821 van 11 juni 2013). Deze regels moeten *in casu* dan ook worden toegepast.



Het regelmatigheidsonderzoek steunt *in casu* dan niet op artikel 95 van het Plaatsings-KB maar op de besteksbepalingen en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (zie o.m. R.v.St. nr. 215.170 van 15 september 2011).

Bij het regelmatigheidsonderzoek wordt er een onderscheid gemaakt tussen enerzijds een substantiële onregelmatigheid en anderzijds een relatieve onregelmatigheid.

Bij een substantiële onregelmatigheid wordt afgeweken van een essentiële besteksbepaling van het opdrachtdocument. Bij een relatieve onregelmatigheid zijn de offertes aangetast door een niet-essentieel gebrek (zie o.m. C. DE KONINCK, P. FLAMEY, J. BOSQUET, o.c. 550-553). Er zal dan ook telkens *in concreto* moeten worden nagegaan of er sprake is van een essentiële besteksbepaling (N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van de offertes” in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 2009, 1400 en 1406).

Een wering in het overheidsopdrachtenrecht is enkel verplicht voor de aanbestedende overheid indien de offerte is aangetast door een substantiële onregelmatigheid. Dit zal enkel het geval zijn indien de offerte een essentiële besteksbepaling miskent. De bewijslast hiertoe ligt bij de verzoekende partij. Uw Raad stelde reeds dat niet alle bepalingen van de gunningsleidraad substantieel zijn. Dit zou in gaan tegen de dynamiek van de onderhandelingsprocedure (R.v.St. nr. 186.230, 11 september 2008).

23. Hierbij is het belangrijk te onderstrepen dat in de gunningsleidraad zelf een onderscheid is gemaakt tussen essentiële en niet-essentiële besteksbepalingen. De Stad Roeselare beschikt als aanbestedende overheid over een beleidsvrijheid om bepalingen al dan niet zelf als essentieel aan te duiden. Dit geldt des te meer in onderhandelingsprocedures.

De besteksbepalingen ingeroepen door de verzoekende partij, zijnde 2.4, 3.2, 3.3, 3.4.21, 7.3.1.1, 7.4.5.2 en 8.3.2.1. zijn nergens in de gunningsleidraad aangeduid “op straffe van substantiële onregelmatigheid”, in tegenstelling tot onder meer het subsidiebedrag van 1.680.000 Euro bepaald in artikel 3.4.3.1.2. van de gunningsleidraad waarbij uitdrukkelijk wordt vermeld: “op straffe van substantiële onregelmatigheid”. De gunningsleidraad maakt derhalve zelf reeds een onderscheid tussen de essentiële en de niet-essentiële besteksbepalingen.

Hieruit volgt reeds dat de vermeende inbreuken op de bepalingen van de gunningsleidraad vermeld door de verzoekende partij enkel door een relatieve nietigheid zouden kunnen zijn aangetast, *quod non*, zoals verder zal blijken.

24. Verwerende partij zal hieronder bovendien aantonen dat verzoekende partij nergens *in concreto* het bewijs levert dat deze besteksbepalingen een essentiële besteksbepaling zouden betreffen. Bovendien slaagt de verzoekende partij er zelfs niet in aan te tonen dat deze besteksbepalingen zouden geschonden zijn. Van enige substantiële of zelfs relatieve onregelmatigheid van de offerte van Sportoase is dan ook geen sprake.



b) Het eerste middelonderdeel

(1) Het eerste middelonderdeel is niet ontvankelijk

25. Het eerste middelonderdeel is niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

Indien de interpretatie van de verzoekende partij zou moeten worden gevolgd dat geen enkele uitbreiding was toegestaan in de BAFO-fase, *quod non*, dan leidt deze interpretatie tot een substantiële onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij zelf. Bij de verzoekende partij is eveneens een afwijking vastgesteld (zie randnummer 28). Indien het eerste middelonderdeel wordt aanvaard, moet ook de offerte van de verzoekende partij verplicht worden geweerd zodat zij nooit de opdracht kan verkrijgen. Zij heeft dan ook geen belang bij dit middel.

(2) Het eerste middelonderdeel is niet ernstig

26. In een eerste middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij ten onrechte de BAFO van Sportoase niet als substantieel onregelmatig heeft verklaard nu Sportoase de totale ontwikkelde oppervlakte en de grondinname in haar BAFO heeft uitgebreid, niettegenstaande dit door de verwerende partij uitdrukkelijk zou verboden zijn. Verzoekende partij stelt dat verwerende partij in strijd met haar eigen opdrachtdocumenten en dus in strijd met het *“patere legem quam ipse fecisti”*-beginsel heeft gehandeld door de BAFO van Sportoase toelaatbaar te achten.

Het eerste middelonderdeel houdt in dat de verzoekende partij van oordeel is dat de offerte van Sportoase diende te worden geweerd omdat de instructie voor de BAFO-offerte stelt dat het BAFO-voorstel moet worden geformuleerd *“binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt”*.

Sportoase zou niet aan deze voorwaarde voldoen omdat zij in haar BAFO-offerte de grondbezetting met 185 m² heeft laten toenemen (3018 m² ten opzichte van 2.835 m²) en de ontwikkelde oppervlakte met 33 m² (4.828 m² ten opzichte van 4.795 m²).

Verzoekende partij interpreteert deze instructie op die manier dat deze instructie zou verbieden dat het zwembadcomplex in de BAFO-fase in oppervlakte en bouwvolume met geen enkele m² zou mogen worden uitgebreid. Dit zou een essentiële besteksbeplanning betreffen.

Dit standpunt is niet correct.

27. De volgende instructies werden aan Sportoase meegedeeld zoals ook aan verzoekende partij:

“VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is om:

- 1) binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt;*
- 2) de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;*



- 3) *het interieur daar waar nodig te verfraaien;*
- 4) *het Eigen(recreatief) Programma verder uit te breiden;*
- 5) *het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing).*

Alle kosten en baten van alle de verbetervoorstellen moeten in het businessplan worden opgenomen en verrekend.”

Het zal uw Raad opvallen dat deze instructie veel ruimer is dan deze door de verzoekende partij geciteerd onder randnummer 48 van haar verzoekschrift waar enkel naar de eerste instructie wordt verwezen. Zo wordt onder de vierde instructie een uitbreiding toegelaten voor het Eigen Programma. Hierbij wordt de interpretatie van de verzoekende partij dat geen enkele uitbreiding is toegelaten reeds onderuit gehaald.

Deze instructie stelt dan ook nergens, zoals de verzoekende partij beweert, dat elke uitbreiding zou verboden zijn op straffe van onregelmatigheid van de BAFO-offerte. Indien verzoekende partij een dergelijk streng verbod had willen opleggen dan had zij dit ook met zoveel worden in de instructie opgenomen.

De woordkeuze voor het begrip “contouren” gaf heel duidelijk de doelstelling van de verzoekende partij mee. Een contour wordt in het Nederlands gehanteerd als een synoniem voor de begrippen “vorm” én “hoofdlijnen”. De doelstelling van de verzoekende partij was namelijk dat de inschrijvers die geselecteerd waren voor de BAFO de vorm van het gebouw uit de basisofferte zouden behouden én verbeteren doch geen volledig nieuw gebouw zou aanbieden. Het gebruik van het begrip “vloerplaat”, zijnde de betonnen fundering, versterkte deze doelstelling nog.

Bovendien heeft eerste instructie om de vloerplaat en de contouren te respecteren enkel betrekking op de architecturale uitstraling van het gebouw. Dit blijkt duidelijk uit de bewoordingen: “binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt”. De grotere grondinname van 185 m² valt in elk geval volledig buiten de eerste instructie om de architecturale kwaliteit van het gebouw te verbeteren binnen de vloerplaat en de contouren.

Een kleine uitbreiding ten gevolge van een optimalisatie van de basisofferte wordt geenszins verboden; wel integendeel net uitdrukkelijk toegestaan onder de vierde instructie, zijnde het eigen programma.

Verzoekende partij wilde met deze instructie enkel vermijden dat de twee andere inschrijvers die geen BAFO mochten indienen zouden gediscrimineerd worden indien de twee best gerangschikte inschrijvers hun gebouw integraal mochten herwerken. Dit zou immers neerkomen op een totaal nieuwe offerte en geen BAFO-offerte meer. Er is geen enkele goede reden om totaal nieuwe offertes te beperken tot de twee best gerangschikte inschrijvers. Deze intentie blijkt duidelijk uit de inleidende zin: “Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gericht is om:” (eigen nadruk).

Deze instructies betreft dan ook geen besteksbeplating die op straffe van substantiële onregelmatigheid is voorgeschreven waarin elke vierkante meter uitbreiding op straffe uitsluiting is voorgeschreven. Het betreft dan ook geen dwingende beplating zoals verzoekende partij stelt onder



randnummer 50 van het verzoekschrift. Verzoekende partij laat in elk geval na *in concreto* te bewijzen dat deze instructies een essentiële besteksbeplanning betreffen. Het zal uw Raad hierbij ook opvallen dat de verzoekende partijen de BAFO-instructies zelfs niet aanduiden als een onderdeel van de geschonden bepalingen op pagina 21 van het verzoekschrift. Hiermee geeft de verzoekende partij zelf aan dat deze instructies geen essentiële besteksbeplanningen betreffen.

28. Indien de stelling van de verzoekende partij wordt toegepast op de eigen offerte van de verzoekende partij dan leidt deze stelling ook tot de substantiële onregelmatigheid van de eigen offerte van de verzoekende partij. Verzoekende partij heeft een footprint van 5.417 in de basisofferte en 5.418 in de BAFO-offerte. Ook de verzoekende partij heeft derhalve een grotere footprint in de BAFO-fase, zijnde slechts 1 m², doch ook 1 m² betreft een overschrijding. “Op straffe van nietigheid is op straffe van nietigheid”.

De footprint van de verzoekende partij is bovendien merkkelijk groter dan bij Sportoase. Bij de verzoekende partij bedraagt de footprint in BAFO 5.418 m². Verzoekende partij neemt 56% meer grond in ten opzicht van Sportoase. De interpretatie van de verzoekende partij dat geen enkele uitbreiding mogelijk zou zijn in de BAFO-fase zou sterk in het voordeel zijn van de verzoekende partij en discriminerend voor Sportoase gelet op de zware footprint van de verzoekende partij.

29. Indien er al een discussie mogelijk zou zijn, *quod non*, kan de discussie enkel betrekking hebben op een groter bouwvolume gelet op de bewoordingen van de eerste instructie, zijnde een overschrijding van 33 m² op een totale oppervlakte van 4.795 m² aangeboden in de originele offerte, zijnde een toename van 0,7% (4.828 m² ten opzichte van 4.795 m²).

Een dergelijk zeer beperkt verschil kan meerdere oorzaken hebben o.m. kan het een gevolg zijn van een nog onjuist plan in de BAFO-fase en/of een toename die het gevolg is van een uitbreiding van het recreatief programma wat was toegelaten door de BAFO-instructies.

30. De verwerende partij heeft zelf deze beperkte toename ontdekt bij de controle van de BAFO-plannen. Deze is nader onderzocht en besproken binnen de beoordelingscommissie. Hierover is een uitdrukkelijk standpunt ingenomen in het gunningsverslag:

“De stuurgroep is van oordeel dat de zeer beperkte uitbreiding van de totale oppervlakte, zijnde 33 m² en de beperktere grotere grondinname, zijnde 185 m², passen binnen de voorwaarden van de BAFO, namelijk om binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt. Dit betreffen in het geheel van het project zeer kleine aanpassingen. Daarenboven is het ruimtebeslag van de offerte van Furnibo een stuk ingrijpender dan het project van Sportoase.”

Hieruit blijkt duidelijk dat de verwerende partij zorgvuldig is te werk gegaan. Zij heeft wel degelijk onderzocht in hoeverre de BAFO-offerte van Sportoase in overeenstemming was met de BAFO-instructies en heeft dit positief beoordeeld. Er is bovendien voldaan aan de materiële en formele motiveringsplicht. Verzoekende partij is niet buiten haar beleidsvrijheid getreden door de BAFO-offerte van Sportoase te beoordelen als binnen de contouren en de vloerplaat.



31. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert onder randnummers 19 én 55, is deze vermeende toename in het bouwvolume niet de oorzaak van de hogere score van Sportoase voor het tweede gunningscriterium (“Goed” in de eerste beoordeling; “Zeer Goed” in de BAFO-fase). De oorzaak van deze hogere score is het gevolg van een gevoelige uitbreiding van het recreatief programma o.m. met een wildwaterbaan, het spectaculairder maken van de waterglijbanen door deze in een torentje buiten het eigenlijke zwembad te laten vertrekken, het aanbieden van meerdere waterspeeltuigen, ... Bovendien werd de recreatie opgedeeld in verschillende zones: playland, action park, wellness-zone, ploeterland, ... Deze toevoegingen zijn gerealiseerd door de functies ruimtelijk intern te herschikken (zie BAFO-offerte Sportoase – managementsummary slides 31-49).

Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

c) Het tweede middelonderdeel is niet ernstig

32. In een tweede middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij ten onrechte de basisofferte van Sportoase niet als substantieel onregelmatig heeft verklaard nu het door Sportoase geformuleerde voorstel inzake winstdeling punt 7.4.5.2 van de gunningsleidraad miskent.

Verzoekende partij stelt dat verwerende partij in strijd met haar eigen opdrachtdocumenten en dus in strijd met het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel heeft gehandeld door de basisofferte van Sportoase niet substantieel onregelmatig te beschouwen. De beslissing van verwerende partij is gesteund op ondeugdelijke motieven en bijgevolg in strijd met de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. Tot slot stelt verzoekende partij dat verwerende partij het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers heeft miskend door de regelmatige offerte van verzoekende partij te vergelijken met de substantieel onregelmatige offerte van Sportoase.

33. Zoals reeds uiteengezet, komt dit middelonderdeel er inhoudelijk op neer dat de verzoekende partij van oordeel is dat offerte van Sportoase diende te worden geweerd omdat de offerte van Sportoase niet zou voldoen aan de voorwaarden van het bestek met betrekking tot de winstuitkeringen. De wering van de offerte van Sportoase is enkel een verplichting voor de Stad Roeselare indien er zich in de offerte van Sportoase een substantiële onregelmatigheid zou voordoen. Hiervoor dient de verzoekende partij aan te tonen dat een essentiële besteksbepaling is geschonden.

In hoofddorde stelt verwerende partij dat geen essentiële besteksbepaling is geschonden; minstens slaagt de verzoekende partij niet in dit bewijs.

34. In ondergeschikte orde kan worden aangetoond dat er geen sprake is van enige schending van een besteksbepaling.

Artikel 7.4.5.2. van de gunningsleidraad stelt immers het volgende:

“Winstuitkeringen aan de aandeelhouders van de Projectvennootschap zijn te allen tijde beperkt tot maximum 13% van het volstort maatschappelijk kapitaal én 3% op het niet-volstort kapitaal.



Indien in een bepaald boekjaar geen winstuitkering is gebeurd, kan dit worden doorgeschoven naar een volgend boekjaar met een maximum van 5 boekjaren. De winstuitkering kan slechts worden goedgekeurd voor zover de Projectvennootschap niet overgekapitaliseerd is.

Deze kosten en opbrengsten dienen voldoende te onderbouwd worden, zodat inzicht kan worden gekregen in de onderliggende assumpties voor de desbetreffende kostensoorten en kostenplaatsen.

Voor zover de Inschrijver geen gebruik maakt van afzonderlijke rekenmodellen voor het Verplicht (Z) en het Eigen (E) Programma, dient hij een omslag te maken van de kosten die gemeenschappelijk op de beide units wegen en de gehanteerde verdeelsleutels te verantwoorden.

Indien de Inschrijver gebruikt maakt van achtergestelde leningen dient hij de intrestvoet waartegen deze wordt verleend uitdrukkelijk op te geven.”

35. Uit deze besteksbeplating blijkt dat de verzoekende partij haar middel baseert op een verkeerde premisse. Zij gaat er ten onrechte van uit dat Sportoase slechts een eigen vermogen heeft voorzien van 500.000,00 Euro. Sportoase heeft echter een eigen vermogen voorzien van 1.000.000,00 Euro waarvan 500.000,00 Euro volstort en 500.000,00 Euro niet volstort (zie stuk nr. 14.a offerte Sportoase – nota 14-17; pag. 44/88).

Het artikel 7.4.5.2. van de gunningsleidraad bepaalt een plafond voor wat betreft de winstuitkering, zijnde 13% op het volstort maatschappelijk kapitaal en 3% op het niet-volstort maatschappelijk kapitaal.

Indien we deze percentages van 13% en 3% toepassen op het maatschappelijk kapitaal van Sportoase dan geeft dit een maximale winstuitkering van:

- 13% x 500.000 Euro = 65.000 Euro
- 3% x 500.000 Euro = 15.000 Euro
- Totaal : 80.000 Euro

Het voorstel van Sportoase om de eerste 75.000 Euro aan winst uit te keren aan haar aandeelhouder Groep Sportoase na buffering van het eigen vermogen is dan ook perfect in overeenstemming met de bepalingen van het bestek. Daarenboven kan Sportoase het eigen vermogen later ook optrekken zodat een hogere winstuitkering mogelijk is.

36. Aangezien de offerte van Sportoase voldeed aan het artikel 7.4.5.2. van de gunningsleidraad kan er geen schending zijn van de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

Het tweede middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

d) Het derde middelonderdeel is niet ernstig

37. In een derde middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij ten onrechte de basisofferte van Sportoase niet als substantieel onregelmatig heeft verklaard niettegenstaande de gevraagde volwaardige buitenspeeltuin, die een onderdeel is van het Verplicht Programma, ontbrak.



Verzoekende partij stelt dat verwerende partij in strijd met de punten 3.2, 3.3, 3.4.2.1 en 8.3.2.1 van de gunningsleidraad heeft gehandeld door Sportoase uit te nodigen voor de indiening van een BAFO nu de basisofferte van Sportoase niet voldeed aan de dwingende minimumeis met betrekking tot de volwaardige buitenspeeltuin. Verwerende partij schendt hiermee het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel.

38. Zoals reeds uiteengezet, komt dit middelonderdeel er inhoudelijk op neer dat de verzoekende partij van oordeel is dat offerte van Sportoase diende te worden geweerd omdat de offerte van Sportoase geen volwaardige speeltuin zou bevatten.

De wering van de offerte van Sportoase is enkel een verplichting voor de Stad Roeselare indien er zich in de offerte van Sportoase een substantiële onregelmatigheid zou voordoen. Hiervoor dient de verzoekende partij aan te tonen dat een essentiële besteksbeplanning is geschonden. Dit is geenszins het geval; minstens slaagt de verzoekende partij niet in dit bewijs. Dit wordt nader uiteengezet.

39. Het artikel 8.3.1.2. van de gunningsleidraad bepaalt het volgende in verband met de buitenspeeltuin:

“8.3.1.2 INFRASTRUCTUUR

Daarenboven zal de Inschrijver instaan voor:

De realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de door de Opdrachtgever gewenste recreatieve structuur voor de Mandel (zie 8.2.3 “recreatieve structuur de Mandel”);

40. Artikel 8.3.2.1 van de gunningsleidraad bevat allereerst geen essentiële besteksbeplanning. Deze beplanning is immers niet op straffe van nietigheid voorgeschreven. Er worden geen bijzondere eisen aan de speeltuin opgelegd. Daarenboven dienen de voorwaarden inzake regelmatigheid van offertes soepel te worden toegepast bij een onderhandelingsprocedure (zie randnummer 22-23). Dit geldt te meer daar het belang van de speeltuin marginaal is in het geheel van het zwembadcomplex.

Verzoekende partij levert in elk geval niet het bewijs dat het een essentiële besteksbeplanning betreft.

41. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, bevatte de offerte van Sportoase wel degelijk een buitenspeeltuin met onder meer evenwichtsbalken, steltenpaar, stapstenen, ... (zie stuk nr. 14.a offerte Sportoase - bijlagen aan nota 13 en nota 21 technische fiche o.m. pagina's 73, 78 en 80). De beoordelingscommissie vond enkel de keuze van het type speeltuigen iet wat ongelukkig en heeft voorgesteld om dit te verbeteren in de BAFO. Om die reden werd in het gunningsverslag ook het woord “volwaardig” gebruikt. Dit woord “volwaardig” komt niet voor in artikel 8.3.1.2. van de gunningsleidraad.

Voor zover artikel 8.3.2.1 van de gunningsleidraad al een essentiële besteksbeplanning zou betreffen, *quod non*, voldoet de offerte van Sportoase hieraan.



Er is om die reden ook geen schending van de materiële motiveringsplicht, de gelijke behandeling van de inschrijvers en de zorgvuldigheidsplicht.

Het derde middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

e) Het vierde middelonderdeel is niet ernstig

42. In een vierde middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij ten onrechte zowel de basisofferte als de BAFO van Sportoase niet als substantieel onregelmatig heeft verklaard, aangezien het verslag van nazicht geen melding maakt van het aantal redders dat Sportoase bij de zwembadexploitatie zal inzetten én er bovendien gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat dit aantal niet met de toepasselijke regelgeving in overeenstemming is. Immers door het aantal opgegeven redders in haar basisofferte en in haar BAFO te bepalen op 8,59 VTE, miskent Sportoase de voorschriften van Vlarem II waardoor verwerende partij zowel de basisofferte als de BAFO van Sportoase als substantieel onregelmatig had moeten weren.

Tot slot stelt verzoekende partij dat verwerende partij de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet schendt door niet of niet op afdoende wijze de redenen op grond waarvan verwerende partij meent dat aan de voorwaarden van de relevante bepaling van Vlarem II voldaan is, op te nemen in de bestreden beslissing.

43. Zoals reeds uiteengezet, komt dit middelonderdeel er inhoudelijk op neer dat de verzoekende partij van oordeel is dat offerte van Sportoase diende te worden geweerd omdat de offerte van Sportoase niet in overeenstemming zou zijn met de voorwaarden van de gunningsleidraad met betrekking tot de verplichting om te voldoen aan de bepalingen inzake Vlarem II voor wat betreft het aantal redders. De wering van de offerte van Sportoase is enkel een verplichting voor de Stad Roeselare indien er zich in de offerte van Sportoase een substantiële onregelmatigheid zou voordoen. Hiervoor dient de verzoekende partij aan te tonen dat een essentiële besteksbepaling is geschonden. Dit is geenszins het geval; minstens slaagt de verzoekende partij niet in dit bewijs. Dit wordt nader uiteengezet.

44. Artikel 7.3.1.1 van de gunningsleidraad bepaalt het volgende:

“De Opdrachtnemer dient zelf in te staan voor de rekrutering en de bezoldiging van het personeel. Het aantal personeelsleden moet steeds in overeenstemming zijn met de geldende wetgeving (zie onder meer rubriek 5.32.9.2.2 §3 van Vlarem).”

Met de sportclubs kan overeengekomen worden dat deze zelf instaan voor het ter beschikking stellen van redders voor de perioden waar de clubs gebruik maken van het Zwembad. De verantwoordelijke van de Opdrachtnemer moet de betrokkenen op deze verplichting inzake toezicht en mogelijkheid inzake redderschap wijzen.

De Opdrachtnemer draagt er als exploitant in alle omstandigheden steeds zorg voor dat het minimum aantal redders en toezichthoudende personen aanwezig is en dient bij gebreke van de derdegebruiker ogenblikkelijk in de passende maatregelen te voorzien.”



45. Artikel 5.32.9.2.2. §3 Vlare II stelt het volgende:

“§ 3. Veiligheid bezoekers

1° De exploitant neemt de nodige maatregelen om de veiligheid van de bezoekers te verzekeren.

2° Het maximum toegelaten aantal baders - dit zijn personen die zich in het water bevinden - is nooit hoger dan 1 bader per 3 m² wateroppervlakte. Voor baden met een maximum diepte van 50 cm is één bader per 2 m² wateroppervlakte toegelaten. Weliswaar in functie van de evacuatiewegen, zal het maximum aantal aanwezige bezoekers in de zwemhal nooit hoger zijn dan de som van het maximum toegelaten aantal baders, vermeerderd met maximum 1 persoon per 2,4 m² kade-oppervlakte.

3° De baders staan onder rechtstreeks en constant toezicht van ten minste één redder, die zich uitsluitend aan deze activiteit wijdt en zich permanent in de buurt van de kaden bevindt.

Het toezicht is aangepast aan het type van installatie en aan de bezettingsgraad van het zwembad.

Het minimum aantal toezichthoudende personen, waarvan ten minste de helft redder zijn, wordt bepaald volgens de volgende formule (afronden naar beneden):

a) voor de eerste 150 baders:

$$\text{aantal toezichthoudende personen} = \frac{\text{aantal baders} + 1}{50}$$

b) daarboven, per 150 baders meer, 1 toezichthoudend persoon extra.

Ten minste de helft (afgerond naar boven) is redder.

Deze regel geldt niet voor baders in baden van minder dan 50 cm diepte.

4° Bij ieder afzonderlijk bad of risicozone staat ten minste 1 toezichthoudend persoon, ongeacht het resultaat van de in deze paragraaf vermelde formule.

5° De redders zijn in het bezit van het hoger reddersbrevet van het BLOSO of van een ander gelijkwaardig getuigschrift goedgekeurd door het BLOSO. Het afschrift van voormeld brevet of getuigschrift ligt ter inzage van de toezichthouder op de plaats van de exploitatie.

6° De redders worden ten minste éénmaal per jaar geoefend in reddings- en reanimatietechnieken. Het getuigschrift van de meest recente bijscholing ligt ter inzage van de toezichthouder op de plaats van de exploitatie. Bedoelde bijscholing moet erkend zijn door het BLOSO.

7° De diepte van het water wordt op regelmatige afstanden aangeduid. Elke plotse verandering van diepte wordt op een opvallende wijze zichtbaar gemaakt.



8° *In het zwembad levert geen enkele aan- en afvoer van water, lucht of andere stoffen, gevaar op voor de baders.*

9° *De plaats waar de gebruiker van de glijbaan en/of de springtoren in het bad terecht komt, is ontruimd binnen een straal van 2,5 m.*

10° *De inrichting beschikt over een lokaal waar de eerste zorgen kunnen worden toegediend en dat uitsluitend uitgerust is met materiaal voor eerste hulp en reanimatie. Dit lokaal en materiaal is rechtstreeks en gemakkelijk toegankelijk voor de verantwoordelijken. De reanimatieapparatuur bestaat ten minste uit een systeem voor zuurstoftoediening. Dit apparaat wordt wekelijks op zijn deugdelijkheid onderzocht. De redder is vertrouwd met het gebruik van het aanwezige materiaal.*

11° *De inrichting is uitgerust met tenminste één telefoontoestel dat een directe buitenlijn heeft. Dit toestel staat in de onmiddellijke nabijheid van het zwembad en het lokaal voor eerste hulp bij ongevallen, en is gemakkelijk bereikbaar door de redders.*

12° *Elk overlijden of ernstig ongeval binnen het zwembadgebouw wordt binnen een termijn van 24 uur telefonisch of met telefax gemeld aan de milieupart of milieugezondheidskundige van de afdeling, bevoegd voor het toezicht op de volksgezondheid.*

§ 3bis.

Een leerkracht, trainer, lesgever of begeleider van activiteiten in het zwembad, kan een lesgeefactiviteit combineren met de functie van toezichthoudende persoon onder de volgende voorwaarden:

1° *hij/zij moet zich constant op de kade bevinden en alle baders die tot een groep behoren rechtstreeks kunnen gade slaan;*

2° *het aantal baders onder zijn/haar toezicht mag maximum 35 bedragen.*

Een leerkracht, trainer, lesgever of begeleider van activiteiten in het zwembad, kan een lesgeefactiviteit combineren met de functie van toezichthoudende redder onder de volgende voorwaarden:

1° *hij/zij moet zich constant op de kade bevinden en alle baders die tot een groep behoren rechtstreeks kunnen gade slaan;*

2° *het aantal baders onder zijn/haar toezicht mag maximum 35 bedragen;*

3° *hij/zij in het bezit is van het Hoger Reddersbrevet van BLOSO of van een ander gelijkwaardig getuigschrift goedgekeurd door BLOSO.*

Gewijzigd bij art. 205, 2°, B.VI.Reg. 19 januari 1999, B.S. 31 maart 1999, eerste editie.



§ 3ter.

Tenzij anders vermeld in de milieuvergunning mag de exploitant in afwijking van § 3 het aantal redders en toezichters beperken tot:

1° één redder, wanneer de oppervlakte van het bad minder dan 200 m2 bedraagt;

2° twee toezichthoudende personen, waarvan ten minste één redder, wanneer de oppervlakte van het bad 200 m2 of meer bedraagt en de vorm van het bad zo is dat dit volledig in het gezichtsveld ligt van één persoon;

3° drie toezichthoudende personen, waarvan ten minste twee redders, wanneer de oppervlakte van het bad 200 m2 of meer bedraagt en de vorm van het bad zo is dat dit niet volledig in het gezichtsveld ligt van één persoon.

De afwijking, bedoeld in het eerste lid, geldt evenwel enkel wanneer de exploitant een toezichtsplan heeft opgesteld en naleeft ter verzekering van de veiligheid van de baders. Dit toezichtsplan ligt ter inzage voor de toezichthouders.

Gewijzigd bij art. 205, 2°, B.Vl.Reg. 19 januari 1999, B.S. 31 maart 1999, eerste editie.

Gewijzigd bij art. 37 B.Vl.Reg. 7 juni 2013, B.S. 10 september 2013"

Het zal uw Raad opvallen dat de verzoekende partij onder randnummer 58 van haar verzoekschrift slechts een beperkt deel van de Vlarem-bepaling citeert, zijnde enkel de norm vermeld onder §3. De twee andere paragrafen §3bis en §3ter die eveneens relevant zijn, werden niet vermeld.

Verzoekende partij verzwijgt hierdoor dat er uitzonderingen op deze norm mogelijk zijn, namelijk:

- er wordt een onderscheid gemaakt tussen redders enerzijds en toezichthoudende personen anderzijds. Slechts de helft van het toezichthoudend personeel moet een redder betreffen met een reddersdiploma van Bloso (zie §3);
- Er mag ook toezicht uitgeoefend worden door een leerkracht, trainer, lesgever of begeleider van activiteiten (zie §3bis);
- Er zijn uitzonderingen indien toezicht kan worden uitgeoefend vanuit één gezichtsveld (§3ter).

Verzoekende partij laat na dit te vermelden en houdt in zijn uiteenzetting hiermee geen enkele rekening. Hier zit een belangrijk verschil zoals verder zal blijken.

46. Verzoekende partij heeft bovendien de kans gekregen van de Stad Roeselare om het aantal redders te optimaliseren in de BAFO-fase (stuk nr. 7). Verwerende partij had immers het hoge aantal redders opgemerkt en bood de kans aan verzoekende partij om deze te verminderen. Verwerende partij heeft het aantal redders niet verlaagd in de BAFO-offerte.



47. Op vraag van de raadsman van de verzoekende partij in een niet-vertrouwelijke brief van 20 juli 2016 (stuk nr. 12) werd bovendien bijkomende informatie verstrekt aan de verzoekende partij. Het antwoord luidde als volgt (stuk nr. 13):

...

In antwoord op uw correspondentie betreffende de intentie van Furnibo om naar de Raad van State te stappen vindt u hierbij het standpunt van Groep Sportoase.

Vooreerst wensen wij erop te wijzen dat deze intentie een betreurenswaardige evolutie betreft in de sector van de PPS voor sport en recreatiecentra. Voor zover ons bekend is voor een gunningsbeslissing in de sector nooit eerder beroep aangetekend bij de Raad van State. Dit illustreert dat de concurrentie zich steeds scherper en agressiever aandient. Wij zijn dan ook erkentelijk voor de inspanningen die u levert om onze commerciële en bedrijfsgeheimen te vrijwaren.

Gelet op toekomstige projecten van Sportoase is het van uiterst belang om onze commerciële en bedrijfsgeheimen dan ook verder te vrijwaren. Wij hebben evenwel geen bezwaar om inzage te verlenen in de specifieke parameters die worden opgevraagd door Furnibo.

Vooraleer in detail in te gaan op de vragen, wensen wij te wijzen op volgende overwegingen:

- *Sportoase engageert zich formeel om ten allen tijde conform Vlarem II te exploiteren, in het bijzonder betreffende het aantal redders dat vereist is.*
- *Sportoase heeft een vlakke en hands-on personeelsstructuur, waarbij niet alleen de edders beschikken over een hoger reddersdiploma. Zo kunnen bijvoorbeeld ook de centrummanager en zwembadmanager op elk moment inspringen bij piekmomenten, bij onvoorzienbare afwezigheid van een redder door ziekte, ... In de praktijk zullen ze – waar nodig - ook effectief inspringen als redder. Op deze wijze vermijden wij dat we overcapaciteit aan redders moeten voorzien. De details van de personeelsstructuur beschouwen wij als commerciële en bedrijfsgeheimen.*
- *Sportoase heeft in de exploitatieprocedures een uitgewerkt systeem van actieve toezichters specifiek voor scholen en groepen, van lesgevers en animatoren voor groeps- en zwemlessen, van gediplomeerde jobstudenten tijdens vakantieperiodes, ... Deze personen zijn niet opgenomen in de personeelsbezetting van het algemene financieel plan, aangezien de periodieke inzet wordt gecompenseerd door de extra inkomsten die worden gegenereerd op de betreffende piekmomenten. Op deze wijze vermijden wij dat we overcapaciteit aan redders moeten voorzien. De details van de exploitatieprocedures beschouwen wij als commerciële en bedrijfsgeheimen.*
- *Sportoase heeft in de exploitatieprocedures een uitgewerkt systeem van beschikbaarheid op basis van de vraag van bijvoorbeeld het glijbanencomplex, het*

instructiebad, ... Deze beschikbaarheid varieert in functie van vakantie of feestdagen, ... en worden als dusdanig niet opgenomen in de personeelsbezetting van het algemene financieel plan. De details van de exploitatieprocedures beschouwen wij als commerciële en bedrijfsgeheimen.

- *De cijfers van het aantal zwemmers en aantal redders in het financieel plan mogen niet verward worden met het operationele plan van toezicht. Het betreft immers in het financieel plan een begroting van de kostenstructuur over 30 jaar op basis van*



een algemeen uitgemiddeld schema. Voor de concrete planning en het dagelijks beheer in exploitatie zal Sportoase ruim voor aanvang van de exploitatiefase een praktisch plan van toezicht opstellen, dat tijdens de exploitatiefase permanent wordt geëvalueerd en bijgestuurd.

- *Sportoase is zwembadexploitant sinds 2005 en exploiteert momenteel 9 zwembadcomplexen in PPS-structuur. Alle zwembaden worden conform Vlare II geëxploiteerd. Nergens stellen zich problemen. De personeelsbezetting voor het project Schiervelde te Roeselare is vergelijkbaar met andere exploitaties van Groep Sportoase. Ter illustratie vergelijken we Schiervelde te Roeselare bijvoorbeeld met Sportoase Duinenwater te Knokke-Heist, waar we met een quasi identieke personeelsbezetting ca. 365.000 bezoekers per jaar ontvangen (ruim 90.000 extra bezoekers per jaar dan het aantal bezoekers begroot voor Schiervelde te Roeselare).*
- *Sportoase heeft bij de aanpassingen tussen offertefase en BAFO met kennis van zaken de kostenstructuur bewaakt, teneinde de economische parameters uit de offerte te handhaven. Door een oordeelkundig ontwerp ingegeven door de praktijkervaring van Groep Sportoase zijn er een aantal elementen verschoven, maar werden de financieel kosten in balans gehouden. Zo blijft bijvoorbeeld de oppervlakte van het sportbad gelijk tussen offerte en BAFO, maar wordt de helft van het sportbad minder diep, werd de diepte van het instructiebad gereduceerd, ... De recreatieve uitbreiding betreft vanuit het standpunt van toezicht enerzijds de toename van ondiep water (minder dan 30 cm diepte) en anderzijds specifieke elementen (cfr. glijbanen) die door oordeelkundige inplanting geen extra toezicht vereisen. De centrale positie van de redderspost optimaliseert het aantal noodzakelijke redders.*
- *Sportoase heeft bij de aanpassingen tussen offertefase en BAFO de bezoekersaantallen van de zwemmers niet verhoogd ondanks de lagere toegangsprijzen voor -3 jarigen en het toegenomen recreatieve aanbod. Bij eventuele extra bezoekersaantallen die door deze ingrepen verwacht kunnen worden, zullen de extra personeelskosten ruimschoots worden gecompenseerd door de extra inkomstenstroom. Dit kan beschouwd worden als een conservatieve aanname in het financieel plan.*

Vragen Furnibo:

-het aantal redders dat de SPV Sportoase Roeselare NV bij de zwembadexploitatie zal inzetten (aantallen vooropgesteld in de BAFO én in de basisofferte);

Sportoase

Offerte: redders: 8,59 VTE

BAFO: redders: 8,59 VTE

- de plannen van de door de SPV Sportoase Roeselare NV voorgestelde recreatieve zwembadinfrastructuur, met vermelding van de oppervlakte en de diepte van elk bad (plannen zoals gevoegd bij de BAFO én bij de basisofferte);

De gedetailleerde plannen van de voorgestelde recreatieve zwembadinfrastructuur beschouwen wij in deze fase als commerciële en bedrijfsgeheimen. In overleg met de stad Roeselare zal ten gepaste tijde worden gecommuniceerd over het precieze aanbod.



Offerte:

Sportbad: 525 m² - diepte 180 cm

Instructiebad: 100 m² - diepte instelbaar tot 300 cm

Recreatiezone:

- *peuterbad: 27 m² (diepte < 30 cm)*
- *recreatiebad: 180m² (20m² diepte < 30 cm , 160 m² diepte < 130 cm)*

BAFO:

Sportbad: 525 m² (diepte 130 cm / 350 cm)

Instructiebad: 100 m² - diepte instelbaar tot 150 m

Recreatiezone:

- *peuterbad: 30 m² (diepte < 30 cm)*
- *recreatiebad: 180 m² (53m² diepte < 30 cm / 104 m² diepte < 130 cm / 23m² diepte <160 cm)*
- *belevingsbad: 10 m² (diepte <85 cm)*

De evolutie tussen offerte en BAFO betreft vanuit het perspectief van toezicht voornamelijk meer ondiep water, naast specifieke elementen (cfr. glijbanen) die door oordeelkundige inplanting en gelet op de positie van de redderspost geen extra toezicht vereisen.

- de door SPV Sportoase Roeselare NV voorziene openingsuren en bezettingsgraad van de recreatieve zwembadinfrastructuur (aantal baders per bad, zoals voorzien in de BAFO én in de basisofferte).

Offerte: openingsuren: weekdays: 7u - 22u, weekend: 8u – 18u / aantal zwemmers per jaar: ca 275.000

BAFO: openingsuren: weekdays: 7u - 22u, weekend: 8u – 18u / aantal zwemmers per jaar: ca 275.000

In de hoop u hiermee van dienst te zijn, blijven we beschikbaar voor eventuele bijkomende informatie.

U treft in de e-mail van Sportoase een antwoord op uw vragen.

Mijn cliënt wenst hierbij nog het volgende op te merken. Er bestaat geen enkele redelijke twijfel dat Sportoase met deze personeelsbezetting de normen van Vlarem II niet zal halen. Sportoase exploiteert inmiddels reeds 9 zwembaden. Er zijn, voor zover we kunnen nagaan hebben, nergens problemen gemeld rond inbreuken op de Vlarem-wetgeving voor wat betreft de inzet van personeel. Ook andere inschrijvers voorzien een duidelijke lagere



personeelsbezetting dan uw cliënt. Voor zover er toch enige inbreuk zou worden vastgesteld, betreft dit de uitsluitende verantwoordelijkheid van Sportoase. De Stad Roeselare zal in voorkomend geval op generlei wijze de subsidie verhogen.”

47. Verzoekende partij laat opnieuw na *in concreto* aan te tonen dat er een essentiële besteksbeplanning zou zijn geschonden.

48. Dit middelonderdeel is eveneens om een evidente reden niet ernstig, zijnde wegens gebrek aan enig bewijs in het verzoekschrift. Verzoekende partij laat immers na in haar verzoekschrift om *prima facie* aan te tonen dat het aantal redders onvoldoende zou zijn. Elke inhoudelijke onderbouwing bvb. een berekening en/of een vergelijking met de eigen offerte ontbreekt. Niettemin beschikt verzoekende partij over het aantal redders dat Sportoase voorzien heeft en de oppervlaktes van het zwembadcomplex aangeboden door Sportoase. Op basis van deze informatie dient verzoekende partij een onderbouwde berekening te maken waarin zij *prima facie* aantoont dat er zich een probleem stelt. Deze onderbouwing is volledig afwezig.

Dit gebrek aan ernst blijkt uit de bewoordingen van het vierde middelonderdeel van het eerste middel waar de verzoekende partij stelt dat *“gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat”* én uit de bewoordingen van het eerste middelonderdeel van het tweede middel; *“het voorgesteld aantal redders meer dan waarschijnlijk niet met artikel 5.32.9.2.2 §3 van Vlarem II in overeenstemming is”*.

In het kader van een UDN-procedure voor uw Raad volstaan “gegronde redenen om aan te nemen” én “meer dan waarschijnlijk” niet. Er moet een ernstig middel worden geformuleerd, zijnde een middel dat *prima facie* gegrond lijkt. Een middel zonder inhoudelijke onderbouwing is nooit ernstig.

Het betreft bovendien een complexe materie met veel verschillende aspecten (wateroppervlakte, zichtlijnen, toezicht door derden, ...). Het is vast rechtspraak van uw Raad dat dergelijke discussies niet thuishoren in een UDN (R.v.St. nr. 179.202 van 31 januari 2008).

49. In ondergeschikte orde kan gesteld worden dat de verwerende partij wel degelijk zorgvuldig heeft gehandeld door het aantal redders ingeschat door Sportoase te aanvaarden:

- Het aantal redders betreft in de eerste instantie een verantwoordelijkheid van de opdrachtnemer. Het betreft een DBFMO-opdracht waarbij de exploitatie de volle verantwoordelijkheid betreft van de opdrachtnemer. Indien de exploitant het aantal redders zou onderschatten dan dient de exploitant hiervoor de financiële en andere gevolgen te dragen.
- Het cijfer van 8,6 VTE's opgegeven door Sportoase wijkt nauwelijks af van de bestaande cijfers voor het huidige zwembad welke in de gunningsleidraad waren meegegeven, zijnde 8 redders en 1 hoofdredder (zie stuk nr. 3 op pagina 51-52). Het huidige “Spillebad” betreft ook een 25 meter bad + instructiebad + peuterbad + whirlpool + glijbaan.
- Het aantal redders opgegeven door Sportoase is zelfs hoger dan het aantal redders aangeboden door de derde gerangschikte inschrijver, zijnde S&R (zie de offerte van S&R



waar slechts 7,2 VTE's als redder voorzien zijn – stuk nr. 14.c presentatie – slide 44 waar S&R eveneens duidelijk melding maakt van toezicht door leerkrachten, trainers, ...)

- Sportoase exploiteert reeds 9 zwembaden en er zijn geen inbreuken op de Vlarem II-wetgeving bekend. In tegenstelling tot wat verzoekende partij beweert in haar verzoekschrift, is dit gegeven wel relevant.

Enkel de verzoekende partij had derhalve een substantieel hoger aantal redders, zijnde 15 VTE's, en heeft bovendien de kans gekregen dit aantal te herzien.

50. Tot slot wenst de verzoekende partij nog het volgende op te merken. Het hoge aantal redders in de offerte van de verzoekende partij is het gevolg van bepaalde keuzes bij de verzoekende partij op twee vlakken.

- Verzoekende partij heeft bij het architecturale ontwerp van het zwembadcomplex onvoldoende rekening gehouden met de gevolgen van bepaalde architecturale keuzes op de exploitatiekost. De grote oppervlakte van het gebouw (5.418 m² grondinname en 9.358 m² bebouwd) en de wijze van inplanting van de verschillende functies (25 meter-bad, instructiebad, waterglijbaan, ...) hebben tot gevolg dat er meer redders nodig zijn. Verzoekende partij heeft drie reddersposten nodig – waarvan één lange ter hoogte van het instructiebad waar minstens 2 redders aanwezig moeten zijn - omwille van o.m. de aanwezigheid van de wildwaterbanen in het zwembadcomplexen én de diverse niveauverschillen en fysieke afscheidingen die het gezichtsveld van de redders doorbreken (zie stuk nr. 14.b – presentatie Furnibo – slide nr. 80).
- Verzoekende partij heeft ook onvoldoende van de mogelijkheden gebruik gemaakt om het toezicht ook door andere personen te laten uitoefenen (leraars, coaches, niet-redders ...).

S&R Group (derde gerangschikte) die al 6 zwembaden uitbaat én Sportoase-groep die al 9 zwembaden uitbaten, slagen er door hun ervaring en kennis wel in deze personeelskost te drukken.

51. Er is ook geen schending van de formele motiveringsplicht wegens het niet-vermelden van het aantal redders bij Sportoase in het verslag van nazicht.

Er bestaat allereerst nergens een noodzaak om het aantal redders te vermelden voor een afdoende formele motivering in de zin van artikelen 2 en 3 van de formele motiveringsplicht. Bovendien werd het aantal redders voorzien in de offerte van Sportoase aan de verzoekende partij meegedeeld in briefwisseling (stuk nr. 13) en kon zij op basis hiervan haar verweer voor uw Raad voeren.

Het middelonderdeel is niet ernstig.



B. TWEEDE MIDDEL

1. Samenvatting van het middel

52. Verzoekende partij leidt een eerst middel af uit de schending van:

- Artikel 25, tweede lid van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006;
- Artikel 107 van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna KB Plaatsing);
- De punten 3.1, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3 en 3.4.3.4 van de gunningsleidraad in samenhang met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- Het transparantiebeginsel;
- Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat tevens in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 tot uitdrukking is gebracht;
- De algemene beginsel van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Verzoekende partij stelt dat verwerende partij de offertes, op basis van de vier subcriteria van het derde gunningscriterium, op een foutieve en onwettige wijze heeft beoordeeld. Verzoekende partij stelt dat verwerende partij beoordelingsfouten heeft begaan waardoor de BAFO van Sportoase als economisch meest voordelige werd beoordeeld, niettegenstaande verzoekende partij de BAFO heeft ingediend die de economisch meest voordelige is. Verwerende partij heeft een beslissing genomen in strijd met artikel 107 van het KB Plaatsing en artikel 3.1 van de gunningsleidraad.

2. Weerlegging van het middel

a) Algemeen

53. In het tweede middel wordt de schending ingeroepen van het artikel 25, tweede lid van de Overheidsopdrachtenwet, artikel 107 van het KB-Plaatsing, de artikelen 3.1, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3 en 3.4.3.4 van de gunningsleidraad in samenhang met het beginsel “*patere legem quam ipse fecisti*”, het transparantiebeginsel, de gelijke behandeling der inschrijvers, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zijnde het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

Het zal uw Raad opvallen dat het in tweede middel de verzoekende partij beoordelingsfouten verwijt, meer bepaald:

- de algemene werkingssubsidie is foutief beoordeeld bij Sportoase omdat er een onderbezetting zou zijn van het aantal redders;
- de beoordeling van het subgunningscriterium “garanties en financiële zekerheden” is op foutieve wijze gebeurd;



- de beoordeling van het subgunningscriterium “investeringswaarde” is niet op een correcte wijze gebeurd
- de beoordeling van het subgunningscriterium “winstdeling” is niet op een correcte wijze gebeurd.

54. Bij de beoordeling van de (sub)gunningscriteria beschikt de aanbestedende overheid over een grote beleidsvrijheid. Hierbij mag Uw Raad zich niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid doch enkel een wettigheidstoezicht uitoefenen. Aldus kan Uw Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven (zie o.m. R.v.St. Nr. 219.519 van 29 mei 2012).

Bij een onderhandelingsprocedure geldt bovendien een grote beleidsvrijheid die weliswaar beperkt is tot de regels van het bestek en het gelijkheidsbeginsel (zie o.m. R.v.St. nr. 226.058 van 14 februari 2014).

De verzoekende partij dient in elk geval *in concreto* aan te tonen dat de aanbestedende overheid kennelijk onredelijk heeft gehandeld. Dit wordt nergens in het verzoekschrift aangetoond zoals verder bij de bespreking van de middelenonderdelen zal blijken. Om die reden zijn de vier middelenonderdelen reeds niet ernstig.

55. De vier middelonderdelen zijn niet correct genummerd in het verzoekschrift. Onder IV.2.3 van het verzoekschrift is er sprake van het “eerste middelonderdeel”; vervolgens onder IV.2.4. van het “derde middelonderdeel”; nadien onder IV.2.5. opnieuw van het “tweede middelonderdeel” en onder IV.2.6. te spraken van het “derde middelonderdeel”.

Voor de eenvoud zal verwerende partij de middelonderdelen opnieuw nummeren in functie van de volgorde van het verzoekschrift.

- IV.2.3. – eerste middelonderdeel
- IV.2.4. – tweede middelonderdeel
- IV.2.5. – derde middelonderdeel
- IV.2.6. – vierde middelonderdeel

b) Het eerste middelonderdeel

56. In het eerste middelonderdeel stelt de verzoekende partij dat de offerte van Sportoase zou zijn aangetast door een onregelmatigheid waardoor deze offerte had moeten geweerd. Minstens had de verzoekende partij een hogere score moeten toekennen voor het gunningscriterium “algemene werkingssubsidie”.

(1) Het middel is niet ontvankelijk

57. Voor wat betreft de discussie over de regelmatigheid van de offerte van Sportoase betreft dit middelonderdeel een loutere herhaling van het vierde middelonderdeel van het eerste middel. Een herhaald middelonderdeel betreft geen ontvankelijk middelonderdeel.



Voor wat betreft de bewering dat verzoekende partij een hogere score had moeten krijgen voor de algemene werkingssubsidie moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij nalaat aan te tonen dat zij door een hogere score voor dit gunningscriterium de rangschikking zou wijzigen waardoor zij de opdracht zou toegewezen krijgen (zie o.m. R.v.St. nr. 227.922 van 27 juni 2014). Het verschil in de eindbeoordeling betreft 78,29 punten voor Furnibo en 86,84 punten voor Sportoase, zijnde een verschil van 8,55 punten. Indien de verzoekende partij niet kan aantonen dat een middelonderdeel haar tot voordeel strekt, is het middelonderdeel niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

(2) Het middel is niet ernstig

58. Voor wat betreft de inhoudelijke discussie over het aantal redders wordt verwezen naar de uiteenzetting onder randnummers 42 tot en met 49 van onderhavige nota.

Het betreft in elk geval een complexe materie die zich niet leent tot een UDN-procedure.

59. De stelling van de verzoekende partij dat zij een hogere score moet krijgen voor het gunningscriterium “algemene werkingssubsidie” omdat Sportoase het aantal redders zou hebben onderschat, wordt bovendien op geen enkele manier inhoudelijk onderbouwd. Er wordt evenmin een berekening toegevoegd. Het middelonderdeel is dan ook niet bewezen.

Daarenboven vertrekt deze stelling van een verkeerde premisse, namelijk dat de algemene werkingssubsidie wordt aangepast indien zou blijken dat het aantal redders te laag zou zijn overeenkomstig het bepaalde in de Vlarew-wetgeving. Dit staat nergens in de gunningsleidraad vermeld. Indien een inschrijver dit aantal te laag heeft ingeschat, betreft dit het risico van de inschrijver en geeft dit geen aanleiding tot een aanpassing van de algemene werkingssubsidie.

60. Er is dus geen sprake van enige beoordelingsfout; laat staan dat kan aangetoond worden dat de beoordeling kennelijk onredelijk zou zijn waardoor de verwerende partij haar appreciatiemarge zou hebben overschreden.

61. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

c) Het tweede middelonderdeel

62. In het tweede middelonderdeel beklagt de verzoekende partij er zich over dat de verwerende partij het subgunningscriterium “garanties en financiële zekerheden” zou hebben gewijzigd doordat ten onrechte rekening is gehouden met de solvabiliteit van één van de partners, namelijk Furnibo.

De solvabiliteit van Furnibo zou een selectiecriterium betreffen doch geen gunningscriterium. Dit zou strijdig zijn met het overheidsopdrachtenrecht.

Daarenboven zou het subgunningscriterium verkeerd beoordeeld zijn doordat de garanties en de financiële zekerheden van de verzoekende partij in de BAFO-fase concreter zouden zijn dan deze van Sportoase. Er is ten onrechte rekening gehouden met de notoriëteit van Sportoase.



(1) Het middel is niet ontvankelijk

63. Het middel is niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang. Het subgunningscriterium heeft slechts een puntenaantal van 5 punten op een totaal van 100. Sportoase verkreeg een score van 5/5 (= zeer goed) terwijl de verzoekende partij een score heeft bekomen van 2,5/5 (= voldoende).

Het verschil in de eindbeoordeling betreft 78,29 punten voor Furnibo en 86,84 punten voor Sportoase, zijnde een verschil van 8,55 punten. Dit verschil kan niet worden goedge maakt met een andere score op dit subgunningscriterium voor de verzoekende partij.

De verzoekende partij heeft ook geen enkele moeite gedaan om *in concreto* aan te tonen dat zij als eerste zou kunnen worden gerangschikt waardoor zij een kans zou hebben om bij een nieuwe gunningsbeslissing als gegadigde van deze gunning uit de bus te komen (zie o.m. R.v.St. nr. 227.922 van 27 juni 2014). Bij gebrek aan bewijs dat de verzoekende partij de opdracht kan toegewezen krijgen indien dit middel als ernstig wordt bevonden door uw Raad, is het middel niet ontvankelijk.

64. Het middelonderdeel is om een tweede reden niet ontvankelijk. De gunningsleidraad stelt onder artikel 2.8. “Akkoordverklaring met de procedure” uitdrukkelijk dat de inschrijver de inhoud van de gunningsleidraad moet aanvaarden. Verzoekende partij heeft nooit enige opmerking over dit subgunningscriterium geformuleerd ondanks de mogelijkheid voorzien in artikel 2.6. van de gunningsleidraad om vragen en/of opmerkingen te formuleren. Verzoekende partij heeft derhalve nooit opgemerkt dat dit subgunningscriterium een selectiecriterium zou betreffen.

(2) Het middel is niet ernstig

65. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, betreft het subgunningscriterium “garanties en financiële zekerheden” geen selectiecriterium doch wel degelijk een gunningscriterium.

De gunningsleidraad stelt hieromtrent het volgende:

“Subcriterium nr. 2: kwaliteitsbewaking en garanties (5 punten)

Inhoud:

In dit subcriterium wordt aandacht besteed aan de garanties die de Inschrijver geeft, financiële en andere, om de Opdracht tot een goed einde te brengen en een kwalitatieve exploitatie van het Zwembadcomplex gedurende 30 jaar te kunnen garanderen (zie ook hoofdstuk 7.3.5 van de gunningsleidraad).

De Inschrijver moet hierbij verplicht aandacht besteden aan (minstens):

- *de wijze van kapitalisatie van de Projectvennootschap (met aanduiding van het eigen vermogen, de volstorting ervan, etc.), de wijze waarop binnen de Projectvennootschap verbintenissen naar derden worden afgedekt en opgevolgd;*
- *de budgetbewaking in de verschillende fasen van de Opdracht;*
- *de financiële zekerheden die worden geboden;*
- *de kwaliteitsbewaking op het niveau van de Opdracht;*
- *de besteding van het positief bedrag ten gevolge van het renterisico (zie de financiële uitgangspunten voor de opmaak van de Offerte);*



- andere garanties en zekerheden.

In het businessplan (zie pt 7.4.5 "OPMAAK (VAN HET FINANCIEEL LUIK) VAN HET BUSINESSPLAN" moet in deze context ook voorzien zijn in de mogelijkheid om tijdens de looptijd van de Opdracht, waar nodig, door middel van nieuwe investeringen tijdens de exploitatiefase, nieuwe impulsen aan het Zwembad te geven.

Voor wat het businessplan voor de bouwfase betreft, moet er een visie worden gegeven hoe de budgetbewaking tijdens de uitvoering van de werken zal verlopen.

Ook moet in het businessplan duidelijk de provisies worden aangegeven die bestemd zijn voor het onderhoud, inbegrepen het eigenaarsonderhoud van het Zwembadcomplex en de wijze van aanwending ervan.

Tenslotte moet er een overzicht worden gegeven van de kwaliteitsbewaking van de exploitatie en van de financiële opvolging ervan.

Wijze van beoordeling:

Voor dit subcriterium zal één gemotiveerde score worden toegekend.

De Inschrijver met de score "zeer goed" bekommt 100% van de punten; de Inschrijver met de score "goed" bekommt 75% van de punten; de Inschrijver met de score "voldoende" bekommt 50% van de punten; de Inschrijver met de score "slecht" bekommt 25 % van de punten én de Inschrijver met de score "zeer slecht" bekommt 0 % van de punten."

Dit subgunningscriterium peilt naar de kwaliteit van de offerte van de inschrijvers met betrekking tot de financiële onderbouwing van de offerte en de daaraan gekoppelde financiële zekerheden ten einde gedurende 30 jaar de exploitatie te kunnen garanderen. Het kan immers niet uitgesloten worden dat de projectvennootschap in financiële ademnood verzeild geraakt bvb. omwille van lagere bezoekersaantallen en/of lagere inkomsten van uit aanverwante activiteiten (bvb. fitnessactiviteiten die bij de verzoekende partij jaarlijks een opbrengsten moeten genereren van 365.000 Euro én de bowling die goed moet zijn voor 382.000 Euro; zijnde in totaal 747.000 Euro uit nevenactiviteiten op jaarbasis). Hierbij is uiteraard de kwaliteit van het engagement van de aandeelhouders ten opzichte van de projectvennootschap van primordiaal belang. Het subgunningscriterium heeft dan ook duidelijk betrekking op de offerte én niet op de persoon van de inschrijver. Om die reden betreft dit subgunningscriterium duidelijk een gunningscriterium én geen selectiecriterium zoals de verzoekende partij ten onrechte stelt.

66. De beoordelingscommissie heeft op dit subgunningscriteria beide offertes (zie stuk nr. 14) beoordeeld. In de offerte van de verzoekende partij betreft dit de pagina's 171-178 van de beschrijvende nota; bij Sportoase betreft dit de pagina's 43-51 van de nota 14-17. Er was de beoordelingscommissie een heel groot verschil opgevallen in de benaderingswijze van de beide inschrijvers op dit vlak.

Bij de verzoekende partij werd sterk de nadruk gelegd op het feit dat de financiële garanties (o.m. achtergestelde lening en het niet-volstort eigen vermogen) "pro rata" van de aandeelhouders werd gegarandeerd (zie letterlijk pagina 171). Bovendien waren deze financiële garanties strikt beperkt tot dezen vermeld in de offerte.



Bij Sportoase was er daarentegen een heel duidelijk engagement van één aandeelhouder, zijnde de NV Groep Sportoase. Bovendien werd uitdrukkelijk gesteld dat deze aandeelhouder bijkomende middelen ter beschikking zal stellen tijdens de exploitatie bij onvoorziene omstandigheden (zie pagina 46 onderaan). Er wordt tevens uitdrukkelijk melding gemaakt van de steun van de beide aandeelhouders van Group Sportoase, zijnde de NV Groep Van Roey en de NV Cofely Services. Hierdoor draagt de hoofdaandeelhouder mee het commercieel risico.

Het verschil in garantie naar de projectvennootschap toe vanuit de aandeelhouder en diens aandeelhouders was derhalve erg groot in vergelijking tot bij de verzoekende partij. Bij Sportoase was er een heel duidelijk engagement van één aandeelhouder, zijnde de NV Groep Sportoase die bovendien de steun geniet van haar aandeelhouders, zijnde Groep Van Roey en Cofely Services. Het engagement van Sportoase betreft dan ook niet enkel “notoriteit” zoals verzoekende partij ten onrechte stelt onder randnummer 137.

67. Omwille van dit grote verschil aan financiële garanties in de beide offertes, werd aan Furnibo de kans geboden in de BAFO om haar offerte te verbeteren. Er werd uitdrukkelijk de vraag gesteld naar wie het commercieel risico draagt onder vraag nr. 11. Deze schriftelijke vraag was bovendien het gevolg van een discussie gedurende de mondelinge presentatie tijdens de welke de verwerende partij reeds op dit probleem had gewezen.

In haar antwoord bevestigde de verzoekende partij enkel wat vermeld stond in de initiële offerte, namelijk dat de inbreng van de aandeelhouders beperkt is tot hun aandeel. Er werden geen bijkomende garanties verstrekt buiten het eigen vermogen van 1.000.000 Euro en de achtergestelde lening (zie antwoorden van verzoekende partij onder vraag nr. 11). Verzoekende partij heeft geen enkel bijkomend engagement opgenomen. Bovendien is de onderliggende verhouding tussen de aandeelhouders ook niet nader toegelicht.

68. Gelet op het feit dat de verbintenissen van de aandeelhouders “pro rata” zijn onderschreven, heeft de beoordelingscommissie de jaarrekeningen van de vermoedelijke aandeelhouders bekeken. Dit heeft niets met de selectie te maken doch wel met de inhoudelijke beoordeling van deze garanties (zijnde onvolstort eigen vermogen en achtergestelde lening). Een garantie die wordt aangeboden door een niet-solvabele partij betreft een waardeloze garantie. Voor een garantie wordt de kwaliteit ervan afgemeten aan de partij die de garantie verstrekt.

Ten behoeve van uw Raad zet verwerende partij het eigen vermogen van de verschillende partijen naast elkaar op basis van de laatst beschikbare jaarrekening bij de balanscentrale van de Nationale Bank:

Vennootschap	Laatste boekjaar	Voorlaatste Boekjaar	Opmerking revisor
Groep Sportoase (stuk nr. 16.a)	5.861.787	4.731.882	Oordeel onder voorbehoud



Groep Van Roey (stuk nr. 16.b)	33.608.059	28.479.940	Oordeel onder voorbehoud
Cofely Services (stuk nr. 16.c)	191.609.325	178.070.635	Oordeel onder voorbehoud
NV Bouwbedrijf Furnibo (stuk nr. 17.a)	2.061.286 (na correctie overeenkomstig verslag bedrijfsrevisor: -1.700.00 = 361.286	928.875 (na correctie overeenkomstig verslag bedrijfsrevisor: -1.700.00 = -771.125	Oordeel met voorbehoud – revisor stelt heel duidelijk dat de aandelenparticipatie in eigen aandelen voor 1.700.000 Euro waardeloos is
Persyn NV (stuk nr. 17.b)	7.708.554	5.750.679	Oordeel zonder voorbehoud
EEG NV (stuk nr. 17.c)	11.154.180	7.555.924	Oordeel zonder voorbehoud
Farys NV (stuk nr. 17.d)	1.036.157	Nog niet opgericht	Oordeel zonder voorbehoud
Studiebureel Boucherie (stuk nr. 17.e)	77.215	76.760	Geen revisorale controle

De beoordelingscommissie heeft vastgesteld dat Bouwbedrijf Furnibo NV nauwelijks beschikt over een eigen vermogen in het laatste boekjaar indien rekening wordt gehouden met de opmerking van de bedrijfsrevisor. In het voorlaatste boekjaar is het eigen vermogen zelfs zwaar negatief. Furnibo is bovendien de “trekker” van het dossier bij de verzoekende partij wat ook wordt toegeven in het verzoekschrift (zie randnummer 121).

Het eigen vermogen van aandeelhouder studiebureel Boucherie is bovendien ook erg beperkt, zijnde nauwelijks 77.215 Euro.

69. Het is derhalve onjuist zoals verzoekende partij beweert onder de randnummers 134 tot 137 van het verzoekschrift dat de financiële garanties en zekerheden bij de verzoekende partij onjuist zouden zijn beoordeeld. Er is wel degelijk rekening gehouden met de achtergestelde lening, de opbouw van het impulsfonds, de reservering van 80% van de winst als bufferreserve, ... Deze zijn mee in de beoordeling betrokken. Sportoase biedt bovendien gelijkaardige garanties én zekerheden (zie stuk nr. 14 offerte van Sportoase Nota 14-17; pag. 46-47).

70. Het verschil tussen de verzoekende partij en Sportoase is op dit subgunningscriterium substantieel, zijnde bij Sportoase één duidelijke verbintenis van de aandeelhouder die het voorziene maatschappelijk kapitaal overtreft ten opzichte van een gedeelde verbintenis van aandeelhouders bij de verzoekende partij (“pro rata-benadering”) waarbij het engagement beperkt is tot de *ab initio*



voorzien inbreng. Daarenboven is het eigen vermogen van Groep Sportoase én haar vennoten een flink stuk sterker. Bij Furnibo Bouwbedrijf NV is het eigen vermogen zo goed als onbestaand

waardoor het onzeker is dat deze aandeelhouder haar verplichtingen wel zal kunnen nakomen. Sportoase gaat verder dan de gunningsleidraad voorschrijft; de verzoekende partij houdt zich strikt aan het minimum opgelegd in de gunningsleidraad.

71. Het vastgestelde verschil tussen de beide offertes is weergegeven in de verslag van nazicht als volgt:

“De inschrijver voorziet een onderschreven kapitaal van 1 mio Euro, voor de helft geplaatst (volstort). De bowling wordt gefinancierd door de inschrijver via een niet gewaarborgde financiering.

Het is onduidelijk in welke mate de aandeelhouders van de projectvennootschap bijkomende waarborgen kunnen verlenen die het onderschreven kapitaal van de projectvennootschap te boven gaan en wie in deze projectvennootschap uiteindelijk het financieel risico draagt. Dit dient nog te worden verduidelijkt gelet op de solvabiliteit en ebitda van aannemer Furnibo en het feit dat exploitant Farys geen commercieel risico garandeert.

De inschrijver voldoet aan wat gevraagd wordt in het bestek. De offerte is vergelijkbaar met deze van Sportoase doch beter dan willemen. Sportoase scoor het sterkst.”

Deze formele motivering bevat alle elementen, namelijk de onduidelijkheid over de *pro rata* verdeling tussen de aandeelhouders, de strikte beperking tot het onderschreven kapitaal én de gebrekkige solvabiliteit van Furnibo zodat het onduidelijk is of deze haar verplichtingen zal kunnen nakomen.

72. Op basis van het bovenstaande blijkt dat verwerende partij uitermate zorgvuldig te werk is gegaan en zowel formeel als materieel het verschil in quotering heeft gemotiveerd. Verzoekende partij kan op generlei wijze aantonen dat de verwerende partij de grenzen van de beleidsvrijheid kennelijk heeft overschreden. Dit geldt des te meer omdat het verschil in quotering enkel 2,5 punten bedraagt.

Het tweede middelonderdeel is dan ook niet ernstig.

d) Het derde middelonderdeel

73. In een derde middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij het subgunningscriterium “investeringswaarde” op foutieve wijze heeft beoordeeld doordat zij geen rekening heeft gehouden met het casco bowlinggebouw. Er is rekening gehouden met een investeringswaarde van 18.372.000 Euro terwijl ook rekening moet worden gehouden met de 910.000 Euro voor de bowling, zijnde in totaal een investeringswaarde ten bedrage van 19.282.000 Euro.



(1) Het middel is niet ontvankelijk

74. Het middel is niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

Het verschil in de beoordeling, zijnde 18.372.000 ten opzichte van 19.282.000 Euro betreft 0,57 punten op een puntentotaal van 100 punten, zijnde een score van 11,85 punten ten opzichte van een score van 11,28 punten (zie randnummer 143 in het verzoekschrift). Het verschil in de eindbeoordeling betreft 78,29 punten voor Furnibo en 86,84 punten voor Sportoase, zijnde een verschil van 8,55 punten. Dit verschil kan niet worden goedge maakt met een andere score op dit subgunningscriterium voor de verzoekende partij

De verzoekende partij heeft ook geen enkele moeite gedaan om *in concreto* aan te tonen dat zij als eerste zou kunnen worden gerangschikt waardoor zij een kans zou hebben om bij een nieuwe gunningsbeslissing als gegadigde van deze gunning uit de bus te komen (zie o.m. R.v.St. nr. 227.922 van 27 juni 2014). Bij gebrek aan bewijs dat de verzoekende partij de opdracht kan toegewezen krijgen indien dit middel als ernstig wordt bevonden door uw Raad, is het middel niet ontvankelijk.

(2) Het middel is niet ernstig

75. Artikel 3.4.3.3. van de gunningsleidraad bepaalt het volgende:

“Subcriterium nr. 3: investeringswaarde (15 punten)

Inhoud:

De investeringswaarde wordt beoordeeld in functie van de waarde van het toekomstig stedelijk patrimonium. Voorts wenst de Opdrachtgever hiermee het signaal te geven dat van de Opdrachtnemer wordt verwacht dat een ernstige investering wordt gedaan om het Zwembadcomplex op een duurzame wijze te bouwen en te exploiteren.

De investeringswaarde betreft de totale waarde van het gebouw met inbegrip van de afwerking én de inrichting en de intercallaire intresten. Het betreft derhalve het bedrag dat zal worden opgenomen op het werkingskrediet.

Wijze van beoordeling:

De Inschrijver met de hoogste investeringswaarde krijgt de maximale score van 15 punten. De andere Inschrijvers krijgen een score gelijk aan: de investeringswaarde van de meest voordelige

Inschrijver/de investeringswaarde van de betrokken Inschrijver x 15 punten. Er wordt afgerond tot 2 cijfers na de komma.”

Op basis van deze bepaling is het duidelijk dat de bowling niet diende meegerekend te worden in de investeringswaarde. Er wordt immers heel duidelijk bepaald dat de investeringswaarde de waarde betreft van de stedelijk patrimonium én het bedrag betreft dat wordt opgenomen op het werkingskrediet, zijnde het krediet dat door de Stad Roeselare wordt gewaarborgd (zie artikel 7.1.4. van de gunningsleidraad – stedelijke waarborg).



Voor de bowling voorzien door de verzoekende partij wordt een afzonderlijke bancaire financiering voorzien die niet wordt opgenomen op het werkingskrediet (zie stuk nr. 14.b offerte van verzoekende partij – beschrijvende nota – hoofdstuk 14; pagina 171/210). Verzoekende partij stelt in de eigen offerte bovendien op die plaats zelf dat de investeringswaarde 18.372.000 Euro bedraagt en dat de bowling een afzonderlijke investeringswaarde heeft van 910.000 Euro. Dit middelonderdeel gaat dus manifest in tegen de eigen offerte.

Het feit dat na 30 jaar dit gebouw wordt overgedragen aan de Stad Roeselare zoals verzoekende partij stelt onder randnummer 140 van het verzoekschrift, doet hieraan geen enkele afbreuk. Hiermee wordt niet voldaan aan de definitie van investeringswaarde zoals hierboven uiteengezet. De waarde van een dergelijke casco “industriële constructie” (zie 6.4.5. draagstructuur bowling – pagina 29/171) na 30 jaar is verwaarloosbaar zo niet zelfs negatief.

76. Verwerende partij mocht in elk geval binnen de grenzen van appreciatiemarge van oordeel zijn dat een bowling die in een afzonderlijk gebouw wordt ondergebracht én geen deel uit maakt van het zwembadcomplex niet behoort tot het stedelijk patrimonium en derhalve niet mee in de investeringswaarde diende te worden betrokken.

Het derde middelonderdeel is niet ernstig.

e) Het vierde middelonderdeel

77. In een vierde middelonderdeel stelt verzoekende partij dat verwerende partij het subgunningscriterium “winstdeling” op een foutieve heeft beoordeeld nu volgens verzoekende partij haar voorstel hoe dan ook voordeliger is voor verwerende partij dan het voorstel van Sportoase. Er zou ten onrecht slechts een score van 3,75 zijn toebedeeld.

(1) Het middel is niet ontvankelijk

78. Het middel is niet ontvankelijk wegens gebrek aan belang.

Het subgunningscriterium “winstdeling” heeft een score van maximaal 5 punten. Indien verzoekende partij een hogere score zou moeten behalen dan Sportoase kan zij maximaal 1,25 punten meer verdienen, namelijk van 3,75 naar 5. Het verschil in de eindbeoordeling betreft 78,29 punten voor Furnibo en 86,84 punten voor Sportoase, zijnde een verschil van 8,55 punten. Dit verschil kan niet worden ongedaan gemaakt met een hogere score voor het subgunningscriterium “winstdeling”.

De verzoekende partij heeft ook geen enkele moeite gedaan om *in concreto* aan te tonen dat zij als eerste zou kunnen worden gerangschikt waardoor zij een kans zou hebben om bij een nieuwe gunningsbeslissing als gegadigde van deze gunning uit de bus te komen (zie o.m. R.v.St. nr. 227.922 van 27 juni 2014). Bij gebrek aan bewijs dat de verzoekende partij de opdracht kan toegewezen krijgen indien dit middel als ernstig wordt bevonden door uw Raad, is het middel niet ontvankelijk.



- (2) Het middel is niet ernstig
79. De gunningsleidraad bepaalt in artikel 3.5.3.4. het volgende:

“Subcriterium nr. 4: winstdeling (5 punten)

Inhoud:

Er wordt aan de Inschrijvers gevraagd om een winstdeling te voorzien met de Opdrachtgever indien de exploitatie van het Zwembadcomplex succesvol is.

Deze winstdeling kan verschillende vormen aannemen (vermindering subsidies, uitkeringen in functie van het resultaat, bijkomende investeringen,...). Om die reden wordt de winstdeling kwalitatief en niet kwantitatief beoordeeld.

De Inschrijver voegt daartoe een nota toe.

Wijze van beoordeling:

Voor dit subcriterium zal één gemotiveerde score worden toegekend.

De Inschrijver met de score "zeer goed" bekommt 100% van de punten; de Inschrijver met de score "goed" bekommt 75% van de punten; de Inschrijver met de score "voldoende" bekommt 50% van de punten; de Inschrijver met de score "slecht" bekommt 25 % van de punten én de Inschrijver met de score "zeer slecht" bekommt 0 % van de punten."

80. In het verslag van nazicht is de volgende motivering opgenomen:

Verzoekende partij:

“De winst dient vooreerst tot aanvulling van eventuele verliezen. De surplus wordt voor 20% gereserveerd als impulsfonds 20% (tot max. 700.000 Euro). De overige 80% dient tot bufferreserve tot maximum 500.000 Euro. Het surplus wordt uitgekeerd ten belope van 25% als ristoro voor de stad Roeselare en 75% voor het Consortium (beperkt tot 13% + 3%).

De inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar. Ze doen beter dan het bestek. Enkel Willemen scoort hier minder goed.”

Sportoase:

“De winst dient eerst tot aanzuivering van historische verliezen, het verder opbouwen van het eigen vermogen, het aanleggen van bijkomende provisionering, investering in nieuwe initiatieven. Pas na overleg met de opdrachtgever zal worden overgegaan tot winstuitkering als volgt:

- eerste 75% winst voor Groep Sportoase
- rest 60% inschrijver – 40% stad Roeselare”



Hiervoor kan worden verwezen naar enerzijds de offerte van de verzoekende partij (stuk nr. 14.a zie Beschrijvende nota, hoofdstuk 14.3., 176/210) én de offerte van Sportoase (stuk nr. 14.a zie nota 14-17 – hoofdstuk 8 winstdeling; pag. 51/88 ev.)

Uit de bovenvermelde motivering in het verslag van nazicht en uit de offertes blijkt duidelijk dat de beide offertes vergelijkbaar zijn. In beide offertes wordt de winst eerst gebruikt om een financiële buffer in de vennootschap op te bouwen. Nadien wordt er pas winst uitgekeerd. Beide winstuitkeringen doen beter dan de grens van 13% + 3%.

De verwijzing naar de jaarrekeningen van de Sportoase-groep onder randnummer 150 van het verzoekschrift is totaal naast de kwestie. Uit de jaarrekeningen van andere projectvennootschappen kan niet op ondubbelzinnige wijze worden afgeleid dat Sportoase onvoldoende winst maakt.

Daarenboven kunnen zowel de buffervorming als de winstuitkeringen ook boekhoudkundig anders worden verwerkt bvb. door de opbouw van provisies en door een vermindering van de werkingstoelage. Dit wordt in elk project door Sportoase afgesproken met het opdrachtgevend bestuur.

De regeling voorgesteld door de verzoekende partij is bovendien verre van glashelder zoals zij voorstellen onder randnummer 148.

Het is dus manifest onjuist dat de offerte van de verzoekende partij beter zou scoren.

81. Verwerende partij mocht in elk geval binnen de grenzen van appreciatiemarge van oordeel zijn dat de beide offertes op dit subgunningscriterium gelijkwaardig zijn. Er wordt door de verzoekende partij geenszins aangetoond dat deze beoordeling kennelijk onredelijk is.

Het vierde middelonderdeel is niet ernstig.

III. BELANGENAFWEGING EN VERTROUWELIJKHEID

82. In ondergeschikte orde wordt uw Raad verzocht een belangenafweging te doen en rekening te houden met het feit dat Roeselare zo snel mogelijk een nieuw zwembad nodig heeft. Het huidige zwembad “Spillebad” dateert uit 1972 en vertoont een ernstig probleem met tegels. Het bad moet geregeld gedeeltelijk worden gesloten (zie o.m. www.roeselare.be). Roeselare heeft als stad een sterke zwemtraditie met zelfs een Olympisch kampioen. De zwemactiviteiten mogen niet onderbroken worden. Een schorsing zal deze timing onhaalbaar maken.

Bovendien is de offerte van Furnibo nog steeds 120.000 Euro duurder op jaarbasis (1.560.000 Euro – 1.440.000 Euro). Over de volledige looptijd van 30 jaar bedraagt dit 3.600.000 Euro.

83. Verwerende partij heeft zowel van Sportoase zelf als van haar raadsman bij niet-vertrouwelijke e-mail dd. 3 augustus 2016 de vraag gekregen om alle offertes (basis + BAFO) vertrouwelijk te behandelen omwille van de aanwezigheid van commerciële gegevens. Verwerende



partij stelt tevens vast dat ook de verzoekende partij een aantal documenten van het dossier als vertrouwelijk aanduidt.

Hiermee wordt gemotiveerd dat de verwerende partij de offertes als vertrouwelijk beschouwd. Om die reden wordt ook niet letterlijk uit deze offertes geciteerd in deze nota.

*

*

*

OM AL DEZE REDENEN,

BEHAGE HET DE RAAD VAN STATE

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ontvankelijk doch ongegrond te verklaren.

De verzoekende partij te veroordelen tot de kosten met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 1.400,00 Euro.

Zoersel, 8 augustus 2016.

Voor de verwerende partij,

Met eerbied,

Haar raadsman,

Dirk De Keuster



ADMINISTRATIEF DOSSIER

STAD ROESELARE

G/A. 219.859/XII-8.197

1. Publicatie Opdracht (1.a nationaal + 1.b. Europees)
2. Besluit CBS dd. 16 november 2015 goedkeuring selectie kandidaten + verslag van nazicht
3. Notulen GR dd. 23 november 2015 goedkeuring gunningsleidraad + gunningsleidraad en bijlagen
4. Q&A documenten
5. Schrijven dd. 11 april 2016: vraagstelling naar aanleiding van presentatie en toelichting offerte op 07.04.2016 (*)
6. Schrijven dd. 15 april 2016: beantwoording vragenlijst van de 4 inschrijvers (*)
7. Schrijven dd. 28 april 2016: vraag om BAFO aan Furnibo + Sportoase + melding offerte in wachtkamer aan S&R en Willemen
8. Besluit CBS dd. 12 juni 2016: goedkeuring gunning met (integraal opgenomen) het verslag van nazicht van de offertes (punt 3 evaluatie basisoffertes en punt 4 evaluatie BAFO's)
9. Schrijven dd. 13 juli 2016: kennisgeving niet-gunning + informatie gunning
10. Schrijven dd. 15 juli 2016: vraag om inzage in BAFO van SPV Sportoase
11. Schrijven dd. 18 juli 2016: melding inzage niet mogelijk wegens technische en commerciële geheimen
12. Schrijven dd. 20 juli 2016: gespecificeerd verzoek om informatie
13. Schrijven dd. 25 juli 2016: antwoord op de specifieke vraagstelling van 20.07.2016
14. Basisoffertes van de 4 inschrijvers (originele offerte + digitale versie) (*)
14.a Sportoase, 14.b Furnibo, 14.c S&R, 14.d Willemen
15. BAFO's van Sportoase (15.a) en Furnibo (15.b) (*)
16. Jaarrekeningen Sportoase
16.a jaarrekening Sportoase, 16.b jaarrekening Van Roey, 16.c jaarrekening Cofely Services



17. Jaarrekeningen Furnibo

17.a jaarrekening Furnibo, 17.b jaarrekening Persyn, 17.c jaarrekening EEG, 17.d jaarrekening Farys, 17 e jaarrekening studiebureel Boucherie

De stukken aangeduid met een (*) bevatten commerciële informatie. De verwerende partij verzoekt uw Raad deze stukken vertrouwelijk te behandelen.