

RAAD VAN STATE**- 8 AUG. 2016****1040 Brussel, 8 augustus 2016****VERZENDER: ~~RAAD VAN STATE~~ - GRIFFIE BESTUURSRECHTSPRAAK****TELEFOON : - 02/234.93.06 - 07 - 08 - 09
- 02/234.98.31 - 32 - 34****FAX : 02/234.94.99****MAIL : info.bestuursrechtspraak@raadvst-consetat.be**

**Mogen wij u vriendelijk doch met aandrang vragen om deze pagina naar ons terug te faxen op het nummer 02/234.94.99,
OF te MAILEN met een REPLY TO ALL**

ONTVANGSTBEVESTIGING**BESTEMMELING : de stad Roeselare****TELEFAXNUMMER VAN DE BESTEMMELING : Mr Dirk De Keuster****OF E - Mail : 03/484.44.08****BETREFT : G/A. 219.859/XII-8179****IN ZAKE : NV BOUWBEDRIJF FURNIBO e.a.****TEGEN : de stad Roeselare****AARD DER DOCUMENTEN : - verzoekschrift tot tussenkomst****TOTAAL AANTAL PAGINA'S (deze boodschap inbegrepen) :**

RAAD VAN STATE

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
G/A 219.859/ XII-8.197

- 8 AUG. 2016**GRIFFIE****VERZOEKSCHRIFT TOT TUSSENKOMST**

(in het kader van een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid)

- VOOR:**
1. De Naamloze Vennootschap **GROEP SPORTOASE**, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, WTC Tower 1, Koning Albert II laan 30 b 28, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0874.040.670
 2. De Naamloze Vennootschap **SPORTOASE ROESELARE**, vennootschap in oprichting, vertegenwoordigd door NV Groep Sportoase (zoals vernoemd) in haar hoedanigheid van oprichter in de zin van art. 60 W.Venn.

hierna **TUSSENKOMENDE PARTIJ**;

Bijgestaan en vertegenwoordigd door Meesters **David D'HOOOGHE**, **Leen DE VUYST** en **Jannick POETS**, advocaten, allen kantoor houdend te 1000 Brussel, Loksumstraat 25, waar keuze van woonplaats wordt gedaan;

IN DE PROCEDURE INGESTELD

- DOOR:**
1. De Naamloze Vennootschap **BOUWBEDRIJF FURNIBO**, met maatschappelijke zetel te 8630 Veurne, Bedrijvenlaan 7 ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0447.692.117;
 2. De Naamloze Vennootschap **PERYSN**, met maatschappelijke zetel te 8550 Zwevegem, Blokellestraat 113A ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0405.435.056;
 3. De Naamloze Vennootschap **EEG**, met maatschappelijke zetel te 8560 Wevelgem, Oostlaan 5 ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0442.891.013;
- Samen de **THV FURNIBO-PERSYN-EEG**;
4. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ARCHITECTENBUREAU 3ARCHITECTEN**, met maatschappelijke

zetel te 8800 Roeselare, Zwaaiekomststraat 1 bus 3, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0876.011.651;

5. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **AVAPARTNERS-ARCHITECTS & PARTNERS**, met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Congreslaan 36 ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0429.416.228;

6. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **BM ENGINEERING - STUDIEBUREEL BOUCHERIE**, met maatschappelijke zetel te 8800 Roeselare, Knapenstraat 5, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0463.788.474;

Samen vormend de **THV 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING**;

7. De naamloze vennootschap **SPIE BELGIUM**, met maatschappelijke zetel te 1070 Anderlecht, Tweestationsstraat 150, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0434.499.028;

8. De coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **FARYS**, met maatschappelijke zetel te 9000 Gent, Stropstraat 1, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0554.887.312;

Alle partijen samen vormend de **"THV FURNIBO/PERSYN/EEG-SPIE-FARYS + THV 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING"**

Hierna **VERZOEKENDE PARTIJ**;

Bijgestaan en vertegenwoordigd door Meesters **Barteld SCHUTYSER**, **Tom VILLÉ** en **Riet STRAETMANS**, advocaten, allen kantoor houdend te 1050 Brussel; Louizalaan 99, waar keuze van woonplaats werd gedaan;

TEGEN: De **STAD ROESELARE**, vertegenwoordigd door haar college van burgemeester en schepenen, met administratieve zetel te 8800 Roeselare, Botermarkt 2;

Hierna **VERWERENDE PARTIJ**;

Aan de Eerste Voorzitter en de Voorzitter van de Raad van State,

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

Hooggeachte Dames en Heren,

Tussenkommende partij wenst met dit verzoekschrift tot tussenkomst tussen te komen in de procedure, hangende bij de Raad van State, tot schorsing die door de verzoekende partij bij verzoekschrift van 27 juli 2016 ingesteld werd tegen:

“de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Roeselare van 12 juli 2016, waarbij het project “PPS zwembad Schiervelde Roeselare” aan de SPV Sportoase Roeselare NV, en dus niet aan de verzoekende partij, werd gegund.”

Daarbij heeft zij de eer om in het kader van deze procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tussen te komen ter ondersteuning van het verweer van de stad Roeselare.

*

*

*

1 BETREFFENDE DE FEITEN

1.1 De opdracht

1. In het kader van de opdracht "PPS Zwembad Schiervelde Roeselare" publiceert de Stad Roeselare een oproep tot kandidaatstelling in het Bulletin der Aanbestedingen van 22 september 2015 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 26 september 2015.

Op de opdracht is onder meer de Wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 (hierna: de 'Wet Overheidsopdrachten'), het Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna: het 'KB Plaatsing Klassieke Sectoren'), de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: de 'Wet Rechtsbescherming') en het Koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van toepassing.

2. De gunningsleidraad nr. 246/001/2015 is op deze opdracht van toepassing (stuk 1).

Het voorwerp van de opdracht wordt hierin als volgt omschreven (p. 8):

"De Opdracht behelst:

(1) het ontwerpen (Design), bouwen (Build), financieren (Finance), onderhouden (Maintenance) en exploiteren (Operate) van een stedelijk zwembad, ook Project genoemd, en waarvan het programma bestaat uit een Verplicht en een Eigen (facultatief) programma;

(2) het daaraan voorafgaand uitvoeren van een archeologisch onderzoek;

(3) het aanleggen van een met het zwembad complementaire buitenomgeving;

(4) de heraanleg van een bezoekersparking, hoofdzakelijk dienstig voor bezoekers van het zwembad;

op de site Schiervelde te Roeselare, opgemeten/afgebakend volgens plan nr. 20151123 920 projectgebied Schiervelde dwg en zoals verder verduidelijkt wordt in deze Gunnings-leidraad.

De Opdracht heeft betrekking op:

- een Verplicht Programma van Eisen of het Zwembad;

- een facultatief – lees door de Inschrijvers zelf te voorzien – Eigen Programma.

Het Zwembad, het Eigen Programma, de omgevingsaanleg en bezoekersparking worden hierna gezamenlijk Zwembadcomplex genoemd.

Bijkomend wordt in optie verplicht een voorstel uit te werken waarbij de duikclub gelegenheid wordt geboden om tot op een diepte van 3 meter te oefenen.

De Aanbestedende overheid houdt zich het voorrecht voor om in de onderhandelingsfase alsnog te beslissen om de financiering (Finance) te hare laste te nemen."

De voorzicne duurtijd van de bouwfase is 18 maanden. De exploitatie loopt over een vaste periode van 30 jaar vanaf de voorlopig of vanaf de ingebruikneming.

3. De opdracht wordt gegund middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking aan de inschrijver met de economisch meest voordelige offerte (p. 18 gunningsleidraad).

De gunningscriteria zijn de volgende (p. 20 gunningsleidraad – stuk 1):

- *"Gunningcriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)*
- *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)*
- *Gunningcriterium 3: financieel criterium (40 punten)*
 - o *Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)*
 - o *Subcriterium 2. garanties en financiële zekerheden (5 punten)*
 - o *Subcriterium 3. investeringswaarde (15 punten)*
 - o *Subcriterium 4. winstdeling (5 punten)"*

4. Op 16 november 2015 wordt tussenkomende partij samen met vier andere kandidaten geselecteerd.

- Sportoase dient op 21 maart 2016 tijdig een offerte in. Daarnaast worden blijkbaar drie andere offertes tijdig ontvangen.

5. Op 7 april 2016 heeft verzoekster tot tussenkomst haar basisofferte toegelicht. Kort daarop heeft zij schriftelijke vragen ontvangen vanwege de Stad Roeselare (schrijven van 11 april 2016 - (stuk 2)), welke worden beantwoord op 15 april 2016 (stuk 3).

6. Klaarblijkelijk vond de evaluatie van de basisoffertes plaats op 22 april 2016. Hieruit bleek dat alle offertes formeel en materieel regelmatig zijn en dat er geen sprake is van abnormale prijzen (3.1. van het gunningsverslag – stuk 7).

7. Op basis van de tussentijdse evaluatie van de basisoffertes, werd tussenkomende partij uitgenodigd voor het indienen van een BAFO, net als verzoekende partij (p. 33, stuk 7). De volgende tabel geeft de scores weer die verwerkende partij heeft gegeven aan de basisoffertes:

3.6 samenfassende tabel evaluatie basisoffertes

BEOORDELINGSTABEL	Willemm	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningscriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25 6,25	12,5	18,75	18,75
	S	V	G	G
Gunningscriterium 2: kwaliteit van de programmatieke 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 2	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 15 6,4	15	11,38	11,19
	10.416.680	24.404.257	18.522.000	18.208.582
Subcriterium 4: winstdeeling (5 punten)	5 1,25	3,75	3,75	3,75
	S	G	G	G
	100 24,9	66	74,38	77,94

8. Groep Furnibo wordt dus samen met Sportoase toegelaten tot de BAFO-fase. De richtlijnen van de stad Roeselare ten aanzien van Sportoase voor het indienen van de BAFO zijn de volgende:

3.7.2.1 algemeen

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 verfinaalen;
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.

3.7.2.2 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;

3.7.2.3 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 blijkomende 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 niveaoverschillen beter kunnen worden overbrugd.

3.7.2.4 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 naterras (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 buitenaanteg 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.

9. Tussenkomen partij dient tijdig een BAFO in. Deze wordt toegelicht op 3 juni 2016.

In het verslag van nazicht wordt omstandig ingegaan op de optimalisaties die de inschrijvers hebben voorgesteld en de toetsing in het licht van de gunningscriteria (stuk 7 - p. 31 e.v.). Daaruit blijkt dat zowel tussenkomende partij als ook verzoekende partij hun offertes hebben geoptimaliseerd en beter scoren. De bijkomende inspanningen die tussenkomende partij heeft gedaan zijn klaarblijkelijk evenwel groter. Nu ook de basisofferte al beter gerangschikt was, wordt de puntenafstand aldus ook groter (8,55 punten).

De offertes na BAFO zijn gerangschikt als volgt:

BEOORDEELINGSTABEL		Willeman	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningscriterium 2: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25	6,25	12,5	18,75	18,75
		S	V	G	G
Gunningscriterium 2: kwaliteit van de programmatieke 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	4	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	11,91
		10.416.680	24.404.257	18.372.800	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	85,84
rangschikking		4	3	2	1

De stad Roeselare heeft Sportoase aangeduid als voorkeursbieder. Er volgen beperkte onderhandelingen met het oog op bijkomende verduidelijking en verfijning van de BAFO. Deze kunnen enkel bevestigd hebben dat de offerte van Sportoase de beste was.

Op 12 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Roeselare om de opdracht te gunnen aan Sportoase (stuk 8 - bestreden beslissing).

10. Bij verzoekschrift d.d. 27 juli 2016 dient de Groep Furnibo bij Uw Raad onderhavig verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de bestreden beslissing d.d. 12 juli 2016.

**2 BETREFFENDE DE ONTVANKELIJKHEID VAN HET VERZOEKSCHRIFT
TOT TUSSENKOMST**

(a) *Betreffende het belang van verzoekster tot tussenkomst*

11. Op 29 juli 2016 ontving Groep Sportoase NV bericht van Uw Raad, waarmee zij in kennis werd gesteld van het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dat door verzoekende partij werd ingediend. Zij werd hierbij aangeduid als belanghebbende partij. Groep Sportoase treedt daarbij voor zoveel als nodig enerzijds op in eigen naam en anderzijds als in naam en voor rekening van de NV Sportoase Roeselare, SPV in oprichting waarvan Groep Sportoase oprichter zal zijn.

In de beslissing van 12 juli 2016 wordt immers besloten om de opdracht aan verzoekster tot tussenkomst te gunnen. Verzoekster tot tussenkomst heeft bijgevolg een rechtstreeks en persoonlijk belang bij het handhaven van de bestreden beslissing van de verwerende partij. Bijgevolg heeft zij ook belang bij een tussenkomst in de voorliggende procedure, ter ondersteuning van de wettigheid van de bestreden beslissing.

(b) *Het beroep is tijdig ingesteld*

12. In de kennisgeving d.d. 29 juli 2016 werd door de Raad van State een termijn verleend tot uiterlijk 8 augustus 2016 om 12:00 uur om een verzoekschrift tot tussenkomst in te dienen.

Het verzoekschrift tot tussenkomst werd dan ook tijdig ingediend.

3 BETREFFENDE HET EERSTE MIDDEL

3.1 Samenvatting van het standpunt van de verzoekende partij

13. Het eerste middel is genomen uit een beweerd schending van de volgende bepalingen:

- Artikelen 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 gelezen met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en artikel 5 van de Wet Overheidsopdrachten;
- Artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen;
- De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

14. Verzoekende partij bekritiseert in haar eerste middel in wezen dat de BAFO van Sportoase afwijkt van het dwingend rechtskader waardoor de stad Roesclare de BAFO diende te weren.

Het middel is met name opgedeeld in vier onderdelen:

- In een eerste onderdeel stelt de verzoekende partijen dat de bidingsinstructies niet zijn nageleefd doordat Sportoase de grondoppervlakte van het gebouw heeft uitgebreid met 185 m² en de totaal ontwikkelde oppervlakte met 30 m² heeft uitgebreid terwijl volgens de instructies uitsluitend "*binnen de vloerplaat en de contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen op te brengen*". Verzoekende partij is van mening dat de uitbreiding een substantieel karakter heeft.
- In een tweede onderdeel stelt de verzoekende partij dat de bepaling in de gunningsleidraad dat niet meer dan 13% van het volstort kapitaal als winst mocht uitgekeerd worden niet werd nageleefd doordat Sportoase een winstbedrag van € 75.000 zou uitkeren en dit het maximum zou overstijgen.
- Verzoekende partij werpt in een derde onderdeel op dat Sportoase in de basisofferte niet zou voorzien hebben in een buitenspeeltuin terwijl dit een essentiële besteksbeperking is.
- In een vierde onderdeel bekritiseert verzoekende partij dat Sportoase het vereiste aantal redders niet zou voorzien, in strijd met art. 5.32.9.2.2 Vlarem II en 7.3.1.1 van het bestek. Daarenboven zou niettegenstaande het grotere wateroppervlak in de BAFO van tussenkomende partij geen bijkomend aantal VTE zijn voorzien, hetgeen volgens verzoekende partij had moeten nopen tot uitdrukkelijke

motiveringen in de bestreden beslissing aangaande de verenigbaarheid wederom met art. 5.32.9.2.2 Vlarec II (cf. schending art. 2 en 3 Formele Motiveringswet).

3.2 Betreffende het eerste onderdeel van het eerste middel: *“de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu de SPV Sportoase Roeselare nv de totale ontwikkelde oppervlakte en de grondinname in haar BAFO heeft uitgebreid, niettegenstaande dit door de verwerende partij uitdrukkelijk werd verboden”*

15. Het standpunt van verzoekende partij is enerzijds misleidend door de grondoppervlakte en de vloerplaat te verwarren en anderzijds is de lezing van verzoekende partij dat een uiterst beperkte uitbreiding in schetsontwerpen van de vloerplaat van het voorgestelde (zeer grote) gebouw in het kader van een biedingsfase van een onderhandelingsprocedure ontoelaatbaar zou zijn, eenvoudigweg absurd.

Zoals hierna blijkt is geenszins sprake van een essentiële bestekseis of van het gelijkheidsbeginsel. Maar algemeen kon de Stad Roeselare terecht oordelen dat de uitbreiding (die zoals zal blijken hoogstens gaat om 33m²) verwaarloosbaar is en dus helemaal niet ingaat tegen de richtlijnen die zij heeft gegeven voor de optimalisatie van de architecturale uitstraling van het gebouw.

(a) *Relevante bestekscontext: geen essentiële eis en bovendien heeft de richtlijn enkel betrekking op de verbeteringen van de architecturale uitstraling*

16. De Gunningsleidraad bepaalt dat de offerte moet opgebouwd zijn uit een aantal verplicht toe te voegen documenten, waaronder *“een schetsontwerp en een grafische voorstelling van het Zwembadcomplex waaruit duidelijk blijkt dat het concept van het Zwembad, zowel aan de buitenzijde als aan de binnenkant, voldoet aan het bouwprogramma en de andere bepalingen van de Gunningsleidraad”* (p. 30 Gunningsleidraad – stuk 1).

17. In het kader van het verzoek om BAFO dd. 28 april 2016 (stuk 6) worden in het kader van de BAFO voorstellen inderdaad volgende richtlijnen meegegeven:

“VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is 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;*
- *de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;*
- *het interieur daar waar nodig te verfinaien;*
- *het Eigen (recreatief) Programma verder uit te breiden;*
- *het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing). ”*

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

18. Hieruit vloeit vooreerst al *geen enkele voorwaarde voort aangaande de in te nemen grondoppervlakte* (i.e. als het ware bebouwde oppervlakte op de site). Er wordt enkel gesproken van de vloerplaat (welke niet louter slaat op de grondinname maar ook op de verdiepingen) en de contouren van het gebouw. Verzoekende partij gaat ten onrechte uit van een uitbreiding van “de totale ontwikkelde oppervlakte” van 185 m² en 33 m² en probeert beide getallen als relevant samen te voegen.

Enkel de 33 m² slaat op de ‘vloerplaat’, welke in deze blijkbaar door de Stad ingevuld als totale ontwikkelde “zinvolle” oppervlakte¹. Verzoekende partij probeert dan ook te misleiden met de “grote” uitbreiding van 185m², die immers niet gevat is door de richtlijnen.

19. Nergens blijkt verder uit dat de voormelde bepalingen aangaande de gevraagde verbeteringen uitdrukkelijk indicaties bevatten dat het zou gaan om “substantiële” vereisten.

Zeker in het kader van een onderhandelingsprocedure en gegeven de context van de vraag, kunnen dergelijke inhoudelijke (vage) aanwijzingen aangaande een in te dienen BAFO zonder enige indicatie dat sprake is van een voorschrift op straffe van onregelmatigheid niet zonder meer aanzien worden als voorschriften waarvan iedere (zelfs minimale) afwijking zonder appreciatiemogelijkheid vanwege de aanbestedende overheid zou leiden tot de onregelmatigheid. Overigens is de passage opgenomen in een ruimer geheel dat vooral “vragend” van aard is, nl. dat aangeeft waarnaar de Stad op zoek is qua optimalisaties voor de BAFO. Ook dit wijst erop dat het geenszins gaat om een passage van het bestek dat betrekking heeft op “substantiële voorschriften”.

Verzoekende partij slaagt er ook niet in om concrete aanwijzingen te geven aangaande het substantieel karakter van dit voorschrift dat in de gegeven context geenszins kan “vermoed” worden.

20. Het is daarentegen duidelijk dat de idee van de verwerende partij bij de voormelde richtlijnen er enkel in bestond (en kon bestaan – zie ook verder) dat er in de BAFO fase geen volledig nieuw ontwerp meer kan worden ingediend. Het is immers onredelijk om aan te nemen dat een bestaande offerte – gebaseerd op een schetsontwerp ! – niet meer verfijnd en verbeterd mag worden waarbij de oppervlakte van het ontwerp wordt uitgebreid met een te verwaarlozen oppervlakte. Dit zou het wezen van de onderhandelingsprocedure en zelfs de gelijkheid van de inschrijvers aantasten, nu dit in wezen – zeker gegeven de scope van de

¹ Het begrip “vloerplaat” is niet zonder meer vaststaand (nl. bouwtechnische invulling dan wel veeleer functioneel beschikbare ruimte) – ook kunnen de afmetingen van de vloerplaat variëren in functie van de meetwijze daarvan (tussen buitenmuren, binnenmuren). Bij een meer bouwtechnische benadering van het begrip vloerplaat zijn de hoeveelheden uiteraard sowieso groter (zowel bij basisofferte als BAFO) dan deze van het klaarblijkelijk door de stad gehanteerde begrip (waarbij dan ook nog zou moeten blijken wat de door de Stad weerhouden functioneel beschikbare ruimte omvat). Dit bevestigt op zich al dat de ganse discussie absurd is en het bestuur duidelijk bedoeld heeft dat men in de BAFO geen geheel nieuw voorstel mag indienen.

opdracht en de criteria in casu – hoe dan ook in het voordeel zou zijn van bepaalde inschrijvers die andere “zwaktes” hebben (bijv. inhoudelijk zwak programma of onaantrekkelijke inrichting) en die dergelijke andere zwaktes dan wel zonder beperking kunnen wegwerken.

21. Overigens geeft verzoekende partij ten onrechte geen aandacht aan het geheel van de desbetreffende passage, waarbij deze specifiek betrekking heeft op de verbeteringen die de bidders mogen aanbrengen voor wat de architecturale uitstraling van het gebouw betreft. Dit bevestigt opnieuw dat de Stad daar duidelijk bedoeld heeft dat het eigenlijke architecturale ontwerp enkel mag verfijnd worden, maar dat dit binnen de contouren van het oorspronkelijke ontwerp moet gebeuren. Daaruit vloeien dus niet eens beperkingen voort aangaande eventuele andere aanpassingen van de BAFO die los staan van de verbetering van de architecturale uitstraling en daar geen impact op heden (zoals in deze hoe dan ook het geval is).

(b) *Er is hoe dan ook geen miskenning van het bestek – de “uitbreiding” van het “totaal ontwikkelde m²” is verwaarloosbaar en eigenlijk “onbestaand” in het stadium van een schetsontwerp*

22. De door de Stad Roeselare berekende wijziging van 33m² op een *totale ontwikkelde oppervlakte* van iets minder dan 5.000 m² is hoe dan ook volkomen verwaarloosbaar, al zeker in de fase van een schetsontwerp. Dergelijke aanpassingen zijn amper waarneembaar op plannen van dergelijke omvang. Bouwtechnisch is dergelijk extra aantal m² eenvoudigweg irrelevant. Daarenboven zullen alleen reeds andere benaderingen inzake “mcting” van “de vloerplaat” leiden tot wat verschillen. Alleen al het hanteren van dikkere buitenmuren of het opschuiven van de muren met enkele centimeters kan voor een gebouw van deze omvang (cf. lengte meer dan 87 m) al meteen dergelijk verschil in m² betekenen.

23. Het is dan ook duidelijk dat de idee van de verwerende partij bij de voormelde richtlijnen er enkel in bestond (en kon bestaan) dat er in de BAFO fase geen volledig nieuw ontwerp meer kan worden ingediend. Het is immers onredelijk om aan te nemen dat een bestaande offerte niet meer verfijnd en verbeterd mag worden waarbij de oppervlakte van het schetsontwerp wordt uitgebreid met een te verwaarlozen oppervlakte en dit onder meer gegeven de gekozen procedure, de stand van het ontwerp en de omvang van het ontwerp. Een schetsontwerp heeft onmiskenbaar niet de nauwkeurigheid van een uiteindelijk ontwerp.

24. Daarenboven is sprake van een onderhandelingsprocedure. Hierbij is het immers de bedoeling dat de aanbestedende overheid de inschrijvers de mogelijkheid geeft om hun ontwerp aan te passen en te verfijnen zodat een zo optimaal mogelijk resultaat wordt bekomen. Daarbij zou een lezing van de richtlijnen in de zin van verzoekende partij flagrant indruisen tegen de basisidee van de onderhandelingsprocedure en overigens daarmee niet te verzoenen zijn. De aanbestedende overheid zou immers niet op onredelijke wijze (slechts 1 van) de optimalisatiemogelijkheid van de bidders kunnen beperken. Dit zou dan immers ook een inbreuk zijn op de gelijkheid van de inschrijvers waar, afhankelijk van de eigen zwaktes of sterktes van elk van de offertes, een te sterke en onverantwoorde beperking van de optimalisatiemogelijkheden op slechts enkele vlakken sterk in het voor- of nadeel zal zijn van bepaalde bidders... Zo bijv. zou in deze gelet op de veel grotere oppervlakte die de offerte van verzoekende partij klaarblijkelijk beslaat (cf. meer dan 9000 m² versus rond de 4800 m²

bij tussenkommende partij) deze inschrijver dan overigens veel meer mogelijkheden hebben om binnen die oppervlakte verschuivingen en optimalisaties te doen dan tussenkommende partij.

25. Een en ander geldt temeer nu andere richtlijnen in de BAFO-uitnodigingen net ook van aard zijn om de inschrijvers uit te nodigen om bijkomende oppervlakte te ontwikkelen, minstens daaraan aanpassingen te doen. Zo bijvoorbeeld wordt uitdrukkelijk gevraagd om het recreatieve programma uit te breiden.

26. Verwerende partij heeft dan ook terecht geoordeeld dat een beperkte uitbreiding van de totale ontwikkelde oppervlakte (en de beperkte bijkomende grondinname, hetgeen dus evenwel zoals gesteld niet eens in de richtlijnen vervat zat) 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.”* (stuk 7, p. 37/47 – of zie ook stuk 6).

27. De relativiteit van de discussie inzake het belang van enkele m² in de scope van dergelijk project, al zeker in het stadium van een schetsontwerp, wordt overigens bevestigd door de bouwaanvraag die tussenkommende partij simultaan met de onderhandelingen verder heeft uitgewerkt (de uitvoeringstermijn is immers erg kort en tussenkommende partij wil die maximaal kunnen benutten). De opmaak van de bouwaanvraag – die uiteraard conform de offerte is opgesteld – veronderstelt nadere uitwerking van de reeds gedetailleerde plannen tot op dat niveau. Daarbij is gebleken dat het aantal m² vloerplaat finaal zelfs enkele m² lager is dan deze in de basisofferte (stuk 9).

(c) *De 33 m² is daarenboven voor zoveel als nodig geenszins de verklaring voor de betere score van de BAFO van verzoekende partij op het tweede gunningscriterium*

28. Verzoekende partij gaat er verder volkomen aan voorbij dat de inhoudelijk betere beoordeling van de BAFO van tussenkommende partij voor het tweede gunningscriterium “programma, doelgroepenbeleid en exploitatie” verklaard wordt door diverse uitbreidingen van het *inhoudelijke* programma, de bijkomende detaillering en de aandacht voor diverse doelgroepen. De inhoudelijke verbeteringen en uitbreidingen van het programma van tussenkommende partij die bij de evaluatie van de gunningscriteria (zie in het bijzonder 4.1.2.1 van het gunningsverslag – stuk 7) zijn duidelijk geenszins het loutere gevolg van de bovenstaande uitbreiding van de ontwikkelde oppervlakte van het gebouw met 33m² zoals verzoekende partij poneert.

Veeleer door de uitbreiding van het inhoudelijke programma (i.e. de uitrusting en invulling van de onderdelen van het gebouw alsook de uitwerking van een beleid ten aanzien van specifieke doelgroepen) zijn er optimalisaties gedaan. Daarbij zijn eventuele “uitbreidingen” van de lokalen of oppervlakten van bepaalde activiteiten overigens veeleer te verklaren door interne herschikkingen van het gebouw (zoals schuiven met technische ruimten en circulatie²) dan door een verwaarloosbaar aantal m² extra vloerplaat.

² Alleen reeds de beperkte verkleining van enkele technische ruimtes, kleedkamers en circulatie leverde – zonder enige uitbreiding van de vloerplaat – een oppervlakte van meer dan 240 m² op die benut kon worden voor andere invulling.

Vanuit die optiek faalt ook duidelijk de argumentatie dat sprake is van een miskenning van het gelijkheidsbeginsel doordat net het toelaten van de beperkte uitbreiding de tussenkomende partij bijkomende punten heeft kunnen inlopen op de verzoekende partij.

Besluit: het eerste onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

3.3 Betreffende het tweede onderdeel van het eerste middel: *“de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu de offerte van de SPV Sportoase Roeselare nv materieel regelmatig werd bevonden, niettegenstaande het daarin geformuleerde voorstel inzake winstdeling punt 7.4.5.2. van de Gunningsleidraad miskent”*

29. Tussenkomende partij merkt vooreerst op dat verzoekende partij de begrippen ‘winstuitkering’ en ‘winstdeling’ in haar verzoekschrift door elkaar gebruikt.

Er dient een onderscheid te worden gemaakt tussen winstdeling enerzijds en winstuitkering anderzijds. De winstverdeling bepaalt aan wie winst toekomt en op welke wijze dit gebeurt (uitkering, provisie, ...).

De winstuitkering bepaalt hoeveel dividend er (daadwerkelijk) maximum wordt uitgekeerd.

Indien dus bepaalde voorstellen worden geëvalueerd in het licht van de eisen van het bestek moet met deze juiste concepten rekening worden gehouden. Voorstellen inzake winstdeling zeggen nog niet noodzakelijk welke winst zal worden uitgekeerd.

Hoe dan ook is ook de winstuitkering in deze conform, zoals hierna zal worden aangetoond.

30. De Gunningsleidraad voorziet in artikel 7.5.4.2 het volgende (p. 57, stuk 1):

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

Tussenkomende partij voorziet in de door haar op te richten projectvennootschap een onderschreven kapitaal van € 1.000.000 dat voor de helft volstort zal worden.

Hieruit volgt dat de winstuitkering op basis van voormelde bepaling maximaal € 80.000 mag bedragen:

$$13 \% * € 500.000 + 3 \% * € 500.000 = € 65.000 + € 15.000 = \underline{€ 80.000}$$

Tussenkomende partij stelt in haar offerte volgende winstdeling voor:

- Eerste € 75.000 winst voor Groep Sportoase;
- Rest: 60 % inschrijver – 40% stad Roeselare.³

³ In de BAFO van tussenkomende partij werd op p. 50 van nota 14 financieel criterium een enkele maal verkeerdelijk € 50.000 vermeld i.p.v. € 75.000 (stuk 5). Dit is toegelicht in de onderhandelingen en ook uit de rest van de offerte blijkt dat het gaat om 75.000 €, zoals ook weergegeven in het verslag.

Zelfs indien de winstdeling zou leiden tot een integrale winstuitkering van € 75.000 aan Groep Sportoase, dan is deze dus duidelijk lager dan het overeenkomstig het bestek vooropgestelde maximum aan uitkering van € 80.000.⁴

31. De stelling van verzoekende partij dat de offerte van tussenkomende partij een voorschrift van de Gunningsleidraad zou miskennen is dan ook manifest onjuist. De offerte van Sportoase voldoet aan het artikel 7.4.5.2. van de gunningsleidraad (nog los dus van enige discussie aangaande het essentieel karakter al dan niet van deze bepaling). Bijgevolg kan er ook geen schending zijn van de materiële motiveringsplicht en de zorgvuldigheidsplicht.

32. Besluit: het tweede onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

3.4 **Betreffende het derde onderdeel van het eerste middel: “de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu de basisofferte van de SPV Sportoase Roeselare nv materieel regelmatig werd bevonden, niettegenstaande de gevraagde volwaardige buitenspeeltuin, die een onderdeel is van het Verplicht Programma ontbrak”**

33. De stelling van verzoekende partij dat de offerte van tussenkomende partij geen speeltuin zou bevatten is manifest onjuist. Het verslag stelt enkel – in het kader van de evaluatie voor het gunningscriterium “technische en architecturale kwaliteit” – dat een “volwaardige” speeltuin ontbreekt. De stad had immers opmerkingen bij de voorstellen inzake de speeltuin in het ontwerp van tussenkomende partij (die er erg op gericht was om zich architecturaal in te schakelen in de site en de natuur te ondersteunen) en achtte een meer “klassieke” speeltuin aangewezen (zie verder).

Bovendien blijkt ook uit het gunningsverslag dat de buitenspeeltuin aanwezig was in het ontwerp (stuk 7, p. 21):

⁴ Overigens zou zelfs een hoger nagestreefde winstuitkering nog niet noodzakelijk uitgesloten zijn. Zo bestaat steeds de mogelijkheid om het eigen vermogen te verhogen of verder vol te storten, waardoor ook de toegelaten winstuitkering zouden worden verhoogd. Zoals aangegeven is deze discussie in deze niet eens aan de orde, omdat het bedrag vooropgesteld in de offerte duidelijk hoe dan ook onder datgene valt van wat de Gunning leidraad toelant.

Sporttoase voorziet in volgend programma :

VERGELIJKING AANBOD	
Omschrijving	SPORTOASE
basisprogramma zwembaden	
25m-bad	1
instructiebad	1
optie tot 5m diepte	2 (In Basis)
bewegbare bodem	1
tribune	1
bijkomend zwembad	
kindbad	1
peuterbad	1
sauna	1
stoomcabine	1
jacuzzi	
zonnkamer	3
passieve recreatie	1
actieve recreatie	1
buitenzwembad	
glijbaan	1 (2 banen)
open glijbaan	
ruimte cafetaria	
recreatief aanbod	
polyvalente ruimte	
spinning	1
dansen	1
cafetaria binnen	1
cafetaria buitenterras	1
pooltafel	
bowling	
fitness	1
buitenspeeltuin	1
bijkomende activiteiten	

Hoe dan ook is het onmiskenbaar zo dat de basisofferte van verzoekende partij een buitenspeeltuin voorziet (stuk 4 a). Zoals uw Raad zal kunnen vaststellen op basis van het inrichtingsplan (offerte, nota 6-19, p. 12 – stuk 4.a) is daarop uitdrukkelijk voorzien in een speelzone op het buitenterras alsook een zone voor speelnatuur. In de offerte is verder meermaals gewezen op de voorgestelde speeltuin die is ingericht als een zone voor speelnatuur (met houten speeltuigen) welke de overgang moet maken tussen het gebouw naar de groene Mandelvallei en de koppeling verzekert aan de bovenlokale recreatieve route" (offerte, nota 6-19, p. 11 – stuk 4.a). Ook zijn duidelijk speeltoestellen opgenomen in de meetstaat onder nr. 7 c.v. "Speeltoestellen" en 15.3 "Buitenaanleg met speelelementen" (offerte, bijlage nota 21-0, uittreksels van de meetstaat – stuk 4.b).

Veeleer is gebleken dat de stad dit – vanuit haar eigen verwachtingspatroon – als niet "volwaardig" zag en veeleer een beeld heeft van een klassieke speeltuin. Zij heeft in dat kader naar aanleiding van de presentatie en de toelichting van de offertes op 7 april 2016 ook een vraag gesteld aan tussenkomende partij (brief dd. 11 april 2016 - stuk 2):

"De stad Roeselare wenst een concrete opgave van de aard en de soort speeltoestellen die zullen geïnstalleerd worden, evenals een verduidelijking hoe de buitenspeeltuin afgezoomd wordt van de Mandel." (eigen onderlijning)

Tussenkomende partij heeft in haar antwoord bijkomende duiding gegeven aangaande haar visie over de speeltuin en de toestellen die in haar offerte zijn opgenomen. (brief dd. 15 april 2016 - stuk3, p. 8-11):

"Er worden 2 zones met speelelementen voorzien. Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen speeltoestellen die in de terraszone worden ingeplant en de meer natuurlijke speelelementen in de zone voor speelnatuur aan de achterzijde van het gebouw."

De kritiek van verzoekende partij dat tussenkomende partij niet zou voldoen aan het zgn. 'Verplicht Programma' is dan ook manifest onjuist.

34. Besluit: het derde onderdeel van het eerste middel is niet ernstig.

3.5 **Betreffende het vierde onderdeel van het eerste middel: "de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu het verslag van nazicht geen melding maakt van het aantal redders dat de SPV Sportoase Roeselare nv bij de zwembadexploitatie zal inzetten, en er bovendien gegronde redenen bestaan om aan te nemen dat dit aantal niet met de toepasselijke regelgeving in overeenstemming is"**

(a) **Het middel is niet ernstig want te technisch en ieder debat is hypothetisch zonder integrale kennis van alle offertes (en zelfs van de visie van de toezichthouder)**

35. Het is vaste rechtspraak van Uw Raad dat het formuleren van te omvangrijke en technische kritieken niet past in een spoedprocedure, in de mate dat "te complexe middelen of een te grote veelvoudigheid van middelen echter niet verenigbaar zijn met de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid."⁵

Een te technisch middel past volgens Uw Raad niet in een spoedprocedure (wegens nood aan urgente behandeling). In de mate dat een middel zich niet leent voor snelle toetsing, is het volgens de Raad van State aldus ook (inhoudelijk) niet ernstig:⁶

*"een technisch middel in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan pas tot schorsing leiden wanneer de ernst ervan al blijkt op grond van een snel en prima facie onderzoek. In het licht van de vaststellingen op grond van de stukken van het administratief dossier en de opmerkingen van de verwerende partij, waarvan de onaannemelijkheid niet wordt aangetoond, blijkt in de voorliggende zaak de ernst van dit technisch aspect van het middel alvast niet op grond van een snel en prima facie onderzoek"*⁷

36. Verzoekende partij bekritiseert in haar verzoekschrift in wezen dat het aantal redders dat tussenkomende partij voorziet strijdig zou zijn met de toepasselijke regelgeving, meer bepaald met VLAREM II.

⁵ R.v.St., nv BPOST, nr. 216.251, 10 november 2011. Zie ook R.v.St., nv ONDERNEMINGEN JAN DE NUL e.a., nr. 166.264, 21 december 2006.

⁶ R.v.St., nv SOLID PARTNERS, nr. 179.202, 31 januari 2008.

⁷ RvS nr. 226.296 van 30 januari 2014.

37. Artikel 5.32.9.3.2 Vlare II bepaalt 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 maximumdiepte van 50 cm is één bader per 2 m² wateroppervlakte toegelaten.

3° De baders staan onder rechtstreeks en constant toezicht van tenminste 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 tenminste de helft redder zijn, wordt bepaald volgens de volgende formule (afronden naar beneden):

a) voor de eerste 150 baders:

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

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

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

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

4° Ieder afzonderlijk bad of risicozone ligt in het gezichtsveld van ten minste 1 toezichthoudend persoon.

5° De redders zijn in het bezit van het hoger reddersbrevet van het BLOSO of van een ander gelijkwaardig getuigschrift erkend 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 tenminste 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. Deze bijscholing moet erkend zijn door 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 milieugezondheidkundige van de afdeling, bevoegd voor het toezicht op de volksgezondheid.

§3bis. 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 één redder, 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.

§3ter. Een leerkracht, trainer, lesgever of begeleider van duikactiviteiten in het zwembad, kan een lesgeefactiviteit combineren met de functie van toezichthoudende persoon onder de volgende voorwaarden:

1° de duikers staan onder constant toezicht van ten minste één persoon. Dit toezicht is aangepast aan de beoefende duikdiscipline;

2° bij het beoefenen van de duiksport wordt nooit alleen gedoken.

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

voorwaarden:

1° de duikers staan onder constant toezicht van ten minste één persoon. Dit toezicht is aangepast aan de beoefende duikdiscipline;

2° bij het beoefenen van de duiksport wordt nooit alleen gedoken;

3° hij/zij is in het bezit van het Hoger Reddersbrevet van het BLOSO of het brevet Duiker Redder van het BLOSO of van een ander gelijkwaardig getuigschrift goedgekeurd door het BLOSO;

4° de redders worden ten minste éénmaal per jaar geoefend in redding- en reanimatietechnieken; het bewijs van de meest recente bijscholing ligt ter inzage van de toezichthouder op de plaats van de exploitatie; deze bijscholing moet erkend zijn door het BLOSO."

38. Alleen al uit deze bepaling blijkt dat het berekenen van het aantal redders voor de exploitatie van een zwembad een complexe én technische materie is. Dit veronderstelt niet alleen kennis van alle bepalingen van het VLAREM maar ook van alle finesses en details van de zwembadinfrastructuur én van de zwembadexploitatie.

Zo is de hoeveelheid in te zetten redders afhankelijk van een heel aantal factoren die project per project te bekijken zijn en een diepgaand onderzoek vereisen. Zo is naast de oppervlakte van het water ook het aantal baders en de diepte van het water relevant. Ook de opbouw van de watervlakten is cruciaal, nu bij risicozones meer reddersposten noodzakelijk zijn. Verder wordt het toezicht niet alleen gehouden door redders maar kunnen ook andere toezichthoudende personen worden ingezet.

Daarbij komt dat nog los van deze instructies van VLAREM II in de praktijk het toezichtsplan m.i.v. het aantal redders opgesteld en opgevolgd wordt in overleg met een deskundige van het Agentschap voor Zorg en Gezondheid, die terzake ook bijkomend invulling geeft aan de bepalingen van het VLAREM II (bijv. wat is een "risicozone"). Dit gebeurt veeleer op het moment dat ook de milieuvergunning in aanvraag en/of afgeleverd is (waarbij deze administratie overigens ook adviserend kan optreden). Dit bevestigt de complexiteit (en specificiteit per project van de invulling) van VLAREM II maar tevens dat de invulling van het aantal redders ook niet zonder meer een "vaststaand" gegeven is maar vooral in overleg met de bevoegde administratie finaal wordt vastgesteld.

39. Daarbij komt dat voor het algemeen bepalen van de contouren van het exploitatieplan en de financiële offerte, de inschrijvers het gemiddeld aantal redders over een periode van 30 jaar dienden te bepalen. Het mag duidelijk zijn dat dit geen "statisch" gegeven is over dergelijke lange periode en dat dit ook niet steeds identiek zal zijn (seizoenen, regendagen versus andere, aanvang exploitatie, eventuele concurrentie in de toekomst, bijkomende investeringen die zouden gedaan worden,).

40. In een dergelijke context kan verzoekende partij onmogelijk zonder meer poneren dat het aantal redders voorgesteld in de offerte van tussenkomende partij onvoldoende is. In

dezelfde zin kan tussenkomende partij zonder zicht op alle kenmerken van de offerte van verzoekende partij geen uitspraken doen over de offerte van de verzoekende partij. Finaal hangt alles af van alle contouren van het ontwerp, de voorgenomen exploitatie én de concrete exploitatieomstandigheden tijdens de duur van de exploitatie alsook de visie van de toezichthoudende overheid (cf. wat is bijv. een risicozone). In die context is het o.i. dan ook onmogelijk dat Uw Raad hierover een uitspraak zou kunnen doen in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

41. Om die redenen reeds is het middel niet ernstig.

(b) *Het door Sportoase voorziene aantal redders is voldoende, in ieder geval toont verzoekende partij niet aan dat dit aantal onredelijk laag zou zijn en van aard zou zijn te moeten genoopt hebben tot uitsluiting (of zelfs bijkomend onderzoek)*

42. Hoe dan ook heeft tussenkomende partij uiteraard een realistische inschatting gemaakt van het gemiddeld aantal VTE redders bij de opmaak van haar offerte.

43. Verzoekende partij vertrekt in haar argumentatie eigenlijk enkel vanuit haar eigen offerte. Ze hanteert aldus het verkeerde uitgangspunt dat zij het voor haar ontwerp voorziene aantal van 15 redders zonder meer zou kunnen transponeren op het ontwerp van tussenkomende partij. Verzoekende partij wijst er inderdaad op dat zij drie externe zwembadbeheerders⁸ de opdracht zou gegeven hebben het benodigde aantal redders voor haar ontwerp te berekenen. Nog los van de vraag of die inschatting correct is gebeurd, gaat zij volkomen voorbij aan factoren die een aanzienlijke invloed hebben op het aantal redders zoals de organisatie van de zwembaden en de recreatiezone, waarbij het ontwerp zelf mee aan de basis ligt bijvoorbeeld van de mate van "overzicht" die een redder heeft op het wateroppervlak en het aantal risicozones.

De bevindingen aangaande de "eigen" offerte van verzoekende partij zijn vanuit die optiek eigenlijk eenvoudigweg niet relevant voor een appreciatie van de offerte van de tussenkomende partij.

Waar verzoekende partij tussenkomende partij verwijt dat zij niet aannemelijk zou maken dat een basis van 8,59 redders voldoende zou zijn, draait verzoekende partij verder eenvoudigweg de bewijslast om. Het is minstens aan verzoekende partij om aannemelijk te maken dat 8,59 redders niet zou volstaan ...

Vanuit die optiek is haar kritiek – die uiteindelijk enkel steunt op eigen inschattingen ten aanzien van haar eigen offerte – ook totaal niet gefundeerd en ook om die reden niet ernstig.

44. Er waren in deze overigens diverse goede redenen voor de Stad om aan te nemen dat het exploitatieplan van tussenkomende partij en het daarin opgenomen *gemiddeld* aantal VTE redders voldoende was.

45. Tussenkomende partij is sinds 2005 zwembadexploitant en exploiteert momenteel

⁸ Waarbij tussenkomende partij geen zicht heeft op wie dat zijn en wat hun expertise of autoriteit is.

negen zwembadcomplexen in PPS-structuur. Niet alleen duidt dat op haar ervaring terzake maar staft de continuïteit in de exploitatie en de afwezigheid van klachten aldaar ook de ernst waarmee tussenkomende partij opereert. Alle zwembaden worden conform Vlare II geëxploiteerd. Nergens is sprake van enige opmerking van de toezichthoudende overheid aangaande het aantal aanwezig redders.

In haar offerte voor het zwembadcomplex te Rocelare is de tussenkomende partij uitgegaan van een bezetting van 8.59 VTE redders, en zij heeft dit integraal meegenomen in de personeelsbezetting en personeelskost.⁹ Hoe dan ook zal zij steeds conform VLAREM II opereren – dit is inherent aan de exploitatie van een zwembadcomplex.

46. Tussenkomende partij heeft op basis van haar jarenlange expertise een efficiënt, veilig en exploitatievriendelijk systeem uitgewerkt dat goed functioneert zonder een al te uitgebreid vast team van toezichthouders en redders. Enkele kenmerken daarvan zijn bijv.

- Reeds in het ontwerp wordt rekening gehouden met een maximale veilige en exploitatievriendelijke opbouw, waardoor bijv. vermeden wordt dat risicozones inzake zichtbaarheid door de redder/toezichthoudende persoon worden ingepland. De ervaring in alle eerdere dossiers heeft er ongetwijfeld toe bijgedragen dat tussenkomende partij terzake juiste inschattingen kan maken.
- Daarnaast maakt tussenkomende partij bijvoorbeeld gebruik van een systeem van actieve toezichthouders specifiek voor scholen en groepen, van lesgevers en animatoren voor groeps- en zwemlessen. Door contractueel met deze partijen af te spreken dat zij voorzien in het benodigde toezicht t.a.v. hun leden, kan vermeden worden dat op die momenten extra redders of toezichthouders moeten worden ingezet van het vaste team.
- Voorts bewaakt tussenkomende partij de kwalificaties van haar overige personeel, zodat bijvoorbeeld ook de centrummanager en zwembadmanager gekwalificeerd zijn om op elk moment in te springen bij piekmomenten of onvoorzienbare afwezigheid van een redder door ziekte.
- In de exploitatieprocedure wordt veelal ook een gans systeem uitgewerkt waarbij de inzet van de redders, het aantal baders en de beschikbaarheid van bepaalde infrastructuur (bijv. specifieke glijbanencomplex) op elkaar afgestemd.
- De concrete opvolging van al die factoren geldt ook te allen tijde tijdens de exploitatie zodat de conformiteit met Vlare II kan bewaakt worden.

Meer in detail daarover kan tussenkomende partij in dit stadium niet gaan, nu het duidelijk gaat om commercieel bedrijfsvertrouwelijke informatie welke mee is opgebouwd op basis van expertise.

⁹ De personeelsbezetting en de kost van het aantal redders kan in detail teruggevonden worden in de BAFO, nota 14-17, p. 31 t.e.m. 34 alsook bijlage 1 – financieel plan, tabbladen “openingsuren en personeelsbezetting” en “personeelskosten”.

Finaal zal tussenkomende partij overigens te allen tijde sowieso conform Vlarem II moeten opereren en zich moeten richten naar de instructies van de bevoegde diensten van AZG.

47. Uit het dossier blijkt ook dat de Stad op basis van haar analyse wel degelijk het aantal VTE heeft bekeken (binnen de mate van het redelijke). Specifiek heeft de Stad verzoekende partij als richtlijn (nr. 7) bij het indienen aan de BAFO verzocht om de hoge bezetting aan redders te optimaliseren, hetgeen zij heeft nagelaten (stuk 7 – zie weergave vragen aan de verzoekende partij). Blijkbaar vond de Stad omgekeerd het aantal VTE dat verzoekende partij vooropstelt hoog en heeft zij dat punt aan de aandacht van de verzoekende partij gebracht zodat deze zulks kon nagaan en eventuele optimalisaties kon doorvoeren. Verzoekende partij heeft zich dan blijkbaar beperkt tot het laten bevestigen door externen van het door haar aantal ingeschatte redders...

Het reddersaantal in de offerte van eisende partij lijkt ook tussenkomende partij inderdaad prima facie op basis van haar eigen ervaringen redelijk hoog zelfs al is het zwembadoppervlak mogelijks groter. Dit kan mogelijks verklaard worden door in het ontwerp risicozones in te voegen die bijkomend toezicht veronderstellen of door andere exploitatievoorwaarden onvoldoende te benutten. Bij gebrek aan inzicht in de offerte van verzoekende partij kan tussenkomende partij evenwel geen uitgebreide duiding geven bij het aantal VTE dat voor die offerte benodigd is. Het is duidelijk dat alleen kennis van bijv. het wateroppervlak en de openingsuren manifest onvoldoende is daarvoor.

48. Ter illustratie voor Uw Raad aangaande andere – wettig opererende – zwembadcomplexen, verwijst tussenkomende partij bijkomend ten vertrouwelijke titel naar:

- Een overzicht van het aantal *gemiddelde* VTE voor de diverse zwembaden beheerd door tussenkomende partij, waarbij er maar in een geval sprake is van enkele VTE extra nl. voor het zwembad te Knokke dat evenwel aanzienlijk groter en meer recreatieve delen omvat¹⁰ (stuk 9);
- een vertrouwelijk veiligheidsplan, in deze van Sportoase Elshout (stuk 10, p. 23);
- een uurrooster van de redders van een van de sites (stuk 11).

49. Besluit:

- Uit al het voorgaande blijkt dat verzoekende partij geen zinvolle uitspraken kan doen over de offerte van de tussenkomende partij.
- Daarenboven was er in deze geen enkele reden voor de Stad Roeselare om de inschattingen van tussenkomende partij onredelijk te bevinden.

¹⁰ Dit is overigens een zwembadcomplex dat door de organisatie van het centrum (zoals bijvoorbeeld afzonderlijke ruimte met instructiebad, afzonderlijk sportbad en afzonderlijk glijbanencomplex) meer risicozones kent en dus reddersposten nodig dan in Roeselare, dat 'compacter' en overzichtelijker is mbt toezicht.

(c) *De niet-toename van het aantal redders is niet onlogisch of niet-conform Vlarem II*

50. Het concept van tussenkomende partij is niet veranderd in die zin dat het aantal redders verhoogd diende te worden. Tussenkomende partij heeft een reële schatting gemaakt op basis van haar ervaring (die aanzienlijk langer en groter is dan verzoekende partij).

51. Sportoase heeft bij de aanpassingen tussen offertefase en BAFO inderdaad met kennis van zaken de kostenstructuur bewaakt, teneinde de economische parameters uit de offerte te handhaven. Door het benutten van de praktijkervaring van de Groep Sportoase zijn er een aantal elementen verschoven, maar werden de andere parameters zoals de 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 50 cm diepte) en anderzijds specifieke elementen (cfr. glijbanen) die door oordeelkundige implanting geen extra toezicht vereisen.
- Bij de organisatie van de recreatieve uitbreiding werden mogelijks gevaarlijke zones en ondiepe zones oordeelkundig ontworpen rekening houdend met toezicht, evenals rekening gehouden met zones die permanent in gebruik zijn of enkel periodiek toezicht vereisten.
- De centrale positie van de redderspost optimaliseert steeds het aantal noodzakelijke redders.

Besluit: het middel is niet ernstig.

52. Besluit: het eerste middel is niet ernstig.

4 BETREFFENDE HET TWEEDE MIDDEL

4.1 Samenvatting van het standpunt van de verzoekende partijen

53. Het tweede middel is genomen uit een beweerde schending van de volgende bepalingen:

- Artikel 25, tweede lid van de Wet Overheidsopdrachten;
- Artikel 107 KB Plaatsing Klassieke Sectoren;
- 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 gelezen met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*;
- Het transparantiebeginsel;
- Het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en artikel 5 Wet Overheidsopdrachten;
- De algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

54. Verzoekende partij stelt in haar tweede middel dat de beoordeling van de offertes op basis van de vier subcriteria van het derde gunningscriterium op een foutieve en onwettige wijze zou gebeurd zijn.

55. Het middel wordt opgedeeld in vier onderdelen:

- In een eerste onderdeel stelt verzoekende partij dat het door Sportoase voorgesteld aantal redders niet met artikel 5.32.9.2.2 §3 van Vlarem II in overeenstemming zou zijn en dat dit minstens ten onrechte niet is meegenomen bij de beoordeling van het subgunningscriterium 'Algemene werkingssubsidie' en er had moeten toe leiden dat de score van verzoekende partij hier beter was dan deze voor tussenkomende partij;
- In een tweede onderdeel bekritiseert verzoekende partij dat de betekenis van het subgunningscriterium 'Garanties en financiële zekerheden' bij de beoordeling van de offertes gewijzigd zou zijn en dat dit subgunningscriterium foutief werd beoordeeld;
- Verzoekende partij werpt in een derde onderdeel op dat het subgunningscriterium "Investeringswaarde" op foutieve wijze werd beoordeeld doordat verwerende partij geen rekening zou gehouden hebben met het casco bowlinggebouw in de offerte van verzoekende partij;
- In een vierde onderdeel werpt verzoekende partij op dat het subgunningscriterium "Winstdeling" foutief werd beoordeeld.

4.2 **Betreffende het eerste onderdeel van het tweede middel: “de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu de verwerende partij de omstandigheid dat het door de SPV Sportoase Roeselare nv voorgestelde aantal redders meer dan waarschijnlijk niet met artikel 5.32.9.2.2 §3 van Vlarem II in overeenstemming is, bij de beoordeling van het subgunningscriterium “algemene werkingssubsidie” niet in aanmerking heeft genomen”**

(a) **Het middelonderdeel is onontvankelijk**

56. Zelfs indien de argumentatie van verzoekende partij zou moeten gevolgd worden dat ze meer zou moeten scoren op dit subcriterium dan tussenkomende partij – *quod certe non* – laat zij na aannemelijk te maken dat dit het puntenverschil van 8,55 punten op 100 tussen de beide offertes zou compenseren. Verzoekende partij toont dan ook niet aan voordeel te hebben bij de kritiek in het middelonderdeel waardoor haar belang ontbreekt.

57. Het middelonderdeel is onontvankelijk.

(b) **Het middelonderdeel is niet ernstig**

58. Tussenkomende partij verwijst naar haar weerlegging bij het vierde onderdeel van het eerste middel. Er is geen sprake van een onregelmatigheid van de offerte van tussenkomende partij, noch van een noodzaak om de offerte van tussenkomende partij te “sanctioneren” in het kader van een ander gunningscriterium.

59. Verzoekende partij kan tussenkomende partij moeilijk verwijten dat zij de exploitatiekosten op basis van haar ervaringen heeft kunnen optimaliseren. Besluit: het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

4.3 **Betreffende het tweede onderdeel van het tweede middel: “de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu de betekenis van het subgunningscriterium “garanties en financiële zekerheden” bij de beoordeling van de offertes werd gewijzigd, minstens werd dit subgunningscriterium op foutieve wijze beoordeeld”**

(a) **Het middelonderdeel is onontvankelijk**

60. Verzoekende partij laat na in concreto aan te tonen dat zij een hogere score had moeten krijgen dan tussenkomende partij en dat hierdoor de rangschikking zou wijzigen waardoor de opdracht aan verzoekende partij zou zijn toegewezen. Het gaat immers om een subcriterium van 5 punten, waarbij de offerte van de verzoekende partij slechts 2,5 punten minder scoort dan deze van tussenkomende partij. Er wordt geenszins aannemelijk gemaakt dat het puntenverschil van 8,55 punten daardoor kan overbrugd worden.

Verzoekende partij toont niet aan voordeel te hebben bij de kritiek in het middelonderdeel waardoor haar belang ontbreekt.

61. Het middelonderdeel is onontvankelijk.

(b) *Het middelonderdeel is niet ernstig*

62. Verzoekende partij is ten onrechte van mening dat verwerende partij de betekenis van het subgunningscriterium "garanties en financiële zekerheden" gewijzigd heeft en haar offerte onvoldoende gunstig heeft beoordeeld.

63. Tussenkomen partij heeft uiteraard geen zicht op de concrete voorstellen van de verzoekende partij. Niettemin is het duidelijk zo dat de evaluatie van het gunningscriterium haar inziens zonder meer beantwoordt aan wat zij zelf verwacht had onder dit criterium en er geenszins sprake is van enige wijziging.

Verwerende partij beschikt overigens in het kader van de eigenlijke beoordeling over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid beperkt door het bestek en het gelijkheidsbeginsel. Uw Raad heeft slechts een marginale toetsingsbevoegdheid en vermog zich niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid.

64. Volgens de Gunningsleidraad verstaat verwerende partij het volgende onder "garanties en financiële zekerheden" (stuk 1, Gunningsleidraad p: 23-24):

"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." (eigen onderlijning)*

65. Het was dan ook voor tussenkomen partij duidelijk dat alle soorten garanties die een exploitatie op 30 jaar kunnen ondersteunen, relevant konden worden bevonden onder dit criterium. Het is evident dat de publieke partner in een PPS-project met een duurtijd van 30 jaar zekerheden wenst over de financiële toestand van de private partner waaraan zij zich verbindt. Het is hierbij essentieel kennis te hebben van de solvabiliteit van de achterliggende

aandeelhouders en niet enkel de projectvennootschap zelf alsook van de onderlinge relaties tussen deze entiteiten. Ook is het belangrijk te weten wie eventuele risico's draagt en wie welke engagementen op zich neemt.

De kritiek van verzoekende partij op p. 41 van haar verzoekschrift dat niet kan worden ingezien hoe een financiële zwakte van één van de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap afbreuk zou doen aan de garanties en financiële zekerheden die in de basisofferte en de BAFO weergegeven worden is dan ook manifest onjuist.

66. Hierna zal overigens blijken dat dergelijke aspecten door tussenkomende partij inderdaad ook inherent aanzien zijn als een onderdeel van de zekerheden die aan de publieke partner worden geboden in het kader van een project als voorliggend. Daarenboven zal op basis van de elementen van het verslag worden aangetoond dat het puntenverschil redelijk is.

67. De basisofferte van tussenkomende partij werd als volgt beoordeeld (stuk 7):

"De inschrijver voorziet een onderschreven kapitaal van 1 mio €, voor de helft geplaatst (volstort). Voorts wordt verwezen naar de solvabiliteit en engagement van de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap, de interne kwaliteitsverzekering, de af te sluiten verzekeringen en het rentevoordeel bij afsluiten van de lening.

Uit de analyse van de jaarrekeningen van analoge exploitaties mag worden afgeleid dat behoudens het opstartdossier (Leuven) de exploitaties nog geen aanleiding hebben gegeven tot het verzoeken van extra gemeentelijke bijdragen, zodat het businessplan en de financiering realistisch en robuust voorkomen.

De offerte van Sportoase is voor dit subgunningscriterium duidelijk de beste. De offerte overstijgt sterk van wat gevraagd is in het bestek.

De inschrijver bekommt hiervoor een quotering Zeer Goed."

Reeds in de basisofferte nota 14-17 m.b.t. het financieel criterium (stuk 4.c - pagina 43 e.v.) werden inderdaad door tussenkomende partij de relaties tussen de aandeelhouders en de SPV omschreven alsook de link met de concrete uitvoering van bepaalde aspecten van de opdracht en de waarborgen die de desbetreffende aandeelhouder terzake stelde. Ook werd gewezen op engagementen van Groep Sportoase in geval van financiële moeilijkheden (zie basisofferte, pagina 46 laatste alinea). Ook elders worden engagementen gegeven via inzicht in het contractueel doorvertalen van de verplichtingen van de SPV naar de aandeelhouder die bepaalde taken op zich neemt – bijv. aanneming en onderhoud (zie pagina 46 basisofferte nota 14-17; stuk 4.c – vierde en vijfde bullet). Uiteraard kan de ganse inhoud van het voorstel niet hier hernomen worden, temeer nu dat ook vertrouwelijk is, maar uit de omschrijving van de zekerheden en garanties in de offerte van de tussenkomende partij blijkt alvast duidelijk dat dit zeker al voor tussenkomende partij relevante aspecten waren in het kader van het betrokken subgunningscriterium.

Er zijn terzake geen echte wijzigingen aangebracht in de BAFO. Tussenkomen partij verwijst ten behoeve van uw Raad naar pagina 44 e.v. van haar BAFO, nota 14-17 m.b.t. het financieel criterium (stuk 5) waarin de zekerheden met daarbij de robuustheid van de financiering, de structuur van de projectvennootschap en het eigen en het vreemd vermogen nader worden toegelicht.

68. Inzake de offerte van verzoekende partij stelt tussenkomen partij vast dat diverse aspecten blijkbaar minder goed zijn uitgewerkt en/ of het comfort van de solvabiliteit van de achterliggende aandeelhouders minder gunstig wordt bevonden. Het verslag aangaande de basisofferte luidt:

"De inschrijver voorziet een onderschreven kapitaal van 1 mio €, 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 de exploitant Farys geen commercieel risico garandeert.

De inschrijver voldoet aan wat gevraagd is in het bestek. De offerte is vergelijkbaar met deze van Furnibo¹¹ doch beter dan Willemen. Sportoase scoort het sterkst.

De inschrijver bekommt hiervoor de quoterings Voldoende."

De financiering door een niet-gewaarborgde financiering van de bowling, de onduidelijkheid inzake de mate waarin de aandeelhouders bijkomende waarborgen kunnen verstrekken die het onderschreven kapitaal van de projectvennootschap te boven gaan en de solvabiliteit en ebitda van Furnibo en het feit dat exploitant Farys geen commercieel risico garandeert behoren allen tot de elementen die overeenkomstig de Gunningsleidraad in dit subgunningscriterium beoordeeld wordt. Verzoekende partij kan niet ernstig voorhouden dat de in het verslag van nazicht door verwerende partij opgeworpen bezorgdheden niet ressorteren onder de beoogde zekerheden die men wenst te bekomen bij samenwerking met de SPV alsook de budget- en kwaliteitsbewaking zoals beschreven in de Gunningsleidraad. Het spreekt voor zich dat duidelijk zicht op de achterliggende engagementen en afspraken inzake waarborgen en aansprakelijkheid van de aandeelhouders uitermate relevant is voor het comfort op een continue en kwaliteitsvolle exploitatie op 30 jaar...

Niettegenstaande de onderhandelingen en expliciete vragen¹² in het kader van de richtlijnen voor de BAFO aan verzoekende partij (zie gunningsverslag stuk 7), lijken terzake in de

¹¹ Dit moet ongetwijfeld S&R zijn.

¹² "11. De inschrijver dient te verduidelijken wie uiteindelijk in de op te richten projectvennootschap het commercieel risico zal dragen."

BAFO op grond van het gunningsverslag geen verbeteringen te zijn gedaan. Meer algemeen bestaat op basis van de elementen in het verslag de indruk dat behoudens de loutere deelneming in het kapitaal, de achterliggende aandeelhouders quasi geen engagementen aangaan ten aanzien van de projectvennootschap die zelf gewoon alle risico's draagt zonder meer:

"De inschrijver vermeldt de vennoten van de projectvennootschap, te weten: Furnibo nv, EEG nv, Persyn nv, BM Engineering cvba en Farys cvba, die – behoudens Farys – gelijkwaardig inbrengen.

Farys draagt geen commercieel risico en brengt know how in. Het personeel wordt aangeworven door de projectvennootschap zelf.

Het commercieel risico is ten laste van de projectvennootschap (kapitaalsinbreng 1 mio € en de bijkomende achtergestelde lening (500.000 €)).

Op de vraag wie uiteindelijk het risico draagt indien de fitness niet de nodige opbrengst genereert (aantal abonnees, inzet van bijkomend personeel, ...) wordt geantwoord dat de waarborgen in hoofde van de projectvennootschap (kapitaal, achtergestelde lening); de conservatieve raming van de zwembadinkomsten en het metier van de achterliggende vennoten afdoende waarborg zijn om hieraan tegemoet te komen."

Klaarblijkelijk heeft verzoekende partij het toen niet nodig bevonden om bijkomende waarborgen en garanties te verstrekken.

Tussenkomen partij merkt ten overvloede nog op dat de structuur met allerhande vennootschappen van verzoekende partij eerder ingewikkeld is. Tussenkomen partij leidt uit de structurering van de vennootschappen in het verzoekschrift dat er binnen de op te richten projectvennootschap van verzoekende partij drie overkoepelende vennootschappen opereren die elk op hun beurt bestaan uit verschillende vennootschappen. Vanuit die optiek is het cruciaal dat de publieke partner zekerheid heeft dat alle partijen zich engageren en is het des te belangrijker dat zij zicht heeft op de onderlinge verhoudingen en de eventuele garanties die de diverse betrokkenen stellen. In de mate de belangrijkste aandeelhouder zwakke jaarcijfers heeft, is dat uiteraard ook een belangrijk punt van zorg. .

69. Verder wijst tussenkomende partij erop dat de argumentatie in rn. 136 van het verzoekschrift aangaande achtergestelde leningen en reserves die zouden worden opgebouwd geenszins overtuigend is. Geen van die aspecten biedt immers enig comfort voor het geval de werken fout gaan of wanneer de SPV in de financiële moeilijkheden komt. De reserves en het impulsfonds gaan bijv. al uit van het hebben aangelegd van reserves aan de hand van *winsten*. Dan moeten die winsten er uiteraard al eerst zijn.... Ook om die reden kan de argumentatie van de "foutieve" beoordeling door de stad Rocselare niet worden gevolgd en reikt verzoekende partij geen enkel overtuigend element aan die de appreciatie van de Stad onderuit zou halen.

70. Besluit: het middelonderdeel is niet ernstig.

4.4 Betreffende het derde onderdeel van het tweede middel: “de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu het subgunningscriterium “investeringswaarde” op foutieve wijze werd beoordeeld

(a) Het middelonderdeel is onontvankelijk

71. Verzoekende partij laat na in concreto aan te tonen dat zij een hogere score had moeten krijgen dan tussenkomende partij en dat hierdoor de rangschikking zou wijzigen waardoor de opdracht aan verzoekende partij zou zijn toegewezen. Zij geeft daarentegen zelf aan dat het puntenverschil indien wel rekening zou zijn gehouden met de waarde van het bowling slechts 0,57 punten bedraagt (nl. score 11,85 ipv score 11,28 – zie m. 143 van het verzoekschrift).

72. Het middelonderdeel is onontvankelijk.

(b) Het middelonderdeel is niet ernstig

73. Tussenkomende partij kent de offerte van de verzoekende partij onvoldoende en verwijst in hoofdzaak naar het verweer dat de verwerende partij zal bieden.

Niettemin begrijpt zij alvast dat het gaat om een afzonderlijk gebouw dat volledig buiten het zwembadcomplex valt. Alleen reeds om die reden rijst de vraag of dergelijk gebouw in de offerte kon worden en/of werd meegenomen in het werkingskrediet, m.n. de lening waarvoor de Stad een waarborg toekent. In dezelfde zin is het dan ook zo dat deze niet kan worden meegenomen in de investeringswaarde (zie omschrijving van het gunningscriterium op pagina 24 van het bestek, waar een direct verband wordt gemaakt met het werkingskrediet).

74. Besluit: het middelonderdeel is niet ernstig.

4.5 Betreffende het vierde onderdeel van het tweede middel: “de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu het subgunningscriterium “winstdeling” op foutieve wijze werd beoordeeld”

(a) Het middelonderdeel is onontvankelijk

75. Het subgunningscriterium “winstdeling” kent een score van maximaal 5 punten. De BAFO's van de tussenkomende partij en verzoekende partij werden op dit criterium gelijkwaardig bevonden. Indien verzoekende partij al een hogere score zou moeten behalen dan tussenkomende partij, quod non, leidt deze hogere score in geen enkel scenario tot een wijziging van de rangschikking.

76. Het middelonderdeel is onontvankelijk.

(b) Het middelonderdeel is niet ernstig

77. 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. "

78. Tussenkommende partij voorziet blijkens het verslag volgende winstdeling (stuk 7, p. 27):

"De winst dient eerst tot aanzuivering van historische verliezen, het verder opbouwen van 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 75.000 € winst voor groep Sportoase*
- Rest 60% inschrijver – 40% stad Roeselare "*

De winstdeling van verzoekende partij ziet er als volgt uit (p. 28):

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

79. Verwerende partij is terecht van oordeel dat de offertes van verzoekende partij en van tussenkommende partij vergelijkbaar zijn, minstens dat de offerte van tussenkommende partij niet minder gunstig is. Beiden voorzien in de opbouw van provisies en reserves. Daarnaast voorzien ze relatief vergelijkbare verdeelsleutels voor de eventuele uitkering (qua % is deze gunstiger bij tussenkommende partij, maar er wordt wel een eigen eerste afname voorzien indien tot winstuitkering wordt beslist).

80. De offerte van tussenkomende partij biedt voor de duidelijkheid nog een ruimer en gunstiger kader dan dat. Zelfs in die zin, dat eigenlijk veeleer tussenkomende partij beter zou moeten scoren op dit criterium.

Zo heeft tussenkomende partij immers diverse voorstellen van optimalisatie gedaan en wordt de winstuitkeringsvraag gekaderd in een ruimer verhaal van strategische beslissingen aangaande winstdeling. De Stad wordt bij die afwegingen betrokken.

Daarnaast is nagedacht over alternatieve manieren om de winstuitkering fiscaal optimaal te laten verlopen waardoor zoals blijkt uit de offerte de verdeling ten behoeve van de Stad nog gunstiger is (en finaal qua % gelijkwaardig wordt met deze aan Sportoase Groep). Terzake nodigt tussenkomende partij Uw Raad uit om haar voorstel na te gaan in de BAFO (nota 14-17, p. 50, stuk 5 - om redenen van vertrouwelijkheid kan tussenkomende partij de door haar voorgestelde wijzen van fiscale optimalisatie bezwaarlijk nader duiden).

81. Verzoekende partij poneert in haar verzoekschrift p. 46, nr. 150 dat uit de jaarlijkse nettoresultaten van Sportoase-groep zou blijken dat *"zeer zelden een jaarlijks nettoresultaat van boven de 75.000 EUR"* kan voorgelegd worden.

Deze bewering is onjuist, mist feitelijke grondslag en wordt niet nader onderbouwd met stukken.

Niet alleen kan men zich de vraag stellen in welke mate de concrete *winstcijfers* van een andere exploitatie relevant zijn voor voorliggend project. De uiteindelijke winst die wordt uitgekeerd hangt ook af van tal van strategische factoren: herinvesteringen in een sportinfrastructuurcomplex kan in overleg met de publieke partners daar zinvoller zijn geacht dan een (fiscaal onaantrekkelijke) uitkering van een dividend.

Daarenboven bevatten de jaarrekeningen van de SPV's Sportoase het resultaat *ná* declinatie door de publieke partij in het resultaat (cf. temeer omwille van de in de BAFO vermelde optimalisatietechnieken).

82. Bovendien is het erg twijfelachtig dat de Stad meer winsten zal ontvangen in het geval van keuze voor verzoekende partij. Het gunstige karakter van de offerte van verzoekende partij is, nog los van het feit dat slechts een erg beperkt % van de winst wordt afgestaan aan de Stad, ook twijfelachtig. Zo kan men zich de vraag stellen of het feit dat de SPV eerst reserves gaat aanleggen van 1,2 miljoen euro op basis van "winst" wel zo gunstig is. Dat betekent niet alleen dat er eerste dergelijke omvangrijke buffers moeten worden aangelegd alvorens de Stad enige uitkering kan ontvangen. Bovendien is dergelijke aanzienlijke buffer op basis van winsten aanleggen ook fiscaal weinig voordelig en zijn er betere manieren om de projectvennootschap van buffers te voorzien.

Besluit: het middelonderdeel is niet ernstig.

83. Besluit: het tweede middel is niet ernstig.

5 BETREFFENDE HET VERTROUWELIJK KARAKTER VAN DE STUKKEN

84. Conform artikel 87, § 2 van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State verzoekt de tussenkomenende partij aan Uw Raad om een aantal stukken uit haar stukkenbundel (nl. stukken 2, 3, 4, 5, 9, 10, 11, 12 en 14) uit niet ter kennis te brengen van de verzoekende en, desgevallend, andere belanghebbende partijen.

85. De vereiste "motieven" voor het verzoek om vertrouwelijke behandeling kunnen worden teruggevonden in de artikelen 10 en 26 van de Wet Rechtsbescherming, dat openbaarmaking van gegevens in bepaalde gevallen uitdrukkelijk verbiedt.

De als vertrouwelijk bestempelde stukken zijn betreffen uittreksels uit of de offertes zelf van tussenkomenende partij. Deze documenten bevatten immers allerhande gevoelige commerciële en technische informatie, zodat de openbaarmaking ervan nadelig zou kunnen zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van tussenkomenende partij of de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen in de toekomst zou kunnen schaden.

Tussenkomenende partij sluit overigens in deze niet uit dat verzoekende partij middels haar verzoekschrift poogt zicht te krijgen op de jarenlange expertisc van tussenkomenende partij in deze sector.

86. De desbetreffende als vertrouwelijk te behandelen stukken worden vermeld in de hieronder gevoegde inventaris en worden aan Uw Raad via afzonderlijk schrijven overgemaakt (en aldus afzonderlijk neergelegd), met expliciete opgave van het vertrouwelijk karakter.


OM DEZE REDENEN,

BEHAGE HET DE RAAD VAN STATE,

- Verzoekers tot tussenkomst te laten tussenkomen in de procedure,
- De vordering tot schorsing van de bestreden beslissing te verwerpen.

Brussel, 8 augustus 2016

Voor tussenkomende partij,
Eén van zijn raadslieden,


David D'HOOGHE
leopold Schellekens,
advocaat balie Brussel

VOOR EENSLUIDEND AFSCHRIFT



Bijlage:

Inventaris van de stukken van het dossier

Raad van State

G/A 219.859/ XII-8.197

STUKKEN VAN HET DOSSIER

Niet-vertrouwelijk deel

1. Gunningsleidraad "PPS zwembad Schiervelde Roeselare";
6. Schrijven van de stad Roeselare aan Groep Sportoase nv d.d. 28 april 2016;
7. Verslag van nazicht;
8. Beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Roeselare d.d. 12 juli 2016;
13. Statuten Groep Sportoase nv;
15. Bewijs betaling rolrecht.

Vertrouwelijk deel

2. Vraagstelling stad Roeselare d.d. 11 april 2016 (vertrouwelijk);
3. Antwoord van Sportoase nv op de vraagstelling van de stad Roeselare d.d. 15 april 2016 (vertrouwelijk);
4. Uittreksels uit de basisofferte van Groep Sportoase nv (vertrouwelijk);
 - a. Nota 6-19, p11, 12;
 - b. Nota 21-0 p. 73 e.v.;
 - c. Nota 14-17 p. 43 t.e.m. 54;
5. Uittreksels uit de BAFO van Groep Sportoase nv (vertrouwelijk) - Nota 14-17 p. 44 t.e.m. 55;
9. Plannen aanvraag bouwvergunning (vertrouwelijk);
10. Overzicht VTE redders (vertrouwelijk);
11. Veiligheidsplan Sportoase Elshout (vertrouwelijk);
12. Uurrooster redders een van de sites (vertrouwelijk);
14. Gegevens op te richten SPV Sportoase Roeselare (met ontwerp oprichtingsakte) zoals gevraagd in de BAFO - (vertrouwelijk).

RAAD VAN STATE

Raad van State
Afdeling bestuursrechtspraak
G/A 219.859/ XII-8.197

- 8 AUG. 2016

GRIFFIE

VERZOEKSCHRIJF TOT TUSSENKOMST

(in het kader van een verzoek tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid)

VOOR:

1. De Naamloze Vennootschap **GROEP SPORTOASE**, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, WTC Tower 1, Koning Albert II laan 30 b 28, ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0874.040.670
2. De Naamloze Vennootschap **SPORTOASE ROESELARE**, vennootschap in oprichting, vertegenwoordigd door NV Groep Sportoase (zoals vernoemd) in haar hoedanigheid van oprichter in de zin van art. 60 W.Venn.

hierna **TUSSENKOMENDE PARTIJ**;

Bijgestaan en vertegenwoordigd door Meesters **David D'HOOGHE**, **Leen DE VUYST** en **Jannick POETS**, advocaten, allen kantoor houdend te 1000 Brussel, Loksumstraat 25, waar keuze van woonplaats wordt gedaan;

IN DE PROCEDURE INGESTELD**DOOR:**

1. De Naamloze Vennootschap **BOUWBEDRIJF FURNIBO**, met maatschappelijke zetel te 8630 Veurne, Bedrijvenlaan 7 ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0447.692.117;
2. De Naamloze Vennootschap **PERYSN**, met maatschappelijke zetel te 8550 Zwevegem, Blokellestraat 113A ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0405.435.056;
3. De Naamloze Vennootschap **EEG**, met maatschappelijke zetel te 8560 Wevelgem, Oostlaan 5 ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0442.891.013;

Samen de **THV FURNIBO-PERSYN-EEG**;

4. De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ARCHITECTENBUREAU 3ARCHITECTEN**, met maatschappelijke