

**VERZOEKSCHRIFT TOT SCHORSING
BIJ UITERST DRINGENDE NOODZAKELIJKHEID**

- VOOR:**
1. de **naamloze vennootschap BOUWBEDRIJF FURNIBO**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8630 Veurne, Bedrijvenlaan 7, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0447.692.117;
 2. de **naamloze vennootschap PERSYN**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8550 Zwevegem, Blokellestraat 113A, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0405.435.056;
 3. de **naamloze vennootschap EEG**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8560 Wevelgem, Oostlaan 5, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0442.891.013;

Partijen 1 t.e.m. 3 samen vormend de **tijdelijke handelsvennootschap FURNIBO-PERSYN-EEG**;

4. de **burgerlijke vennootschap onder vorm van besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ARCHITECTENBUREAU 3ARCHITECTEN**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8800 Roeselare, Zwaaiekomststraat 1 bus 3, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0876.011.651;
5. de **besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid AVAPARTNERS – ARCHITECTS & PARTNERS**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 9000 Gent, Congreslaan 36, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0429.416.228;
6. de **coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid BM ENGINEERING – STUDIEBUREEL BOUCHERIE**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 8800 Roeselare, Knapenstraat 5, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0463.788.474;

Partijen 4 t.e.m. 6 samen vormend de **tijdelijke handelsvennootschap 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING**;

7. de **naamloze vennootschap SPIE BELGIUM**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 1070 Anderlecht, Tweestationsstraat 150, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0434.499.028;
8. De **coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid FARYS**, met maatschappelijke zetel gevestigd te 9000 Gent, Stropstraat 1, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0554.887.312;

Partijen 1 t.e.m. 8 samen vormend **de combinatie THV FURNIBO / PERSYN / EEG-SPIE-FARYS + THV 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING** en hierna aangeduid als “*verzoekende partij*”;

De verzoekende partij wordt 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 1050 Brussel, Louizalaan 99, alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan.

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

hierna aangeduid als “*verwerende partij*”.

Aan de Heer Eerste Voorzitter van de Raad van State,

Aan de Heer Voorzitter, de Dames en Heren Kamervoorzitters en Staatsraden die de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State samenstellen,

Hooggeachte Dames en Heren,

De verzoekende partij heeft hierbij de eer om door middel van voorliggend verzoekschrift, op grond van artikel 17, § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, een beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in te stellen 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.

* *

*

INHOUDSTAFEL

I.	FEITELIJKE VOORGAANDEN	4
II.	DE UITERST DRINGENDE NOODZAKELIJKHEID	20
III.	VERTROUWELIJKHEID VAN DE STUKKEN 7, 8, 9 EN 12 UIT DE INVENTARIS VAN DE VERZOEKENDE PARTIJ	20
IV.	ERNSTIGE MIDDELEN.....	21
IV.1.	EERSTE MIDDEL	21
IV.1.1.	Algemeen: aangehaalde bepalingen en beginselen.....	21
IV.1.2.	Inleiding	23
IV.1.3.	Eerste middelonderdeel	25
IV.1.4.	Tweede middelonderdeel.....	26
IV.1.5.	Derde middelonderdeel.....	28
IV.1.6.	Vierde middelonderdeel	30
IV.2.	TWEEDE MIDDEL	34
IV.2.1.	Algemeen: aangehaalde bepalingen en beginselen.....	35
IV.2.2.	Inleiding	38
IV.2.3.	Eerste middelonderdeel	39
IV.2.4.	Tweede middelonderdeel.....	39
IV.2.5.	Derde middelonderdeel.....	44
IV.2.6.	Derde middelonderdeel.....	45

I. FEITELIJKE VOORGAANDEN

1. De verwerende partij lanceerde in het najaar van 2015 een oproep tot kandidaatstelling voor het project “PPS Zwembad Schiervelde Roeselare” (het “**Project**” of de “**Opdracht**”). Deze oproep werd op 22 september 2015 in het Bulletin der Aanbestedingen en op 26 september 2015 in het Publicatieblad van de Europese Unie gepubliceerd (het “**Aankondigingsbericht**”) (**STUKKEN 1 en 2**).

2. Naar luid van het Aankondigingsbericht behelst de Opdracht “*het ontwerpen (Design), bouwen (Build), financieren (Finance), onderhouden (Maintenance) en exploiteren (Operate) van een stedelijk zwembad te Roeselare, ook Project genoemd, en waarvan het programma bestaat uit een verplicht en een facultatief programma*”.

3. De Opdracht wordt door middel van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van artikel 26, §2, 3°, van de Wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (de “**Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006**”) gegund.

4. De verzoekende partij diende uiterlijk op 30 oktober 2015 haar aanvraag tot deelneming voor de Opdracht in. Vier andere marktpartijen stelden zich eveneens kandidaat:

- S&R ROESELARE NV;
- CONSORTIUM WGC – SFN – TPF – P&T/ROESELARE;
- SPV SPORTOASE ROESELARE NV; en
- PELLIKAAN – OPTISPORT SCHIERVELDE ROESELARE.

5. Bij besluit van het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij van 16 november 2015 werd de verzoekende partij, samen met de vier andere kandidaten, voor verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure geselecteerd.

6. Kort daarna bracht de verwerende partij de gunningsleidraad met referentie 2015/022 (de “**Gunningsleidraad**”) aan de geselecteerde kandidaten ter kennis (**STUK 3**).

In deze Gunningsleidraad worden het voorwerp en de juridisch-contractuele randvoorwaarden van de Opdracht nader omschreven. De voornaamste krachtlijnen van het Project kunnen als volgt worden samengevat:

- i. De opdrachtnemer zal, in een eerste fase, op de site “Schiervelde” (naast de ring van Roeselare) een nieuw zwembadcomplex moeten bouwen. Het nieuwe zwembadcomplex zal het stedelijk zwembad ‘Spillebad’ – dat eveneens op de site “Schiervelde” gelegen is en dat herbestemd zal worden – vervangen.

Het nieuwe zwembadcomplex zal minstens de faciliteiten en de infrastructuur van het zgn. “Verplicht Programma” moeten omvatten. Het gaat meer bepaald om de volgende voorzieningen (**STUK 3**, p. 64-65):

“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.”*

(nadruk toegevoegd)

Verder werd aan de inschrijvers de vrijheid gelaten om het Verplicht Programma met een facultatief “Eigen Programma” aan te vullen (bv. recreatieve waterpartijen of andere complementaire activiteiten, zoals wellness, sauna, fitness, squash, polyvalente zaal, ...).

- ii. Eenmaal gerealiseerd, zal de opdrachtnemer het nieuwe zwembadcomplex (m.i.v. de horecavoorzieningen en de andere facultatieve programma's die door hem werden voorgesteld) gedurende 30 jaar als eigenaar moeten exploiteren en onderhouden. Hij zal, onder bepaalde voorwaarden, verplicht zijn om het stadspersoneel dat momenteel in het stedelijk zwembad 'Spillebad' werkzaam is, aan te werven.
- iii. De opdrachtnemer zal, met het oog op de bouw, de exploitatie en het onderhoud van het nieuwe zwembadcomplex, een projectvennootschap moeten oprichten. De verwerende partij zal met deze projectvennootschap twee overeenkomsten sluiten: een PPS-overeenkomst en een overeenkomst houdende de vestiging van een recht van opstal. Krachtens die laatste overeenkomst zal de projectvennootschap van bij de start van de bouwfase en voor de volledige duur van de exploitatiefase, over de volle eigendom van het in opstal gekregen terrein en het op te richten zwembadcomplex kunnen beschikken.
- iv. De opdrachtnemer zal van de verwerende partij een jaarlijkse financiële tussenkomst ontvangen. Deze zgn. “algemene werkingssubsidie” zal in jaar 1 van de exploitatie maximaal 1.680.000,00 EUR bedragen. Vanaf jaar 2 zal de subsidie jaarlijks worden geïndexeerd. Daarnaast zal de verwerende partij een waarborg aan de opdrachtnemer

verstrekken teneinde hem toe te laten een lening en een werkingskrediet voor de realisatie van het zwembadcomplex aan te gaan.

Ook het verloop van de onderhandelingsprocedure wordt in de Gunningsleidraad verder toegelicht.

Krachtens punt 3.2 zal de verwerende partij onder meer de regelmatigheid van de offertes nagaan:

“Na de ontvangst van de Offertes zal een regelmatigheidsonderzoek worden doorgevoerd alsmede een eerste beoordeling van de Offertes.

Aan de Inschrijvers kunnen steeds vragen worden gesteld over de Offertes.

Indien op grond van de in de Gunningsleidraad gedefinieerde gunningcriteria blijkt dat één of meerdere van de ingekomen Offertes niet of onvoldoende beantwoorden aan de in de Gunningsleidraad vereiste kwaliteit, output- en prestatie-eisen, behoudt de Aanbestedende Overheid zich het recht voor om over te gaan tot uitsluiting van verdere deelname van deze Offerte(s).”

(nadruk toegevoegd)

Naar luid van punt 3.4 wordt de Opdracht op basis van volgende gunnings- en subgunningscriteria gegund:

“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)

Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)

Subcriterium 2. garanties en financiële zekerheden (5 punten)

Subcriterium 3. investeringswaarde (15 punten)

Subcriterium 4. winstdeling (5 punten)”

De inhoud van deze criteria en de wijze van beoordeling ervan, worden in de punten 3.4.1 t.e.m. 3.4.3 van de Gunningsleidraad gepreciseerd.

7. Op 16 december 2015 vond een informatievergadering en een geleid bezoek aan de site “Schiervelde” plaats. Gedurende de informatievergadering werd de Gunningsleidraad door de verwerende partij toegelicht.

8. Volgend op deze vergadering werden door de geselecteerde kandidaten verscheidende vragen om inlichtingen gesteld. De antwoorden op deze vragen werden in drie “Q&A”-documenten opgenomen en door de verwerende partij aan de geselecteerde kandidaten meegedeeld (**STUKKEN 4, 5 en 6**).

9. Vervolgens diende de verzoekende partij op 21 maart 2016 haar basisofferte voor de Opdracht in (**VERTROUWELIJK STUK 7**). Met uitzondering van de combinatie « PELLIKAAN – OPTISPORT SCHIERVELDE ROESELARE » dienden ook alle andere geselecteerde kandidaten een inschrijving in.

10. Kort daarna werd de verzoekende partij, overeenkomstig punt 3.3 van de Gunningsleidraad, door de verwerende partij uitgenodigd om haar basisofferte toe te lichten. Deze presentatie vond plaats op 7 april 2016.

11. Enkele dagen later, op 11 april 2016, ontving de verzoekende partij een e-mail van de verwerende partij waarin bijkomende vragen met betrekking tot haar basisofferte werden gesteld (**VERTROUWELIJK STUK 8**).

12. De verzoekende partij bracht het antwoord op deze vragen op 15 april 2016 aan de verwerende partij ter kennis (**VERTROUWELIJK STUK 9**).

13. Op 22 april 2016 zou de verwerende partij tot de evaluatie van de basisoffertes zijn overgegaan. Hiervan werd verslag opgesteld (**STUK 10**, p. 10-33).

In dit verslag wordt inzake het regelmatigheidsonderzoek het volgende opgemerkt (**STUK 10**, p. 11):

“Voorafgaand aan de beoordeling van de basisoffertes werd een regelmatigheidsonderzoek van de offertes doorgevoerd en werd nagegaan of de inschrijvers nog steeds voldoen aan de selectievoorwaarden.

Er stelde zich geen problemen met de formele regelmatigheid. Alle offertes worden tijdig, voldoende ondertekend en volledig.

Er stelde zich evenmin een probleem met de materiële regelmatigheid. De offertes voldoen inhoudelijk aan het gevraagde in het opdrachtdocument.”

(nadruk toegevoegd)

Ook wordt een beknopte beschrijving gegeven van de beoordeling van de basisoffertes in het licht van de gunnings- en subgunningscriteria.

Enkele relevante passages zijn de volgende:

BASISOFFERTE SPV SPORTOASE ROESELARE NV

BASISOFFERTE VERZOEKENDE PARTIJ

Gunningscriterium 1: technische en architecturale kwaliteit

> STUK 10, p. 17:

"3.3.3.1 algemene beschrijving

Het voorstel van Sportoase neemt volgende oppervlakte in:

OPPERVLAKTEVERGELIJKING	
Omschrijving	SPORTOASE
grondbezetting (m ²)	2.835
[...]	[...]
totale ontwikkelde oppervlakte (m ²)	4.795
wedstrijdbad	525
instructiebad	100
kleuterbassin /recreatief	125
totale oppervlakte zwemwater (m ²)	750
[...]	

[...] De inschrijver stelt een vrij strak gebouw voor dat door zijn volumewerking en de gevelcompositie bijdraagt tot de herkenbaarheid als baken voor de site."

> STUK 10, p. 19:

"3.3.3.2 bespreking

De integratie met de recreatieve Mandelinfrastructuur wordt onvoldoende uitgewerkt. **De gevraagde volwaardige buitenspeeltuin ontbreekt."**

(nadruk toegevoegd)

> STUK 10, p. 20-21:

"3.3.4.1 algemene beschrijving

Het voorstel van Groep Furnibo neemt volgende oppervlakte in:

OPPERVLAKTEVERGELIJKING	
Omschrijving	FURNIBO
grondbezetting (m ²)	5.417
[...]	[...]
totale ontwikkelde oppervlakte (m ²)	9.358
wedstrijdbad	625
instructiebad	100
kleuterbassin /recreatief	120
totale oppervlakte zwemwater (m ²)	845
[...]	

[...] Het recreatieve zwemaanbod is groot, en wordt nog aangevuld met een eigen programma (pooltables, bowling). **Dit heeft wel het nadeel dat er een zeer grote grondinname is (+5000 m²).[...]"**

(nadruk toegevoegd)

Gunningscriterium 2: programma, doelgroepenbeleid en exploitatie	
<p>> STUK 10, p. 27:</p> <p>“3.4.3.1.1 programma en exploitatie [...] De totale oppervlakte zwemwater bedraagt 750 m² voor het Verplicht Programma, aangevuld met een recreatieve zwembadzone van 400 m². Het aanvullend programma bestaat uit een fitness, een dans- en een spinningzaal. [...] 3.4.3.2 beoordeling: [...] In vergelijking met de andere offertes is de offerte van Sportoase vergelijkbaar met deze van S&R. De offerte is goed uitgewerkt maar het recreatieve gedeelte mist attractiviteit. De offerte van Furnibo scoort hier beter om moet dus een hogere score krijgen.” (nadruk toegevoegd)</p>	<p>> STUK 10, p. 29:</p> <p>“3.4.4.1.1 programma en exploitatie [...] De totale oppervlakte zwemwater bedraagt 845 m² voor het Verplicht Programma, aangevuld met een recreatieve zwembadzone van 520 m². De inschrijver beoogt met dit uitgebreid recreatiegedeelte een echt waterpark te zijn, dat zich mag spiegelen aan andere sites voor familie-uitstappen. Deze optie noopt de exploitant tot een grote inzet van personeel, hetgeen op zijn beurt een impact heeft op de exploitatiekosten en tarieven (zie infra).” (nadruk toegevoegd)</p>
Gunningscriterium 3: financieel criterium – subgunningscriterium 2: garanties en financiële zekerheden	
<p>> STUK 10, p. 32:</p> <p>“3.5.3.3 zekerheden 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</p>	<p>> STUK 10, p. 32-33:</p> <p>“3.5.4.3 garanties en financiële zekerheden 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</p>

<p><i>verzekeringen en het rentevoordeel bij afsluiten van de lening.</i></p> <p><i>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.</i></p> <p><i>De offerte van Sportoase is voor dit subgunningscriterium duidelijk de beste."</i></p>	<p><i>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.</i></p> <p><i>De inschrijver voldoet aan wat gevraagd is in het bestek. De offerte is vergelijkbaar met deze van Furnibo doch beter dan Willemen. Sportoase scoort het sterkst."</i></p>
<p>Gunningscriterium 3: financieel criterium – subgunningscriterium 4: winstdeling</p>	
<p>> STUK 10, p. 32:</p> <p><i>"3.5.3.5 winstdeling</i></p> <p><i>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:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>- Eerste 75.000 € winst voor Groep Sportoase</i> <i>- Rest 60% inschrijver – 40% stad Roeselare</i> <p><i>De inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar."</i></p>	<p>> STUK 10, p. 33:</p> <p><i>"3.5.4.5 winstdeling</i></p> <p><i>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 ristoro voor de Stad Roeselare en 75% voor het Consortium (beperkt tot 13% + 3%).</i></p> <p><i>De inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar. Ze doen beter dan het bestek. Enkel Willemen scoort hier minder goed."</i></p>

14. De beoordeling van de basisoffertes op basis van de gunnings- en subgunningscriteria resulteerde in de volgende scores (**STUK 10**, p. 33):

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
	5	S	G	G	G

Onder meer omwille van het grote puntenverschil, besloot de verwerende partij om alleen de SPV SPORTOASE ROESELARE NV en de verzoekende partij tot het indienen van een laatste en beste offerte ("**BAFO**") uit te nodigen.¹

15. Bij brief van de verwerende partij van 28 april 2016 werd de verzoekende partij voor deelname aan de BAFO-fase uitgenodigd (**STUK 11**). In deze brief waren tevens een aantal richtlijnen voor de opmaak van de BAFO opgenomen.

Vooreerst werd het voorwerp van de BAFO gepreciseerd:

"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).*

¹ De totaalscores die door de basisoffertes werden behaald, waren de volgende:

- CONSORTIUM WGC-SFN-TPF-P&T/ROESELARE: 24,9 punten
- S&R ROESELARE NV: 66 punten
- Verzoekende partij: 77,38 punten
- SPV SPORTOASE ROESELARE NV: 77,94 punten

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

(nadruk toegevoegd)

Daarnaast werd de verzoekende partij verzocht een aantal aspecten uit haar basisofferte verder uit te werken en/of te verduidelijken. Inzake exploitatie en financiering werden o.a. de volgende vragen gesteld:

"exploitatie

[...]

*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.*

[...]

financieel

[...]

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

(nadruk toegevoegd)

16. Op 27 mei 2016 diende de verzoekende partij haar BAFO voor de Opdracht in (**STUK 12**). Ook de SPV SPORTOASE ROESELARE NV diende een beste en laatste offerte in.

17. Tijdens een presentatie die op 3 juni 2016 plaatsvond, lichtte de verzoekende partij haar BAFO ten overstaan van de verwerende partij nader toe.

18. Op 6 juni 2016 zou de verwerende partij tot de evaluatie van beide BAFO's zijn overgegaan. Het verslag van nazicht dat met betrekking tot de basisoffertes was opgesteld, werd met de resultaten van die evaluatie aangevuld (**STUK 10**, p. 34-47).

Volgende passages uit dit verslag zijn relevant:

Gunningscriterium 1: technische en architecturale kwaliteit

> STUK 10, p. 36-37:

“4.1.1.1 algemeen

Het ontwerp van de inschrijver werd grondig herwerkt binnen de krijtlijnen vooropgesteld voor de BAFO-fase:

- **het gebouw wordt uitgebreid qua grondoppervlak**, maar het volume verlaagt. [...]
- **de grondinname vergroot met ca 185 m²**;
- **de ontwikkelde oppervlakte (exclusief de technische kelders) vergroot met ca 33m²**;
- **de zwemwateroppervlakte is vergroot met ca 100m² en is vergelijkbaar met het aanbod van inschrijver Groep Furnibo**;
- **de cafetaria is aanzienlijk vergroot**, met een terras georiënteerd op het oosten i.p.v. op het noorden;
- **de aanvullende activiteiten (fitness, dans..)** bevinden zich nu op niv.+1 i.p.v. vroeger +1 en +2 en **zijn in oppervlakte vergroot met ca 155 m²**.

[...]

4.1.1.2 vergelijking oppervlakte basisofferte/BAFO

OPPERVLAKTEVERGELIJKING	
Omschrijving	SPORTOASE
grondbezetting (m ²)	2.835
grondbezetting bafo (m ²)	3.018
[...]	[...]
totale ontwikkelde oppervlakte (m ²)	4.795
totale ontwikkelde oppervlakte bafo (m ²)	4.828

> STUK 10, p. 39:

“4.2.1.1 algemeen

De inschrijver houdt het programma van de basisofferte onverminderd aan en vormt de polyvalente zaal om tot een fitnesscentrum dat door de projectvennootschap zal worden geëxploiteerd.

4.2.1.2 vergelijking oppervlakte basisofferte/BAFO

OPPERVLAKTEVERGELIJKING	
Omschrijving	FURNIBO
grondbezetting (m ²)	5.417
grondbezetting bafo (m ²)	5.418
[...]	[...]
totale ontwikkelde oppervlakte (m ²)	9.358
totale ontwikkelde oppervlakte bafo (m ²)	9.358

wedstrijdbad	525
instructiebad	100
kleuterbassin /recreatief	125
totale oppervlakte zwemwater (m ²)	750
totale oppervlakte zwemwater bafo (m ²)	850
[...]	

[...]

De stuurgroep is van oordeel dat de zeer beperkte uitbreiding van de totale oppervlakte, zijnde 33m² en de beperkte 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.”

(nadruk toegevoegd)

> **STUK 10**, p. 37:

“4.1.1.4 buitenspeeltuin

*Het gebouw is dichterbij de Mandel gebracht. De cafetaria wordt gedraaid zodat er een grotere relatie wordt gerealiseerd met de omgeving (zicht op Mandel en **speeltuin**). De inschrijver stelt dat de glijbaantoren (vuurtoren = uitkijkpost voor het landschap) nu de functie krijgt van een landmark voor fietsers en kajakkers en een leuk element vormt in de omgeving van het terras en het **speelplein**.*

*De **speeltuigen** worden opgesomd en toegelicht: Pentagode, Klimtoestel, Klimbos, schommel, Wip (4-zit) –*

wedstrijdbad	625
instructiebad	100
kleuterbassin /recreatief	120
totale oppervlakte zwemwater (m ²)	845
totale oppervlakte zwemwater bafo (m ²)	845
[...]	

<p>investeringswaarde 85.000€).”</p> <p>(nadruk toegevoegd)</p>	
<p>Gunningscriterium 2: programma, doelgroepenbeleid en exploitatie</p>	
<p>> STUK 10, p. 38:</p> <p>“4.1.2.1 attractiviteit recreatieve voorzieningen</p> <p>Het programma werd uitgebreid naar de diverse doelgroepen en bevat thans:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. playland: 5-8 + gezin (Aquarotari, watershooters, waterfiets, stapstenen, Tube-slide); 2. action park 9+: Golfslag & wildwaterbeek, actiezone, duo-race glijbaan; 3. wellnesszone: Sauna, stoombad, belevingsbad, borrelbanken, nekouches, bodywash, rustzone, zicht op Mandel; 4. ploeterland 0- 5 : Gestileerde watertafel (waterscape) met dockyard, sluizen en dammen, archimedesschroef, waterparaplu, glijbaan; 5. Fitness en groups; 6. instructiebad (adaptation): wordt tijdens niet schooldagen recreatief gebruikt; 7. sportbad <p>Het betreft een uitbreiding met ca 250m² recreatie t.a.v. de basisofferte. De inschrijver deelt mee dat voor ca 2 miljoen euro recreatieve elementen worden voorzien. Hij stelt voor om voor die investeringen die niet op het kritisch bouwpad liggen in onderling overleg met het stadsbestuur de verdere invulling te bepalen.”</p> <p>(nadruk toegevoegd)</p>	<p>> STUK 10, p. 41:</p> <p>“4.2.3.3 optimalisatie exploitatiekost (hoge bezetting aan redders)</p> <p>Drie externe zwembadbeheerders hebben de bezetting nagerekend en kwamen tot dezelfde conclusie dat een zwembad met dergelijke recreatieve invulling 15 redders uitgedrukt in FTE nodig heeft om te kunnen voldoen aan de veiligheidsvoorwaarden.</p> <p>Deze berekening wordt in de BAFO uitvoerig gedocumenteerd. Rekening houdend met de vereenvoudiging van de openingstijden heeft dit volgend impact:</p> <p>[...]</p> <p>De uniformisering van de openingsuren hebben weinig tot geen invloed op het aantal redders en baliemedewerkers. De impact is beperkt tot een daling van ½ poetsmedewerker.”</p> <p>(nadruk toegevoegd)</p>

<p>> STUK 10, p. 44:</p> <p><i>“4.3.2.2 Gunningscriterium 2: programma, doelgroepenbeleid en exploitatie</i></p> <p><i>De inschrijver heeft het recreatief programma gevoelig uitgebreid zodat het thans voorzien programma (voor detail: zie punt 4.1.2.1) en de attractiviteit gelijkwaardig wordt beschouwd met het programma aangeboden door Groep Furnibo. De vergoedingen uit concessies (i.c. cafetaria) zijn in rekening gebracht bij het financieel criterium.</i></p> <p><i>De inschrijver bekommt voor criterium 2 de beoordeling Zeer Goed”</i></p> <p>(nadruk toegevoegd)</p>	
<p>Gunningscriterium 3: financieel criterium – subgunningscriterium 2: garanties en financiële zekerheden</p>	
	<p>> STUK 10, p. 42-43:</p> <p><i>“4.2.4.3 wie draagt in projectvennootschap het commercieel risico</i></p> <p><i>De inschrijver vermeldt de vennoten van de projectvennootschap, te weten: FURNIBO NV, EEG NV, PERSYN NV, BMENGINEERING CVBA en FARYS CVBA, die – behoudens FARYS – gelijkwaardig inbrengen.</i></p> <p><i>Farys draagt geen commercieel risico en brengt know how in. Het personeel wordt aangeworven door de projectvennootschap zelf.</i></p> <p><i>Het commercieel risico is ten laste van de projectvennootschap (kapitaalsinbreng 1 mio € en de bijkomende achtergestelde lening (500.000 €)).</i></p> <p><i>Op de vraag wie uiteindelijk het risico draagt indien de fitness niet de nodige opbrengsten genereert (aantal abonnees, inzet van bijkomend personeel, ...) wordt</i></p>

	<p><i>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.”</i></p>
--	---

19. Uit de geciteerde passages blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, ten opzichte van haar basisofferte, zowel de grondbezetting of de grondoppervlakte (de zgn. *“footprint”*) van haar gebouw als de totale ontwikkelde oppervlakte, in haar BAFO heeft uitgebreid. De grondbezetting werd zelfs gevoelig uitgebreid, met een oppervlakte van 185m². De totale ontwikkelde oppervlakte werd met 33m² uitgebreid.

Als gevolg daarvan overweegt de verwerende partij, wat het eerste gunningcriterium « technische en architecturale kwaliteit » betreft, dat de zwemwateroppervlakte met 100 m² vergroot kon worden en nu *“vergelijkbaar [is] met het aanbod van de inschrijver Groep Furnibo”*.

Wat het tweede gunningscriterium « programma, doelgroepenbeleid en exploitatie » betreft, overweegt de verwerende partij dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV het recreatief programma *“gevoelig uitgebreid”* heeft. Meer bepaald betreft het, zoals de verwerende partij het zelf schrijft, *“een uitbreiding met ca 250m2 recreatie t.a.v. de basisofferte” “zodat het thans voorzien programma (voor detail: zie punt 4.1.2.1) en de attractiviteit gelijkwaardig wordt beschouwd met het programma aangeboden door de Groep Furnibo”*.²

Het is dus ten gevolge van een door de opdrachtdocumenten niet toegelaten uitbreiding van de grondoppervlakte dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, voor wat het eerste gunningscriterium betreft, een even hoge score als de verzoekende partij behield (18,75 punten op 25 voor zowel de SPV SPORTOASE ROESELARE NV als voor de verzoekende partij).

Voor wat het tweede gunningscriterium betreft, is de impact van het vergroten van de grondoppervlakte véél groter. Het is immers slechts ten gevolge van de vergroting van de grondoppervlakte van het gebouw dat het recreatief aanbod door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV met 250 m² vergroot kon worden en dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV haar achterstand uit de basisofferte ten opzichte van de verzoekende partij in haar BAFO kon “ophalen”. In de fase van de basisofferte behaalde de SPV SPORTOASE ROESELARE NV hiervoor slechts 26,25 punten op 35, en de verzoekende partij 35 punten op 35. Nadien werden zowel aan de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV als aan de BAFO van de verzoekende partij 35 punten op 35 punten toegekend. De SPV SPORTOASE ROESELARE NV kon dus, door het vergroten van de grondoppervlakte, een achterstand van 8,75 punten goedmaken. Het uiteindelijke puntenverschil, op grond van de BAFO's, tussen de SPV SPORTOASE ROESELARE NV en de verzoekende partij bedraagt slechts 8,55 punten...

20. De inschrijvers behaalden uiteindelijk volgende eindscores (**STUK 10**, p. 46):

² **STUK 10**, p. 38 en 44.

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 puntenà)	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
	5	S	G	G	G
	100	24,9	66	78,29	86,84
rangschikking		4	3	2	1

De SPV SPORTOASE ROESELARE NV werd, als eerst gerangschikte inschrijver, door de verwerende partij als voorkeursbieder aangeduid. In de periode van 6 juni 2016 tot 8 juli 2016 zou de verwerende partij met deze inschrijver finale contractonderhandelingen hebben gevoerd.

21. Aangezien deze onderhandelingen klaarblijkelijk met succes werden afgerond, formuleerde de beoordelingscommissie van de verwerende partij het voorstel om de Opdracht aan de SPV SPORTOASE ROESELARE NV te gunnen.

22. Het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij stemde op 12 juli 2016 met dit voorstel tot gunning in (**STUK 13**). Dit is de **bestreden beslissing**.

23. De bestreden beslissing werd met een e-mail d.d. 13 juli 2016 aan de verzoekende partij ter kennis gebracht (**STUKKEN 14 en 15**). De bestreden beslissing werd tevens per aangetekend schrijven aan de verzoekende partij verzonden.

24. Bij brief van haar raadsman d.d. 15 juli 2016, heeft de verzoekende partij de verwerende partij verzocht om haar inzage in de BAFO van de gekozen inschrijver, de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, te verlenen (**STUK 16**). De verzoekende partij had, op basis van haar lectuur van het verslag van nazicht, immers vastgesteld dat een aantal elementen uit de BAFO van deze inschrijver problematisch was.

25. Dit verzoek werd bij e-mail van de raadsman van de verwerende partij van 18 juli 2016 geweigerd (**STUK 17**). Volgens de verwerende partij verzette artikel 11 van de

Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 zich tegen de openbaarmaking van de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, nu deze inschrijving technische en commerciële geheimen zou bevatten en dus vertrouwelijk zou zijn.

26. Daarop heeft de verzoekende partij haar verzoek om inzage gespecificeerd. Bij e-mail van haar raadslieden van 20 juli 2016 (**STUK 18**), heeft zij de verwerende partij gevraagd haar de volgende informatie mee te delen:

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

27. Dit gespecificeerde verzoek werd gedeeltelijk ingewilligd. In een brief d.d. 25 juli 2016, citeerde de raadsman van de verwerende partij een e-mail van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, waarin bepaalde van de gevraagde informatie werd meegedeeld (**STUK 19**). In deze e-mail wordt onder meer aangegeven dat het aantal door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voorziene redders, in haar basisofferte én in haar BAFO, op 8,59 VTE werd vastgesteld. De plannen van de voorgestelde zwembadinfrastructuur, die door de inschrijver als "*commerciële en bedrijfsgeheimen*" worden beschouwd, werden niet overgemaakt.

II. DE UITERST DRINGENDE NOODZAKELIJKHEID

28. Artikel 15, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, bepaalt uitdrukkelijk dat een vordering tegen een gunningsbeslissing (zoals de bestreden beslissing) bij Uw Raad volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet worden ingediend. De verzoekende partij dient het bewijs van een uiterst dringende noodzakelijkheid dan ook niet te leveren.

III. VERTROUWELIJKHEID VAN DE STUKKEN 7, 8, 9 EN 12 UIT DE INVENTARIS VAN DE VERZOEKENDE PARTIJ

29. Op grond van artikel 26 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, en overeenkomstig 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 (zoals gewijzigd bij koninklijk besluit van 24 mei 2011 tot wijziging van diverse besluiten betreffende de procedure voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State betreffende de vertrouwelijke stukken), verzoekt de verzoekende partij Uw Raad om de

STUKKEN 7, 8, 9 en 12 uit haar inventaris niet ter kennis van de eventuele tussenkomende partijen te brengen. Deze stukken worden louter ten behoeve van Uw Raad en het Auditoraat in de stukkenbundel (in een afzonderlijke map en met expliciete opgave van het vertrouwelijk karakter) opgenomen.

30. Het vertrouwelijk karakter van de voormelde stukken is gegrond op het feit dat deze vertrouwelijke informatie, zowel op technisch als op commercieel vlak, bevatten.³

IV. ERNSTIGE MIDDELEN

IV.1. EERSTE MIDDEL

31. Het eerste middel is genomen uit de schending van volgende bepalingen en beginselen:

- 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 (de “**Formele Motiveringswet**”);
- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

32. Het eerste middel bestaat uit vier onderdelen.

IV.1.1. Algemeen: aangehaalde bepalingen en beginselen

(i) *Algemeen*

33. In **punt 3.2 van de Gunningsleidraad** is bepaald dat de verwerende partij, na de ontvangst van de offertes, een regelmatigheidsonderzoek zal doorvoeren.

34. Naar luid van **punt 3.3 van de Gunningsleidraad** zullen alleen de inschrijvers die een regelmatige offerte indienen, worden uitgenodigd om hun offertes toe te lichten en, in voorkomend geval (indien de verwerende partij tot het uitvragen daarvan beslist), een BAFO in te dienen.

35. Het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel veronderstelt dat een aanbestedende overheid haar eigen regels, met inbegrip van de regels die zij op de gunningsprocedure van toepassing heeft verklaard, dient na te leven. Zo dient een aanbestedende overheid in het kader van een overheidsopdracht onder meer de bepalingen van het bestek, alsook de bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering, die zij op de betreffende opdracht toepasselijk heeft verklaard, na te leven.

³ RvS 24 oktober 2006, nr. 164.028, Varec SA.

36. Het **beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers**, dat in **artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006** tot uitdrukking is gebracht, vereist dat de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van de voorbereiding van hun offerte als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid. Aldus vergt het beginsel van gelijke behandeling dat de gunningscriteria, bij de beoordeling van de offertes, op objectieve en uniforme wijze op alle inschrijvers worden toegepast, rekening houdende met door de inschrijvers verstrekte en daadwerkelijk door de aanbestedende overheid gecontroleerde en controleerbare inlichtingen en bewijsstukken.⁴

37. Krachtens **artikel 2 van de Formele Motiveringswet** moeten bestuurshandelingen van administratieve overheden als bedoeld in artikel 14 van de RvS-Wet, uitdrukkelijk worden gemotiveerd. **Artikel 3 van diezelfde wet** schrijft voor dat de juridische en feitelijke overwegingen die aan de bestuurshandeling ten grondslag liggen, in de akte moeten worden vermeld. Die overwegingen dienen bovendien afdoende te zijn.

38. Het **zorgvuldigheidsbeginsel** houdt voor het bestuur de verplichting in om zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en op een correcte feitenvinding te steunen. Het bestuur dient zowel bij de voorbereiding van zijn beslissing als bij het nemen ervan zorgvuldig te handelen, wat impliceert dat het zijn beslissing slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak kan nemen en het zijn beslissing rekening houdende met alle relevante gegevens dient te nemen.⁵

39. De **materiële motiveringsplicht** houdt in dat elke administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden.⁶

(ii) *De verplichting alle aanvullingen op de opdrachtdocumenten in acht te nemen*

40. In **punt 2.4 van de Gunningsleidraad** wordt verduidelijkt dat alle aanvullingen van de opdrachtdocumenten tot de op de Opdracht toepasselijke 'wetgeving' behoren.

41. Daaruit volgt dat een brief, zoals de brief van de verwerende partij van 28 april 2016 (**STUK 11**), waarin – in aanvulling op de opdrachtdocumenten – biedingsinstructies gegeven worden, een normatief karakter heeft. Aangezien dergelijke biedingsinstructies ertoe strekken de gelijke behandeling van de inschrijvers te waarborgen, kunnen inschrijvers daarvan niet afwijken. Overeenkomstig het gelijkheidsbeginsel en het *patere legem quem ipsi fecisti*-beginsel, dat een verdere uitwerking van het gelijkheidsbeginsel is, moet een aanbestedende overheid de naleving van dergelijke instructies afdwingen. Een inschrijver van wie de offerte niet in overeenstemming met die instructies is opgesteld, begaat een onregelmatigheid. Die onregelmatigheid heeft een substantieel karakter wanneer zij een impact op de rangschikking van de inschrijvers heeft of kan hebben. De aanbestedende overheid heeft alsdan de verplichting de door de onregelmatigheid aangetaste offerte te weren.

⁴ Zie in die zin bv. HvJ C-448/01, 4 december 2003, *EVN en Wienstrom*, nrs. 48-50.

⁵ Zie in die zin bv. RvS 12 maart 2015, nr. 230.485, *Petit*, nr. 15.

⁶ Zie in die zin bv. RvS 28 mei 2015, nr. 213.377, *De Busscher*, nr. 6.

(iii) *De verplichting inzake het voorzien van het reglementair bepaald aantal redders*

42. Overeenkomstig datzelfde **punt 2.4 van de Gunningsleidraad** is de Opdracht onder meer aan “[h]et Decreet van 28 juni 1985 betreffende de milieuvergunning en zijn uitvoeringsbesluiten (Vlarem I en Vlarem II)” onderworpen.

43. In **punt 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad** wordt gepreciseerd dat het aantal personeelsleden dat voor de exploitatie zal worden ingezet, steeds met de geldende wetgeving in overeenstemming moet zijn. Ter zake wordt uitdrukkelijk naar artikel 5.32.9.2.2, § 3 van het Vlarem verwezen. Er wordt benadrukt dat de opdrachtnemer er als exploitant in alle omstandigheden steeds zorg voor moet dragen “dat het minimum aantal redders en toezichthoudende personen aanwezig is”.

(iv) *De verplichting om de bepalingen van de Gunningsleidraad inzake winstuitkering te respecteren*

44. In **punt 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad** is bepaald dat winstuitkeringen aan de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap te allen tijde tot maximum 13% van het volstort maatschappelijk kapitaal en 3% op het niet-volstort kapitaal beperkt moeten zijn.

(v) *De verplichting inzake het voorzien van een buitenspeeltuin*

45. Overeenkomstig **punt 3.4.2.1 van de Gunningsleidraad** moet de inschrijver aan het Verplicht Programma voor het Zwembad voldoen.

46. In **punt 8.3.2.1 van de Gunningsleidraad** wordt “[d]e realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de door de Opdrachtgever gewenste recreatieve structuur voor de Mandel” als een onderdeel van het Verplicht Programma voor het Zwembad aangemerkt.

IV.1.2. Inleiding

47. Hierna zal worden aangetoond dat de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV in niet minder dan vier opzichten afwijkt van het dwingend rechtskader dat door de verwerende partij tot stand is gebracht en waarbinnen de BAFO's dienden te worden ingediend:

- (i) Eerst en vooral blijkt dat, zoals hierboven is uiteengezet, de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de bij brief van 28 april 2016 meegedeelde bidingsinstructies niet heeft nageleefd. Overeenkomstig die instructies konden de inschrijvers, bij het indienen van hun BAFO, uitsluitend “binnen de vloerplaat en de contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen op te brengen”. Zoals de verwerende partij in het verslag van nazicht zelf toegeeft, heeft de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de grondoppervlakte van het gebouw desalniettemin met 185m² uitgebreid. Die uitbreiding heeft een substantieel karakter omdat het slechts ten gevolge van die ingreep is dat de verwerende partij kon oordelen dat, voor wat die aspecten betreft, de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV als gelijkwaardig met de

BAFO van de verzoekende partij kon worden beschouwd. Het is dus door een door de biedingsinstructies nochtans verboden vergroting van de grondoppervlakte dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de ten opzichte van de verzoekende partij bestaande achterstand heeft goedge maakt.

- (ii) Vervolgens blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de in de Gunningsleidraad voorziene regel dat de inschrijvers *“te allen tijde”*, dit wil zeggen op elk ogenblik, niet meer dan 13% van het volstort kapitaal als winst mogen uitkeren niet heeft nageleefd. Alhoewel de SPV SPORTOASE ROESELARE NV een volstorting van het kapitaal gelijk aan de helft van EUR 1.000.000,- of EUR 500.000,- voorziet en zij dus maximaal een bedrag van $(13\% \times \text{EUR } 500.000,-) = \text{EUR } 65.000,-$ als winst mag uitkeren, bepaalt de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV dat zij de vrije hand zal hebben in het uitkeren van een winstbedrag gelijk aan EUR 75.000,-, dit wil zeggen een bedrag dat kennelijk het toegelaten maximum van EUR 65.000,- overstijgt. Die afwijking van de voorschriften van de Gunningsleidraad heeft eveneens een substantieel karakter. Niet alleen blijkt uit de bewoordingen van de Gunningsleidraad dat die vereiste in dwingende bewoordingen is gesteld (*“zijn ten allen tijde”*). Overeenkomstig de rechtspraak van Uw Raad vertonen alle afwijkingen van de opdrachtdocumenten die een financieel karakter of impact op de prijs hebben, in de regel een substantieel karakter.⁷
- (iii) Ten derde blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV in haar basisofferte, in strijd met de essentiële bepalingen van de Gunningsleidraad, de door de Gunningsleidraad uitdrukkelijk voorziene buitenspeeltuin niet heeft voorzien. Aangezien die verplichting een essentieel karakter had, diende de SPV SPORTOASE ROESELARE NV reeds na de basisofferte geweerd te worden.
- (iv) Ten slotte blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV het door de reglementering, die door de Gunningsleidraad op de Opdracht toepasselijk werd verklaard, vereiste aantal redders niet voorziet, minstens wordt niet aangetoond dat deze inschrijver die reglementering heeft nageleefd. De verzoekende partij heeft namelijk in haar BAFO 15 VTE aan redders voorgesteld. Uit een brief van de raadsman van de verwerende partij d.d. 25 juli 2016, blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV – zowel in haar basisofferte als in haar BAFO – voor de uitbating van het zwembad slechts 8,59 VTE aan redders heeft voorzien. Dit terwijl in de BAFO van deze inschrijver het recreatief aanbod substantieel werd verhoogd, hetgeen tevens een impact op het aantal redders zou moeten hebben. Dat aspect is van wezenlijk belang voor de financiële beoordeling van de offertes. Het is immers dat verschil in het aantal redders dat het financieel verschil tussen de partijen garandeert.

Elk van die afwijkingen zal hierna, vermits zij elk op zich genomen het weren van de BAFO of de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV verantwoorden, als een afzonderlijk middelonderdeel worden toegelicht.

⁷ RvS 17 december 2013, nr. 225.863, *nv Deli XL Flanders* ; RvS 26 november 2013, nr. 225.593, *bvba Trendhuis* ; RvS 24 mei 2012, nr. 219.494, *nv Antwerpse Bouwwerken e.a.*

IV.1.3. Eerste middelonderdeel: 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

48. Zoals in het feitenrelaas reeds werd aangegeven (cf. *supra*, randnr. 15), werden de inschrijvers, naar luid van de brief van de verwerende partij d.d. 28 april 2016, verplicht om in hun BAFO *“binnen de vloerplaat en contouren van het door he[n] op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt”* (nadruk toegevoegd) (**STUK 11**).

49. In deze brief waren de richtlijnen voor de opmaak van de BAFO's beschreven. Deze richtlijnen zijn als een “aanvulling” van de opdrachtdocumenten in de zin van punt 2.4 van de Gunningsleidraad te beschouwen. De instructie aan de inschrijvers om de vloerplaat en de contouren van het gebouw, zoals die in hun basisofferte waren vormgegeven, in hun BAFO aan te houden, behoort bijgevolg – overeenkomstig punt 2.4 van de Gunningsleidraad – tot de op de Opdracht toepasselijke ‘wetgeving’.

50. Minstens is vast te stellen dat de verwerende partij de BAFO-richtlijnen aan alle inschrijvers op dwingende wijze heeft opgelegd. Het gelijkheidsbeginsel vereiste dus dat de naleving ervan door alle inschrijver in acht werd genomen en door de verwerende partij werd afgedwongen. Er anders over oordelen zou betekenen dat de ene inschrijver een BAFO kon indienen in een context die minder dwingend of beperkend was dan voor andere inschrijvers het geval was.

51. Uit het verslag van nazicht blijkt echter dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de instructie inzake het behoud van de vloerplaat en de contouren van het gebouw, heeft genegeerd. In dit verslag wordt namelijk uitdrukkelijk vermeld dat deze inschrijver de grondbezetting en de totale ontwikkelde oppervlakte in zijn BAFO met resp. 185 m² en 33 m² heeft uitgebreid (cf. *supra*, randnr. 18).

52. De verwerende partij tracht die afwijking in het verslag te verantwoorden door aan te voeren dat het om een “zeer beperkte uitbreiding” gaat, die “*pas[t] binnen de voorwaarden van de BAFO*”. Zij is van oordeel dat de aanpassingen “*in het geheel van het project*” zeer klein zijn, en maakt de vergelijking met het ruimtebeslag van de offerte van de verzoekende partij, dat “*een stuk ingrijpender*” zou zijn.⁸

53. Het spreekt vanzelf dat die verantwoording niet kan worden aanvaard. De instructie in kwestie was duidelijk: de inschrijvers konden het architecturaal ontwerp van hun basisofferte in de BAFO-fase aanpassen en verfijnen, op voorwaarde dat de vloerplaat en de contouren van het gebouw ongewijzigd zouden blijven. Zelfs een beperkte wijziging van de zgn. “*footprint*” was op basis van de brief d.d. 28 april 2016 niet toegelaten.

54. De stelling van de verwerende partij dat de in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voorziene vergroting van de grondinname “*binnen de krijtlijnen vooropgesteld*

⁸ **STUK 10**, p. 37.

voor de BAFO-fase” gebeurde⁹, is dan ook manifest onjuist. Door deze BAFO toelaatbaar te achten, heeft de verwerende partij in strijd met haar eigen opdrachtdocumenten en dus met het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel gehandeld. Ook het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 is vastgelegd, werd ingevolge deze handelwijze miskend.

55. De impact van die niet-naleving van de door de opdrachtdocumenten opgelegde verplichting om de grondoppervlakte niet te vergroten, is beslissend geweest. Doordat de oppervlakte van het gebouw in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV werd vergroot, kon deze inschrijver zowel zijn wateroppervlakte als (vooral) zijn recreatief aanbod gevoelig (met 250 m²) uitbreiden, en dit zelfs tot op het punt dat – naar luid van het verslag van nazicht – *“de attractiviteit gelijkwaardig wordt beschouwd met het programma aangeboden door Groep Furnibo”*.¹⁰ Aldus zag de SPV SPORTOASE ROESELARE NV haar score voor het gunningscriterium « kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad » verhoogd van 26,25 punten (*“goed”*) in de basisofferte-fase tot 35 punten (*“zeer goed”*) in de BAFO-fase. De voorsprong die de verzoekende partij met haar basisofferte voor dit gunningscriterium had behaald (35 punten tegenover 26,25 punten voor de SPV SPORTOASE ROESELARE NV), kwam op die manier te vervallen.

56. De beslissing van de verwerende partij om de afwijking van de kwestieuze instructie in hoofde van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV te gedogen, en de gelijkheid van de inschrijvers op dat vlak te verbreken, heeft dan ook de rangschikking van de verzoekende partij onmiskenbaar wezenlijk beïnvloed. Zij heeft een materiële impact. De verwerende partij had dan ook tot het weren van de offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, moeten besluiten. Doordat deze inschrijver werd toegelaten de in het kader van de indiening van de BAFO door de verwerende partij opgelegde regels naast zich neer te leggen, heeft de verwerende partij de in het middel aangehaalde regels en verplichtingen geschonden.

Het middelonderdeel is ernstig.

IV.1.4. Tweede middelonderdeel: 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

57. Naar luid van punt 3.5.3.3 van het verslag van nazicht, werd in de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, voor wat de door haar op te richten projectvennootschap betreft, *“een onderschreven kapitaal van 1 mio €, voor de helft geplaatst (volstort)”* voorzien.¹¹ Uit punt 4.1 van dit verslag blijkt niet dat deze kapitaalsvoorziening in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV gewijzigd zou zijn.

⁹ STUK 10, p. 36.

¹⁰ STUK 10, p. 44.

¹¹ STUK 10, p. 32.

58. Het voorstel dat de SPV SPORTOASE ROESELARE voor het gunningscriterium « winstdeling » formuleerde, wordt in het verslag van nazicht als volgt samengevat:¹²

“3.5.3.5 winstdeling

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 inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar.”

59. Dit voorstel is in strijd met punt 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad, waarvan de eerste alinea als volgt luidt:

“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.”

60. Dertien procent van het volstort maatschappelijk kapitaal van de door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV op te richten projectvennootschap (500.000,00 EUR), stemt overeen met een bedrag van 65.000,00 EUR. In zoverre de SPV SPORTOASE ROESELARE NV in haar offerte heeft vooropgesteld dat zij de “eerste 75.000€” winst die ingevolge de exploitatie van het zwembadcomplex gegenereerd zal worden, aan zichzelf zal uitkeren, overschrijdt zij dit bedrag met 10.000,00 EUR.

61. De offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV miskent bijgevolg een essentieel voorschrift van de Gunningsleidraad, zodat de betrokken inschrijver als substantieel onregelmatig had moeten worden geweerd. Door de offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV niettemin regelmatig te beschouwen, heeft de verwerende partij haar eigen opdrachtdocumenten (inz. de punten 3.2, 3.3 en 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad) en dus het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel geschonden.

62. Eén en ander heeft ook als gevolg dat de bestreden beslissing op ondeugdelijke motieven gesteund is. De beslissing werd, derhalve, in strijd met de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel genomen.

63. Het voorstel dat de verzoekende partij voor het gunningscriterium « winstdeling » formuleerde, was bovendien wél met de beperkingen inzake winstuitkering, zoals geformuleerd in punt 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad, in overeenstemming.¹³ Door de regelmatige offerte van de verzoekende partij, met de substantieel onregelmatige offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV te vergelijken, werd het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, zoals vastgelegd in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006, miskend.

¹² STUK 10, p. 32.

¹³ Zie STUK 10, p. 33: “3.5.4.5 winstdeling. 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 *ristorno* voor de Stad Roeselare en 75% voor het Consortium (**beperkt tot 13% + 3%**).” (nadruk toegevoegd)

De schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen staat bijgevolg vast.

Het middelonderdeel is ernstig.

IV.1.5. Derde middelonderdeel: 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

64. In punt 8.3.1.2 van de Gunningsleidraad wordt *“de realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de door de Opdrachtgever gewenste recreatieve infrastructuur voor de Mandel”* als een onderdeel van het zgn. “Verplicht Programma” aangemerkt.

65. Naar luid van punt 3.4.2.1 van de Gunningsleidraad moeten de inschrijvers aan het Verplicht Programma voldoen.¹⁴ De realisatie van de voorzieningen en de infrastructuur die tot het Verplicht Programma behoren, is dus een minimumeis waaraan de verwerende partij een dwingend karakter heeft gegeven en waaraan alle inschrijvingen moesten voldoen.

66. In het arrest *Nordecon* heeft het Hof van Justitie met betrekking tot deze eisen het volgende overwogen:¹⁵

“37 De aanbestedende dienst dient er dus, ofschoon hij in het kader van een procedure van gunning door onderhandelingen beschikt over onderhandelingsbevoegdheid, altijd zorg voor te dragen dat aan de eisen van de opdracht waaraan hij een dwingend karakter heeft gegeven, wordt voldaan. Als dat niet het geval was, zou aan het beginsel volgens hetwelk aanbestedende diensten transparantie betrachten in hun handelen afbreuk worden gedaan en kan het in het voorgaande punt genoemde doel niet worden bereikt.

38 Het toelaatbaar achten van een inschrijving die niet voldoet aan de dwingende eisen zou, met het oog op de onderhandelingen, aan de vaststelling van dwingende voorwaarden in de aanbestedingsprocedure elk nut ontnemen en de aanbestedende dienst niet in staat stellen de onderhandelingen met de inschrijvers op een voor deze inschrijvers gemeenschappelijke basis, en, bijgevolg, op voet van gelijkheid, te voeren.

39 Gelet op het voorgaande, moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 30, lid 2, van richtlijn 2004/18 de aanbestedende dienst niet toestaat te onderhandelen met indieners van inschrijvingen die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.”

(nadruk toegevoegd)

67. In het geding dat tot dit arrest aanleiding gaf, werd de opdracht – net als in dit geval – na een onderhandelingsprocedure gegund. De verzoekende partij betwist niet dat artikel 95 van het KB Plaatsing van 15 juli 2011, op grond waarvan de aanbestedende overheid de regelmatigheid

¹⁴ Zie ook punt 7.4.1 van de Gunningsleidraad (p. 55): “[...] het door het bestuur opgelegd en derhalve Verplicht Programma”.

¹⁵ HvJ 5 december 2013, C-561/12, *Nordecon AS*.

moet nagaan van de offertes van de inschrijvers die aan de voorwaarden van het toegangsrecht en de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, op deze procedure *niet* van toepassing is.¹⁶ Zoals het *Nordecon-arrest* aangeeft, doet één en ander evenwel geen afbreuk aan de verplichting van de aanbestedende overheid om offertes die niet aan de essentiële besteksbepalingen beantwoorden, als substantieel onregelmatig te weren. Deze verplichting vloeit inderdaad voort uit het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel, dat een algemene draagwijdte heeft en dus ongeacht de gekozen gunningswijze moet worden geëerbiedigd. Ook Uw Raad heeft reeds in die zin geoordeeld.¹⁷

68. In onderhavig geval heeft de verwerende partij, niettegenstaande haar keuze voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, in de Gunningsleidraad aangegeven dat zij de offertes aan een regelmatigheidsonderzoek zou onderwerpen:

- overeenkomstig punt 3.2 van de Gunningsleidraad zouden offertes die niet of onvoldoende aan de in de Gunningsleidraad vereiste kwaliteit, output- en prestatie-eisen beantwoorden, van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure worden uitgesloten;
- overeenkomstig punt 3.3 van de Gunningsleidraad zouden alleen inschrijvers die een regelmatige basisofferte indienen, het recht krijgen om hun offerte mondeling toe te lichten en desgevallend, in een latere fase, een BAFO in te dienen.

69. Ook het verslag van nazicht maakt melding van een regelmatigheidsonderzoek dat voorafgaand aan de beoordeling van de basisoffertes zou zijn doorgevoerd. Volgens dit verslag stelden er zich op het vlak van de materiële regelmatigheid geen problemen aangezien de basisoffertes “inhoudelijk aan het gevraagde in het opdrachtdocument [voldoen]”.¹⁸

70. Verderop in het verslag kan evenwel gelezen worden dat “[d]e gevraagde volwaardige buitenspeeltuin” in de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV “ontbreekt”.¹⁹

71. Die vaststellingen zijn onderling niet verzoenbaar. Als onderdeel van het Verplicht Programma, dienden de offertes verplicht in de kwestieuze buitenspeeltuin te voorzien. De basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voldeed niet aan die dwingende minimumeis, zodat deze inschrijver moest worden geweerd.

72. Dat de uitsluiting van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de enige juiste beslissing was, blijkt ten andere ook uit de vierde alinea (derde streepje) van punt 3.3 van de Gunningsleidraad, waarin de verwerende partij zich het recht had voorbehouden om de Opdracht onmiddellijk aan de inschrijver met de beste basisofferte toe te wijzen, d.w.z. zonder nog een BAFO uit te vragen. De mogelijkheid bestond dus dat de contractsluiting op basis van de

¹⁶ Het artikel is nl. vermeld dat onder hoofdstuk 6, getiteld “Gunning bij aanbesteding en offerteaanvraag”.

¹⁷ Zie bv. RvS 17 maart 2015, nr. 233.550, *nv Algemene Ondernemingen Himpe*, overw. 8 en 11. Ook in de rechtsleer wordt aangenomen dat het regelmatigheidsonderzoek – dat als een essentieel onderdeel van de beoordeling van de offertes wordt beschouwd – zich in het kader van een onderhandelingsprocedure “als een voortvloeisel van het fundamenteel beginsel van de gelijkheid van de inschrijvers opdringt”. Zie in dit verband: N. KIEKENS, “Beoordeling en vergelijking van de offertes” in D. D’HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die keure, 2009, 770 en B. SCHUTYSER, “De rechtspraak van het Hof van Justitie (1998-2004) en de Raad van State (1998-2003) inzake de gunning van overheidsopdrachten: een overzicht”, *T.Gem.* 2005, afl. 2, 111, vn. 98.

¹⁸ **STUK 10**, p. 11.

¹⁹ **STUK 10**, p. 19.

basisoffertes zou geschieden. Eén en ander impliceert, noodzakelijkerwijze, dat deze offertes reeds aan alle dwingende eisen dienden te beantwoorden.

73. De basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV doorstond die test evenwel niet. Door deze inschrijver tóch voor het toelichtingsmoment en, vervolgens, de indiening van een BAFO, uit te nodigen, heeft de verwerende partij in strijd met de punten 3.2, 3.3, 3.4.2.1 en 8.3.2.1 van de Gunningsleidraad gehandeld. Zij heeft aldus het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel geschonden.

74. Bovendien heeft de omstandigheid dat de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV – i.t.t. die van de andere inschrijvers, waaronder de verzoekende partij – niet aan het in mededinging gestelde project beantwoordde, de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang gebracht. Het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, dat door artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 wordt gewaarborgd, werd dus evenzeer miskend.

75. In zoverre in het verslag van nazicht tot de materiële regelmatigheid van de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV wordt besloten, schendt de bestreden beslissing ten slotte ook de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. De overweging dat alle offertes “inhoudelijk aan het gevraagde in het opdrachtdocument [voldoen]”, is inherent tegenstrijdig met de vaststelling dat in de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV geen buitenspeeltuin werd aangeboden. De motieven die aan de bestreden beslissing ten grondslag liggen, zijn dus niet deugdelijk zodat zij door een zorgvuldige aanbestedende overheid niet zonder meer konden worden bijgetreden.

De schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen staat bijgevolg vast.

Het middelonderdeel is ernstig.

IV.1.6. Vierde middelonderdeel: 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

(i) Algemeen

76. Zoals gezien, bepaalt punt 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad dat het aantal personeelsleden dat bij de exploitatie zal worden ingezet, steeds in overeenstemming met de geldende wetgeving moet zijn. Er wordt specifiek verwezen naar de redders en toezichthoudende personen die krachtens artikel 5.32.9.2.2 § 3 van Vlare II in het zwembadcomplex aanwezig moeten zijn.

77. De punten 3° en 4° van het voormelde Vlare II-artikel luiden als volgt:

“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.”

78. Het aantal in te zetten redders en toezichthoudende personen heeft vanzelfsprekend een belangrijke weerslag op de personeels- en dus op de exploitatiekosten. Door dit aantal te beperken, kunnen zowel de tarieven die aan de gebruikers worden aangerekend, als de algemene werkingssubsidie die de verwerende partij aan de opdrachtnemer dient te betalen, dalen.

79. In de gunningsfase zal een dergelijke optimalisatie zich in een positieve score voor het gunningscriterium « kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) programma en de wijze van exploitatie » (dat een beoordelingselement “tarifiering” omvat) en het subgunningscriterium « algemene werkingssubsidie » vertalen.

80. De verzoekende partij was zich daarvan bewust, maar heeft de veiligheid van de bezoekers steeds als prioritair beschouwd. Zij heeft drie externe zwembadbeheerders de opdracht gegeven het benodigde aantal redders te berekenen. De betrokken exploitanten hebben de Vlare II-formule als uitgangspunt genomen, en hebben dus rekening gehouden met het aantal in de offerte van de verzoekende partij voorziene baden, alsook met de verwachte bezettingsgraad. Zij kwamen tot de conclusie dat 15 redders uitgedrukt in VTE noodzakelijk zijn om de exploitatie in overeenstemming met de regelgeving te kunnen voeren.²⁰

81. Eén en ander wordt op p. 41-42 van het verslag van nazicht uitgebreid beschreven. Het is opmerkelijk dat het verslag dit aspect van de Opdracht alleen voor de verzoekende partij behandelt. Bij de bespreking van de offertes van de andere inschrijvers wordt over de bezetting aan redders met geen woord gerept.

(ii) Het door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voorziene aantal redders is onvoldoende

82. Zoals reeds in het feitenrelaas werd aangestipt, heeft de verzoekende partij, nadat zij op 13 juli 2016 van het verslag van nazicht in kennis was gesteld, bij de verwerende partij een verzoek om inzage van de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV ingediend. Dit verzoek werd slechts gedeeltelijk ingewilligd. In een brief van 25 juli 2016 heeft de raadsman van

²⁰ STUK 12, Toelichtingsnota, p. 28-49.

de verwerende partij een e-mail van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV geciteerd, waarin deze inschrijver de door hem voorziene bezetting aan redders (summier) toelicht (**STUK 19**).

83. Uit deze e-mail blijkt dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV zowel in haar basisofferte als in haar BAFO, voor de uitbating van het zwembad slechts 8,59 VTE aan redders heeft voorzien.

84. Het verschil met de door de verzoekende partij voorgestelde 15 redders is materieel en springt onmiddellijk in het oog. Dit verschil doet vragen rijzen, aangezien het aanbod in het recreatief deel van het zwembad, zoals geformuleerd in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV enerzijds en de BAFO van de verzoekende partij anderzijds, in het verslag van nazicht als *“gelijkwaardig”* wordt omschreven (zie het feitenrelaas hierboven). Bovendien wijken ook de bezettingsgraad en de openingsuren die door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV worden voorgesteld, niet fundamenteel af van deze van de verzoekende partij.

85. Hieruit volgt dat de parameters van de formule opgenomen in artikel 5.32.9.2.2, § 3 van Vlarem II, voor de SPV SPORTOASE ROESELARE NV en de verzoekende partij op nagenoeg dezelfde wijze moeten worden ingevuld. Toch meent de SPV SPORTOASE ROESELARE NV 6,41 VTE minder redders dan de verzoekende partij te kunnen inzetten.

86. In de e-mail die in de brief van de raadsman van de verwerende partij d.d. 25 juli 2016 geciteerd wordt, poogt de SPV SPORTOASE ROESELARE NV één en ander te verklaren. Geen van de argumenten die door haar worden aangevoerd, kan evenwel worden aanvaard:

- De stelling als zou de SPV SPORTOASE ROESELARE NV een *“vlakke en hands-on personeelsstructuur”* hebben, zodat de centrummanager en de zwembadmanager (die eveneens over een reddersdiploma zouden beschikken) als redders kunnen *“inspringen”*, is niet ernstig. Het is evident dat deze personen een eigen takenpakket hebben, waaraan zij niet zomaar kunnen verzaken. Bovendien zal het zwembadcomplex met 8,59 VTE aan redders *structureel* onderbemand zijn, d.w.z. zelfs bij een normaal of gering aantal bezoekers. Een verhoging van dit aantal is dus hoe dan ook – en niet alleen in geval van piekmomenten of onvoorziene omstandigheden – vereist.
- De SPV SPORTOASE ROESELARE NV maakt voorts melding van een *“systeem van actieve toezichters specifiek voor scholen en groepen, van lesgevers en animatoren voor groeps- en zwemlessen, van gediplomeerde jobstudenten tijdens vakantieperiodes, ...”* alsook van een *“systeem van beschikbaarheid van de vraag van bijvoorbeeld het glijbanencomplex, het instructiebad, ...”*.

De SPV SPORTOASE ROESELARE NV weigert verdere details over deze “systemen” – die zij als commerciële en bedrijfsgeheimen aanmerkt – te verschaffen. Bij gebreke aan die informatie, kan de verzoekende partij niet nagaan of deze systemen het lage aantal redders dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV zal inzetten, kunnen verantwoorden. Dit wordt als zodanig niet aannemelijk gemaakt.

In de e-mail wordt bovendien uitdrukkelijk erkend dat de redders die binnen het kader van deze 'systemen' zullen worden ingezet, *“niet opgenomen [zijn] in de personeelsbezetting van het algemene financieel plan”*. Nochtans vereist punt 7.4.5.1 van de Gunningsleidraad dat de (integrale) personeelskosten in het financiële luik van het businessplan worden opgenomen. De offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV werd, derhalve, in strijd met dit voorschrift opgesteld.

- De opmerking dat de negen zwembadcomplexen die de Sportoase-groep momenteel uitbaat, allen conform Vlarem II worden geëxploiteerd, is – in het kader van de huidige procedure – volstrekt irrelevant. Elk van deze complexen heeft haar specifieke eigenheden, met als gevolg dat de vergelijking met voorliggend project niet dienstig is.
- Tot slot is het opmerkelijk dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV het nodig acht om zich in haar e-mail formeel te 'engageren' om *“ten allen tijde conform Vlarem II te exploiteren, in het bijzonder betreffende het aantal redders dat vereist is”*. De verzoekende partij kan uit die verklaring alleen maar afleiden dat dit engagement in haar basisofferte en haar BAFO ontbrak. Door dit engagement nu pas uit te spreken, heeft de SPV SPORTOASE ROESELARE NV haar inschrijving, na de indiening ervan – en dus op onwettige wijze – gewijzigd.

87. De SPV SPORTOASE ROESELARE NV slaagt er, kortom, niet in aan te tonen dat het aantal redders dat in haar BAFO werd opgegeven, conform de voorschriften van Vlarem II werd vastgesteld. De verzoekende partij is, aldus, van oordeel dat die conformiteit niet gegarandeerd is. Derhalve had de verwerende partij de BAFO van de SPORTOASE ROESELARE NV, wegens strijdigheid met rubriek 5.32.9.2.2 § 3 van Vlarem II – en dus met punt 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad – als substantieel onregelmatig moeten weren.

(iii) De niet-toename van het aantal redders, zoals voorzien in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE, ofschoon het recreatief programma t.o.v. haar basisofferte werd uitgebreid, is onlogisch en duidt op een niet-conformiteit met Vlarem II

88. Dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de voorschriften van Vlarem II, bij de bepaling van het aantal redders dat zij voor de zwembadexploitatie zal inzetten, niet of onvoldoende in rekening heeft gebracht, wordt ook bevestigd door het feit dat dit aantal in haar BAFO niet werd verhoogd.

89. Nochtans vermeldt het verslag van nazicht dat de recreatieve voorzieningen die door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV in de BAFO werden aangeboden, in vergelijking met haar basisofferte, met ca. 250 m² werden uitgebreid.²¹ Uit het verslag blijkt dat in bijkomende baden werd voorzien (bv. een belevingsbad), hetgeen het aantal redders verhoogt.

²¹

STUK 10, p. 38.

Het is opmerkelijk dat het verslag van nazicht op dit punt afwijkt van de informatie die in de e-mail van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV is opgenomen (e-mail geciteerd in de brief van de raadsman van de verwerende partij d.d. 25 juli 2016 – **STUK 19**). Volgens die e-mail zouden de wijzigingen die in de BAFO werden doorgevoerd slechts bestaan uit (i) een uitbreiding van het peuterbad met 3m² (van 27m² naar 30m²) en (ii) een bijkomend belevingsbad van 10m². De verzoekende partij kan zich niet van de indruk ontdoen dat de SPV SPORTOASE NV de uitbreiding van haar recreatieve voorzieningen poogt te minimaliseren en aldus tracht te verantwoorden dat het aantal

90. Dergelijke aanpassingen resulteren noodzakelijkerwijze in een toename van het aantal in te zetten redders en toezichthoudende personen. Door het aantal redders dat in haar basisofferte was opgegeven (8,59 VTE), in haar BAFO ongewijzigd over te nemen, heeft de SPORTOASE ROESELARE NV de voorschriften van Vlarem II dus miskend.

91. In haar e-mail zoals geciteerd in de brief van de raadsman van de verwerende partij d.d. 25 juli 2016, schrijft de SPV SPORTOASE ROESELARE NV dat de recreatieve uitbreiding “door oordeelkundige inplanting geen extra toezicht vereis[t]”. Die stelling wordt nauwelijks toegelicht. Er wordt enkel melding gemaakt van een “toename van ondiep water”, “specifieke elementen (cfr. glijbanen)” en “[d]e centrale positie van de redderspost”. Dergelijke summiere vermeldingen kunnen het behoud van het aantal redders op 8,59 VTE niet verantwoorden (ter vergelijking: in de BAFO van de verzoekende partij beslaat de berekening van het aantal redders niet minder dan 21 pagina’s).

92. Ook in de bestreden beslissing wordt op geen enkele manier melding gemaakt van de elementen die, naar luid van artikel 5.32.9.2.2, § 3 van Vlarem II, voor de bepaling van het benodigde aantal redders determinerend zijn (*i.e.* het aantal baders, de diepte van de baden, en de aanwezigheid van eventuele risicozones). Onverminderd de substantiële onregelmatigheid van de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, schendt de bestreden beslissing dus minstens de artikelen 2 en 3 van de Formele Motiveringswet. Immers worden de redenen op grond waarvan de verwerende partij meent dat aan de voorwaarden van de relevante bepaling van Vlarem II voldaan is, niet of niet op afdoende wijze in de bestreden beslissing tot uitdrukking gebracht.

De schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen staat bijgevolg vast.

Het middelonderdeel is ernstig.

IV.2. TWEEDE MIDDEL

93. Het tweede middel is genomen uit de schending van volgende bepalingen en beginselen:

- 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 (“**KB Plaatsing van 15 juli 2011**”);
- 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;

redders in haar BAFO niet is toegenomen. Deze ‘verantwoording’ staat in elk geval haaks op de overwegingen van het verslag van nazicht, waarin er sprake is van een toename van de “totale oppervlakte zwemwater” met 100m² (van 750 m² tot 850 m²) en waarin gesteld wordt dat het recreatief programma in de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV “gevoelig [werd] uitgebreid zodat het thans voorzien programma (voor detail : zie punt 4.1.2.1 en de attractiviteit gelijkwaardig wordt beschouwd met het programma aangeboden door Groep Furnibo” (**STUK 10**, p. 37 en 44).

- de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.

94. Het tweede middel bestaat uit vier onderdelen.

IV.2.1. Algemeen: aangehaalde bepalingen en beginselen

(i) *Relevante bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering*

95. Overeenkomstig **artikel 25, tweede lid, van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006**, moeten de gunningscriteria die in de aankondiging van opdracht of in een ander opdrachtdocument vermeld zijn, onder meer met het voorwerp van de opdracht verband houden.

96. In overeenstemming met **artikel 107 van het KB van 15 juli 2011** wordt een overheidsopdracht bij een onderhandelingsprocedure gegund, hetzij aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, hetzij aan de inschrijver die de offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria die met het voorwerp van de opdracht verband houden en die een objectieve vergelijking van de offertes op basis van een waardeoordeel mogelijk maken.

97. **Punt 3.1 van de Gunningsleidraad** bepaalt, in dezelfde zin, dat de overeenkomst met de inschrijver die de meest voordelige offerte indiende, zoals dat blijkt uit de beoordeling van de offerte aan de hand van de in de Gunningsleidraad beschreven gunningscriteria, zal worden gesloten.

(ii) *Algemene beginselen*

98. Uit het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel vloeit voort dat een aanbestedende overheid, bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes, gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van alle in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.²²

99. Het **transparantiebeginsel** vereist dat de aanbestedende overheid haar beslissingen steunt op de voorschriften die eerder door haar zijn vastgelegd. Zo dient de aanbestedende overheid de bekendgemaakte gunningscriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze uit te leggen.²³

100. Het **beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers**, dat in **artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006** tot uitdrukking is gebracht, vereist dat de inschrijvers zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van de voorbereiding van hun

²² Zie bv. RvS 7 januari 2010, nr. 199.397, vzw *Idewe*, nr. 12.

²³ D. D'HOOGHE en S. JOCHEMS, "De gunning van overheidsopdrachten in het algemeen", in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die keure, 2009, 65, met verwijzing naar: HvJ 18 oktober 2001, nr. C-19/00, *SIAC Construction Ltd*, r.o. 43.

offerte als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid. Aldus vergt het beginsel van gelijke behandeling dat de gunningscriteria, bij de beoordeling van de offertes, op objectieve en uniforme wijze op alle inschrijvers worden toegepast, rekening houdende met door de inschrijvers verstrekte en daadwerkelijk door de aanbestedende overheid gecontroleerde en controleerbare inlichtingen en bewijsstukken.²⁴

101. Het **zorgvuldigheidsbeginsel** houdt voor het bestuur de verplichting in om zijn beslissing zorgvuldig voor te bereiden en op een correcte feitenvinding te steunen. Het bestuur dient zowel bij de voorbereiding van zijn beslissing als bij het nemen van de beslissing zorgvuldig te handelen, wat impliceert dat het zijn beslissing slechts na een behoorlijk onderzoek van de zaak kan nemen en het zijn beslissing rekening houdende met alle relevante gegevens dient te nemen.²⁵

102. De **materiële motiveringsplicht** houdt in dat elke administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren bewezen is en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking genomen kunnen worden.²⁶

(iii) *De financiële subgunningscriteria omschreven in punt 3.4.3 van de Gunningsleidraad*

103. In **punt 3.4.3.1 van de Gunningsleidraad** wordt het subgunningscriterium « algemene werkingssubsidie » evenals de wijze van beoordeling van dit criterium, als volgt toegelicht:

3.4.3.1.1 Inhoud:

*De Inschrijver vermeldt op het inschrijvingsformulier de jaarlijkse werkingssubsidie die hij nodig acht voor de leefbaarheid van het Zwembad **in jaar 1 van de exploitatie (ttz. de eerste 12 maanden vanaf de start van de exploitatie)** uitgedrukt in EUR. Het betreft de aanvangssubsidie op het ogenblik van de effectieve start van de exploitatie en die de basis vormt voor indexatie in de daaropvolgende jaren van de exploitatie.*

*Dit betekent dat **in het eerste jaar van de exploitatiefase (jaar 1 van het businessplan)** de subsidie niet meer mag bedragen dan **1.680.000 € (één miljoen zeshonderdtachtigduizend EUR (niet geïndexeerd, geen BTW van toepassing))**.*

De subsidie reflecteert het ambitie –en investeringsniveau dat voor de Opdrachtgever minstens moet gehaald worden vanuit de wens om een kwalitatief en duurzaam Zwembad en Zwembadcomplex te krijgen, bezegeld door een belangrijk wederzijds engagement binnen de publiek – private samenwerking.

De algemene werkingssubsidie wordt geïndexeerd op de wijze bepaald in de Gunningsleidraad, ttz. door de koppeling aan de gezondheidsindex.

Buiten de werkingssubsidie kan er géén andere financiële tussenkomst worden gevraagd van de Opdrachtgever, welke ook, in het licht van de Opdracht, evenwel steeds onverminderd de regeling bij onvoorziene omstandigheden (zie verder).

3.4.3.1.2 Beoordeling:

*De Inschrijver die in jaar 1 een subsidie vraagt van **1.680.000 EUR** (jaarbasis) krijgt een score van 1 punt; de Inschrijver die een lagere subsidie vraagt krijgt vervolgens 1 punt extra per volle schijf van 20.000 EUR minder **dan 1.680.000 EUR**. Een*

²⁴ Zie in die zin bv. HvJ C-448/01, 4 december 2003, *EVN en Wienstrom*, nrs. 48-50.

²⁵ Zie in die zin bv. RvS 12 maart 2015, nr. 230.485, *Petit*, nr. 15.

²⁶ Zie in die zin bv. RvS 28 mei 2015, nr. 213.377, *De Busscher*, nr. 6.

Inschrijver die een algemene werkingssubsidie voorstelt die minder bedraagt dan 1.400.000 EUR kan nooit meer dan 15 punten krijgen.

Voorstellen met een subsidie van meer dan 1.680.000 EUR zijn substantieel onregelmatig en worden geweerd."

104. In punt 3.4.3.2 van de Gunningsleidraad wordt het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » evenals de wijze van beoordeling van dit criterium, als volgt toegelicht:

"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."

105. In punt 3.4.3.4 van de Gunningsleidraad wordt het subgunningscriterium « investeringswaarde » evenals de wijze van beoordeling van dit criterium, als volgt toegelicht:

"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."

- 106.** In punt 3.4.3.4 van de Gunningsleidraad wordt het subgunningscriterium « winstdeling » evenals de wijze van beoordeling van dit criterium, als volgt toegelicht:

"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."

IV.2.2. Inleiding

- 107.** Hierna zal worden aangetoond dat de beoordeling van de offertes op basis van de vier subcriteria van het derde (financiële) gunningscriterium, op een foutieve en dus onwettige wijze is gebeurd.

- 108.** Er zal meer bepaald worden aangetoond dat de verzoekende partij, voor elk van deze vier subcriteria, een hogere score had moeten krijgen. De aldus te verbeteren eindscore laat toe het verschil met de door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV behaalde eindscore (86,84 – 79,29 = 8,55) te overbruggen.

- 109.** Uit wat volgt zal met andere woorden blijken dat niet de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, maar wel de verzoekende partij de BAFO heeft ingediend die de economisch meest voordelige is, rekening houdend met de gunningscriteria. In zoverre de Opdracht niettemin aan de SPV SPORTOASE ROESELARE NV werd gegund, werd de bestreden beslissing dus in strijd met artikel 107 van het KB van 15 juli 2011 en punt 3.1 van de Gunningsleidraad genomen.

110. De beoordelingsfouten die door de verwerende partij met betrekking tot elk van de vier subgunningscriteria werden begaan, zullen hierna als een afzonderlijk middelonderdeel worden toegelicht.

IV.2.3. Eerste middelonderdeel: 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 Vlare II in overeenstemming is, bij de beoordeling van het subgunningscriterium « algemene werkingssubsidie » niet in aanmerking heeft genomen

111. Zoals gezien, bedraagt het verschil tussen het door de verzoekende partij (15 VTE) en de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voorgestelde aantal redders (8,59 VTE), 6,41 VTE. Het is dit verschil dat, op zich genomen, aan de basis ligt van de afwijkende financiële voorwaarden in de BAFO van de verzoekende partij enerzijds en de BAFO van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV anderzijds.

112. De kost van 1 VTE redder bedraagt namelijk ca. 40.000,00 EUR per jaar. Door slechts 8,59 VTE aan redders te voorzien, kon de SPV SPORTOASE ROESELARE NV dus een exploitatiekost opgeven die ca. 240.000,00 EUR/jaar lager ligt dan die van de verzoekende partij. Ingevolge die lagere exploitatiekost kon de SPV SPORTOASE ROESELARE een lagere algemene werkingssubsidie voorstellen, en, bijgevolg, een hogere score voor het dienovereenkomstige subcriterium behalen.

113. In het vierde onderdeel van het eerste middel werd echter aangetoond dat de 8,59 VTE redders die de SPV SPORTOASE ROESELARE NV in haar basisofferte en haar BAFO heeft opgegeven, meer dan waarschijnlijk niet in overeenstemming met artikel 5.32.9.2.2 § 3 van Vlare II kan zijn.

114. De verwerende partij heeft die onregelmatigheid, ten onrechte, niet vastgesteld. Bijgevolg heeft zij de impact van die onregelmatigheid, op de door deze inschrijver voorgestelde algemene werkingssubsidie, evenmin onderkend. Het betreft een beoordelingsfout, die impliceert dat de 13 punten die de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voor het subgunningscriterium « algemene werkingssubsidie » behaalde, niet kunnen worden weerhouden. Minstens diende de verzoekende partij – die een Vlare-conforme redderbezetting heeft voorgesteld en wiens algemene werkingssubsidie bijgevolg op solide financiële projecties gesteund was – voor dit subcriterium een hogere score dan de SPV SPORTOASE ROESELARE NV te krijgen.

IV.2.4. Derde middelonderdeel: 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

(i) Algemeen

115. De basisoffertes van de verzoekende partij en de SPV SPORTOASE ROESELARE NV behaalden voor het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » resp. de beoordeling “voldoende” (2,5 punten) en “zeer goed” (5 punten). Deze scores zijn na de evaluatie van de BAFO’s dezelfde gebleven.

116. Uit de passages van het verslag van nazicht die op dit subgunningscriterium betrekking hebben, blijkt dat zowel de verzoekende partij als de SPV SPORTOASE ROESELARE NV voor de door hen op te richten projectvennootschap een onderschreven en voor de helft geplaatst (volstort) kapitaal van 1 miljoen EUR voorzien.

117. Verder heeft de verwerende partij volgende elementen uit de basisofferte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV gunstig beoordeeld:²⁷

- a) de solvabiliteit van de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap;
- b) het engagement van de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap;
- c) de interne kwaliteitsverzekering;
- d) de af te sluiten verzekeringen;
- e) het rentevoordeel bij het afsluiten van de lening;
- f) de omstandigheid dat, met uitzondering van het opstartdossier (Leuven), analoge exploitaties nog geen aanleiding hebben gegeven tot verzoeken om de gemeentelijke bijdragen te verhogen.

118. Volgende elementen uit de basisofferte van de verzoekende partij werden daarentegen negatief geëvalueerd:²⁸

- g) de omstandigheid dat de bowling via een niet-gewaarborgde financiering wordt gefinancierd;
- h) de vermeende onduidelijkheid met betrekking tot de mate waarin de aandeelhouders van de projectvennootschap bijkomende waarborgen kunnen verlenen die het onderschreven kapitaal van de projectvennootschap te boven gaan;
- i) de vermeende onduidelijkheid met betrekking tot de aandeelhouders van de projectvennootschap die uiteindelijk het financieel risico zullen dragen, gelet op, enerzijds, “de solvabiliteit en ebitda van aannemer Furnibo” en, anderzijds, “het feit dat exploitant Farys geen commercieel risico garandeert”.

(ii) De verwerende partij heeft de betekenis van het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » gewijzigd

119. Door “de solvabiliteit en ebitda van aannemer Furnibo” in haar beoordeling van de offerte van de verzoekende partij te betrekken, heeft de verwerende partij de betekenis van het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » gewijzigd.

²⁷ STUK 10, p. 32.

²⁸ STUK 10, p. 32-33.

120. Uit de beschrijving van (de inhoud en de wijze van beoordeling van) dit subgunningscriterium, in punt 3.4.3.2 van de Gunningsleidraad, kon inderdaad niet worden opgemaakt dat de verwerende partij met dergelijke elementen rekening zou houden.

121. Dit ligt ook geenszins voor de hand. Zo kan niet worden ingezien hoe de beweerde 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 van de verzoekende partij werden opgegeven. Het éne houdt, op zichzelf genomen, geen verband met het andere. Minstens dienen die verbintenissen in het licht van alle aandeelhouders gezamenlijk te worden beschouwd. Behoudens de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO zijn ook de partners PERSYN, EEG en BMENGINEERING aandeelhouder. Voorts is ook de loutere omstandigheid dat de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO voor de doeleinden van de onderhandelingsprocedure als leidend aanspreekpunt fungeerde, uiteraard niet van aard om die conclusie te wijzigen.

122. De wijze waarop de verwerende partij het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » heeft toegepast, kon, met andere woorden, in geen geval door de inschrijvers worden voorzien. Door doorslaggevend belang aan de financiële situatie van de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO te hechten, heeft de verwerende partij in strijd met het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel (zoals vervat in artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006) gehandeld.

(iii) De verwerende partij heeft de betekenis van het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » gewijzigd op een manier die met de overheidsopdrachtenreglementering in strijd is

123. Uit hetgeen voorafgaat blijkt dat de verwerende partij heeft, bij de beoordeling van de basisoffertes en de BAFO's in het licht van het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden », elementen in aanmerking heeft genomen die niet de door de inschrijvers geboden "garanties en financiële zekerheden" betreffen, maar wel de economische en de financiële draagkracht en de technische bekwaamheid van de inschrijvers.

124. Het betreft inzonderheid de volgende elementen:

- Voor de SPV SPORTOASE ROESELARE NV:
 - De solvabiliteit van de aandeelhouders van de op te richten projectvennootschap → *dit element heeft betrekking op de financiële en economische draagkracht van de inschrijver*
 - De omstandigheid dat, met uitzondering van het opstartdossier (Leuven), analoge exploitaties nog geen aanleiding hebben gegeven tot verzoeken om de gemeentelijke bijdragen te verhogen → *dit element heeft betrekking op de ervaring en de referenties, en dus op de technische bekwaamheid van de inschrijver*
- Voor de verzoekende partij:

- De solvabiliteit en ebitda van de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO → *dit element heeft betrekking op de financiële en economische draagkracht van de inschrijver*

125. De verwerende partij heeft het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » met andere woorden zo toegepast dat het in feite een selectiecriterium betreft, dat ertoe strekt de economische, financiële en technische geschiktheid van de inschrijvers te beoordelen.

126. Aldus werd voorbijgegaan aan het onderscheid dat de wetgever, in navolging van de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie, in de overheidsopdrachtenreglementering heeft willen maken tussen, eensdeels, selectiecriteria, die de kandidaten of inschrijvers betreffen, onder meer inzake hun bekwaamheid en, anderdeels, gunningscriteria, die de intrinsieke waarde van de offerte betreffen.²⁹

127. Uit dit onderscheid volgt dat het onderzoek naar de geschiktheid van de deelnemers aan de hand van de selectiecriteria, en het beoordelen van hetgeen zij voorstellen aan de hand van de gunningscriteria, twee onderscheiden verrichtingen vormen.³⁰

128. Eén en ander is duidelijk waarneembaar in de beperkte procedure en de (thans toegepaste) onderhandelingsprocedure met bekendmaking, waarbij elke belangstellende aannemer, leverancier of dienstverrichter – in een eerste fase – een aanvraag tot deelneming mag indienen, en alleen de door de aanbestedende overheid geselecteerde kandidaten – in een tweede fase – een offerte mogen indienen.

129. In geval van een dergelijke procedure mag worden aangenomen dat kandidaten die na afloop van de eerste fase door de aanbestedende overheid aan de hand van de selectiecriteria bekwaam zijn bevonden, afdoende hebben aangetoond dat zij over de nodige financiële en economische draagkracht, alsook over voldoende kennis en ervaring beschikken om de opdracht in al zijn facetten op een kwalitatieve wijze te kunnen uitvoeren.³¹ In beginsel mogen deze elementen, die de *persoon* van de inschrijver betreffen (en niet het door hem gedane aanbod), naderhand dan ook niet opnieuw bij de inhoudelijk beoordeling van de offertes worden betrokken.³²

130. Op die regel bestaat één uitzondering. Volgens Uw Raad kan namelijk niet worden uitgesloten dat ervaring en referenties tóch een gunningscriterium uitmaken, indien daardoor de intrinsieke kwaliteit van de offertes in het licht van de specificiteit van de opdracht op differentiërende wijze kan worden aangetoond. In dat geval wordt evenwel van de aanbestedende overheid verwacht dat zij zulks aantoot of dat duidelijk uit de dossierstukken blijkt dat aan deze voorwaarden is voldaan.³³

131. Dergelijk bewijs wordt *in casu* niet geleverd. Bovendien is de Opdracht als een overheidsopdracht voor werken in de markt geplaatst, terwijl de uitzondering volgens de rechtspraak van Uw Raad uitsluitend op overheidsopdrachten voor diensten van toepassing is.

²⁹ Zie in die zin bv.: RvS 28 september 2010, nr. 207.681, *cvba De Meuter & Corstjens*, overw. 10.3.2.

³⁰ RvS 14 juli 2009, nr. 195.259, *nv BMX Computers*, overw. 5 ; HvJ 20 september 1988, C-31/87, *Beentjes*, r.o. 15-16.

³¹ Zie in die zin: RvS 20 januari 2011, nr. 210.527, *bvba Van Impe & Associates Bedrijfsrevisoren*.

³² Zie bv. RvS 15 juli 2008, nr. 185.411, *nv Cleanleasefortex*, overw. 10 en 12.3

³³ Zie bv. RvS 2 oktober 2012, nr. 220.839, *bvba Archi RDBM Architecten en Adviseurs*, overw. 10.1 en 10.2.

Ook geldt de uitzondering slechts voor wat de “ervaring en referenties” – en dus de technische bekwaamheid – van de inschrijvers betreft. In het verslag van nazicht wordt evenwel tevens verwezen naar elementen die met de financiële en economische draagkracht van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV en de verzoekende partij verband houden (cf. *supra*, randnr. 123).

132. Op basis van het voorgaande moet dus besloten worden dat de verwerende partij, door bij haar beoordeling van de offertes in het licht van het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden », te verwijzen naar elementen die op de financiële en economische draagkracht en de technische bekwaamheid van de inschrijvers betrekking hebben, het onderzoek van de offertes aan de hand van de gunningscriteria, met de voorafgaande selectie van de kandidaten heeft verward.

133. De verwerende partij heeft het desbetreffende subgunningscriterium op zodanige wijze toegepast dat dit criterium niet langer met het voorwerp van de Opdracht verband hield. Aldus werd artikel 25, tweede lid van de Overheidsopdrachtenwet van 15 juni 2006 geschonden.

(iv) De verwerende partij heeft het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » op foutieve wijze beoordeeld

134. In het verslag van nazicht erkent de verwerende partij dat de verzoekende partij de vermeende onduidelijkheden waarvan sprake in *littera* h) en i) van randnummer 118, in haar BAFO heeft opgehelderd. Zo heeft zij de vennoten van de op te richten projectvennootschap in haar BAFO duidelijk geïdentificeerd. Ook heeft zij aangegeven welke inbreng door elk van deze vennoten verricht zal worden. Daarnaast heeft de verzoekende partij in haar BAFO gewezen op de achtergestelde lening ten bedrage van 500.000,00 EUR, die reeds in haar basisofferte was voorzien.³⁴

135. Ondanks deze verduidelijkingen, heeft de verwerende partij haar beoordeling voor het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » niet bijgesteld: aan de BAFO van de verzoekende partij werden voor dit criterium opnieuw 2,5 punten toegekend, eenzelfde score als voor haar basisofferte.

136. Meer nog, de verwerende partij heeft in het verslag van nazicht nagenoeg geen aandacht besteed aan de garanties en financiële zekerheden die door de verzoekende partij in haar BAFO werden aangeboden, meer bepaald:

- een achtergestelde lening ten belope van 500.000,00 EUR;
- een impulsfonds waarin eventuele winst, na aanvulling van eventuele verliezen, ten belope van 20% en maximum 700.000,00 EUR zal worden aangehouden;
- de reservatie van de resterende 80% aan winst, als bufferreserve, tot maximum 500.000,00 EUR.

³⁴ Deze achtergestelde lening was dus niet 'bijkomend', zoals op p. 43 van het verslag van nazicht is vermeld. Uit punt 3.5.4.3 van het verslag van nazicht kan evenwel worden opgemaakt dat de verwerende partij, bij de beoordeling van de basisofferte van de verzoekende partij, (ten onrechte) geen rekening met deze lening heeft gehouden.

Uit het verslag van nazicht blijkt niet dat de verwerende partij deze garanties en financiële zekerheden inhoudelijk heeft beoordeeld.

137. Er kan evenwel niet worden betwist dat deze garanties en financiële zekerheden veel concreter zijn dan het voorstel dat de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, naar luid van punt 3.5.3.3 van het verslag van nazicht, voor het desbetreffende subgunningscriterium heeft geformuleerd. In voormeld punt wordt quasi uitsluitend belang aan de algemene notoriëteit van de Sportoase-groep gehecht. Nog afgezien van het feit dat dit element niet in aanmerking mocht worden genomen (cf. *supra*, randnrs. 123-133), had de verzoekende partij voor het subgunningscriterium « garanties en financiële zekerheden » dus in elk geval een hogere score dan de SPV SPORTOASE ROESELARE NV moeten krijgen.

IV.2.5. Tweede middelonderdeel: de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu het subgunningscriterium « investeringswaarde » op foutieve wijze werd beoordeeld

138. In het verslag van nazicht is vermeld dat de investeringswaarde van het gebouw, zoals dat in de BAFO van de verzoekende partij werd ontworpen, 18.372.000,00 EUR bedraagt. Uitgaande van dit bedrag, heeft de verwerende partij aan de BAFO van de verzoekende partij, voor het subgunningscriterium « investeringswaarde », een score van 11,29 punten op 15 toegekend.

139. Het bedrag van 18.372.000,00 EUR houdt evenwel geen rekening met het casco bowlinggebouw, dat in het businessplan van de verzoekende partij op 910.000,00 EUR werd gewaardeerd.

140. Gelet op de eerste alinea van punt 6.19 van de Gunningsleidraad, diende de verwerende partij deze waarde bij de beoordeling van het subgunningscriterium « investeringswaarde » in aanmerking te nemen. Deze alinea luidt als volgt:

*“De beëindiging van de overeenkomst om welke reden ook, houdt steeds in dat het eigendomsrecht van het Zwembadcomplex en alle toehoren, **inbegrepen het Eigen Programma**, noodzakelijk voor de exploitatie kosteloos worden overgedragen aan de Opdrachtgever, onverminderd het eventuele recht van bepaalde partijen op een (schade)vergoeding.”*

(nadruk toegevoegd)

141. In de veronderstelling dat de Opdracht aan de verzoekende partij zou worden gegund, impliceert deze bepaling dat het bowlinggebouw – dat deel uitmaakt van het Eigen Programma van de verzoekende partij – na afloop van de PPS-overeenkomst en de overeenkomst houdende de vestiging van een recht van opstal, eigendom van de verwerende partij zal worden. De verwerende partij zal daarvoor geen vergoeding verschuldigd zijn (zie in die zin ook alinea 10 van punt 6.5 van de Gunningsleidraad).

142. De (casco) waarde van het door de verzoekende partij voorziene bowlinggebouw maakt dus onmiskenbaar deel uit van de “waarde van het toekomstig stedelijk patrimonium” dat naar

luid van punt 3.4.3.3 van de Gunningsleidraad, bij de beoordeling van het subgunningscriterium « investeringswaarde » dient te worden geëvalueerd.

143. De totale investeringswaarde zoals die in de BAFO van de verzoekende partij werd vooropgesteld, bedraagt bijgevolg 18.372.000,00 EUR + 910.000,00 EUR = 19.282.000,00 EUR. De verzoekende partij diende, derhalve, voor het subgunningscriterium « investeringswaarde » een hogere eindscore van 11,85 te krijgen. Door slechts een score van 11,28 toe te kennen, heeft de verwerende partij dit subcriterium in hoofde van de verzoekende partij op foutieve wijze beoordeeld.

IV.2.6. Derde middelonderdeel: de bestreden beslissing schendt de aangehaalde bepalingen en beginselen, nu het subgunningscriterium « winstdeling » op foutieve wijze werd beoordeeld

144. De basisoffertes van de verzoekende partij en de SPV SPORTOASE ROESELARE NV behaalden voor het subgunningscriterium « winstdeling » beiden de beoordeling “goed” (3,75 punten). Deze scores zijn na de evaluatie van de BAFO's dezelfde gebleven.

145. In tegenstelling tot wat in het verslag van nazicht is vermeld, is de offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV op dit punt echter niet “vergelijkbaar” met deze van de verzoekende partij. Het is duidelijk dat aan het voorstel van de verzoekende partij een (beduidend) hogere score had moeten worden toegekend.

146. Naar luid van het verslag van nazicht hebben beide partijen in hun offerte aangegeven dat de winst die ingevolge de exploitatie van het nieuwe zwembadcomplex zal worden gegenereerd, in de eerste plaats zal worden aangewend om eventuele verliezen aan te zuiveren. Met het surplus zullen de nodige reserves worden aangelegd.

147. Nog volgens het verslag van nazicht beoogt de SPV SPORTOASE ROESELARE NV met dit surplus het eigen vermogen verder op te bouwen, bijkomende provisionering aan te leggen en in nieuwe initiatieven te investeren. Tegelijkertijd voorziet deze inschrijver evenwel de volgende winstuitkering:³⁵

*“eerste 75.000 € winst voor Groep Sportoase
rest 60% inschrijvers – 40% stad Roeselare”*

Het is op basis van de beschrijving in het verslag van nazicht niet duidelijk hoe de doelstellingen inzake de “opbouw van eigen vermogen”, “de aanleg van bijkomende provisionering” en de “investering in nieuwe initiatieven” zich ten opzichte van deze winstuitkering verhouden.

148. De offerte van de verzoekende partij is terzake echter wél glashelder: het surplus zal voor 20% en ten belope van maximaal 700.000,00 EUR als een impulsfonds worden gereserveerd; de resterende 80% zal ten belope van maximaal 500.000,00 EUR als een bufferreserve worden aangehouden. Indien er, na die oefening, nog winst zou overblijven, dan zal deze ten belope van respectievelijk 25% en 75% aan de verwerende partij en de verzoekende partij worden

³⁵ STUK 10, p. 32.

uitgekeerd, met dien verstande dat de uitkering aan de verzoekende partij, overeenkomstig punt 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad, nooit meer dan 13% van het volstort maatschappelijk kapitaal en 3% van het niet-volstort kapitaal van de projectvennootschap zal bedragen.

149. Het duidelijke voorstel van de verzoekende partij had met een hogere score voor dit subgunningscriterium beloond moeten worden. Het is immers duidelijk dat de offerte van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV er eigenlijk op neerkomt dat weliswaar een hogere winstdeelname in het vooruitzicht wordt gesteld, maar dat dit vanzelfsprekend pas het geval is van zodra jaarlijks daadwerkelijk meer dan 75.000,00 EUR winst wordt gemaakt. De verwerende partij heeft niet onderzocht en maakt dan ook niet aannemelijk dat dit uitgangspunt realistisch is.

150. Dat klemmt des te meer nu een eenvoudig onderzoek van de jaarrekeningen van de Sportoase-groep aantoonde dat vergelijkbare exploitaties van deze groep geen dergelijke of vergelijkbare winsten opleveren. De verzoekende partij verwijst in dat verband naar **STUK 20** uit haar inventaris, waarin de jaarlijkse nettoresultaten van vier van de oudste SPV's van de Sportoase-groep (*i.e.* diegene die reeds meer dan 5 jaar bestaan) worden weergegeven. Uit dit overzicht blijkt dat deze vennootschappen zeer zelden een jaarlijks nettoresultaat van boven de 75.000,00 EUR kunnen voorleggen.³⁶

151. Afgezien van het voorgaande, is het voorstel van de verzoekende partij, in vergelijking met datgene van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, hoe dan ook voordeliger voor de verwerende partij. De uit te keren winstbedragen worden door de verzoekende partij immers in percentages uitgedrukt, terwijl de SPV SPORTOASE ROESELARE NV de eerste schijf van de uit te keren winst op een forfaitair bedrag van 75.000,00 EUR heeft vastgesteld. Indien de uit te keren winst voormeld bedrag niet overschrijdt, dan zal de verwerende partij dus met lege handen achterblijven.

152. Uit hetgeen voorafgaat blijkt onmiskenbaar dat de bevinding van de verwerende partij, als zouden de offertes van de SPV SPORTOASE ROESELARE NV en de verzoekende partij, voor wat het subgunningscriterium « winstdeling » betreft, “*vergelijkbaar*” zijn en dus eenzelfde aantal punten verdienen, niet naar recht verantwoord is. Het betrokken subgunningscriterium werd, in strijd met punt 3.4.3.4 van de Gunningsleidraad, het transparantiebeginsel en het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, op foutieve wijze beoordeeld. De bestreden beslissing is, derhalve, op ondeugdelijke motieven gesteund en schendt zowel de materiële motiveringsplicht als de zorgvuldigheidsplicht.

153. Nu vaststaat dat de verzoekende partij zowel voor alle subcriteria van het derde gunningscriterium een hogere score had moeten krijgen, dient de rangschikking in het voordeel van de verzoekende partij te worden gewijzigd: niet de SPV SPORTOASE ROESELARE NV, maar de verzoekende partij diende de economische meest voordelige BAFO, rekening houdende met de gunningscriteria, in. Door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV niettemin als de

³⁶ In de Excel-file die als **STUK 20.a** in de inventaris is opgenomen, wordt bijkomend aangetoond dat de door de SPV SPORTOASE ROESELARE NV gehanteerde berekeningswijze, waarbij pas tot een uitkering overeenkomstig een 60/40 verdeling zal worden overgegaan wanneer het jaarlijks nettoresultaat van de SPV boven de 75.000 euro uitkomt, voor de verwerende partij slechtere resultaten oplevert dan een berekening waarbij er vanaf de eerste cent winst een 75/25 verdeling wordt gehanteerd.

gekozen inschrijver aan te duiden, schendt de bestreden beslissing artikel 107 van het KB Plaatsing van 15 juli 2011 en punt 3.1 van de Gunningsleidraad.

De schending van de aangehaalde bepalingen en beginselen staat bijgevolg vast.

Het middelonderdeel is ernstig.

* *

*

OM DEZE REDENEN,

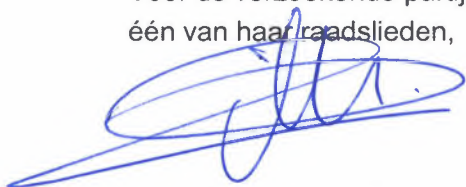
Onder alle voorbehoud en zonder enige nadelige erkenning,

BEHAGE HET DE RAAD VAN STATE

- Het beroep tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ontvankelijk en gegrond te verklaren en de bestreden beslissing te schorsen;
- In elk geval, de verwerende partij te veroordelen tot de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding ten bedrage van 700,00 EUR.

Brussel, 27 juli 2016,

Voor de verzoekende partij,
één van haar raadslieden,



Tom VILLÉ
Advocaat

Bijlage: inventaris der stukken

INVENTARIS DER STUKKEN

VOOR: de combinatie THV FURNIBO / PERSYN / EEG-SPIE-FARYS + THV
3Architecten-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING;

verzoekende partij;

bijgestaan en vertegenwoordigd door Mr. **Barteld SCHUTYSER**, Mr. **Tom VILLÉ** en
Mr. **Riet STRAETMANS**, advocaten te 1050 Brussel, Louizalaan 99, alwaar keuze
van woonplaats wordt gedaan.

1. Aankondigingsbericht Bulletin der Aanbestedingen d.d. 22 september 2015;
2. Aankondigingsbericht Europees Publicatieblad d.d. 26 september 2015;
3. Gunningsleidraad;
4. Q&A – deel 1;
5. Q&A – deel 2;
6. Q&A – deel 3;
7. Uittreksel uit de basisofferte van de verzoekende partij d.d. 21 maart 2016
(**VERTROUWELIJK**);
8. E-mail van de verwerende partij d.d. 11 april 2016 (**VERTROUWELIJK**);
9. E-mail van de verzoekende partij d.d. 15 april 2016 (**VERTROUWELIJK**);
10. Verslag van nazicht;
11. Brief van de verwerende partij d.d. 28 april 2016;
12. Uittreksel uit de BAFO van de verzoekende partij (**VERTROUWELIJK**);
13. Beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de verwerende partij d.d. 12
juli 2016 (**bestreden beslissing**);
14. E-mail van de verwerende partij d.d. 13 juli 2016;
15. Kennisgevingsbrief van de verwerende partij d.d. 12 juli 2016;
16. Brief van de raadsman van de verzoekende partij d.d. 15 juli 2016;
17. E-mail van de raadsman van de verwerende partij d.d. 18 juli 2016;
18. E-mail van de raadslieden van de verzoekende partij d.d. 20 juli 2016;
19. Brief van de raadsman van de verwerende partij d.d. 25 juli 2016;
20. Jaarrekeningen ondernemingen Sportoase-groep
 - 20.a. Berekening winstdeling (60/40 verdeling v. 75/25 verdeling)
 - 20.b. Sportoase Veldstraat Antwerpen
 - 20.c. Sportoase Philipssite Leuven
 - 20.d. Sportoase Eburons Dome
 - 20.e. Sportoase Elshout
21. Statuten verzoekende partij
 - 21.a. NV BOUWBEDRIJF FURNIBO

- 21.b. NV PERSYN
- 21.c. NV EEG
- 21.d. NV SPIE BELGIUM
- 21.e. CVBA FARYS
- 21.f. BVBA ARCHITECTENBUREAU 3ARCHITECTEN
- 21.g. BVBA AVAPARTNERS – ARCHITECTS & PARTNERS
- 21.h. CVBA BM ENGINEERING – STUDIEBUREEL BOUCHERIE
- 21.i. Overeenkomst THV FURNIBO- PERSYN-EEG
- 21.j. Overeenkomst THV 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING