

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.539 van 30 juli 2008
in de zaak A. 188.960/XII-5498.**

In zake :

1. de NV AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE,
 2. de NV FABRICOM-GTI,
 3. de NV AANNEMINGEN VAN WELLEN,
 4. de NV ENGEMA,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV TRAVANT,
die woonplaats kiezen bij
advocaten B. Martens en B. Schutyser,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106

tegen :

1. de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ DE LIJN,
publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd
agentschap,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Hofströssler en K. Leus,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 99
2. het VLAAMSE GEWEST,
3. de NV VAN PUBLIEK RECHT BAM,
die woonplaats kiezen bij
advocaat F. Vandendriessche,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partijen :

1. de NV DENYS,
 2. de NV KUMPEN,
 3. de CV NIBC EUROPEAN INFRASTRUCTURE FUND I,
 4. de NV ASWEBO,
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DANK,
die woonplaats kiezen bij
advocaten C. De Wolf en J. Timmermans,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6
5. de NV DG INFRA+,
 6. de NV HEIJMANS INFRA,

7. de NV FRATEUR-DE POURCQ ETN.,
8. de NV FRANKI CONSTRUCT,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SILVIUS,
die woonplaats kiezen bij
advocaat H. Van Peer,
kantoor houdende te 1150 Brussel,
Tervurenlaan 268 A.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aannemings-maatschappij CFE, de NV Fabricom-GTI, de NV Aannemingen Van Wellen en de NV Engema, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV Travant, op 14 juli 2008 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van :

- "1. De beslissing van het Publiekrechtelijk Vormgegeven Extern Verzelfstandigd Agentschap De Lijn, met maatschappelijk zetel te 2800 Mechelen, Motstraat 20, van onbekende datum, meegedeeld in een brief van de Directeur-Generaal van De Lijn van 4 juli 2008, waarin De Lijn beslist de Beste en Finale Offerte van de Tijdelijke Handelsvennootschap Travant voor het project Brabo 1 (selecteren van een private partner voor een op te richten projectvennootschap en toewijzing van de opdracht voor het uitvoeren van het project aan die projectvennootschap), onregelmatig en de biedingen van de andere kandidaten regelmatig te verklaren, de beslissing van onbekende datum waarin De Lijn beslist een voorkeursbieder aan te wijzen (dan wel met twee kandidaten verder te onderhandelen) en de beslissing van onbekende datum waarin De Lijn beslist de opdracht toe te wijzen;
2. De beslissing van het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd door de Vlaamse Regering, in de persoon van de Minister-president, wiens kabinet is gevestigd te 1000 Brussel, Martelarenplein 15, meegedeeld in een brief van de Directeur-Generaal van De Lijn van 4 juli 2008, waarin het Vlaamse Gewest beslist de Beste en Finale Offerte van de Tijdelijke Handelsvennootschap Travant voor het project Brabo I (selecteren van een private partner voor een op te richten projectvennootschap en toewijzing van de opdracht voor het uitvoeren van het project aan die projectvennootschap), onregelmatig en de biedingen van de andere kandidaten regelmatig te verklaren, de beslissing van onbekende datum waarin het Vlaamse Gewest beslist een voorkeursbieder aan te wijzen (dan wel met twee kandidaten verder te onderhandelen) en de beslissing van onbekende datum waarin het Vlaamse Gewest beslist de opdracht toe te wijzen;
3. De beslissing van de NV van publiek recht BAM (Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel), met maatschappelijke zetel te 2018 Antwerpen, Rijnkaai 37, van onbekende datum, meegedeeld in een brief van de Directeur-Generaal van De Lijn van 4 juli 2008, waarin BAM beslist de Beste en Finale Offerte van de Tijdelijke Handelsvennootschap Travant voor het project Brabo 1 (selecteren van een private partner voor een op te richten projectvennootschap en toewijzing van de opdracht voor het

uitvoeren van het project aan die projectvennootschap), onregelmatig en de biedingen van de andere kandidaten regelmatig te verklaren, de beslissing van onbekende datum waarin BAM beslist een voorkeursbieder (dan wel met twee kandidaten verder te onderhandelen) aan te wijzen en de beslissing van onbekende datum waarin BAM beslist de opdracht toe te wijzen";

Gezien de nota's van de verwerende partijen;

Gelet op de beschikking van 15 juli 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 23 juli 2008, om 10.00 uur;

Gezien de op 22 juli 2008 ingediende verzoekschriften waarbij de NV Denys, de NV Kumpen, de CV NIBC European Infrastructure Fund I, de NV Aswebo, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DANK en de NV DG Infra+, de NV Heijmans Infra, de NV Frateur-de Pourcq Etn. en de NV Franki Construct, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SILVIUS, vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van staatsraad A. Vandendriessche;

Gehoord de opmerkingen van advocaten B. Martens en T. Villé, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaten P. Hofströssler en A. Logghe, die verschijnen voor de eerste verwerende partij, van advocaat F. Vandendriessche, die verschijnt voor de tweede en derde verwerende partij, van advocaat J. Timmermans, die verschijnt voor de eerste tot en met vierde tussenkomende partijen, en van advocaat H. Van Peer, die verschijnt voor de vijfde tot en met achtste tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De feiten

1. De bestreden beslissing kadert in de realisatie van het project Brabo I, onderdeel van het Masterplan Antwerpen, dat gerealiseerd wordt in een samenwerkingsverband tussen de publieke en de private sector en dat afgewikkeld wordt volgens het systeem van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De verzoekende en de tussenkomenende partijen hebben, nadat zij in een eerste stadium geselecteerd waren en onderhandelingen met het bestuur hadden gevoerd, hun "Best and Final Offer" (BAFO) ingediend.

Bij brief van 4 juli 2008 heeft de directeur-generaal van De Lijn aan de verzoekende partijen, onder verwijzing naar de conclusies van het beoordelingsverslag, medegedeeld dat hun BAFO "geweerd werd voor het verdere verloop van de onderhandelingsprocedure".

De verzoekende partijen hebben in een brief van 9 juli 2008 aan de eerste verwerende partij erkend dat zij een voorwaardelijke BAFO en Bid Bond (een BAFO met Financial Close-garantie) ingediend hebben -zij hebben zich niet onvoorwaardelijk gebonden aan de voorwaarden van het bestek-, maar zij vragen ook of er wel een bieder is die zich onvoorwaardelijk gebonden heeft.

Bij brief van 10 juli 2008 deelt het bestuur van De Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn (hierna: De Lijn) aan de verzoekende partijen mede dat -bewijzen bijgevoegd- de twee andere consortia inderdaad uitdrukkelijk verklaard hebben dat zij de bepalingen van het bestek onvoorwaardelijk hebben aanvaard, dat die bidders weliswaar ook "specifieke commentaren" hebben gemaakt, maar dat "het fundamenteel verschil met de BAFO (van de verzoekende partijen) erin bestaat dat voormelde "specifieke commentaren" geenszins afbreuk doen aan de bindende kracht van de BAFO's van de respectievelijke andere bidders noch aan het onvoorwaardelijk karakter ervan" en dat de ander consortia wel degelijk hun aansprakelijkheid ten opzichte van de aanbestedende overheid aanvaarden voor het geval er geen contractsluiting kan gebeuren omwille van tijdens de finale contractbespreking opduikende voorwaarden.

Na het verkrijgen van die inlichtingen hebben de verzoekende partijen de onderhavige vordering ingediend.

Het voorwerp van de vordering

2. Uit het door de auditeur-verslaggever ingesteld onderzoek blijkt dat De Lijn in deze aangelegenheid optreedt als de gezamenlijke aanbestedende overheid in de zin van artikel 19 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Die maatschappij neemt aldus als enige de verschillende beslissingen die met het oog op de uiteindelijke toewijzing van de opdracht moeten genomen worden en zij is, wat de onderhavige procedure betreft, ook alleen verantwoordelijk voor het verweer.

Zodoende is de vordering niet ontvankelijk in zoverre zij gericht is tegen de zogenaamde beslissingen van de tweede en derde verwerende partij. Deze partijen worden buiten de zaak gesteld.

3. Uit het onderzoek blijkt ook dat De Lijn nog geen beslissing genomen heeft over het verder onderhandelen met de nog in aanmerking komende inschrijvers, noch over de aanwijzing van de voorkeurbieder of over de toewijzing van de opdracht. Ook in de mate de schorsing van die beslissingen gevraagd wordt is de vordering niet ontvankelijk.

4. Uit de aan de Raad van State overgelegde stukken en de debatten ter terechtzitting is gebleken dat op heden -en aangenomen dat de brief van 4 juli 2008 van de directeur-generaal aan de verzoekende partijen de eigenlijke beslissing bevat- De Lijn enkel de BAFO van de verzoekende partijen uit de verdere procedure geweerd heeft. Er bestaat geen beslissing waarbij de BAFO van de twee tussenkomende partijen regelmatig verklaard wordt.

De conclusies van het "verslag conformiteitsbeoordeling" -een voorbereidend stuk, opgemaakt door de nv BAM- kunnen evident niet als dergelijke aan De Lijn toe te rekenen beslissing gelezen worden. Ook uit het louter bestaan van een beslissing om het aanbod van de verzoekende partijen te weren, mag niet afgeleid worden dat De Lijn impliciet besloten zou hebben de twee andere biedingen regelmatig te verklaren. Voor dergelijke beslissingen waarbij de rechtsverhoudingen tussen de partijen binnen de gunningsprocedure decisief bepaald worden, is immers een formeel besluit van de bevoegde overheid vereist.

5. Een en ander leidt tot het besluit dat op dit ogenblik geen andere beslissing bestaat dan de beslissing van De Lijn waarbij de BAFO van de verzoekende partijen uit de verdere procedure geweerd wordt en die bij brief van 4 juli 2008 van de directeur-generaal van De Lijn aan de tijdelijke handelsvennootschap TRAVANT ter kennis gebracht is.

Deze beslissing wordt gemotiveerd met de uiteenzetting die de beoordelingscommissie aan de offerte van de verzoekende partijen heeft gewijd en die luidt :

"Hierna volgt een verslag van de conformiteitsbeoordeling van de door de combinatie TRAVANT ingediende BAFO, m.n. : (i) de beoordeling omtrent de volledigheid en de formele regelmatigheid van de BAFO's en (ii) de overeenstemming ervan met de minimale eisen van het Bestek.

1.1. Volledigheid en formele regelmatigheid

Eigenhandig aangepast en hierdoor onregelmatig offerteformulier

Nazicht van het administratiefdeel van de BAFO heeft geleerd dat de THV TRAVANT de uitdrukkelijke bepaling uit het offerteformulier m.b.t. het onvoorwaardelijk aanvaarden van de bepalingen van het bestek eigenhandig heeft geschrapt, hetgeen de aanbestedende overheid doet besluiten dat de BAFO van de THV TRAVANT niet als bindend en onvoorwaardelijk kan worden beschouwd, hetgeen vanzelfsprekend niet kan worden aanvaard.

Geen BAFO en Financial Close garantie

Overeenkomstig artikel 2.7 van de Leidraad dienden de bidders als voorwaarde voor het indienen van een BAFO een 'BAFO en Financial Close garantie' te stellen ter waarde van 5 miljoen euro. Dergelijke garantie diende 'ter zekerheidstelling dat de kandidaat zich via zijn BAFO bindt tot de uitvoering van de opdracht indien deze hem zou worden toegewezen en dat hij de nodige inspanningen zal leveren om in voorkomend geval tot contractsluiting en Financial Close te komen'.

In het verlengde hiervan schrijft artikel 4.2 (a) (ii) van de Leidraad voor dat elke bidder bij de opmaak van zijn Financieel Model met onder meer volgende randvoorwaarde dient rekening te houden :

'BAFO en Financial Close garantie : de BAFO zal een garantie van een bank met een rating A- of equivalent dienen te bevatten van 5 mio € die een looptijd heeft van maximaal 1 jaar. Deze garantie beoogt dat de kandidaat zich via zijn BAFO verbindt tot uitvoering van de opdracht indien deze hem zou worden toegewezen en dat hij de nodige inspanningen zal leveren om in voorkomend geval tot contractsluiting en Financial Close te komen'.

Dergelijke en BAFO en Financial Close garantie : wordt door de aanbestedende overheid als wezenlijk beschouwd, m.n. als een uitdrukkelijk in de leidraad opgelegde verbintenis die het bindende karakter van de BAFO en het onvoorwaardelijk aanvaarden van de bepalingen van het Bestek vergrendelt. Meer concreet ziet de aanbestedende overheid het aanleveren van de 'BAFO en Financial Close garantie' als de garantie dat de bidder de aansprakelijkheid ten opzichte van de aanbestedende overheid op zich neemt voor het geval dat er niet tot contractsluiting en/of Financial Close zou kunnen worden gekomen omwille van voorwaarden die door hemzelf of zijn externe financiers gebeurlijk zouden worden opgeworpen tijdens eventuele finale contractsbesprekingen en die onverenigbaar zijn met de minimale eisen van het bestek.

Dergelijke 'BAFO en Financial Close garantie' (d.w.z. ter vergrendeling van het bindende karakter van de BAFO en het onvoorwaardelijk aanvaarden van

de bepalingen van het bestek) ontbreekt in de BAFO van de THV TRAVANT, hetgeen de aanbestedende overheid alleen verder kan steunen in haar overtuiging dat de BAFO van de THV TRAVANT niet bindend en onvoorwaardelijk is. Uit het document 1, 3 ('borgtocht') van het administratieve deel van de BAFO van de THV TRAVANT blijkt duidelijk dat het ontbreken van voormelde 'BAFO en Financial Close garantie' geen materiële vergetelheid betreft en dat de THV TRAVANT slechts de 'redelijke inspanningen zal ondernemen om de gevraagde bid bond te doen afleveren indien (1) hij als voorkeurbieder wordt aangeduid, en (2) onder de in bijlage bij de begeleidingsbrief bedoelde aannames' (zijnde de aannames die een 'wezenlijk onderdeel uitmaken van de BAFO' maar onverenigbaar zijn met de minimale eisen van het bestek, zie punt 5.2 hierna).

Gelet op het voorgaande is de BAFO van de THV TRAVANT onvolledig en formeel onregelmatig, en dit, bij gebrek aan (vergrendelde) verbintenis voor het bindende karakter van de BAFO en het onvoorwaardelijk aanvaarden van de bepalingen van het bestek (zoals nochtans opgelegd in de Leidraad), op dermate significante en niet-remedieerbare wijze dat de aanbestedende overheid zich redelijkerwijze genoodzaakt ziet om de BAFO van de THV TRAVANT overeenkomstig artikel 4 van de Leidraad te weren voor het verdere verloop van de procedure.

1.2. Overeenstemming met de minimale eisen van het bestek

In eerste instantie wordt verwezen naar hetgeen werd vermeld onder punt 5. 1, waaruit reeds blijkt dat de BAFO van TRAVANT substantieel onregelmatig blijkt op formeel vlak.

Daarenboven, en voor zover als nodig, kan ook niet worden voorbijgegaan aan de vaststelling dat de BAFO van de THV TRAVANT eveneens op verschillende punten flagrant afwijkt van de minimale eisen van het bestek. Meer bepaald wordt in de begeleidende brief bij de BAFO van de THV TRAVANT expliciet gemeld dat de BAFO gekoppeld is aan een lijst van contractuele en financiële assumpties die 'een wezenlijk onderdeel uitmaken van de BAFO'. Dit werd ook mondeling bevestigd tijdens de informatiesessie van 24 juni 2008.

Zonder daarbij limitatief te zijn, kunnen volgende (van de BAFO deel uitmakende) assumpties worden opgesomd die de vergelijkbaarheid van de BAFO's van de Bieders manifest in het gedrang brengen en waarbij de aanvaarding van deze afwijkingen in de BAFO zou impliceren en vereisen dat het bestek zelfs alsnog op fundamentele wijze zou moeten worden herschreven (en in strijd met de onderhandelingspunten die de Stuurgroep Brabo 1 reeds op 17 maart 2008 had afgebakend en die daarna onverwijld en steeds consequent werden meegedeeld aan elk van de Bieders - zie punt 1. 3 hoger) :

- de THV TRAVANT gaat in haar BAFO uit van een eigen (fundamenteel t.o.v. de Leidraad herschreven) voorstel van prijsherzieningsmechanisme voor de onderhoudsvergoedingen. Zo legt zij de in de leidraad opgelegde formule voor de bouwindex (d.i. begrenzing van de prijsherziening, zijnde $(BI = 0,4 s/S + 0,4 l/l + 0,2)$) naast zich neer en past zij een andere begrenzing toe ($BI = 0,5 s/S + 0,5 l/l$). Bovendien neemt zij op vlak van de driejaarlijkse herijking na driejaar het volledige verschil in rekening in plaats van slechts het gemiddelde verschil over drie jaar;
- Terwijl tijdens de onderhandelingen in de maand maart 2008 (en daarna) steeds consequent door de aanbestedende overheid werd meegedeeld dat aansprakelijkheidsbegrenzungen mede in het licht van de ESR-neutraliteitsvereiste niet bespreekbaar waren, gaat de THV TRAVANT in haar BAFO uit van een globale begrenzing voor alle aansprakelijkheden en vrijwaringen van de Opdrachtnemer;
- Bovendien gaat de THV TRAVANT in haar BAFO ook uit van begrenzungen op aansprakelijkheid voor liquidated damages (boetepunten, onbeschikbaarheidsvergoedingen, etc.).

1.3. Samenvatting en conclusies

De BAFO van de THV TRAVANT is onvolledig en formeel onregelmatig, en dit, bij gebrek aan (vergrendelde) verbintenis voor het bindende karakter van de BAFO en het onvoorwaardelijk aanvaarden van de bepalingen van het Bestek (zoals nochtans opgelegd in de leidraad), op dermate significante en niet-remedieerbare wijze dat de Aanbestedende Overheid zich redelijkerwijze genoodzaakt ziet om de BAFO van de THV TRAVANT overeenkomstig artikel 4 van de Leidraad te weren voor het verdere verloop van de procedure.

Ten overvloede kan ook nog worden gewezen op het feit dat de BAFO van de THV TRAVANT, omwille van contractuele en financiële assumpties die zoals gemeld in de begeleidende brief ‘een wezenlijk deel uitmaken van de BAFO’, eveneens op verschillende punten flagrant en op niet-remedieerbare wijze afwijkt van de minimale eisen van het bestek”.

De ontvankelijkheid

6. De verzoekende partijen verzetten zich tegen de beslissing waarbij hun BAFO onregelmatig verklaard wordt en zij uitgesloten worden van de verdere onderhandelingen met het bestuur. Zij voeren als -enig- middel aan dat de verwerende partij de offertes van de tussenkomende partijen evenzeer onregelmatig had moeten verklaren omdat zij zich weliswaar formeel verbonden hebben tot de naleving van de voorwaarden van het bestek, maar in hun offerte toch zoveel clausules hebben ingebouwd dat die noodzakelijke onvoorwaardelijke verbintenis volledig uitgehold wordt zodat hun bieding nog alleen zuiver vormelijk voldoet aan de voorwaarden van het bestek. De verzoekende partijen hopen aldus met een rechterlijke uitspraak de verwerende partij ertoe te dwingen haar BAFO toch te betrekken bij de eigenlijke kwalitatieve beoordeling van de ingediende offertes.

7. Rekening houdend met het aangevoerde middel en het doel dat zij beogen, richten de verzoekende partijen zich eigenlijk tegen de beslissing(en) van De Lijn om de inschrijving van de tussenkomende partijen regelmatig te verklaren.

Aangezien de verwerende partij - in tegenstelling van wat normaal van haar kon verwacht worden- zich evenwel nog niet uitdrukkelijk uitgesproken heeft over de regelmatigheid van die inschrijvingen van de tussenkomende partijen, heeft de vordering, zoals zij door de verzoekende partijen bedoeld is, geen voorwerp. Uitspraak doen over het aangevoerde middel om op grond daarvan de schorsing te bevelen van de beslissing om de inschrijving van de verzoekende partijen onregelmatig te verklaren, zou betekenen dat de Raad van State in de plaats van het bestuur uitmaakt of de BAFO's van de tussenkomende partijen voldoen aan de voorwaarden van het bestek. De Raad van State vermag zulks niet.

8. In de huidige stand van de rechtspleging wordt dan ook vastgesteld dat de geëigende organen van de verwerende partij nog geen beslissing genomen hebben over de regelmatigheid van de BAFO van een der tussenkomende partijen, zodat, juridisch bekeken, de verwerende partij nog geen definitief standpunt ingenomen heeft over het voortzetten van de onderhandelingen met hen.

De vordering, zoals de verzoekende partijen ze bedoelt, is voorbarig ingediend en bijgevolg onontvankelijk.

9. Gewis is de verwerende partij verantwoordelijk voor de actuele onontvankelijkheid van de vordering. Door de beslissing die zij na de kennisneming van het conformiteitsonderzoek moet nemen op te splitsen en verzoekster in kennis te stellen van de onregelmatigheid van haar BAFO, ontnemt zij verzoekster de mogelijkheid om haar BAFO door de rechter vergeleken te zien met de offerte die de verwerende partij wel als regelmatig beschouwt. Er is reden om de kosten ten laste van de verwerende partij te leggen.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

De verzoeken tot tussenkomst van de NV Denys, de NV Kumpen, de CV NIBC European Infrastructure Fund I, de NV Aswebo, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DANK, en van de NV DG Infra+, de NV Heijmans Infra, de NV Frateur-de Pourcq Etn. en de NV Franki Construct, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap SILVIUS, in het administratief kort geding worden ingewilligd.

Artikel 2.

De tweede en derde verwerende partij worden buiten de zaak gesteld.

Artikel 3.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 4.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 700 euro, komen ten laste van de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn.

De kosten van de tussenkomsten in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 1000 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een achtste.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op dertig juli 2008, door :

de H.	A. VANDENDRIESSCHE,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

A. VANDENDRIESSCHE.