

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.**

**A R R E S T**

**nr. 186.230 van 11 september 2008  
in de zaak A. 189.428/XII-5527.**

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 :

de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ DE LIJN,  
publiekrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap,  
die woonplaats kiest bij  
advocaten K. Leus en A. François,  
kantoor houdende te 1050 Brussel,  
Louizalaan 99.

tussenkommende partijen :

1. de NV DG INFRA+,
  2. de NV HEIJMANS INFRA,
  3. de NV FRATEUR-DE POURCQ ETN.,
  4. 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,
5. de NV DENYS,
  6. de NV KUMPEN,
  7. de CV NIBC EUROPEAN INFRASTRUCTURE FUND I,
  8. 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,
9. de NV VAN PUBLIEK RECHT BAM,

10. het VLAAMSE GEWEST,  
die woonplaats kiezen bij  
advocaten D. D'Hooghe en F. Vandendriessche,  
kantoor houdende 1000 Brussel,  
Loksumstraat 25.

---

**DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,**

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aannemingsmaatschappij CFE, de NV Fabricom-GTI, de NV Aannemingen Van Wellen en de NV Engema, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap THV Travant, op 25 augustus 2008 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van het Publiekrechtelijk Vormgegeven Extern Verzelfstandigd Agentschap De Lijn, met maatschappelijk zetel te 2800 Mechelen, Motstraat 20, van 13 augustus, medegedeeld in een brief van de Directeur-Generaal van De Lijn van 14 augustus waarin De Lijn beslist : ‘de BAFO’s van THV DANK en THV Silvius, ingediend op 6 juni 2008, worden regelmatig verklaard en de BAFO van THV Travant, ingediend op 6 juni 2008, wordt als onregelmatig geweerd en dit alles op grond van de motieven zoals weergegeven in het ‘verslag conformiteitsbeoordeling’ van 4 juli 2008 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en waarvan de raad van bestuur zich de motivering eigen maakt zodat deze integrerend deel uitmaakt van deze beslissing”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 26 augustus 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 4 september 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 3 september 2008 ingediende verzoekschrift waarbij 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;

Gezien het op 3 september 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Denys, de NV Kumpen, de CV NIBC European Infrastructure Fund I, de NV Aswebo, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap DANK, 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;

Gezien het op 3 september 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV van publiek recht BAM, vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij betrokken blijkt bij de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gezien het op 3 september 2008 ingediende verzoekschrift waarbij het Vlaamse Gewest, vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat hij betrokken blijkt bij de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat zijn verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten B. Martens en B. Schutyser, die verschijnen voor de verzoekende partijen, van advocaten P. Hofströssler en A. Logghe, die verschijnen voor de verwerende partij, van advocaat H. Van Peer, die verschijnt voor de eerste, tweede, derde en vierde tussenkomende partijen, van advocaten C. De Wolf en A. Verheggen, die verschijnen voor de vijfde, zesde, zevende en achtste tussenkomende partijen, van advocaat L. Schellekens, die loco advocaat D. D'Hooghe, en advocaat E. Lefevre, die loco advocaat F. Vandendriessche, verschijnen voor de negende en tiende 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 gegevens van de zaak*

1. De in het geding zijnde opdracht wordt in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juli 2007 als volgt omschreven :

“De Lijn en het Vlaams Gewest (m.n. het intern verzelfstandigd agentschap Infrastructuur) organiseren een gezamenlijke opdracht voor de toewijzing van een contract dat zowel het ontwerp (Design), de bouw (Build), de financiering (Finance) als het meerjarig onderhoud (Maintain) omvat voor de realisatie van het project Brabo I (hierna DBFM-project Brabo I). De Lijn staat in voor het Tramgedeelte van het project; het Vlaamse Gewest (m.n. het intern verzelfstandigd agentschap Infrastructuur) staat via BAM NV in voor het Niet-Tramgedeelte van het project (aanleg wegenis en voetpaden, coördinatie en (her)aanleg rioleringen en nutsleidingen).

De procedure beoogt: (i) het selecteren van de private partner (hierna Private Partner) die samen met De Lijn en BAM NV een Special Purpose Vehicle (hierna SPV) zal oprichten; en (ii) de toewijzing van de opdracht tot het uitvoeren van het volledige DBFM-project Brabo I aan die SPV. De Private Partner zal in het kader van de SPV mee instaan voor de (externe) financiering van het DBFM-project Brabo I en de operationalisering ervan via de SPV”.

Volgens de aankondiging heeft de opdracht een geraamde investeringswaarde voor de constructiewerkzaamheden van 117.400.000,00 euro, BTW niet inbegrepen, en wordt de opdracht gegund door middel van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, bij toepassing van artikel 17, §3, 2/en 4/ , van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het beoogde minimumaantal inschrijvers is drie, het maximum aantal vijf.

2. Eén en ander is verder uitgewerkt in het bestek nr. 2007-008 met als definitieve versie 04/2008; deel A van dit bestek is de “Biedingsleidraad van 19 oktober 2007 zoals geactualiseerd met het oog op het indienen van de BAFO”.

Op blz. 21 van de voormelde leidraad wordt gesteld dat de eerste offertes van de geselecteerde gegadigden beoordeeld worden, in eerste instantie naar volledigheid, voorts op formele vereisten. Vervolgens wordt gesteld dat de offertes worden getoetst naar de overeenstemming met de minimale eisen van het bestek - formeel regelmatige offertes die niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen zoals bepaald in het bestek worden van nadere beoordeling uitgesloten.

De formeel regelmatige offertes die na een positieve beoordeling t.a.v. de minimale eisen van het bestek voor nadere beoordeling in aanmerking komen, worden toegelaten tot de onderhandelingen.

Ter sluiting van de onderhandelingen dienen de kandidaten hun BAFO (best and final offer) in te dienen. Volgens de leidraad (blz. 23) is het is de kandidaten toegestaan in de begeleidende brief bij hun BAFO technische voorstellen

op eigen initiatief te formuleren die als dusdanig geen deel uitmaken van de BAFO; mocht een bepaalde BAFO als meest voordelige aangemerkt worden dan kunnen op gebeurlijk initiatief van de aanbestedende overheid die technische voorstellen in aanmerking worden genomen in het kader van de finale contractbesprekingen voorzover de kandidaat in de de BAFO begeleidende brief uitdrukkelijk verklaart dat de betrokken technische voorstellen geenszins afbreuk doen aan de bindende kracht van de BAFO. De kandidaten zullen als voorwaarde voor het indienen van een BAFO een “BAFO en Financial Close” - waarborg moeten verstrekken ter waarde van 5 miljoen euro. Deze waarborg dient 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. De gedetailleerde voorwaarden te stellen aan de waarborg zijn opgenomen als bijlage 3.

Volgens de leidraad (blz. 24) zullen de BAFO's in de eerste plaats worden beoordeeld naar de volledigheid ervan. Tegelijkertijd wordt geverifieerd of ze voldoen aan de formele eisen voor hun regelmatigheid. Onverminderd de mogelijkheid voor de projectcoördinator om aanvullende gegevens op te vragen, kan een onvolledige BAFO of een BAFO die niet aan de formeel gestelde eisen voldoet, worden geweerd. Vervolgens wordt getoetst of de formeel regelmatige BAFO's in overeenstemming zijn met de minimale eisen zoals bepaald in het bestek. De projectcoördinator kan ter verduidelijking of toelichting daaromtrent vragen stellen aan één of meer kandidaten. De formeel regelmatige BAFO's die niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen zoals bepaald in het bestek “kunnen van verdere beoordeling worden uitgesloten”.

Na deze toetsing worden de overgebleven BAFO's beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria en wordt een rangschikking opgesteld.

Vervolgens kunnen -en dit enkel op initiatief van de aanbestedende overheid- met de eerst gerangschikte kandidaat finale contractbesprekingen plaatshebben met als doel waar mogelijk de prijs/kwaliteitsverhouding verder te optimaliseren en de draagwijdte van de aan te gane rechten en verplichtingen zo nodig verder te preciseren en definitief vast te leggen. Daarbij wordt geen afbreuk gedaan aan de gegevens op grond waarvan de betrokken offerte als de voordeligste is gerangschikt. Bij volledige overeenstemming wordt de opdracht gegund door de ondertekening van de definitieve contractuele stukken.

Na het ondertekenen van de DBFM-overeenkomsten (één voor het tramgedeelte, één voor het niet-tramgedeelte) zullen de kandidaat en de vennootschap gedurende 30 werkdagen in de gelegenheid gesteld worden om Financial Close te bereiken. Het niet tijdig bereiken van Financial Close is een grond voor onmiddellijke beëindiging van de DBFM-overeenkomsten waarbij de kandidaat een onmiddellijk opeisbare gefixeerde schadevergoeding verschuldigd is van 5.000.000,00 euro.

3. Artikel 3 van de leidraad (blz. 27) bevat gunningscriteria namelijk een financieel en een technisch criterium.

4. Artikel 4 van de leidraad (vanaf blz. 37) betreft “eisen aan de inhoud voor de offerte”.

Voorafgaandelijk wordt vermeld dat de kandidaat zijn offerte zo moet uitwerken dat er zonder enig voorbehoud aan de eisen van het bestek kan worden voldaan, de in de offerte aangeboden prijzen als maximum zijn gegarandeerd, de vereiste kwaliteit en timing worden gegarandeerd, risico's worden onderkend en beheersing ervan wordt geaccepteerd. “Niet-bijvoeging van de vereiste documentatie, of niet-naleving van de minimale eisen, kan leiden tot de uitsluiting van deze procedure”.

De offerte dient te bestaan uit drie delen (naast de tweedeling tramgedeelte en niet-tramgedeelte): een administratief deel, een financieel deel en een technisch deel.

Bij het financieel deel trekken volgende elementen de aandacht :

/ Inzake de randvoorwaarden van de financiering

- wordt op blz. 45 vermeld dat de BAFO een bankgarantie dient te bevatten van 5 miljoen euro die beoogt dat de kandidaat zich via de BAFO verbindt tot uitvoering van de opdracht, mocht die hem toegewezen worden, en dat de kandidaat de nodige inspanningen zal leveren om in voorkomend geval tot contractsluiting en “Financial Close” te komen.
- worden op blz. 48 zekere bepalingen inzake de prijsherziening opgegeven.

/Op blz. 62 wordt vermeld dat de BAFO een “voldoende betrouwbaar financieringsvoorstel” dient te omvatten opdat de aanbestedende overheid zeker kan zijn dat er bij de keuze van een kandidaat geen wezenlijke wijzigingen zullen zijn

met betrekking tot de basisvoorwaarden van de offerte vóór de Financial Close en dat de financiering binnen een tijdspanne van 120 kalenderdagen na indiening van de BAFO en binnen de 30 werkdagen na contractsluiting kan worden aangetrokken aan die voorwaarden zodat tot Financial Close kan worden gekomen. De aanbestedende overheid zal bij deze beoordeling onder andere rekening houden met volgende factoren :

- duidelijke aanvaarding van de verschillende onderdelen van het bestek door de kandidaat en de financiers;
- bewijs van aanvaarding door de financiers van de voorstellen en hun bevoegdheid en bereidheid om de financiering te verschaffen aan de voorgestelde voorwaarden;
- het bewijs dat er zich geen wijzigingen zullen voordoen bij de risicospreiding voor de kandidaat en/of financiers;
- een verklaring dat geen prijsverhoging zal aangerekend worden als gevolg van een misrekening of vergetelheid.

5. Vijf inschrijvers worden geselecteerd (THV Travant, THV Silvius, THV DANK, THV Antram en THV Sesam). Deze krijgen het bestek toegestuurd en mogen een eerste offerte indienen op 8 februari 2008. Enkel THV Travant, THV Silvius en THV DANK doen zulks.

Met een brief van 23 mei 2008 gericht aan de tussenkomen partij NV BAM merken de verzoekende partijen op dat er een aantal omstandigheden zijn die het hen onmogelijk maken om binnen de voorziene termijn -uiterlijk 6 juni 2008- een BAFO in te dienen die in alle opzichten zou beantwoorden aan de verwachtingen van de aanbestedende overheid; ze vragen een uitstel van één maand. Alsdan vermelden ze de bedoelde omstandigheden en verwijzen onder meer naar de herijkingsformule voor de prijsherziening die voor hen onduidelijk blijft en naar een aantal opmerkingen van de kandidaat-financiers die deze “als kritisch beschouwen”.

Hierop antwoordt de verwerende partij met een brief van 29 mei 2008 waarin zij stelt dat de brief van 23 mei 2008 geen substantieel nieuwe elementen bevat in vergelijking met de punten die tijdens onderhandelings sessies sedert maart 2008 werden uiteengezet. Ze wijst voorts op een wijzigingsbericht bij het bestek, eerdere briefwisseling en het toelichtingsmoment van 13 mei 2008 waarin het standpunt van de aanbestedende overheid ten aanzien van alle kandidaten werd bevestigd en verduidelijkt. Het gevraagde uitstel wordt niet toegestaan.

6. De laatstgenoemde drie kandidaten dienen elk een BAFO in op 6 juni 2008.

De verzoekende partijen, optredend als THV Travant, voegen bij de brief waarbij ze hun BAFO indienen, drie bijlagen. In die brief wordt medegedeeld dat bijlage 1 (contractuele aspecten) en bijlage 2 (financiële aspecten) een "wezenlijk onderdeel" van de BAFO vormen. "Bijlage 3 bevat een aantal onderhandelingspunten en verdere punten tot optimalisatie van de BAFO die, indien de opdrachtgever er gevolg aan zou geven, toelaten value for money te verkrijgen". Voorts verklaart de THV in die brief "zonder afbreuk te doen aan hetgeen voorafgaat" dat de inschrijver "aan alle eisen van het bestek kan en zal blijven voldoen" en voorts "dat met de brieven van BAM van 25 april 2008 en de brief van de aanbestedende overheid van 20 mei 2008 en van 28 mei 2008 is rekening gehouden".

De verzoekende partijen hebben de voorgedrukte woorden "volledig kennis te hebben genomen van het Bestek en dit volledig te hebben begrepen en de bepalingen ervan onvoorwaardelijk te hebben aanvaard" uit het model van offerteformulier dat door hen ondertekend werd, verwijderd.

Voorts ontbreekt in de betrokken BAFO de "BAFO en Financial Close" - waarborg ("bid bond") en wordt daarentegen in document 1.3 (borgtocht) van het administratief deel van de BAFO door de verzoekende partijen uitdrukkelijk vermeld dat ze slechts "alle redelijke inspanningen zullen ondernemen om de gevraagde bid bond te doen afleveren" indien [zij] als voorkeurbieder worden aangewezen en onder de in bijlage bij de begeleidingsbrief bedoelde "aannames" : in de voormelde bijlage 1 worden aldus een aantal contractuele elementen opgesomd betiteld als "aannames" waaronder de BAFO voor wat de contractuele aspecten betreft (bepalingen in de twee DBFM-overeenkomsten), wordt ingediend. In de voormelde bijlage 2 worden een aantal financiële elementen opgesomd ook aangemerkt als "aannames" waaronder de BAFO wordt ingediend.

7. Er grijpt een "conformiteitsbeoordeling" plaats door de NV BAM waarover verslag wordt opgesteld - stuk 21 van de verwerende partij waaraan zij de datum 4 juli 2008 geeft. De technische bijlagen van dat verslag worden vertrouwelijk verklaard.

Inzake de overeenstemming van de BAFO's met de minimale eisen van het bestek wordt gesteld :

“Wat betreft de administratieve, financiële en technische delen werden de BAFO’s getoetst aan de ‘Eisen aan de inhoud van de Offerte’ zoals respectievelijk bepaald in de hoofdstukken 4.1, 4.2 en 4.3 van de Leidraad en werd met name nagegaan of zij voldoen aan de minimale eisen van het Bestek.

In dit kader zijn afwijkingen van de minimale eisen van het Bestek die de vergelijkbaarheid van de BAFO’s van de Bieders in het gedrang kunnen brengen en/of waarvan de aanvaarding van deze afwijkingen in de BAFO zou vereisen dat het Bestek zelf alsnog op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd, niet aanvaard.

Conform artikel 2.8 van de Leidraad geldt immers dat er in de volgende fase van de procedure met de Bieder die de als economisch meest voordelig geïdentificeerde BAFO heeft ingediend, enkel nog finale contractsbesprekingen kunnen worden aangegaan op initiatief van de Aanbestedende Overheid, zonder dat zij daartoe evenwel verplicht is. Bovendien zal het doel van die gebeurlijke finale contractbesprekingen er enkel in bestaan ‘om, zonder afbreuk te doen aan de elementen die maken dat de Offerte op grond van de ingediende en bindende BAFO als de voordeligste werd gerangschikt, waar mogelijk, de prijs/kwaliteitsverhouding met het oog op het project Brabo I verder te optimaliseren en de draagwijdte van de aan te gane rechten en verplichtingen zo nodig verder te preciseren en definitief vast te leggen”.

Inzake de BAFO van de THV DANK stelt het verslag dat deze als “volledig en formeel regelmatig” dient te worden beschouwd.

Wat voorts de overeenkomst met de minimale bestekseisen -financieel deel- betreft luidt het :

“In het financiële deel werden geen elementen vastgesteld waarvan wordt geoordeeld dat zij niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen van het Bestek (m.a.w. geen elementen die de vergelijkbaarheid van de BAFO’s van de Bieders in het gedrang kunnen brengen en/of waarvan de aanvaarding van deze afwijkingen in de BAFO zou vereisen dat het Bestek zelf alsnog op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd).

Ter illustratie hiervoor wordt verwezen naar de evaluatietabel voor wat betreft het financiële deel zoals opgenomen als Bijlage 6.2.1.

Weliswaar wordt gepreciseerd dat in de begeleidende brief bij de BAFO van de THV D.A.N.K. wordt verwezen naar (eerder met een schrijven d.d. 9 en 15 mei 2008 meegedeelde) ‘specifieke commentaren’ van derde partijen (m.n. externe financiers en hun adviseurs) op basis waarvan de voorwaarden van de externe financiering momenteel nog niet definitief vastliggen.

Evenwel brengen voormelde ‘specifieke commentaren’ noch de bindende kracht van de BAFO van de THV D.A.N.K., noch het onvoorwaardelijk karakter ervan in het gedrang. Hiervoor kan onder meer ook verwezen worden naar de aanwezigheid van een met de Leidraad conforme ‘BAFO en Financial Close garantie’ alsook naar het conform de Leidraad geldig ondertekende offerteformulier waarin de expliciete onvoorwaardelijke aanvaarding met alle bepalingen van het Bestek werd opgenomen. Op het toelichtingsmoment van

24 juni 2008 werd de bindende kracht en het onvoorwaardelijk karakter van de BAFO van de THV D.A.N.K. ten aanzien van de Aanbestedende Overheid bevestigd’.

Er werden in deze fase verder ook enkele lacunes en/of afwijkingen vastgesteld doch ze worden niet als afwijkingen op de minimale eisen beschouwd. Het betreft immers punten waaraan op eenvoudige wijze tegemoet kan worden gekomen tijdens eventuele finale contractbesprekingen. Zo past de THV D.A.N.K. een groeivoet en de Prijsherzieningsformule toe op 1 april van ieder jaar en dus niet vanaf 1 jaar beschikbaarheid zoals strikt vereist in het Bestek; verder ontbreken mineure items in het financieel model zoals assumpties inzake herfinanciering en bepaalde projecties in reële termen. De regularisatie hiervan, d.w.z. in voorkomend geval van finale contractbesprekingen, zou in alle redelijkheid niet tot gevolg kunnen hebben dat zij de BAFO nog op substantiële wijze wijzigt en/of de rangschikking van de BAFO’s zou beïnvloeden”.

Inzake de BAFO van de THV Silvius stelt het verslag dat deze eveneens als “volledig en formeel regelmatig” dient te worden beschouwd.

Wat de overeenkomst met de minimale bestekseisen - financieel deel- betreft luidt het :

“In het financiële deel werden geen elementen vastgesteld waarvan wordt geoordeeld dat zij niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen van het Bestek (m.a.w. geen elementen die de vergelijkbaarheid van de BAFO’s van de Bieders in het gedrang kunnen brengen en/of waarvan de aanvaarding van deze afwijkingen in de BAFO zou vereisen dat het Bestek zelf alsnog op substantiële punten wordt of moet worden gewijzigd).

Ter illustratie hiervoor wordt verwezen naar de evaluatietabel voor wat betreft het financiële deel zoals opgenomen als Bijlage 6.2.2.

Weliswaar wordt gepreciseerd dat in de begeleidende brief bij de BAFO wordt verwezen naar ‘specifieke randvoorwaarden’ van derde partijen (m.n. externe financiers en hun adviseurs) op basis waarvan de voorwaarden van de externe financiering momenteel nog niet finaal vastliggen.

Evenwel brengen voormelde ‘specifieke randvoorwaarden’ noch de bindende kracht van de BAFO van de THV SILVIUS, noch het onvoorwaardelijk karakter ervan in het gedrang. Hiervoor kan onder meer ook verwezen worden naar de aanwezigheid van een met de Leidraad conforme ‘BAFO en Financial Close garantie’ alsook naar het conform de Leidraad geldig ondertekende offerteformulier waarin de expliciete onvoorwaardelijke aanvaarding met alle bepalingen van het Bestek werd opgenomen (en naar de begeleidende brief waarin wordt verklaard dat de BAFO bindend is). Op het toelichtingsmoment van 24 juni 2008 werd de bindende kracht en het onvoorwaardelijk karakter van de BAFO van de THV SILVIUS bevestigd.

Er werden in deze fase verder ook enkele lacunes en/of afwijkingen vastgesteld doch ze worden niet als afwijkingen op de minimale eisen beschouwd. Het betreft immers punten waaraan op eenvoudige wijze tegemoet kan worden gekomen tijdens eventuele finale contractbesprekingen. Zo ontbreken mineure items in het financieel model zoals berekeningen van uitgestelde belastingen,

kapitaalsubsidies, assumpties inzake herfinanciering, vereiste projecties in reële termen en wettelijke reserves. De regularisatie hiervan, d.w.z. in voorkomend geval van finale contractbesprekingen, zou in alle redelijkheid niet tot gevolg kunnen hebben dat zij de BAFO nog op substantiële wijze wijzigt en/of de rangschikking van de BAFO's zou beïnvloeden”.

Inzake de BAFO van de THV Travant stelt het verslag :

#### “5.1.Volledigheid en formele regelmatigheid

Eigenhandig aangepast en hierdoor onregelmatig offerteformulier

Nazicht van het administratief deel 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 Bieders 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 Bieder 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 ‘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 Bieder 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 contractbesprekingen 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.

## 5.2. 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 zelf 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 tov 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  $[BI=0,4 \frac{s}{S} + 0,4 \frac{i}{I} + 0,2]$ ) naast zich neer en past zij een andere begrenzing toe ( $BI=0,5 \frac{s}{S} + 0,5 \frac{i}{I}$ ). Bovendien neemt zij op vlak van de driejaarlijkse herijking na drie jaar 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 aansprakelijkheidsbegrenzing 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 begrenzingen op aansprakelijkheid voor liquidated damages (boetepunten, onbeschikbaarheidsvergoedingen, etc.).

### 5.3. 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”.

8. Met een brief van 4 juli 2008 meldt de verwerende partij de THV Travant dat haar BAFO wordt geweerd voor het verdere verloop van de onderhandelingsprocedure. Inzake motieven verwijst ze naar een bijlage die een uittreksel is uit het hiervoor aangehaalde conformiteitsverslag namelijk het deel betreffende de betrokken BAFO .

9. In een brief van 9 juli 2008 verklaart de THV Travant dat ze “correct gehandeld [heeft] door niet te willen laten uitschijnen dat zij ‘onvoorwaardelijk’ haar BAFO indiende” en zij stelt voorts : “Ook het indienen van een onvoorwaardelijke ‘Bid Bond’ bleek in deze fase om deze redenen overbodig, maar blijft zeker bespreekbaar”. Ze wijst er op dat de leidraad vereist dat de kandidaat en de financiers onvoorwaardelijk de bepalingen van het bestek aanvaarden. Ze vraagt om te bevestigen dat zij opnieuw wordt toegelaten tot de onderhandelingen, dan wel “dat elke BAFO van de concurrerende consortia die regelmatig zou zijn verklaard noch in hoofde van die consortia noch in hoofde van hun financiers enige voorwaarde of aanname bevat die afbreuk aan het bindend of onvoorwaardelijk karakter van die offertes doet”.

10. De verwerende partij antwoordt hierop met een brief van 10 juli 2008. Ze bevestigt dat de twee andere inschrijvers “de bepalingen van het bestek onvoorwaardelijk hebben aanvaard”. Zij geeft in bijlage de ondertekende offerteformulieren bij de respectieve BAFO’s, “waarin die verklaring werd opgenomen, in tegenstelling tot het offerteformulier van uw consortium”.

Voorts stelt de verwerende partij :

“Uw lezing als zou pagina 63 (of enige andere passage) van de Leidraad inhouden dat ook de financiers zich reeds onvoorwaardelijk dienden te verbinden, is niet correct en zou het in het Bestek verankerde mechanisme van de Financial Close volstrekt zinledig maken”.

Ze merkt ook op dat ook bij de twee andere BAFO's er sprake is van “specifieke commentaren” van externe financiers op grond waarvan de voorwaarden van hun externe financiering momenteel ook nog niet definitief vastliggen doch voegt er aan toe :

“Het fundamentele verschil met de BAFO van uw consortium Travant bestaat er evenwel in dat voormelde ‘specifieke commentaren’ geenszins afbreuk doen aan de bindende kracht van de BAFO's van de [respectieve] andere bidders noch aan het onvoorwaardelijke karakter ervan”.

Er wordt nog opgemerkt dat beide andere THV's hun besteksgebondenheid tevens vergrendeld hebben met een aan de leidraad conforme “BAFO en Financial Close garantie” :

“In tegenstelling tot de BAFO van uw consortium Travant (waarin voormelde verbintenissen alsook de onderliggende documenten ontbreken) aanvaarden de beide andere bidders derhalve uitdrukkelijk hun aansprakelijkheid ten opzichte van de Aanbestedende Overheid 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”.

11. Hierop dienen de verzoekende partijen een vordering in bij de Raad van State tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van de verwerende partij, het Vlaamse Gewest en de NV BAM om de BAFO van de verzoekende partijen onregelmatig te verklaren, de BAFO's van de andere bidders regelmatig te verklaren, een voorkeurbieder aan te wijzen en de opdracht toe te wijzen.

Bij arrest nr. 185.539 van 30 juli 2008 verwerpt de Raad van State de vordering als niet ontvankelijk.

12. Op 13 augustus 2008 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij :

“1 .de beslissing van 2 juli 2008 waarbij aan de directeur-generaal de bevoegdheid wordt gedelegeerd om de conformverklaring van de offertes, overeenkomstig het voorstel van de stuurgroep, te bekrachtigen, wordt ingetrokken;  
2. de beslissing van de directeur-generaal van 4 juli 2008 om de BAFO van THV Travant wegens onregelmatigheid van de door haar ingediende BAFO te weren voor het verder verloop van de onderhandelingsprocedure, wordt ingetrokken;  
3. De BAFO's van THV D.A.N.K. en THV Silvius, ingediend op 6 juni 2008, worden regelmatig verklaard en de BAFO van THV Travant, ingediend op 6 juni 2008, wordt als onregelmatig geweerd en dit alles op grond van de motieven zoals weergegeven in het ‘verslag conformiteitsbeoordeling’ van 4 juli 2008 dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en waarvan de raad van bestuur zich de motivering eigen maakt zodat deze integrerend deel uitmaakt van deze beslissing”.

Met brieven van 14 augustus 2008 stelt de directeur-generaal van de verwerende partij de drie inschrijvers in kennis van de hiervoor als derde aangehaalde en te dezen bestreden beslissingen: aan de verzoekende partijen wordt medegedeeld dat hun BAFO wordt geweerd voor het verdere verloop van de onderhandelingsprocedure, aan de twee andere inschrijvers wordt medegedeeld dat hun BAFO formeel regelmatig is bevonden en in overeenstemming met de minimale eisen van het bestek.

#### *De grondvoorwaarden voor de schorsing*

13. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

14. De verwerende partij en de tussenkomende partijen optredend als THV Silvius voeren excepties aan betreffende de ontvankelijkheid van de vordering. Vooralsnog is er geen noodzaak om over deze excepties exhaustief uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, hetgeen, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

In de huidige stand van de procedure kan worden volstaan met vast te stellen dat de verzoekende partijen in hun middelen pogen aan te tonen dat

de andere bidders even onregelmatig zijn als zichzelf en zich evenmin onvoorwaardelijk verbonden hebben dan wel dat er onduidelijkheid is over de zogenaamde minimale leidraadeisen waaraan de verzoekende partijen zouden zijn tekort gekomen. Het onderzoek van de exceptie die steunt op de onregelmatigheid van de BAFO van de verzoekende partijen valt dienvolgens samen met het onderzoek van de middelen.

15.1. Wat de tweede in het voormelde artikel 17 opgenomen voorwaarde betreft, voeren de verzoekende partijen in een *eerste middel* de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het "daarin vervatte beginsel van de gelijke behandeling van de kandidaten", van de artikelen 2.8 en 4 van Deel A : leidraad van het bestek, van het beginsel "patere legem [quam] ipse fecisti" en van "de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel".

In een eerste onderdeel wordt betoogd dat het strijdig is met het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel om de voorwaarden gesteld in de offerte van de verzoekende partijen met onregelmatigheid te sanctioneren terwijl zulks niet gebeurt met vergelijkbare voorwaarden gesteld in de offerte van de twee andere kandidaten. Dit klemmt des te meer daar waar de verwerende partij zich steunt op de verklaring van die twee kandidaten die stellen dat ze de besteksbepalingen onvoorwaardelijk aanvaarden terwijl die offertes integendeel wel voorwaarden bevatten. De verwerende partij weert in de bestreden beslissing de BAFO van de verzoekende partijen omdat die offerte niet onvoorwaardelijk is en geen bindende kracht zou hebben; in haar brief van 10 juli 2008 erkent de verwerende partij echter dat de BAFO's van de twee andere kandidaten ook specifieke commentaren of randvoorwaarden uitgaande van de externe financiers bevatten op grond waarvan de voorwaarden van hun externe financiering ook nog niet definitief vastliggen; ze erkent dus dat die twee andere BAFO's ook geen bindend financieringsvoorstel bevatten; ze stelt echter dat die voorwaarden geen afbreuk doen aan de bindende kracht van de twee BAFO's noch aan het onvoorwaardelijk karakter ervan; immers hebben volgens de verwerende partij beide betrokken kandidaten een bid bond afgeleverd en een offerteformulier met de onvoorwaardelijke aanvaarding van de besteksbepalingen erin; nog volgens de verwerende partij is een voorwaarde gesteld door een financier slechts een voorwaarde van een derde. Deze stellingname is echter onjuist :

- de voorwaarden van de financiers hebben eveneens een wijziging of aanpassing van het bestek tot gevolg; de opdracht impliceert de financiering, de voorwaarden van de financiering maken dus deel uit van de offerte en zijn dus geen

voorwaarden van derden; zo was het ook bij de BAFO van de verzoekende partijen; de voorwaarden van de financiers werden door de verzoekende partijen hernomen in hun BAFO;

- dat de twee andere bidders in hun offerteformulier zich zogenaamd onvoorwaardelijk verbinden houdt niets in nu in hun offerte zelf dit door de voorwaarden van hun financiers wordt tegengesproken;
- dat de twee andere kandidaten een bid bond hebben afgeleverd is evenzeer irrelevant nu het onduidelijk is wanneer die bid bond kan worden afgeroepen: op grond van de voorwaarden van het bestek of van die van de -voorwaardelijke- BAFO.

Zulks strijdt met het gelijkheidsbeginsel: de verwerende partij mocht geen onderscheid maken tussen offertes die een beetje voorwaardelijk zijn en andere die verscheidene voorwaarden of afwijkingen van het bestek bevatten; ofwel houdt een offerte voorwaarden in, ofwel niet.

In een tweede onderdeel wordt gesteld dat het strijdig is met de artikelen 2.8 en 4 van de leidraad van het bestek en het “patere legem”- beginsel om te oordelen dat voorwaarden gesteld door financiers die een wijziging inhouden van het bestek, geen essentiële afwijkingen van het bestek zijn, temeer aangezien vergelijkbare afwijkingen wel tot de onregelmatigverklaring aanleiding gaven van de BAFO van de verzoekende partijen. In haar brief van 10 juli 2008 erkent de verwerende partij dat de voorwaarden voor de externe financiering van de twee andere bidders nog niet vastliggen omdat die financiers zekere commentaren geven of voorwaarden stellen die bestekswijzigingen veronderstellen; het zou echter volgens de verwerende partij hier niet gaan om afwijkingen van essentiële besteksbepalingen; ze schrijft dat op bladzijde 63 van de leidraad niet moet gelezen worden dat de financiers zich onvoorwaardelijk moeten verbinden. Dit standpunt strijdt met het gelijkheidsbeginsel, de bepalingen van het bestek, het “patere legem” - beginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel. Immers schrijft artikel 2.8 van de leidraad voor dat BAFO's die niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen van het bestek, worden geweerd. Het financieel gedeelte van de offerte bevat een aantal minimale eisen; ook vermeldt artikel 4.2.c van de leidraad dat bij de beoordeling van het voldoen aan de minimale eisen er rekening gehouden wordt met de duidelijke aanvaarding van de verschillende onderdelen van het bestek door de financiers en met de aanvaarding door de financiers van de voorstellen. Zowel de kandidaten als de financiers dienen de besteksbepalingen onvoorwaardelijk te aanvaarden. Het blijkt bovendien dat voorwaarden die financiers stellen die een bestekswijziging inhouden, nu eens wel voor de verwerende partij aanleiding zijn om een inschrijver onregelmatig

te verklaren dan weer niet; dit strijdt met het gelijkheidsbeginsel. Zelfs al is er bepaald in de leidraad dat de financieringsovereenkomsten pas in het licht van het sluiten van het contract worden gefinaliseerd, heeft zulks geen uitstaans met het feit dat de financiers in de BAFO onvoorwaardelijk hun verbintenis moeten laten opnemen dat ze de besteksbepalingen aanhangen.

15.2. Het middel, zoals overigens de voorliggende vordering in haar geheel, stelt de Raad van State voor een aantal -in het contentieux van de overheidsopdrachten gekende- problemen. Ze beperken terdege de mate waarin hij rechtsbescherming kan bieden, ondanks de zwaarwichtige belangen die in het geding zijn. In de eerste plaats is er de omvang van verzoekschriften en stukken, voorts de techniciteit van het debat waarin gebruik wordt gemaakt van een geijkte terminologie die voor een deel zelfs niet tot de Nederlandse taal behoort, ten slotte is er het feit dat een aantal stukken van het administratief dossier -en sommige zelfs gedeeltelijk- vertrouwelijk worden verklaard. Zo deze gegevens in een zaak ten gronde al een aanzienlijke bijkomende behandelingstijd voor de Raad van State met zich meebrengen, leiden ze in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige die tot een snelle toetsing noopt, onvermijdelijk tot een in wezen onvolkomen en vluchtige beoordeling die echter voor de Raad de enig toegestane is, bij toepassing van artikel 21bis, § 2, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Het is met dat voorbehoud dat hetgeen volgt dient te worden gelezen.

15.3. Reeds bij eerste lectuur van de hierboven aangehaalde uittreksels uit de “conformiteitsbeoordeling” lijkt het onderscheid dat de aanbestedende overheid gemaakt heeft tussen de BAFO van de verzoekende partijen en die van de twee andere inschrijvers aanvaardbaar. Die vaststelling lijkt op het eerste gezicht door hetgeen is vervat in andere -deels vertrouwelijke- stukken waarop de Raad acht heeft geslagen, niet te worden ontkracht.

De BAFO die de verzoekende partijen hebben ingediend lijkt fundamenteel anders naar juridische binding dan deze van de twee andere inschrijvers : bij de verzoekende partijen ontbreekt het offerteformulier met de formule van onvoorwaardelijke aanvaarding van de besteksvoorwaarden - in hun offerteformulier verklaren ze enkel : “volledig kennis te hebben genomen van het Bestek en dit volledig te hebben begrepen”; de meergenoemde bid bond die een financieel engagement inhoudt van een bank, ontbreekt - het enige waar de

verzoekende partijen zich hier toe verbinden is dat ze onder de in bijlage 1 en 2 bij hun begeleidingsbrief bedoelde aannames, alle redelijke inspanningen zullen ondernemen om de gevraagde bid bond te doen afleveren indien zij als voorkeursbieder worden aangewezen; de beide andere bidders daarentegen hebben zichzelf verbonden tot de besteksaanvaarding -beide hebben een offerteformulier met de vermelding dat ze verklaren “volledig kennis te hebben genomen van het bestek en dit volledig te hebben begrepen en de bepalingen ervan onvoorwaardelijk te hebben aanvaard”- en ze hebben beide een bid bond ingediend.

De verzoekende partijen hebben een BAFO ingediend onder de uitdrukkelijke verwijzing naar een eerste en tweede bijlage die, naar ze zelf stelden, één geheel uitmaken met hun BAFO. Op die wijze zijn de BAFO's van de twee andere bidders niet opgesteld: de voorwaarden die de financiers van die twee bidders vooropstellen, lijken formeel thans geen voorwaarden van de verbintenis van die twee andere bidders t.a.v. de aanbestedende overheid; hoe een bidder zijn project financieel rond krijgt lijkt thans in eerste instantie een zaak voor die bidder - daartoe engageert hij een financier waar hij eigen rechtsverhoudingen mee ontwikkelt; waar de aanbestedende overheid wel zicht op wil hebben is op het sérieux van de financieringsvoorstellen en daartoe voorziet artikel 4.2.c van de leidraad (blz. 62) erin dat een BAFO een voldoende betrouwbaar financieringsvoorstel moet bevatten.

Met de genoemde verschillen tussen de BAFO's mocht de aanbestedende overheid terecht rekening houden - op het eerste gezicht lijken in tegenstelling tot de verzoekende partijen de twee andere bidders zich juridisch (offerteformulier) en financieel (bid bond) te verbinden in een voor de aanbestedende overheid aanneembare mate terwijl de verzoekende partijen zich verbonden onder eigen voorwaarden en voorwaarden van externen die ze als voorwaarden van haar BAFO beschouwden. Anderzijds lijkt de aanbestedende overheid gerechtigd de houding van de financiers van de twee aanvaarde bidders als thans niet substantieel bepalend te beschouwen nu ze oordeelde dat het om betrouwbare financieringsvoorstellen ging, dat de bidders zich verbonden hadden en dat de financiers derden zijn t.a.v. de aanbestedende overheid.

Aldus lijkt niet aangetoond dat de in het middel geschonden geachte rechtsnormen zijn geschonden. Het middel is niet ernstig.

16.1. In een *tweede middel* voeren de verzoekende partijen de schending aan van “het transparantiebeginsel, het beginsel patere legem [quam] ipse fecisti en

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel”.

De verzoekende partijen citeren daartoe artikel 2.8 en 4 van de leidraad en de bepaling daaruit luidens welke de onderdelen van de offerte op zodanig niveau moeten worden uitgewerkt dat zonder enig voorbehoud aan de eisen van het bestek kan worden voldaan en luidens welke het offerteformulier de verklaring van de inschrijver dient te bevatten dat die de bepalingen van het bestek “onvoorwaardelijk aanvaardt”. De BAFO van elke kandidaat dient dus zonder enig voorbehoud te worden ingediend en moet de onvoorwaardelijke aanvaarding van het bestek inhouden.

De verwerende partij gaat echter aan een niet in het bestek bepaald criterium toetsen namelijk onderscheid makend tussen minimale eisen die geen afwijking verdragen en minimale eisen die dat wel doen; minimale eisen die een afwijking verdragen zouden eisen zijn waarvan de afwijking geen aanleiding geeft tot onvergelykbaarheid der BAFO's of substantiële bestekswijzigingen.

16.2. De verzoekende partijen lijken in wezen in het algemeen aan te klagen dat niet alle bepalingen van de leidraad even strikt worden geïnterpreteerd, maar in concreto klagen ze niet aan dat de beoordeling van de verwerende partij van de aangenomen BAFO's, waaruit soepelheid blijkt, verkeerd zou zijn. De verzoekende partijen lijken er voorts ten onrechte van uit te gaan dat de leidraad op elk punt substantieel is - dit lijkt niet te stroken met de veronderstelde dynamiek van een onderhandelingsprocedure. Waar het inderdaad onrechtmatig kan zijn dat in een onderhandelingsprocedure gunningscriteria worden gebruikt die niet in een toepasselijk bestek zijn geëxpliciteerd lijkt het te dezen lijkt niet dat er een dergelijk nieuw criterium is toegepast. De leidraad zelf voorziet in discretionaire beoordelingsbevoegdheid van de aanbestedende overheid : in artikel 2.8 bijvoorbeeld wordt uitdrukkelijk gesteld dat BAFO's met een afwijking van de minimale eisen van verdere beoordeling “kunnen” worden uitgesloten. Het middel is niet ernstig.

17.1. Een *derde middel* wordt door de verzoekende partijen afgeleid uit de schending van artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken “juncto het gelijkheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en uit de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met name van het zorgvuldigheidsbeginsel, en de verplichting voor de

openbare overheden om hun beslissing te steunen op wettige en toelaatbare motieven”.

De verzoekende partijen stellen niet in staat te zijn de motieven van de verwerende partij te kennen om hun BAFO onregelmatig te verklaren en die van de andere twee inschrijvers regelmatig. In de bestreden beslissing is niet gemotiveerd waarom de BAFO van de verzoekende partijen onregelmatig is verklaard; uit het conformiteitsverslag waarnaar de bestreden beslissing verwijst, kunnen de verzoekende partijen niet afleiden waarom de zogenoemde specifieke commentaren of randvoorwaarden in de BAFO's van de twee andere inschrijvers niet van die aard waren om deze BAFO's onregelmatig te verklaren. Nochtans had het eerdere tussenarrest precies aangeklaagd dat de verzoekende partijen in de onmogelijkheid waren om hun BAFO door de rechter vergeleken te zien met de BAFO's die de verwerende partij wel als regelmatig beschouwt. Het conformiteitsverslag beperkt zich tot een quasi-standaard formulering. In zoverre dit verslag handelt over het financieel luik van de BAFO's van de twee andere inschrijvers verwijst het naar een evaluatietabel in bijlage tot het verslag; deze tabel handelt echter niet over de voorwaarden waaraan de BAFO's van die inschrijvers gekoppeld zijn.

17.2. Artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 lijkt niet geschonden : aan de verzoekende partijen zijn de uitvoerige motieven voor het weren van hun BAFO medegedeeld.

De bestreden beslissing verwijst naar een bijgevoegd verslag van de conformiteitsbeoordeling, zoals hiervoor weergegeven na randnummer 7. In dit verslag wordt op een bevattelijke wijze uiteengezet waarom de BAFO van de verzoekende partijen wordt geweerd -redenen van onvolledigheid, formele onregelmatigheid en niet overeenstemming met bepaalde eisen van het bestek- en waarom de BAFO's van de twee andere inschrijvers regelmatig worden verklaard niettegenstaande specifieke randvoorwaarden of commentaren- deze zouden de relatie bidder/aanbestedende overheid niet rechtstreeks betreffen niettegenstaande bepaalde lacunes en afwijkingen t.a.v. de minimale eisen die hier door de aanbestedende overheid als niet substantieel worden beschouwd. Onder voorbehoud van het feit dat bijlagen vertrouwelijk zijn gehouden, lijkt aldus aan de formele motiveringsverplichting voldaan. De Raad heeft binnen de genoemde beperkingen van zijn onderzoeksmogelijkheden de offertes van de partijen nagezien en de vaststellingen van de aanbestedende overheid gecontroleerd; deze lijken correct; de

inschatting van de voorwaarden van de drie inschrijvers door de aanbestedende overheid en de verschillende conclusies lijken niet aangetast door onrechtmatigheden. Duidelijk lijkt in het beoordelingsverslag naar voor te komen dat de zogenaamde voorwaarden bij de aanvaarde BAFO's geen voorwaarden zijn die de BAFO's bezwaren doch elementen die de onderhandelingen tussen bidders en financiers aanbelangen en dit alles in tegenstelling tot de BAFO van de verzoekende partijen die er wel door is bezwaard. T.a.v. de afwijkingen van de minimale eisen van het bestek bij de twee regelmatig verklaarde BAFO's wordt in het verslag uiteengezet waarom het hier niet gaat om substantiële zaken; in wezen geven de verzoekende partijen op die vaststellingen geen inhoudelijke kritiek. Dienvolgens lijkt ook niet aangetoond dat de materiële motieven van de bestreden beslissing ondeugdelijk zouden zijn.

Ten slotte is de verwijzing naar het tussenarrest van de Raad van State onterecht: zoals de verwerende partij stelt betrof het arrest enkel het feit dat de verzoekende partijen geen kritiek konden geven op de beslissing die de twee andere inschrijvers regelmatig bevond omdat deze beslissing toen gewoonweg niet voorhanden was.

Het middel is niet ernstig

### *Conclusie*

18. Geen van de middelen is ernstig bevonden. Aldus is niet voldaan aan de tweede van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden. Die vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

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

### **Artikel 1.**

De verzoeken tot tussenkomst 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, 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 van publiek recht Bam en het Vlaamse Gewest, in het administratief kort geding worden ingewilligd.



## **Artikel 2.**

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

## **Artikel 3.**

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomsten in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 1250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor een tiende.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op elf september 2008, door :

de H. D. VERBIEST,  
Mevr. S. DOMS,

kamervoorzitter,  
griffier.

**De griffier,**

**De voorzitter,**

**S. DOMS.**

**D. VERBIEST.**