

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 193.946 van 9 juni 2009
in de zaak A. 192.524/XII-5813.**

In zake :
1. de NV DENYS,
2. de NV KUMPEN,
3. de CV NIBC EUROPEAN INFRASTRUCTURE FUND,
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

tegen :

de VLAAMSE VERVOERMAATSCHAPPIJ DE LIJN,
die woonplaats kiezen bij
advocaten K. Leus en A. François,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 99.

tussenkommende partijen :

1. het VLAAMSE GEWEST,
2. de NV van publiek recht BAM (Beheersmaatschappij
Antwerpen Mobiel),
die woonplaats kiezen bij
advocaten D. D’Hooghe en F. Vandendriessche,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Denys, de nv Kumpen, de cv NIBC European Infrastructure Fund I en de nv Aswebo, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Dank, op 11 mei 2009 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing d.d. 22 april 2009 van de raad van bestuur van verwerende partij, meegedeeld bij schrijven d.d. 30 april 2009 (stuk 1) [...] :

- “- zich de motieven, opgenomen in het gunningsverslag van de beoordelingscommissie Brabo 1 (en, zij het onder voorbehoud van technisch nazicht, opgenomen als bijlage bij deze beslissing) eigen te maken;
- dienvolgens de offerte van de THV D.A.N.K. zoals ingediend op 3 april 2009 voor project Brabo 1, zoals gepubliceerd in het Europees Publicatieblad en het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juli 2007 en beschreven in Bestek 2007/008, zoals gewijzigd door TWB 01 van 14 december 2007, TWB 02 van 18 april 2008, TWB 03 van 7 januari 2009 en TWB 04 van 16 maart 2009, onvolledig en formeel onregelmatig te verklaren, terwijl de offertes van THV Silvius en THV Travant van diezelfde datum volledig en regelmatig worden verklaard;
- dienvolgens, middels een ‘Formele Gunningsbeslissing’ zoals vermeld in artikel 207 van de biedingsleidraad, de offerte van de THV Silvius van 3 april 2009 als economisch meest voordelige offerte aan te duiden voor project Brabo 1, zoals gepubliceerd in het Europees Publicatieblad en het Bulletin der Aanbestedingen van 26 juli 2007 en beschreven in Bestek 2007/008, zoals gewijzigd door TWB 01 van 14 december 2007, TWB 02 van 18 april 2008, TWB 03 van 7 januari 2009 en TWB 04 van 14 maart 2009.”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 13 mei 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 mei 2009, om 11.00 uur;

Gezien de op 20 mei 2009 ingediende verzoekschriften waarbij het Vlaamse Gewest en de NV van publiek recht BAM (Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel) vragen in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij betrokken zijn bij de bestreden beslissing en erbij belang hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoeken dienvolgens moeten worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten C. De Wolf en J. Timmermans, die verschijnen voor verzoekende partijen, van advocaten K. Leus en A. François, die verschijnen voor verwerende partij, en van advocaat E. Lefevre, die loco advocaat D. D’Hooghe verschijnt voor tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. Vermeire;

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 Vlaamse regering beslist op 16 februari 2007 dat de openbare vervoersprojecten uit de eerste fase van het Masterplan Antwerpen zullen worden uitgevoerd door een beroep te doen op alternatieve financiering in een structuur van publiek-private samenwerking gepaard gaande met de oprichting van een zogenaamd “Special Purpose Vehicle” (hierna afgekort als SPV).

2. De in het geding zijnde opdracht die daartoe dienstig moet zijn, wordt in de aankondiging in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen 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 maximumaantal vijf.

3. Eén en ander is verder uitgewerkt in het bestek nr. 2007-008. Deel A van dit bestek is de Biedingsleidraad (hierna ook: “leidraad”) die onder meer het voorwerp van de opdracht omschrijft, het verloop van de

onderhandelingsprocedure, de gunningscriteria en de gunningsmethodiek alsook de eisen aan de inhoud van de offerte en het indienen van de offertes.

4. De opdracht zoals beschreven in de leidraad (blz. 6 en volgende) betreft het selecteren van de private partner voor de op te richten SPV en de toewijzing van de opdracht tot het uitvoeren van het Project Brabo I aan de SPV, waarbij de gekozen kandidaat “in dit kader ook [zal] instaan voor de financiering van het Project Brabo I, inclusief de krediettoezeggingen en de financiële voorwaarde van deze toezeggingen, en de operationalisering ervan via de SPV”.

Het Project Brabo I dat via deze procedure aan de SPV wordt toegewezen, is, blijkens de leidraad, een DBFM-opdracht voor een clustering van twee projecten kaderend in het gedeelte openbaar vervoer van de eerste fase van het Masterplan Antwerpen met de volgende onderdelen : Tramlijn Morselt-Boechout fase 2 (“TMB”) en Tramlijn Deurne-Wijnegem fase 1 (“TDW1”).

De projectonderdelen TMB en TDW1 worden “gerealiseerd als zogenaamde “gevel-tot-gevelprojecten” waarbij volgens de in het bestek nader uitgewerkte regeling “de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn [...] opdrachtgever is voor het tramgedeelte [...] en het Agentschap Wegen en Verkeer/Vlaamse Gewest [...] voor het niet tramgedeelte”. Verwerende partij en het Agentschap Wegen en Verkeer van het Vlaamse Gewest zullen daartoe, elk wat hen betreft, een DBFM-overeenkomst afsluiten met de op te richten SPV.

De gekozen kandidaat zal, via één rechtspersoon, een meerderheidsaandeel in de SPV krijgen van 52 %. De overheid vertegenwoordigd door de nv van publiek recht BAM en de nv Lijninvest verkrijgen een minderheidsaandeel van elk 24 %. “De SPV dient haar activiteiten, contracten en financiering (zie hierover ook de bepalingen inzake de basisvoorwaarden voor de financiering - 4.2 (a)(i)) op een ESR - neutrale wijze te structureren, zodat zij vanuit dit perspectief niet gekwalificeerd kan worden als behorende tot de publieke sector en zodat de schulden aangegaan door de SPV derhalve niet worden geconsolideerd bij de schulden van het Vlaamse Gewest”.

De leidraad bepaalt verder: “De realisatie van het Project Brabo I wordt als gezamenlijke promotieopdracht aanbesteed, waarbij De Lijn optreedt als gezamenlijke aanbestedende overheid [...] overeenkomstig artikel 19 van de wet van op de overheidsopdrachten van 24 december 1993”. Verwerende partij zal aldus

“overeenkomstig artikel 19 WOO als Aanbestedende Overheid de selectie- en gunningsprocedure t.a.v. de Kandidaten [...] voeren, mede voor de overige betrokken entiteit(en) waarmee in het kader van deze gezamenlijke promotieopdracht door de SPV een contract zal worden gesloten”. De BAM wordt aangewezen om tijdens de gunningsprocedure namens de aanbestedende overheid (verwerende partij) te fungeren als centraal en enig contactpunt (blz. 7 en 11 en volgende van de leidraad).

5. Overeenkomstig de leidraad - en dit blijkt uit de nota reeds sinds de eerste versie ervan - worden de offertes op grond van twee gunningscriteria beoordeeld: het financieel criterium (60 %) en het criterium technische kwaliteit (40%). Het financieel criterium bestaat uit twee subcriteria: (i) de netto-contante waarde van de totale beschikbaarheidsvergoedingen (70 % weging van het financieel criterium) en (ii) de robuustheid en kwaliteit van het business plan (30% weging van het financieel criterium). Ook het criterium technische kwaliteit wordt onderverdeeld in diverse subcriteria (blz. 28 en volgende).

6. Vijf kandidaten worden geselecteerd (THV DANK, THV Travant, THV Silvius, THV Antram en THV Sesam). Deze krijgen het bestek toegestuurd en mogen een eerste offerte indienen op 8 februari 2008. Enkel THV DANK, THV Travant en THV Silvius doen dit. Zij worden toegelaten tot de onderhandelingen.

7. Na deze onderhandelingen wordt duidelijk op 17 april 2008 een tweede terechtwijzend bericht (TWB 02) aan de bidders verstuurd met een volledig gecoördineerde versie van het initieel bestek.

In de dan geldende leidraad is onder meer bepaald: “De Kandidaten zullen als voorwaarde voor het indienen van een BAFO een 'BAFO en Financial Close' garantie moeten stellen ter waarde van 5 miljoen €. Deze garantie 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 garantie zijn opgenomen als bijlage 3”.

De leidraad stelt ook 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 de 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 worden aangerekend als gevolg van een misrekening of vergetelheid.

8. THV DANK, THV Silvius en THV Travant dienen elk een BAFO in op 6 juni 2008.

9. Er vindt een “conformiteitsbeoordeling” plaats door de nv BAM waarvan een verslag wordt opgesteld, gedateerd 4 juli 2008. Er wordt geconcludeerd dat de BAFO’s van de THV DANK en de THV Silvius als volledig en formeel regelmatig dienen te worden beschouwd. Inzake de BAFO van de THV Travant besluit het verslag :

“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”.

10. Met een brief van 4 juli 2008 meldt de directeur-generaal van de verwerende partij aan de THV Travant dat diens BAFO wordt geweerd voor het verdere verloop van de onderhandelingsprocedure. Inzake motieven verwijst ze naar een bijlage die een uittreksel is het hiervoor aangehaalde conformiteitsverslag, namelijk het deel betreffende de betrokken BAFO.

11. Nadat hierover nog briefwisseling werd gevoerd tussen THV Travant en verwerende partij, dienen haar vennoten op 14 juli 2008 bij de Raad van State een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissingen van verwerende partij, het Vlaamse Gewest en de nv van publiek recht BAM om hun BAFO 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 deze vordering als niet ontvankelijk want zonder voorwerp en dus voorbarig.

12. Op 13 augustus 2008 beslist de raad van bestuur van De Lijn, na de beslissing van 4 juli 2008 van de directeur-generaal te hebben ingetrokken, formeel de BAFO's van de THV Silvius en de THV DANK regelmatig te verklaren en de BAFO van de THV Travant als onregelmatig te weren en dit alles op grond van de motieven zoals weergegeven in het “verslag conformiteitsbeoordeling” van 4 juli 2008.

13. Op 25 augustus 2008 dienen nv Aannemingsmaatschappij CFE, nv Fabricom -GTI, nv Aannemingen Van Wellen en nv Engema, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Travant, bij de Raad van State een vordering in tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van deze beslissing van 13 augustus 2008.

Bij arrest nr. 186.230 van 11 september 2008 wordt deze vordering verworpen omdat geen der ingeroepen middelen ernstig bleken.

14. Een financieel-juridische werkgroep enerzijds en een technische beoordelingswerkgroep anderzijds beoordelen en rangschikken vervolgens de BAFO's van de THV Silvius en de THV DANK. Dit leidt blijkbaar tot het “Verslag Beoordeling en Rangschikking BAFO's op basis van de Gunningscriteria” van 16 september 2008.

Op grond van dit verslag beslist de raad van bestuur van verwerende partij op 17 september 2008: “de BAFO van de THV Silvius wordt als de economisch meest voordelige BAFO gerangschikt op basis van de gunningscriteria zoals bepaald in de Biedingsleidraad, en derhalve wordt de THV Silvius geïdentificeerd als

voorkeursbieder met het oog op het voeren van finale contractbesprekingen overeenkomstig artikel 2.10 van de Biedingsleidraad”.

15. De THV DANK dient op 18 november 2008 bij de Raad van State een vordering tot schorsing en vernietiging van deze beslissing in. Dit is de zaak gekend onder het rolnummer A 190.384/XII-5628.

16. Op 21 november 2008 beslist de raad van bestuur van De Lijn “de opdracht Brabo I [...] zal worden gegund aan de THV Silvius op basis van de door de THV Silvius ingediende BAFO dd. 6 juni 2008 en de optimalisering van deze BAFO naar aanleiding van de finale onderhandelingen conform artikel 2.10 van de Biedingsleidraad, zoals vastgelegd in het gunningsverslag”. Dit wordt dezelfde dag meegedeeld aan de THV DANK met toekenning van een wachtperiode van 10 dagen verwijzend naar artikel 21bis, §2, van de voornoemde wet van 24 december 1993.

17. “Omwille van externe omstandigheden, m.n. de publiek bekende fundamentele verstoring van de financiële markten op wereldniveau”, dient verwerende partij, blijkens haar brief van 1 december 2008 aan de THV Silvius en de THV DANK, de als tweede gerangschikte bieder waarop verwerende partij alsnog een beroep had kunnen doen, samen met hen vast te stellen dat geen van beide erin zou slagen de nodige externe financiering te vinden ter ondersteuning van hun BAFO’s. Verwerende partij deelt mee dat zij daarom, “en in het openbaar belang dat met het Project Brabo I gepaard gaat, zal [...] onderzoeken in welke mate de financierbaarheid van het project Brabo I kan worden verhoogd, in voorkomend geval via een Terechtwijzend Bericht 3 met bepaalde wijzigingen aan het financieel luik van het bestek Brabo I, en vervolgens (minstens) uw consortium [...] uit te nodigen tot het indienen van een nieuwe BAFO” en daartoe het nodige zal doen. Het akkoord van THV Silvius en THV DANK wordt verkregen met uitwisseling van brieven op 1 december 2008.

Aansluitend hebben verzoekende partijen bij brieven van 2 en 8 december 2008 afstand gedaan van hun schorsings- en annulatieberoep tegen de beslissing van 17 september 2008 waarbij de BAFO van de THV Silvius werd gerangschikt als de economisch meest voordelige en waarbij laatstgenoemde werd aangewezen als voorkeursbieder. Bij arrest nr. 190.210 van 5 februari 2009 wordt deze afstand vastgesteld.

18. Op 3 december 2008 beslist de raad van bestuur van De Lijn dan ook om de voornoemde beslissing van 17 september 2008 formeel in te trekken, en “Er wordt een nieuwe BAFO-ronde georganiseerd met betrekking tot de gunningsprocedure voor het project Brabo I, in het kader waarvan op initiatief van de Aanbestedende Overheid zal worden onderzocht in welke mate de financierbaarheid van het project Brabo I kan worden verhoogd, in voorkomend geval via een Terechtwijzend Bericht 3 met bepaalde wijzigingen aan het financieel luik van het bestek, en waarbij vervolgens (minstens) de THV Silvius en THV DANK zullen worden uitgenodigd om een nieuwe BAFO in te dienen”. In de overwegingen van dit besluit wordt voorts vermeld dat ook de THV Travant, “indien dit zich zou opdringen op grond van de overheidsopdrachtenreglementering en het gelijkheidsbeginsel, tot deelname aan de Nieuwe BAFO-ronde kan worden uitgenodigd”.

Hierover worden met de THV Travant afspraken gemaakt via briefwisseling op 11 december 2008.

19. In de loop van december 2008 en januari 2009 worden met de verschillende bidders peilende gesprekken gevoerd betreffende de inhoud van het terechtwijzend bericht 3(TWB 03). Tegelijk worden daarbij door verwerende partij blijkbaar maatregelen genomen om de door de THV DANK en de THV Travant opgelopen informatie-achterstand ten opzichte van de THV Silvius weg te werken.

20. In een brief van 24 december 2008 deelt verwerende partij aldus mee welke bestekwijzigingen werden voorbereid voor opname in het TWB 03 alsook de vooropgezette timing.

21. Op 9 januari 2009 keurt de raad van bestuur van De Lijn het TWB 03 goed en wordt beslist de THV Silvius, de THV DANK en de THV Travant uit te nodigen een offerte in te dienen op grond van dit TWB 03.

22. TWB 03 brengt volgens de nota fundamentele wijzigingen aan in het bestek, voornamelijk in de leidraad, met het oog op het verhogen van de financierbaarheid of de “bankability” van het Project Brabo I. Er werd volgens de nota, gelet op de financiële crisis, getracht zoveel mogelijk comfort te bieden aan de potentiële externe financiers. De nota verwijst daarbij naar: het voorzien dat het Vlaamse Gewest zowel een herfinancieringsgarantie als een doorbetalingsverbintenis zou verschaffen waartoe initiatieven zouden worden genomen op het vlak van de regelgeving; het aangeven dat nv Lijninvest en nv van publiek recht BAM bereid zijn

om met de bidders de mogelijkheid te bespreken van een zogenaamde mezzanine-financiering, met name een bijkomende lening die door de aandeelhouders van de SPV zou worden verstrekt in verhouding tot hun respectieve participatie; deze vreemd-vermogenfinanciering zou worden achtergesteld ten opzichte van de schuldfinanciering van de banken; zonder afbreuk te doen aan de vereiste dat de bidders in hun financieringsvoorstel bindende rentemarges dienden op te geven wordt er toegelaten dat er in het financieel voorstel een zogenaamde “market flex” clause zou worden ingebouwd voor wat betreft de initiële rentemarges : meer bepaald mocht het financieringsvoorstel erin voorzien dat de externe financiers, in welbepaalde objectiveerbare toepassingsgevallen, de initieel opgegeven rentemarges kunnen verhogen binnen het kader van een ondubbelzinnig in het business plan aangegeven reikwijdte (weliswaar met een maximale verhoging van 50 % ten opzichte van de initieel opgegeven rentemarges; de begrenzing op de prijsherzieningsformule voor de onderhoudscomponent van de totale beschikbaarheidsvergoedingen wordt weggelaten.

Hiertegenover staat volgens de nota als tegenprestatie dat het TWB 03 nu naast de bestaande eisen op het vlak van de interne rechtsverhouding tussen de bidder en verwerende partij, zoals de “bid bond”, formele eisen stelt omtrent de vergevorderde status waarin het financieringsvoorstel, dat samen met de offerte moet worden ingediend, reeds dient te verkeren en omtrent de mate waarin dit voorstel door elk van de vreemde vermogensverschaffers diende te zijn ondersteund, meer bepaald in punt 4.2 c (blz. 80 van de leidraad): “Samen met de offerte dient de kandidaat een financieringsvoorstel in waarin hij zich ten opzichte van de aanbestedende overheid onvoorwaardelijk bindt (behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate en zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een market-flex clause voor wat betreft de rentemarges en de daaraan verbonden commissies te voorzien zoals toegelaten overeenkomstig artikel 4.2. (a) (ii) van deze Biedingsleidraad) en dat reeds werd goedgekeurd en ondertekend door de bevoegde kredietcomités van de financiële instellingen die het betrokken financieringsvoorstel ondersteunen”.

Er worden blijkens de nota via het TWB 03 daarentegen geen wijzigingen aangebracht aan de inhoud van de opdracht -de DBFM- formule bleef behouden. Ook de gunningscriteria worden behouden, zij het dat bij het subcriterium “robuustheid en kwaliteit van het businessplan” van het financieel criterium, op niet limitatieve wijze de belangrijkste elementen worden opgesomd waarmee in het kader van de globale beoordeling van dat subcriterium rekening zal worden gehouden. Deze

elementen bevatten volgens de nota zowel aspecten die gerelateerd zijn aan het in te dienen financieringsvoorstel zoals de mate waarin het herfinancieringsrisico wordt opgevangen, de hedgingstrategie, de aanwezigheid van bijkomende financieringsmogelijkheden als andere aspecten zoals het niveau van het eigen vermogen, de bijkomende verzekeringen, de gekozen uitkeringspolitiek.

23. Het TWB 03 wordt blijkbaar op 12 januari 2009 aan de bidders bezorgd met uitnodiging op grond hiervan een offerte in te dienen tegen uiterlijk 3 april 2009.

24. Op 20 en 22 januari 2009 wordt blijkbaar met elke bidder een toelichtingsmoment georganiseerd betreffende het TWB 03. Verzoekende partijen bundelen hun vragen en bedenkingen in een brief van 23 januari 2009. Daarin lijken geen opmerkingen te worden gemaakt over het vereiste onvoorwaardelijk bindend financieringsvoorstel.

Per brief van 4 februari 2009 deelt verwerende partij aan de bidders onder meer mee dat, gelet op de bijzondere omstandigheden die geleid hebben tot de nieuwe offerteronde, voorzien zal worden in een vergoeding van 150.000 euro voor de kosten van de opmaak van de offerte voor elke bidder die voldoet aan de voorwaarden gesteld in die brief.

Blijkbaar wordt op 20 februari 2009 met elke bidder een bijkomend toelichtingsmoment georganiseerd en worden dan onder meer het financiële luik van het bestek en de bestekvereisen inzake het bindend en volledig ondersteund financieringsvoorstel besproken.

Verzoekende partijen doen dan blijkbaar een aantal voorstellen om het financieel luik te wijzigen. Zij peilen volgens de nota naar de mogelijkheid om bij de offerte een financieringsvoorstel te voegen dat slechts voor 50 % sluitend (“committed”) zou zijn (met de verbintenis om na de gunningsbeslissing nog de overige 50 % van het vreemd vermogen aan te trekken conform de nieuwe offerte) en vragen te overwegen om de “DBM” componenten los te koppelen van de F-component (financieringsopdracht).

Op 23 februari 2009 bespreekt de Stuurgroep Brabo I de belangrijkste elementen die naar voren waren gebracht op de toelichtingsmomenten, onder meer de opmerkingen van verzoekende partijen dat “er op de huidige financiële

markt slechts plaats is voor hoogstens 2 van de 3 bidders om het nodige vreemd vermogen aan te trekken” en haar voorstellen om de slaagkansen van het project te verhogen, zoals het “in de biedingsleidraad verbieden dat de bidders exclusiviteitsclausules afsluiten met de banken”, waarop de stuurgroep antwoordt “Het verbieden van exclusiviteit is juridisch niet afdwingbaar. De meeste banken werken met exclusiviteit. Dit wordt niet weerhouden”, en het voorstel “toe te laten dat de financiële term sheet bij de BAFO slechts “committed” is voor bv. 50% van het vreemd vermogen, met “commitment van de bidders om na de gunningsbeslissing nog de overige 50% aan te trekken conform hun BAFO [...]”, waarop de stuurgroep antwoordt: “Als de voorgestelde procedure, bestaande uit het gedeeltelijk aantrekken van de financiering na de gunningsbeslissing, zou gevolgd worden zou er een timingprobleem kunnen ontstaan”. Vervolgens wordt in dit verband nog vermeld “loskoppelen van de 'DBM' en de 'F' zou wellicht heropstart van de procedure vereisen”.

In een brief van 26 februari 2009 deelt verwerende partij aan verzoekende partijen mee dat, zoals reeds bevestigd op het toelichtingsmoment van 20 februari 2009, de timing zoals voorzien in het TWB 03 “onverkort van toepassing [blijft]” en dat “binnen het kader van deze timing en de contraintes van de overheidsopdrachtenreglementering, de aanbestedende overheid inmiddels ook [heeft] beslist dat zij het in deze fase van de gunningsprocedure niet meer mogelijk acht om wijzigingen aan te brengen in de opdracht tot het aantrekken van externe financiering zoals thans beschreven in het bestek”. Tegelijk wordt een nieuw toelichtingsmoment voorzien dat voor verzoekende partijen zou doorgaan op 5 maart 2009.

In een aangetekende brief van 4 maart 2009 stellen verzoekende partijen onder meer “Ons consortium heeft tijdens de vorige toelichtingsmomenten reeds meermaals haar bezorgdheid uitgedrukt met betrekking tot de bestekvereiste dat de nieuwe BAFO vergezeld dient te zijn van een onvoorwaardelijk bindende financiering. Zoals tijdens de toelichting is uiteengezet door onze financiële adviseurs, is de situatie op de financiële markten thans dusdanig dat we ons moeten afvragen of er überhaupt nog een wel een onvoorwaardelijk bindende en sluitende competitieve financiering voor het BRABO I project door de kandidaten kan worden aangeboden, gegeven de huidige stand van het dossier, de uitgangspunten van de Leidraad en het gegeven dat te weinig diepte in de liquiditeit aanwezig is om drie gecommiteerde biedingen te ondersteunen”.

In een brief van 9 maart 2009 bevestigt verwerende partij de mondelinge reactie tijdens het toelichtingsmoment van 5 maart 2009 en herhaalt zij, zoals in de brief van 26 februari 2009, het niet meer mogelijk te achten om wijzigingen aan te brengen aan de opdracht tot het aantrekken van externe financiering zoals beschreven in het bestek.

25. Dit alles leidt uiteindelijk tot het terechtwijzend bericht nr. 04 (TWB 04) dat op 13 maart 2009 door de raad van bestuur van De Lijn wordt goedgekeurd.

Dit TWB 04 bevat volgens de nota hoofdzakelijk nadere uitvoeringsmodaliteiten van belangrijke aspecten van TWB 03 zoals de door het Vlaamse Gewest geboden herfinancieringsgarantie en de doorbetalingsverbintenis en heeft tot doel de financierbaarheid van het Project Brabo I nog verder te faciliteren. Zoals aangekondigd wordt geen rekening gehouden met de voorstellen van de verzoekende partijen tot wijziging van de financieringsopdracht.

Inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure wordt in de laatste gewijzigde leidraad aldus onder meer bepaald :

“2.5 Het indienen van de Offerte [...]

De Kandidaten zullen bij het indienen van hun Offerte, als voorwaarde voor de regelmatigheid van die Offerte, een "bid bond" moeten stellen ter waarde van 2,5 miljoen €. Deze bid bond doet dienst als de financiële vergrendeling van de verbintenis die de Kandidaat vanaf het moment van (en middels) het indienen van de Offerte op zich neemt om, indien hij op basis van de Formele Gunningsbeslissing van de Aanbestedende Overheid (zie 2.7 hierna) wordt aangeduid als de economisch meest voordelige bieder, tot Contractsluiting en Financial Close te komen overeenkomstig zijn Offerte en de daarbij gevoegde financiële term sheets, zonder wezenlijke wijzigingen aan het Bestek, de Offerte en/of de daarbij gevoegde financiële term sheets (behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate, alsook wijzigingen met toepassing van een market-flex clause met betrekking tot de rentemarges zoals toegelaten onder artikel 4.2 (a) (ii)).
[...]

2.6 Beoordelen van de Offerte

De Offertes zullen worden beoordeeld naar de volledigheid ervan. Er wordt ook geverifieerd of deze voldoen aan de formeel gestelde eisen (regelmatigheid), zoals tijdig ingediend, ondertekend door bevoegd persoon, voorhanden zijn van een ‘Bid bond’, enz.
[...]

2.8. Contractsluiting en Financial Close

Eens de standstill-periode overeenkomstig de overheidsopdrachten-reglementering is nageleefd, zal de Kandidaat die de economisch meest voordelige Offerte heeft ingediend worden uitgenodigd om binnen een redelijke termijn over te gaan tot de ondertekening van Contractuele Documenten (d.i. “Contractsluiting”). De Aanbestedende Overheid zal in dat verband ook rekening kunnen houden met de termijnen die gelden om administratieve en/of gerechtelijke procedures in te stellen, en, in voorkomend geval, het verloop van die procedures en de risico's die eruit voortvloeien.

De toewijzing van de Opdracht (“Toewijzing”) gebeurt door ondertekening van de Contractuele Documenten. De Opdracht komt met andere woorden pas tot stand bij-Contractsluiting.

Contractsluiting en Financial Close (d.i. het finaliseren en ondertekenen van de Financieringsovereenkomsten en gerelateerde documenten alsook het vervullen van de formaliteiten voorzien in artikel 3.1 (b) van de DBFM-overeenkomsten) zullen in principe samenvallen.

De Aanbestedende Overheid kan de Kandidaat echter gedurende een nader te bepalen redelijke termijn, die in beginsel niet meer zal bedragen dan 30 Werkdagen, in de gelegenheid stellen om Financial Close te bereiken na het ondertekenen van de Contractuele Documenten. Het niet tijdig bereiken van Financial Close is dan een Grond voor Onmiddellijke Beëindiging van de DBFM Overeenkomst, behoudens uitdrukkelijke verlenging van de termijn of verzaking door de Aanbestedende Overheid (hetgeen de Aanbestedende Overheid niet op onredelijke wijze zal weigeren)”.

In het kader van de “Eisen aan de inhoud voor de offerte” wordt onder meer bepaald (blz. 46-48, 57-58, 75-76 en 78-79) :

“4 Eisen aan de inhoud voor de offerte

[...]

De onderdelen van de Offerte moeten tot op een zodanig niveau uitgewerkt zijn dat :

- De Offerte in hoofde van de Kandidaat in al haar onderdelen onvoorwaardelijk bindend is ten opzichte van de Aanbestedende Overheid, behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate en zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een marketflex clause voor wat betreft de rentemarges en de daaraan verbonden commissies. te voorzien zoals toegelaten overeenkomstig artikel 4.2 (a) (ii) van deze Biedingsleidraad;

[...]

Niet-bijvoeging van de vereiste documentatie, of niet-naleving van de essentiële bepalingen van het Bestek kan leiden tot de uitsluiting van deze procedure.

De Kandidaat dient in zijn Offerte daarenboven voldoende toelichting te verschaffen bij elk van de gunningscriteria, evenals alle documenten die nodig of nuttig zijn ter beoordeling van de gunningscriteria toe te voegen.

Onverminderd het voorgaande, moet een Offerte bestaan uit de volgende onderdelen:

[...]

4.2 Financieel deel

Inzake de financiering dient de Kandidaat bij zijn Offerte volgende onderdelen over te maken

- Een bindend voorstel inzake Netto-Contante Waarde van de Totale Beschikbaarheidsvergoedingen zoals opgedeeld en nader uitgewerkt onder 3.1.(a), zij het desgevallend gekoppeld aan een herfinanciering en/ of een market-flex clause voor wat betreft de rentemarges zoals toegelaten overeenkomstig artikel 4.2 (a) (ii) van deze Biedingsleidraad;
- Een bindend voorstel (zij het onder alle door het Bestek toegelaten voorwaarden m.b.t. de NCW) inzake het bedrag van de componenten van de Totale Beschikbaarheidsvergoedingen (BV_u en OH_u) zoals voorzien in artikel 3.1.1. voor het eerste kwartaal vanaf afgifte van het betrokken Beschikbaarheidscertificaat, een business plan, met inbegrip van een Financieel Model en een Financieringsstrategie.

De voormelde documenten inzake financiering, moeten de hierna vermelde basis- en randvoorwaarden in acht nemen. Bij gebreke hiervan kan de Offerte als onregelmatig worden afgewezen.

(a) Basis- en randvoorwaarden van de financiering

[...]

(ii) Randvoorwaarden

Bij de opmaak van zijn Financieel Model moet de Kandidaat met volgende randvoorwaarden rekening houden:

- Bid bond: op het moment dat de Kandidaat zijn Offerte indient, dient hij tevens een garantie in te dienen van een financiële instelling die als kredietwaardig wordt beschouwd door de Aanbestedende Overheid (hetgeen in ieder geval het geval zal zijn indien het een financiële instelling betreft met minimaal een rating A min (A-) of equivalent hiervan), en dit voor een bedrag van EUR 2.500.000,00 € en met een looptijd tot 30 september 2009. Het ontbreken van dergelijke bid bond kan leiden tot de onregelmatigheid van de Offerte.

Deze bid bond bevestigt en verzekert met een abstracte financiële garantie de verbintenis die de Kandidaat op het moment van en middels het indienen van de Offerte op zich neemt om, indien hij op basis van de Formele Gunningsbeslissing van de Aanbestedende Overheid wordt aangeduid als de economisch meest voordelige bidder, tot Contractsluiting en Financial Close te komen overeenkomstig zijn Offerte, zonder wezenlijke wijzigingen aan het Bestek of de Offerte (behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate, alsook wijzigingen met toepassing van een market-flex clause zoals toegelaten onder artikel 4.2 (a) (ii)). Indien de Kandidaat die verbintenis niet nakomt, zal de bid bond kunnen worden afgeroepen. Voor de goede orde wordt gepreciseerd dat zulke afroep van de bid bond, waarvan de geldigheidsduur verstrijkt op 30 september 2009, in voorkomend geval na het verstrijken van de gestanddoeningstermijn kan plaatsvinden.

Voorts wordt gepreciseerd dat de Aanbestedende Overheid de bid bond niet kan invoeren indien het niet bereiken van Contractsluiting en/of Financial Close redelijkerwijze toe te rekenen is aan een tekortkoming van de Aanbestedende Overheid zelf, dan wel aan objectief vast te stellen, gewijzigde markt-omstandigheden die de financierbaarheid van het Project Brabo 1 op ingrijpende wijze bemoeilijken, die redelijkerwijze onafhankelijk zijn van de wil en de macht van de Kandidaat, en die de Kandidaat niet kende of behoorde te kennen op het moment van indienen van de Offerte.

Bij het afroepen van de bid bond zal de Aanbestedende Overheid formeel meedelen dat geen van voormelde uitzonderingen op het recht de bid bond in te voeren van toepassing zijn.

Onverminderd de vooropgestelde geldigheidsduur van de bid bond, mag de Offerte ingediend door de Kandidaten voorzien dat, indien de betrokken Kandidaat niet zou worden aangeduid als de Kandidaat die de economisch meest voordelige Offerte heeft ingediend, de bid bond van deze Kandidaat zal komen te vervallen. Er dient echter onmiddellijk een nieuwe bid bond te worden gesteld indien de betrokken Kandidaat alsnog zou worden aangeduid als de Kandidaat die als eerstvolgend is gerangschikt.

De bid bond vervalt in ieder geval definitief bij het succesvol bereiken van Financial Close”.

Voorts wordt er nog het volgende gesteld :

“(c) Financieringsstrategie

(i) Financieringsvoorstel en - structuur

Samen met de Offerte dient de Kandidaat een financieringsvoorstel in waarin hij zich ten opzichte van de Aanbestedende Overheid onvoorwaardelijk bindt (behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate en zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een market-flex clause voor wat betreft de rentemarges en de daaraan verbonden commissies te voorzien zoals toegelaten overeenkomstig artikel 4.2. (a) (ii) van deze Biedingsleidraad) en dat reeds werd goedgekeurd en ondertekend door de bevoegde kredietcomités van de financiële instellingen die het betrokken financieringsvoorstel ondersteunen.

Vanaf en middels het indienen van de Offerte verbindt de Kandidaat zich er ten opzichte van de Aanbestedende Overheid immers toe dat, zoals financieel vergrendeld door de bid bond, er tot Contractsluiting en Financial Close zal worden gekomen overeenkomstig zijn Offerte en het daarbij gevoegde financieringsvoorstel, zonder wezenlijke wijzigingen aan het Bestek, de Offerte en/of het daarbij gevoegde financieringsvoorstel (behalve wijzigingen in de referentierentevoet en de referentieswap-rate en zonder evenwel afbreuk te doen aan de mogelijkheid om een market~flex clause voor wat betreft de rentemarges en de daaraan verbonden commissies te voorzien zoals toegelaten overeenkomstig artikel 4.2 (a) (ii) van deze Biedingsleidraad).

Als onderdeel van het Financieel Model dienen de Kandidaten in hun Offerte tevens een beschrijving te voegen waarbij de voorgestelde financieringsstructuur volledig gereflecteerd wordt in de details van het Financieel Model. De

voorgestelde financieringsstrategie kan onder meer toegelicht worden aan de hand van volgende elementen:

- Totale financieringsbehoefte gespecificeerd naar voorgestelde bronnen en aanwending van financiering, waarbij een opsplitsing gemaakt wordt tussen kapitaal, Quasi-Kapitaal, senior debt (inclusief stand-by faciliteiten), eventuele Mezzanine, achtergestelde schulden, variabele kredieten en intern gegenereerde financiering (opgedeeld in interest ontvangen op deposito's, reserves en gebeurlijke inkomsten verkregen van derden). Kandidaten moeten ook alle veronderstellingen met betrekking tot een mogelijke herfinanciering tijdens de looptijd van de DBFM-overeenkomsten uiteenzetten.
- Details (met inbegrip van, waar toepasselijk, kopies van alle relevante overeenkomsten) van de mate van ondersteuning (met inbegrip van garanties van goede afloop) die moet verleend worden met betrekking tot de verplichtingen en aansprakelijkheden van de SPV door haar private aandeelhouder, de (ultieme) moedervennootschap van iedere private aandeelhouder en derde partijen.
- De belangrijkste modaliteiten en voorwaarden voor iedere financieringsbron, de strategie die de Kandidaat zal toepassen om de rentevoetrisico's in te dekken;
- Een gedetailleerde en gemotiveerde toelichting omtrent de risico's verbonden aan de voorgestelde financieringsstrategie;
- Een gedetailleerd overzicht van de verbrekingsvergoedingen die de SPV kan verschuldigd zijn aan de in 1.5.4 bedoelde onderaannemers bij vroegtijdige beëindiging van de DBFM-overeenkomsten, met concrete simulatie voor (i) een beëindiging tijdens de Bouwfase en (ii) een beëindiging na 10 jaar in de Gebruiksfasen (telkens met naleving van de bepalingen en begrenzingen die reeds zijn opgelegd in de beëindigingsformules zoals opgenomen in de DBFM-Overeenkomsten).

[...]

(iii) Financiering en verschaffers van het Vreemd Vermogen

Senior Debt Financiering

[...]

De volgende informatie moet meegedeeld worden in de vorm van gedetailleerde term sheets van iedere Vreemd Vermogensverschaffer, voor iedere klasse van schuld die wordt aangegaan voor het project (met inbegrip van financiering door middel van leasing en obligaties, swaps of interestdekkende verrichtingen en bank- of andere garanties of kredietversterkingsstructuren):

- Identiteit van iedere kredietverlener;
- Bedragen die verleend worden door de respectieve kredietverleners;
- Modaliteiten en voorwaarden van iedere vorm van schuldfinanciering;
- Terugbetalingschema;
- Zekerheden;
- Rentevoeten, met specificatie van de basistarieven en diverse marges;
- Kosten voor indekkingsinstrumenten;
- Specifieke bedingen van de overeenkomst;
- Clausules van wanprestatie;
- Opschortende voorwaarden;
- Mate waarin de schuldfinanciering beschikbaar is, en

- Enige andere informatie die relevant kan zijn met betrekking tot enige specifieke vorm van schuldfinanciering”.

26. Op 20 maart 2009 wordt blijkbaar met elk van de bidders een toelichtingsmoment georganiseerd over dit TWB 04. Dit leidt tot toelichtingen in een brief van 24 maart 2009 van verwerende partij aan verzoekende partijen.

27. Op 3 april 2009 dienen de THV Silvius, de THV DANK en de THV Travant elk een offerte in.

Op 8 en 9 april 2009 wordt volgens de nota met elk van de bidders individuele toelichtingsmomenten georganiseerd waarop zij hun offerte kunnen toelichten en waarop verwerende partij gerichte vragen kan stellen met betrekking tot de offerte.

Naar aanleiding van deze individuele toelichtingsmomenten maakt volgens de nota elke bidder nog een brief over met gevraagde verduidelijkingen bij hun offerte, met name op 10 april 2009 door THV Silvius, op 10 april 2009 door THV Travant en op 20 april 2009 door THV DANK.

28. In het kader van de conformiteitsbeoordeling van de offerte van de THV DANK stelt de beoordelingscommissie in het gunningsverslag (blz. 12 en volgende) vast dat het financieringsvoorstel slechts door twee van de drie in het businessplan vermelde financiële instellingen, (met name NIBC en Fortis Bank), dit is voor minder dan 50 % van de totale financieringsbehoefte (87 miljoen euro van 190,95 miljoen euro) wordt ondersteund op de wijze zoals voorgeschreven door de artikelen 4.2. (c) (i) en (iii) van de leidraad. Voor de derde financiële instelling die volgens het business plan het financieringsvoorstel van THV DANK financieel zou ondersteunen, met name Deutsche Bank, is er slechts een niet bindende, niet ondertekende “indicatieve term sheet”. Zij stelt daarom voor de offerte van THV Dank onvolledig en formeel onregelmatig te verklaren :

“3.1 THV D.A.N.K.

3.1.1 Volledigheid en formele regelmatigheid

Toepasselijke bepalingen:

[...]

Vaststelling:

Op basis van de bij de Offerte van de THV D.A.N.K. gevoegde financiële stavingstukken heeft de Beoordelingscommissie moeten vaststellen dat het financieringsvoorstel van de THV D.A.N.K. slechts door 2 van de 3 in het business plan vermelde financiële instellingen (m.n. NIBC en Fortis Bank), d.i. voor minder dan 50% van de totale financieringsbehoefte (87 mio EUR van 190,95 mio EUR), wordt ondersteund op de wijze zoals voorgeschreven door voormelde artikelen 4.2 (c) (i) en (iii).

Voor de derde financiële instelling die volgens het business plan het financieringsvoorstel van de THV D.A.N.K. financieel zou ondersteunen, m.n. Deutsche Bank, kan de Beoordelingscommissie immers niet anders dan vast te stellen dat er geen afdoende gedetailleerde term sheet voorhanden is. De 'term sheet' van Deutsche Bank waarop de THV D.A.N.K. haar financieringsvoorstel wenst te steunen bevat nauwelijks informatie omtrent het verstrekte bedrag van de kredietfaciliteit, de toepasselijke liquiditeitsratio's, de opschortende voorwaarden, de gevraagde zekerheden, de gevallen van wanprestatie. Dit voorstel is dan ook uiterst vaag, louter indicatief en is daarenboven ook niet ondertekend. Bovendien bevat die, door Deutsche Bank zelf als indicatief bestempelde 'term sheet' ook geen gestanddoeningstermijn, wat eenvoudig te verklaren is door het feit dat de begeleidende brief expliciet bepaalt dat (vrij vertaald uit het Engels) 'de brief enkel is bestemd voor discussiedoeleinden en geen aanbod of verbintenis van enige aard bevat tot het onderschrijven van enige vorm van financiering, en ook geen aanleiding kan geven tot enige juridische verbintenissen namens Deutsche Bank en/of haar verbonden ondernemingen'. Uit dit begeleidend schrijven valt af te leiden dat Deutsche Bank bereid is om met de THV D.A.N.K. besprekingen aan te gaan 'om mogelijk kredietfinanciering te voorzien' ('potentially arranging the debt financing') indien de THV D.A.N.K. als economisch meest voordelige Bieder zou worden aangeduid. Dit werd ook zo door de Aanbestedende Overheid genoteerd tijdens het toelichtingsmoment met de THV D.A.N.K. van 9 april 2009.

Naast voormelde niet-bindende, niet-ondertekende 'indicatieve term sheet' heeft de THV D.A.N.K. bij haar Offerte ook nog steunverklaringen gevoegd van enkele mogelijke kandidaat-financiers, die (louter) aangeven dat ze bereid zouden zijn om de externe financiering te overwegen indien de THV D.A.N.K. zou worden weerhouden als de economisch meest voordelige Bieder. Ook hier heeft de Beoordelingscommissie op het ogenblik van het beoordelen van de Offertes volstrekt geen duidelijkheid inzake de modaliteiten waaronder die externe financiering in voorkomend geval bij zou kunnen worden bekomen (zelfs niet omtrent het bedrag van het krediet).

Conclusie

Op basis van de bij de Offerte van de THV D.A.N.K. gevoegde financiële stavingstukken moet de Beoordelingscommissie vaststellen dat het financieringsvoorstel van de THV D.A.N.K. in ruime mate (m.n. voor meer dan 50 %) niet wordt ondersteund op de wijze zoals voorgeschreven door voormelde artikelen 4.2 (c) (i) en (iii).

Overeenkomstig de inleidende bepalingen bij hoofdstuk 4 van de leidraad besluit de Beoordelingscommissie dat de THV D.A.N.K. met de bij haar Offerte gevoegde financiële informatie niet voldoende aannemelijk maakt dat zij in staat is om het project Brabo 1 te realiseren en dat het risico te groot wordt ingeschat dat met de THV D.A.N.K. aan de door die Bieder opgegeven voorwaarden niet tot een contractsluiting en/of Financial Close kan worden gekomen.

Gelet op het voorgaande stelt de Beoordelingscommissie voor om de Offerte van de THV D.A.N.K. onvolledig en formeel onregelmatig te verklaren.

Die conclusie dringt zich bovendien op vanuit een gelijke behandeling van de overige Bieders, die (zoals hierna wordt vastgesteld) wel hun financieringsvoorstel hebben ingediend en prijzen hebben moeten bepalen op basis van en rekening houdend met besteksconforme achterliggende goedkeuringen en term sheets van hun financiers die ze binnen de termijn voor het indienen van hun Offerte hebben bekomen”.

Wat betreft de conformiteitsbeoordeling van de overige twee bidders, stelt de beoordelingscommissie in dit verslag vast dat de offerte van de THV Silvius respectievelijk THV Travant “in al haar onderdelen volledig en formeel regelmatig [is], en eveneens in overeenstemming is met de essentiële bepalingen van het Bestek [is]”. Er wordt zo onder meer vastgesteld dat het financieringsvoorstel van THV Silvius en THV Travant “is ondersteund door gedetailleerde, op het niveau van de kredietcomités goedgekeurde en ondertekende term sheets van iedere financiële instelling die overeenkomstig het respectieve business plan wordt vermeld als verschaffer van vreemd vermogen”, voor THV Silvius zijn dit blijkens de nota de banken Dexia Bank België (16,67 %), Dexia Crédit Local SA (16,67 %), KBC (33,33 %) en Bank Nederlandse Gemeenten (33,33 %), die één geïntegreerde financiële term sheet aanleverden; de offerte van Travant werd blijkens de nota ondersteund door de banken Fortis Bank België, Fortis Bank Nederland, Banco Santander, Bayern Landesbank en BBVA elk voor ongeveer 20 %.

Blijkens het gunningsverslag om redenen van doelmatigheid en efficiëntie werd, gelijktijdig met de conformiteitsbeoordeling elke offerte, met het oog op de volledige informatieverstrekking aan De Lijn ook deze van THV DANK; getoetst aan de gunningscriteria.

Op grond van de motieven opgenomen in het omstandig gunningsverslag wordt vastgesteld dat de offerte van de THV Silvius het best scoort op het financieel criterium, namelijk met 58,20 punten vergeleken met 53,09 punten voor THV DANK en 42,16 punten voor THV Travant. Zij scoort het minst goed op het technisch criterium, namelijk 24,50 vergeleken met 26,95 respectievelijk 29,30. Ze krijgt aldus een totaalscore van 82,70 punten, vergeleken met 80,04 voor THV DANK en 71,46 voor THV Travant en wordt de economisch meest voordelige offerte. Er wordt aan de raad van bestuur van De Lijn dan ook voorgesteld om met een formele gunningsbeslissing als vermeld in artikel 2.7 van de leidraad, de THV SILVIUS aan te wijzen als de bidder die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend.

29. Op 22 april 2009 neemt de raad van bestuur van De Lijn, zich de motieven van het gunningsverslag eigen makend, de bestreden beslissing met dien verstande dat de beslissing slechts zou vaststaan indien en van zodra de inhoud ervan ook namens BAM en het Vlaamse Gewest werd goedgekeurd, hetgeen volgens de nota gebeurde op 30 april 2009.

Tevens wordt vermeld dat slechts tot contractsluiting kan worden overgegaan nadat is vastgesteld dat er geen grond van uitsluiting is in hoofde van de betrokken kandidaat en dat door hem aan alle voorwaarden voor deelneming blijvend is voldaan.

30. Deze beslissing wordt, met het gunningsverslag, met een brief van 30 april 2009 aan de verzoekende partijen meegedeeld. Verwijzend naar artikel 21bis, § 2, van de voornoemde wet van 24 december 1993 wordt daarbij een wachttermijn toegekend van 10 dagen.

31. Op 11 mei 2009 wordt het voorliggende verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingediend.

De excepties

32. Verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het annulatieberoep en werpt daartoe excepties op. Zij betwist ook met een aantal excepties de ontvankelijkheid van het eerste middel.

Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over die excepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zouden slechts noodzakelijk zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de schorsing zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

33. 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.

34. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voeren verzoekende partijen in een *eerste middel* de schending aan van “het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel”, en van “de beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zuinigheidsbeginsel”. In een betoog van 22 bladzijden worden in de eerste plaats de betrokken beginselen besproken waarna een “toelichting” volgt met een uitvoerige schets van feitelijke gegevens betreffende de financieringsvereiste uit de leidraad, het essentieel karakter van dat vereiste voor de opdracht, de tijdigheid van het middel, het belang van verzoekende partij.

35.1. In de mate dat de verzoekende partijen de zuinigheidsplicht geschonden achten, omschrijven zij dit als een “beginsel van doelmatig economisch beheer” dat vereist dat de publiekrechtelijke overheden wanneer zij overheidsopdrachten in mededinging stellen gehouden zijn om beslissingen te nemen die “op grond van een elementaire toetsing als verenigbaar kunnen worden beschouwd met de beginselen van een goed en deugdelijk bestuur”.

Aldus geven zij aan het zuinigheidsbeginsel geen eigen inhoud maar laten zij dit blijkbaar samenvallen met de toetsingsgrond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Voorts dient te worden vastgesteld dat verzoekende partijen in de mate zij in de toelichting naar het zuinigheidsbeginsel verwijzen dit in wezen geschonden achten om dezelfde redenen als waarom zij het gelijkheids- en mededingingsbeginsel geschonden achten.

Het middel lijkt aldus, in de mate dat het steunt op de schending van het zuinigheidsbeginsel, onvoldoende duidelijk en dus onontvankelijk.

35.2. In de mate dat de schending van het gelijkheids- en mededingingsbeginsel wordt ingeroepen, lijkt in de huidige stand van het geding, uit het zeer omstandig en daardoor zo lijkt niet steeds even trefzeker toegelicht middel, afgeleid te kunnen worden dat verzoekende partijen in essentie aanvoeren dat door haar “kapitaalinjectie in de KBC Groep nv”, ten belope van twee miljard euro waartoe op 22 januari 2009 werd beslist “het Vlaams Gewest met betrekking tot een essentieel en determinerend onderdeel van de Opdracht, met name de vereiste senior debt financiering van het Project, in de loop van de gunningsprocedure rechter en (betrokken) partij [is] geworden” en dat “in het licht van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel het principe klaar en duidelijk [is]: wanneer een bij de

gunningsprocedure betrokken (aanbestedende) overheid participeert in (het kapitaal van) een financiële instelling kan zij, indien deze financiële instelling exclusief verbonden is met een van de kandidaat-bieders, de senior debt financiering van het betreffende project niet meer als onderdeel van de opdracht/offertes vereisen”. De schending van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel is aldus gelegen in het feit dat “de voordelen van de kapitaalinjectie slechts worden genoten door de kandidaat-bieder, waarmee de betrokken financiële instelling een exclusieve verbintenis tot het verschaffen van senior debt financiering heeft. Met name wordt aan deze kandidaat-bieder een concurrentieel voordeel verschaft met betrekking tot het bekomen van, enerzijds, voldoende vreemd vermogen ter afdekking van de volledige financieringsbehoefte en, anderzijds, scherpe financieringsvoorwaarden”. Zij vechten naar eigen zeggen specifiek niet de leidraad, maar de gunningsbeslissing aan want “Deze vormt immers de emanatie van de handelswijze van de Verwerende Partij, waarbij deze volgend op de participatie van het Vlaams Gewest in het kapitaal van KBC Groep nv, nagelaten heeft geëigende maatregelen te treffen om de hierdoor in de gunningsprocedure geïnjekteerde schending van het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel en het zuinigheidsbeginsel te remediëren. Met name kon, wanneer een aanbestedende overheid participeert in (het kapitaal van) een financiële instelling die zich exclusief verbonden heeft met een van de kandidaat-bieders, de senior debt financiering niet langer als onderdeel van de opdracht vereist worden, tenminste diende dit onderdeel ‘geneutraliseerd’ te worden”.

Deze stellingen van verzoekende partijen lijken niet te kunnen worden bijgevalen. Verzoekende partijen tonen immers niet met de vereiste graad van prima facie ernst aan dat het onmogelijk was een voldoende “committed” financieringsvoorstel in te dienen zoals in het betrokken artikel 4.2 c vereist.

Die onmogelijkheid lijkt niet zonder meer te kunnen worden afgeleid uit het louter voorleggen door verzoekende partijen van een lijst van 66 gecontacteerde banken. Vraag is immers hoe en wanneer die banken werden gecontacteerd. Dit geldt des te meer nu de voorwaarden in de term sheet van Deutsche Bank veeleer te maken lijken te hebben met het feit dat zij onvoldoende tijd hadden om het dossier te onderzoeken en dus niet met een eventueel liquiditeitsprobleem; vastgesteld kan trouwens worden dat THV Travant in dezelfde omstandigheden wel een voldoende financieringsvoorstel kon voorleggen voor een hoger bedrag.

In de mate aanstoot wordt genomen aan het niet remediëren van de beweerde schending van het gelijkheids- en mededingingsbeginsel ingevolge de

kwestieuze kapitaalinjectie van het Vlaamse Gewest -volgens verwerende partij niet in nv KBC Bank, maar in nv KBC Group, haar moedermaatschappij, dient vastgesteld dat volgens verzoekende partijen de schending van het gelijkheids- en mededingingsbeginsel gelegen is in het feit de voordelen van de kapitaalinjectie slechts worden genoten door de kandidaat-bieder, waarmee de betrokken financiële instelling een exclusieve verbintenis tot het verschaffen van senior debt financiering heeft, en benadrukt zij herhaaldelijk deze exclusiviteit.

In de mate het middel aldus steunt op deze exclusiviteit lijkt dit, zoals verwerende partij stelt, een onderdeel van de relatie tussen THV Silvius en nv KBC Bank maar niet het gevolg van een beslissing van verwerende partij zodat de vraag gesteld kan worden of dit wel kan leiden tot de onrechtmatigheid van de bestreden beslissing die aan verwerende partij zou moeten worden toegerekend.

Voorts gaan verzoekende partijen in dit middel er zonder meer van uit dat deze kapitaalinjectie in nv KBC Groep “noodzakelijkerwijs” een schending van het gelijkheidsbeginsel en van het mededingingsbeginsel tot gevolg had alsook dat “vanzelfsprekend een kandidaat bieder die beschikt over een exclusief engagement tot financiering van de financiële instelling waarin, zoals in casu, de aanbestedende overheid participeert, als enige beschikt over een concurrentieel voordeel dat noodzakelijkerwijze de gelijkheid tussen de inschrijvers en de eerlijke mededinging onder de kandidaat-bieders in het gedrang brengt” en dat schending van het gelijkheids- en mededingingsbeginsel “uiteraard” gelegen is in het feit dat de voordelen van de kapitaalinjectie slechts worden genoten door de kandidaat-bieder, waarmee de betrokken financiële instelling een exclusieve verbintenis tot het verschaffen van senior debt financiering heeft. “Met name wordt aan deze kandidaat-bieder een concurrentieel voordeel verschaft met betrekking tot het bekomen van, enerzijds, voldoende vreemd vermogen ter afdekking van de volledige financieringsbehoefte en, anderzijds, scherpe financieringsvoorwaarden”. Aldus neemt zij zonder meer aan dat het deze kapitaalinjectie in nv KBC Groep is die ertoe geleid heeft dat THV Silvius voldoende vreemd vermogen kon verkrijgen ter afdekking van haar volledige financieringsbehoeften en scherpe financieringsvoorwaarden, die te dezen doorslaggevend waren in de gunning en het gunningscriterium technische kwaliteit “ondersneeuwden”. Alleen omdat de kosten van de senior debt financiering een aandeel vertegenwoordigen van maar liefst 31,54% van haar netto contante waarde hetzij 91.001.234 euro op het in haar offerte opgenomen basisbedrag van 288.527.320 euro is het volgens verzoekende partijen “een evidente vaststelling dat het bekomen

van meer gunstige financieringsvoorwaarden een substantiële impact heeft op de (hoogte van) de score die wordt bekomen voor het eerste financieel subcriterium”.

Los van de vaststelling dat het financieel gunningscriterium met een weging van 60% steeds het belangrijkste gunningscriterium was, argumenteren verzoekende partijen aldus niet concreet en specifiek waarom die kapitaalinjectie, zoals zij zonder meer aannemen, noodzakelijk en uiteraard in het voordeel van THV Silvius speelde.

Hiertegenover staat de vaststelling dat verwerende partij in de nota, wel concreet en specifiek, een reeks argumenten aanvoert om aan te tonen, enerzijds, dat de betere score van THV Silvius op het financieel criterium niet alleen het gevolg is van het financieringsvoorstel, zoals verzoekende partijen beweren, en anderzijds dat ook niet blijkt dat deze kapitaalinjectie de oorzaak is van de aan THV Silvius verleende financiering en voorwaarden.

In de huidige stand van het geding wordt vastgesteld dat deze argumenten in ieder geval van die aard zijn dat er niet zonder meer van uitgegaan kan worden dat de feitelijke veronderstellingen en uitgangspunten van verzoekende partijen in dit middel de graad van evidentie hebben die zij zelf aannemen.

Zo lijkt, wat de beoordeling van het financieel subgunningscriterium betreft, de netto contante waarde van de totale beschikbaarheidsvergoedingen ook te worden bepaald door andere elementen dan de financieringskost zoals de bouwkosten zelf en wordt, in de betere beoordeling van de robuustheid en stevigheid van het business plan van THV Silvius ook rekening gehouden met elementen die vreemd lijken aan de inhoud van het financieringsvoorstel zelf zoals bijkomende verzekeringen.

Dat het uitgangspunt dat de kapitaalinjectie zonder meer de oorzaak is van de verleende financiering minstens niet zonder meer evident is, kan, zo lijkt, minstens prima facie worden afgeleid uit een aantal van de argumenten van verwerende partij aanvoert, bijvoorbeeld: haar vaststelling dat verwerende partij een andere rechtspersoon is dan het Vlaamse Gewest, dat de financiering werd verleend door nv KBC Bank en niet door nv KBC Groep terwijl het in deze laatste vennootschap is dat het Vlaamse Gewest aandelen zonder stemrecht verwerft en twee bestuurders die er nog niet waren bij het nemen van de bestreden beslissing, en dus niet in de kredietverlener zelf, nv KBC Bank, en dat het Vlaamse Gewest dan ook

niet in het directiecomité van de bank zal zetelen dat oordeelt over de kredietverlening; voorts de vaststellingen van de verwerende partij dat deze middelen ook geen deel uitmaken van de middelen die zullen worden gebruikt voor kredietverlening en dat nv KBC Bank slechts één van de vier financiers is en door deze vier financiers dezelfde voorwaarden worden gebruikt. Voorts wijst verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat de voorwaarden van externe financiering in de term sheets gevoegd bij de offerte van THV Silvius vaak in de lijn liggen van de voorwaarden van de andere kandidaten.

Het door verzoekende partijen in de vorm van een persbericht zelf als deel van stuk 26 voorgelegde standpunt van 18 december 2008 van de Europese Commissie dat deze maatregel van het Vlaamse Gewest lijkt goed te keuren, want in lijn met haar richtsnoeren over staatssteun in de huidige financiële crisis, lijkt deze vaststelling veeleer te ondersteunen dan tegen te spreken, aangezien in dat kader blijkbaar ook de proportionaliteit van de betrokken maatregel werd onderzocht met een afweging van de gevolgen van de maatregel ten opzichte van de mededinging. In wat wel eerder de begeleidende persmededeling lijkt wordt uitdrukkelijk gesteld “buitensporige concurrentievervalsing wordt voorkomen: het pakket bevat voldoende gedragsregels (bv. het aanhouden van een bepaalde solvabiliteitsratio) om te beletten dat misbruik wordt gemaakt van de staatssteun”.

Het feitelijk uitgangspunt van het middel is aldus niet met de vereiste graad van ernst aangetoond, hetgeen in de huidige stand van het geding volstaat om het middel te verwerpen.

Het eerste middel is niet ernstig.

36. In een *tweede middel* voeren verzoekende partijen de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, "met name van de formele motiveringsplicht".

Verzoekende partijen achten de formele motiveringsplicht geschonden omdat noch in de bestreden beslissing, noch in het bijhorende gunningsverslag en de bijlagen daarbij, anders dan in het verslag “conformiteitsbeoordeling” dat ten grondslag lag aan de beslissing van 13 augustus 2008, op enigerlei wijze gewag wordt gemaakt van een door verwerende partij gevoerd onderzoek naar de aanwezigheid in de respectieve offertes van de door de

leidraad vereiste “bid bond”, bid bond die in artikel 2.6 van de leidraad uitdrukkelijk als formeel regelmatigheidscriterium is gesteld, laat staan van enig onderzoek naar de conformiteit van de eventueel aanwezige “bid bonds” met de door de leidraad gestelde inhoudelijke vereisten. De formele motiveringsplicht is aldus geschonden en verzoekende partijen verkeren met betrekking tot de in de leidraad vereiste “bid bond” in de onmogelijkheid terdege te beoordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hun ter beschikking stelt.

37. De motivering in de bestreden beslissing moet, ten einde te voldoen aan de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn ten einde een belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt.

Te dezen betwisten verzoekende partijen niet dat uit de bestreden beslissing en het gunningsverslag waarop deze beslissing steunt, en dat hun werd meegedeeld, afdoende blijkt waarom hun eigen offerte onregelmatig werd verklaard.

In het gunningsverslag waarnaar de bestreden beslissing verwijst en waarop deze steunt, en dat aan verzoekende partijen werd meegedeeld, wordt uitdrukkelijk overwogen dat de offertes van de THV Silvius en de THV Travant volledig en formeel regelmatig zijn. Aldus is wat deze offertes betreft impliciet maar zeker tegelijk vastgesteld dat de vereiste “bid bonds” werden bijgevoegd, standpunt waarvan de juistheid trouwens lijkt te moeten worden afgeleid uit het voorgelegde dossier.

Verzoekende partijen tonen niet aan dat de formele motiveringsplicht dan vereist dat nog eens uitdrukkelijk op alle regelmatigheidsvoorwaarden wordt ingegaan waaraan is voldaan. Integendeel lijkt te moeten worden aangenomen dat bij ontstentenis van een andersluidende en behoorlijk gemotiveerde beslissing van de aanbestedende overheid, binnen het kader van een overheidsopdracht door die overheid de offertes regelmatig zijn geacht.

Het tweede middel is dan ook niet ernstig.

38. Nu de beide middelen niet ernstig zijn bevonden, is niet voldaan aan de tweede van de in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die vervuld moeten zijn om de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid toe te wijzen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

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

Artikel 1.

De verzoeken tot tussenkomst van het Vlaamse Gewest en van de NV van publiek recht BAM (Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel) in het administratief kort geding worden ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 700 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor een vierde.

De kosten van de tussenkomsten, bepaald op 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op negen juni 2009, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.

