

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 197.219 van 23 oktober 2009  
in de zaak A. 193.209/XII-5875.**

In zake:           1. de NV PELLIKAAN BOUWBEDRIJF  
                      2. de vennootschap naar Nederlands recht BV AMERSFOORT  
                          HEALTH & RACQUET CLUB PROPERTY  
                      3. de NV ESSA  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaat Piet Rotsaert  
                      kantoor houdend te Kortrijk  
                      Katteputstraat 3  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

                      tegen:

                      de GEMEENTE BEVEREN  
                      bijgestaan en vertegenwoordigd door  
                      advocaat Eric Van Hooydonk  
                      kantoor houdend te Antwerpen  
                      Emiel Banningstraat 21-23  
                      bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van de vordering*

De vordering, ingesteld op 30 juni 2009, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing dd. 18.05.2009 van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Beveren, waarbij de kandidatuur van verzoekers voor 'de concessie, bouw instandhouding en uitbating van een recreatiebad te Beveren' uitgesloten wordt van verdere procedure”.

*II. Verloop van de rechtspleging*

De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 15 oktober 2009 om 10.00u.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Piet Rotsaert, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Björn Cloots, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

### *III. Feiten*

1.1. Op 30 september 2008 aanvaardt de gemeenteraad van de gemeente Beveren het bestek “voor de bouw van een nieuw zwembad in PPS-constructie, volgens DBFMO-formule”. De uitnodiging tot kandidaatstelling verduidelijkt in het opschrift dat het gaat om een “concessie voor het bouwen en uitbaten van een zwembadcomplex en het realiseren van bijkomende infrastructuur nodig voor de uitbating van het complex”. De concessie zal worden verleend voor een duur van 30 jaar.

1.2. Het bestek bevat in artikel 2.2 een lijst van gegevens die de kandidaat-concessionaris dient te verschaffen betreffende zijn onder meer technische bekwaamheid. De opsomming gaat van a) tot k). Onder punt i) wordt een “toelichtingnota over de visie van de kandidaat-concessionaris op de exploitatie van het project en de onderhoudsinvesteringen tijdens de loop van de concessie en de tewerkstelling” gevraagd, onder punt j) een “verklarende nota over de financiering van het project en een financieel plan” en onder punt k) “de voorgestelde concessievergoeding”. Voorts wordt gesteld : “De kandidaat-concessionaris met een onvoldoende technische bekwaamheid of de kandidaat-concessionaris die zijn technische bekwaamheid onvoldoende kan aantonen, kan worden uitgesloten van procedure”.

1.3. Vier kandidaten dienen een kandidatuur in. Het gaat om de nv in oprichting SportOase Beveren, de nv in oprichting Sport & Recreatie Beveren, de

thv Corspor Beveren en tenslotte verzoekende partijen, die optreden onder een samen-werkingsakkoord.

1.4. De kandidatuur van verzoekende partijen bevat een aantal bijlagen waaronder een bijlage j), in hun inventaris omschreven als financieel plan en in het verzoekschrift als “een verklarende nota over de financiering van het project”:

#### “Financiering van het Project

In de huidige kredietcrisis en met de economische vooruitzichten in het vizier, is de financiering nog met onzekerheden omgeven. In de contacten die in deze fase over de financiering hebben plaatsgevonden, is er sprake van een grote terughoudendheid bij investeerders en financiële instellingen met betrekking tot het beschikbaar stellen van financiële middelen voor de realisatie van het nieuwe zwembadcomplex.

De projectmatige aanpak gebaseerd op een concessie van 30 jaar minimum vallen buiten op dit moment gangbare financieringsnormen.

Het zal waarschijnlijk onvermijdelijk zijn dat de gemeente Beveren onherroepelijke en onvoorwaardelijke solidaire waarborg zal moeten verlenen aan de korte en lange termijnfinanciering waarbij de uitstaande schuld steeds door haar zou terugbetaald zal moeten worden. Alsdan zal het project nog grondig bestudeerd moeten worden en goed moeten worden bevonden.

Het kan op dit moment niet anders, dan dat er in overleg met de gemeente Beveren, de beoogde eigenaar, de financier en de exploitant gezamenlijk tot een uitgewerkt financieel plan gekomen zal moeten worden om een 30 jarige financiering te realiseren tegen goede voorwaarden.

Een en ander zal in samenhang met de financiële garanties en zekerheden nader besproken moeten worden”.

1.5. Daarnaast bevat de kandidatuur van verzoekende partijen een bijlage k), in hun inventaris omschreven als “voorgestelde concessievergoeding”.

Deze bijlage k) bevat onder meer de volgende tabel met kosten en baten, gevolgd door een verantwoording van de raming van de diverse posten:

#### “Zwembad

|                      |         |
|----------------------|---------|
| Recreatief zwemmen   | 291.603 |
| Doelgroepen          | 90.863  |
| Particuliere zwemles | 100.674 |
| Vereniging/groepen   | 69.245  |
| Scholen              | 84.906  |
| Horeca               | 198.486 |
| Overige baten        | 15.889  |
| *** Totaal baten     | 851.666 |

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| Inkopen horeca en verkoopartikelen    | 69.279     |
| Personeelskosten                      | 626.159    |
| Energie                               | 192.900    |
| Water en chemicaliën                  | 26.350     |
| Schoonmaakmiddelen                    | 20.000     |
| Gebruikersonderhoud                   | 226.750    |
| Planmatig onderhoud                   | 230.000    |
| Kantoorkosten                         | 11.250     |
| Communicatie/promotie/marketing       | 24.450     |
| Overige algemene kosten               | 20.125     |
| Administratie en beheer               | 115.000    |
| Accountantskosten                     | 15.000     |
| Belastingen en verzekeringen          | 125.000    |
| Onvoorzien en ondernemerscompensatie  | 127.750    |
| Kapitaallasten                        | 765.233    |
| *** Totaal kosten                     | 2.595.246  |
| *** Exploitatieresultaat              | -1.743.580 |
| Gemeentelijke bijdrage prijspeil 2009 | 1.743.580  |
| Bezoek                                |            |
| Recreatief                            | 102.703    |
| Doelgroepen                           | 24.870     |
| Particuliere zweminstructie           | 27.912     |
| Vereniging/groepen                    | 43.000     |
| Scholen                               | 120.000    |
| Totaal                                | 318.485”.  |

1.6. In brieven van 9 maart 2009 vraagt verwerende partij aan alle kandidaten bepaalde verduidelijkingen. In de brief aan verzoekende partijen wordt onder meer als volgt gewezen op de afwezigheid van een “uitgewerkt financieel plan”:

“Na een eerste analyse van uw kandidatuur merken wij op dat de kandidatuur geen uitgewerkt financieel plan bevat.

Dit maakt het voor ons bestuur onmogelijk een zicht te krijgen op de berekening van de totale investeringskost van € 10.645.000 en de voorgestelde jaarlijkse exploitatievergoeding van € 1.743.580.

De jaarlijkse exploitatievergoeding lijkt eerder hoog in verhouding tot het bedrag van de totale investeringskost.

Bij punt J, financieel plan, eerste blad, tweede alinea, wordt bepaald : ‘Het zal waarschijnlijk onvermijdelijk zijn dat de gemeente Beveren een onherroepelijke en onvoorwaardelijke solidaire waarborg zal moeten verlenen aan de korte en lange termijnfinanciering waarbij de uitstaande schuld steeds door haar terugbetaald zal moeten worden. Alsdan zal het project nog grondiger bestudeerd moeten worden en goed moeten bevonden worden’.

Deze paragraaf en meerbepaald de rol van de gemeente in de financiering, is niet geheel duidelijk.

Wij vragen U dan ook ons binnen de 14 dagen na ontvangst van dit schrijven schriftelijk verduidelijking met betrekking tot bovenvermelde vragen te willen bezorgen”.

1.7. Verzoekende partijen antwoorden met een schrijven van 23 maart 2009 als volgt:

“Geacht College,

Uw schrijven d.d. 9 maart inzake onze kandidatuur hebben wij in goede orde ontvangen. U geeft aan dat onze kandidatuur geen uitgewerkt financieel plan bevat.

In onze kandidatuurstelling hebben wij de financiële kaders waarschijnlijk te verspreid weergegeven, waardoor voor u geen duidelijk beeld is ontstaan. Onze excuses daarvoor.

Wij vatten de financiële kaders die wij hebben gehanteerd hierna dan ook graag nog een keer voor u samen.

In onze planvorming gaan wij uit van een totaal te financieren bedrag van €11.500.000 inclusief speeltuin. Het verschil tussen deze €11.500.000 en de investeringkost van €10.645.000 moet gevonden worden in een raming van de korte termijn interesten en de prijsherzieningen ten opzichte van een prijspeil februari 2009.

Als beoogde eigenaar van het nieuw te realiseren recreatiebad zal de realisatie door ons moeten worden gefinancierd. Uit overleg met financiële instellingen is ons inmiddels duidelijk geworden, dat op deze financiering een onherroepelijke en solidaire waarborg door de gemeente Beveren zal moeten worden afgegeven.

De rente- en aflossingsverplichtingen van de benodigde financiering brengen wij ten laste van de jaarlijkse exploitatie en deze zijn in de ons aangeleverde begroting in de exploitatiebegroting opgenomen voor een bedrag van €765.233 per jaar. Dit bedrag is gebaseerd op een lening van €11.500.000 op annuïteitenbasis tegen een rente van 5,2 % rente en op looptijd van 30 jaar.

Daarnaast hebben wij in onze begroting gerekend met een jaarlijkse post van 2 % voor groot en planmatig onderhoud aan gebouw en technische installaties, inventaris en speeltuin, ten behoeve van de kwalitatieve instandhouding van het project over de gehele contractperiode van 30 jaar. Deze 2% is gebaseerd op onze ervaringsgegevens en in onze begroting daarom opgenomen voor een bedrag van €230.000 per jaar.

De jaarlijkse exploitatievergoeding hebben wij begroot op €1.743.580 inclusief kapitaallasten en groot onderhoud. Exclusief kapitaallasten en de jaarlijks in de begroting opgenomen kost voor de kwalitatieve instandhouding van het project, bedraagt de jaarlijkse exploitatievergoeding derhalve €748.347.

Wij hebben in onze exploitatieaanbieding aangegeven dat de uitkomsten van de exploitatie in grote mate afhankelijk kunnen zijn van de tariefstelling en het aantal openstellingsuren van het nieuwe recreatiebad. Voor wat dat betreft zijn wij in onze aanbieding uitgegaan van de niveaus in het huidige recreatiebad in de gemeente Beveren. Voor wat betreft de post belastingen en verzekeringen zullen de definitieve kosten afhangen van informatie die wij nog van u nodig zullen hebben. Ook indien wij zouden kunnen beschikken over de exploitatiegegevens van het huidige recreatiebad, zou onze begroting nog een verdere verfijning kunnen ondergaan.

Zoals wij in de toelichting op onze begroting hebben aangegeven, zijn wij daarom graag bereid om onze exploitatiebegroting in de latere fase op detailniveau en in alle openheid met u te bespreken, hetgeen tot bijstelling van onze exploitatiebegroting zou kunnen leiden.

Wij hopen u met het voorgaande de gewenste duidelijkheid te hebben gegeven in de financiële kaders die wij met betrekking tot onze aanbieding hebben gehanteerd, en zijn ook graag bereid om deze mondeling aan u toe te lichten”.

1.8. Er wordt een vergelijkende tabel van de kandidaturen opgemaakt. Met betrekking tot “de verklarende nota over de financiering van het project en het financieel plan” vermeldt deze tabel voor wat betreft de kandidatuur van verzoekende partijen het volgende:

“Er is een verklarende nota aanwezig. Mbt de financiering zal de gemeente een onherroepelijke en onvoorwaardelijke solidaire waarborg moeten verlenen. Er is geen financieel plan aanwezig. De totale investeringskost bedraagt €10.645.000. Dit bedrag is zeer laag voor een dergelijk voorgesteld project”.

Onderaan de vergelijkende tabel wordt met betrekking tot de kandidatuur van verzoekende partijen besloten: “er is geen uitgewerkt financieel plan voorgesteld. De kandidatuur van Pellikaan voldoet op dit punt niet aan de criteria opgenomen in het lastenboek”. Vervolgens wordt in het algemeen besluit vermeld “Pellikaan en THV Corspor niet volledig voldoen aan de voorwaarden van het lastenboek. Zij worden bijgevolg uitgesloten van de verdere procedure. SportOase en Sport & Recreatie voldoen aan alle voorwaarden van het lastenboek en worden toegelaten tot de verdere procedure”.

1.9. Een ambtelijke nota van 15 mei 2009 aan het college van burgemeester en schepenen vermeldt dat uit de toetsing van de kandidaturen aan de voorwaarden van het lastenboek en uit de vergelijkende tabel die werd opgesteld het volgende blijkt met betrekking tot de kandidatuur van verzoekende partijen

“Pellikaan: er is geen uitgewerkt financieel plan voorgesteld. De kandidatuur van Pellikaan voldoet op dit punt niet aan de criteria opgenomen in het

lastenboek. Er is geen onderbouwde verklarende nota over de financiering van het project. De kandidatuur van Pellikaan voldoet op dit punt niet aan de criteria opgenomen in het lastenboek. De totale investeringskost is in vergelijking met de andere kandidaturen zeer laag. De voorgestelde concessievergoeding daaren-tegen is in verhouding dan weer zeer hoog”.

Deze nota besluit als volgt: “Om reden dat Pellikaan en THV Corspor niet volledig voldoen aan de voorwaarden van het lastenboek worden zij uitgesloten van de verdere procedure. SportOase en Sport & Recreatie voldoen aan alle voorwaarden van het lastenboek en worden toegelaten tot de verdere procedure”.

1.10. Enkel met herneming van de vaststellingen in het besluit van de vergelijkende tabel (“Er werd geen uitgewerkt financieel plan bezorgd. De kandidatuur van Pellikaan voldoet op dit punt niet aan de criteria opgenomen in het lastenboek”), beslist het college van burgemeester en schepenen op 18 mei 2009 om “Pellikaan Bouw NV”, waarmee verzoekende partijen lijken te zijn bedoeld, uit te sluiten van de verdere onderhandelingen en SportOase en Sport & Recreatie uit te nodigen voor verdere onderhandelingen. Dit is de bestreden beslissing.

1.11. Het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 18 mei 2009 wordt met de voornoemde vergelijkende tabel, met een brief van 3 juni 2009 aan verzoekende partijen meegedeeld met verwijzing naar de algemene beroepsmogelijkheid bij de Raad van State.

1.12. De nota vermeldt dat intussen met de twee overgebleven kandidaten onderhandelingen worden gevoerd. Volgens hetgeen partijen ter terechtzitting verklaren, blijkt de concessie inmiddels nog niet te zijn toegewezen.

#### *IV. De schorsingsvoorwaarden*

2. Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

## V. Beoordeling van de eerste schorsingsvoorwaarde

### Standpunt van de partijen

3. Wat de eerste van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voeren verzoekende partijen in een *enig middel* de schending aan van “het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers bij overheidsopdrachten, [...] van het rechtsprincipe *patere legem quam ipse fecisti* en [...] van het motiveringsbeginsel”.

Aangezien blijkens de aankondiging en titulatuur van het bestek de overheidsopdracht een “concessie voor het bouwen en uitbaten van een zwembadcomplex en het realiseren van bijkomende infrastructuur nodig voor de uitbating van het complex” betreft, gaat het volgens verzoekende partijen om een concessie voor openbare werken die binnen het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenreglementering valt, maar waarvan de toewijzing wel aan een soepeler regime is onderworpen. Aangezien bij de concessies van werken aldus niet is voorzien in bijzondere regelen betreffende de regelmatigheid van de offertes zoals deze voorhanden zijn bij de openbare en beperkte procedures, kan de regelmatigheid volgens verzoekende partijen enkel worden beoordeeld op grond van de bestekbepalingen, de regel van de gelijke behandeling van de inschrijvers en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Zij benadrukken dat het bestek vereist dat de kandidaat-concessionaris onder meer de nodige technische bekwaamheid aantoon, hetgeen kennelijk kan door onder meer een aantal zaken voor te leggen, opgesomd onder de punten a) tot k) van artikel 2.2 van het bestek, waaronder een verklarende nota over de financiering van het project en een financieel plan. Verzoekende partijen wijzen er op dat het bestek dus het voorleggen van deze zaken niet op straffe van nietigheid van de inschrijving voorschrijft, noch bepaalt dat het niet voorleggen van een welbepaald stuk leidt tot de onregelmatigheid van de inschrijving. De finaliteit van deze bepaling bestaat er volgens hen in “dat onder meer door het voorleggen van de opgesomde stukken zou blijken of de kandidaat al of niet over de nodige technische bekwaamheid beschikt en deze kan aantonen”. Verwerende partij dient bijgevolg, om een kandidaat op die grond te weren, “aan te tonen dat de inschrijver intrinsiek en rekening houdend met alle verstrekte gegevens over onvoldoende technische bekwaamheid beschikt, of deze onvoldoende aantoon”.

Verzoekende partijen menen dat te dezen bij de beoordeling van de kandidaturen kennelijk geen rekening werd gehouden met de daadwerkelijk verstrekte gegevens in de totale inschrijving, noch met het feit dat die gegevens duidelijk werden uiteengezet in het antwoord dat verzoekende partijen aan de verwerende partij hebben verstrekt naar aanleiding van voormelde vraag om inlichtingen. Het is volgens verzoekende partijen “duidelijk dat er wel een verklarende nota bij de inschrijving gevoegd werd en dat er ook een exploitatiebegroting gevoegd werd waaruit de financiële planning zonder meer duidelijk blijkt en vergelijkbaar is met de andere inschrijvingen”.

In verband met de “finaliteit van de totale hoofding omtrent de technische bekwaamheid [...], met name de nodige technische bekwaamheid terzake hebben en kunnen aantonen in hoofde van de aanbestedende overheid”, wijzen verzoekende partijen ook op hetgeen in de tabel van de beoordeling onder de rubriek “toelichtingsnota over de visie van de kandidaatconcessionaris op de exploitatie van het project en de onderhoudsinvesteringen tijdens de loop van de concessie en de tewerkstelling” vermeld staat. Het is volgens verzoekende partijen “duidelijk dat de door verzoekers als bijlage gevoegde exploitatiebegroting bij het becijferen van de concessievergoeding (rubriek k) in wezen een meer dan gedetailleerd financieel plan zijn”.

Verzoekende partijen wijzen er tenslotte nog op dat “volgens de geldende benadering bij het normale contentieux inzake overheidsopdrachten hetgeen hier beoordeeld dient te worden niet tot de verificatie inzake regelmatigheid van de inschrijving behoort, maar wel tot de intrinsieke beoordeling van de inschrijving en de aanbesteder hier kennelijk beide aangelegenheden met elkaar verwart”.

Zij besluiten: “op basis van de aldus voorgelegde gegevens dient er onvermijdelijk toe besloten te worden dat verzoekers meer dan voldoende hun technische kennis hebben aangetoond en terzake voor de aanbestedende overheid perfect controleerbare gegevens hebben verstrekt die toelaten om de inschrijving met de andere kandidaten te vergelijken”.

## *Beoordeling*

4.1. Wat de kwalificatie van de opdracht betreft gaan beide partijen er te dezen van uit dat het gaat om een concessie en dat deze zowel werken als diensten betreft. Verwerende partij meent dat het gaat om een concessie van diensten omdat uit het bestek blijkt dat het gedurende dertig jaar exploiteren van het zwembad het belangrijkste aspect is en niet de uitvoering van de werken.

Los van de vaststelling dat verzoekende partijen niet uitdrukkelijk de schending inroepen van een specifieke bepaling van de wetgeving op de overheidsopdrachten, kan het middel - zoals zal blijken uit de verdere beoordeling ervan - in de huidige stand van het geding worden onderzocht zonder dat de Raad van State uitspraak moet doen over de juiste kwalificatie van de opdracht.

4.2. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat verzoekende partijen in het enig middel de schending inroepen van de motiveringsplicht. In de huidige stand van het geding lijkt uit de toelichting van het middel afgeleid te moeten worden dat zij hiermee niet de formele motiveringsplicht maar wel de materiële motiveringsplicht bedoelen. In het middel betwisten zij immers in essentie de juistheid van het ingeroepen motief door aan te voeren dat zij meer dan voldoende hun technische kennis hebben aangetoond en de bij hun kandidatuur gevoegde exploitatiebegroting in wezen een meer dan gedetailleerd financieel plan is.

4.3. In de bestreden beslissing wordt, zoals in de vergelijkende tabel en de nota aan het college, zonder meer als eerste motief vermeld dat er geen uitgewerkt financieel plan is.

In het kader van het ingeroepen middel, met name de ingeroepen schending van de materiële motiveringsplicht en het “patere legem” beginsel, dient, mede aan de hand van het administratief dossier, aldus onderzocht of de voornoemde conclusie van de bestreden beslissing conform het bepaalde in het bestek is en steunt op naar behoren bewezen motieven die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen. Daarnaast dient onderzocht of de inschrijvers bij die beoordeling gelijk werden behandeld.

4.4. Uit de vergelijkende tabel en de nota aan het schepencollege, die werden opgesteld ter voorbereiding van de bestreden beslissing, lijkt niet *prima facie* te kunnen worden afgeleid waarom werd geoordeeld dat er geen uitgewerkt financieel plan was zoals ook in die stukken werd vastgesteld. Specifiek inzake de financiële punten is er in de vergelijkende tabel eerder enkel de vaststelling dat er een verklarende nota over de financiering is, dat de gemeente met betrekking tot de financiering een onherroepelijke en solidaire waarborg moet verlenen en dat de totale investeringskost 10.645.000 euro bedraagt, bedrag dat zeer laag is voor het voorgestelde project. In het voorstel aan het college is er specifiek inzake de financiële punten enkel de opmerking dat er geen onderbouwde verklarende nota over de financiering van het project is, opmerking die niet wordt hernomen in de bestreden beslissing (de vergelijkende tabel stelde eerder wel dat er een verklarende nota aanwezig is) en de vaststelling dat de totale investeringskost in vergelijking met de andere kandidaturen zeer laag is terwijl de voorgestelde concessievergoeding daarentegen in verhouding dan weer zeer hoog is.

In de nota benadrukt verwerende partij wel dat verzoekende partijen in die bijlage j) zelf benadrukken dat “in overleg met de gemeente Beveren, de beoogde eigenaar, de financier en de exploitant gezamenlijk tot een uitgewerkt financieel plan gekomen zal moeten worden om een 30 jarige financiering te realiseren tegen goede voorwaarden”.

Ook in de “verklarende nota over de financiering van het project en een financieel plan” van SportOase, een kandidaat-concessionaris die wel tot de verdere procedure werd toegelaten, wordt vermeld dat de financiering van dit project onderwerp zal zijn van verder overleg, dat voorlopig in het businessplan geen rekening werd gehouden met een winst- of verliesdeling maar dat dit voorwerp kan uitmaken van verdere besprekingen, wordt verwezen naar de wil het businessplan zeer gedetailleerd door te praten met de gemeente Beveren en wordt de bedoeling aangekondigd in een constructieve dialoog alle onderwerpen bespreekbaar te maken zodat de gemeente Beveren een volledig inzicht krijgt in de kosten- en inkomstenramingen en de afspraken duidelijk en gedetailleerd worden gesteld zodat de prijs aan de exacte vraag kan worden aangepast.

In haar antwoord van 25 maart 2009 op de vraag tot verduidelijking voegt ook SportOase een nieuw plan toe waarin die kandidaat zelf een door de gemeente gewaarborgde lening aangaat - zoals ook verzoekende partijen voorstellen.

Aldus lijkt ook deze kandidaat in een nadere uitwerking van het financieel plan te voorzien zodat de vraag rijst of de benadrukking door verzoekende partijen dat “in overleg met de gemeente Beveren, de beoogde eigenaar, de financier en de exploitant gezamenlijk tot een uitgewerkt financieel plan gekomen zal moeten worden om een 30 jarige financiering te realiseren tegen goede voorwaarden”, indien dit al de reden is waarop de conclusie steunt dat verzoekende partijen geen uitgewerkt financieel plan voorlegden, op zich en alleen prima facie wel een voldoende motief kon zijn om verzoekende partijen niet tot de verdere procedure toe te laten wegens afwezigheid van een uitgewerkt financieel plan en SportOase wel.

Voorts kan worden vastgesteld dat verzoekende partijen in hun brief van 23 maart 2009 wel uitleg geven bij het verschil tussen het totaal te financieren bedrag van 11.500.000 euro, blijkbaar ook het bedrag van de aan te gane lening, en de investeringskost van 10.645.000 euro, alsook uitleg geven over de samenstelling van het bedrag van de voorgestelde jaarlijkse exploitatievergoeding, dit is de concessievergoeding, een punt waarop verwerende partij blijkens haar brief van 9 maart 2009 geen zicht kon krijgen door de afwezigheid van een uitgewerkt financieel plan, maar niet nader uiteenzetten hoe zij kwamen tot het voormelde bedrag van 10.645.000 euro alhoewel verwerende partij in die brief van 9 maart 2009 ook stelde dat zij door de afwezigheid van een uitgewerkt financieel plan ook geen zicht kon krijgen op de berekening van de investeringskost van 10.645.000 euro.

Dit lijkt een verschil met de twee kandidaten die wel tot de verdere procedure worden toegelaten. In de “verklarende nota over de financiering van het project en een financieel plan” van SportOase worden de investeringskosten immers nader opgesplitst. Ook in de financiële nota van de andere tot de verdere procedure toegelaten kandidaat, Sport & Recreatie, wordt de investeringskost meer gedetailleerd vermeld.

Uit de voornoemde brief van 9 maart 2009 van verwerende partij, lijkt, in de huidige stand van het geding, ook te kunnen worden afgeleid dat verwerende partij blijkbaar verwachtte via het financieel plan zicht te krijgen op de berekening van de investeringskost van 10.645.000 euro voor verzoekende partijen, bedrag dat in de vergelijkende tabel trouwens zeer laag wordt geacht ten opzichte van het voorgestelde project.

Een ander verschil met de toegelaten kandidaten dat *prima facie* uit het dossier blijkt is dat de kandidaturen van SportOase en deze van Sport & Recreatie, in het kader van dit financieel plan, een plan voorleggen, bij SportOase gedetailleerd businessplan genoemd, uitgesplitst over de gehele looptijd van de concessie, terwijl bij verzoekende partij een financieel plan uitgesplitst over de gehele duur van de concessie lijkt te ontbreken.

De vraag kan worden gesteld of dit niet ook een reden is waarom verwerende partij van oordeel is dat er geen uitgewerkt financieel plan werd voorgelegd. Uit het dossier blijkt immers dat ook de offerte van de thv Corspor wordt uitgesloten van de verdere onderhandelingen onder meer omdat deze geen uitgewerkt financieel plan voorlegde. In antwoord op de brief van 9 maart 2009 van verwerende partij deelde de thv Corspor onder meer een overzicht van de investeringen nieuwbouw mee met uitsplitsing van de lening en rentelasten over 10 jaar, alsook een budgetraming van de investering. Een gedetailleerd financieel plan, of businessplan, uitgesplitst over de ganse looptijd van de concessie, zoals voorgelegd SportOase en Sport & Recreatie, lijkt echter te ontbreken.

De vraag mag terzijde worden gelaten, of de conclusie dat een “uitgewerkt” financieel plan ontbreekt enkel steunt op de afwezigheid van een gedetailleerde berekening van de investeringskost, motief dat lijkt te kunnen worden afgeleid uit het dossier, dan wel ook op de afwezigheid van een gedetailleerd financieel plan uitgesplitst over de gehele looptijd van de concessie, zoals voorgelegd door SportOase en Sport & Recreatie, of nog op andere elementen. Rekening houdend met de beoordelingsbevoegdheid van de Raad van State die niet in de plaats van verwerende partij de voorgelegde stukken kan beoordelen maar enkel kan nagaan of het bestuur zoals te dezen redelijkerwijze kon oordelen dat verzoekende partijen geen voldoende uitgewerkt financieel plan voorlegden en hen daarom van de verdere procedure kon uitsluiten, tonen verzoekende partijen immers in de huidige stand van het geding niet met de vereiste *prima facie* ernst aan dat dit

eerste motief alleen al geen afdoende motief voor de bestreden beslissing kan zijn binnen het kader van het bestek.

Er wordt immers niet op het eerste gezicht aangetoond dat verwerende partij buiten de perken van de redelijkheid handelde of het gelijkheidsbeginsel of het bestek schond door de als financieel plan voorgelegde stukken van verzoekende partijen, zelfs samengelezen met de bijlage k), ook na de verduidelijking bij brief van 23 maart 2009, niet te beschouwen als een voldoende uitgewerkt financieel plan omdat, anders dan bij SportOase en Sport & Recreatie die wel tot de verdere procedure werden toegelaten, de verwachte meer gedetailleerde berekening van de vermelde investeringskost ontbrak.

4.5. Verzoekende partijen stellen dat geen van de in het bestek gevraagde stukken op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven en dat het bestek nergens erin voorziet dat het niet voorleggen van een welbepaald stuk onder een welbepaalde rubriek a) tot k) tot de onregelmatigheid van de inschrijving aanleiding zal geven, maar dat wel de finaliteit van de totale hoofding omtrent de technische bekwaamheid dient te worden nageleefd, namelijk de nodige technische bekwaamheid ter zake hebben en voldoende kunnen aantonen in hoofde van de aanbestedende overheid. Zij wijzen in dat verband op hetgeen in de tabel van de beoordeling onder de rubriek “toelichtingsnota over de visie van de kandidaat-concessionaris op de exploitatie van het project en de onderhoudsinvesteringen tijdens de loop van de concessie en de tewerkstelling” vermeld staat, namelijk: “Er is een duidelijke visie over de uitbating. De nota is goed uitgewerkt en onderbouwd. Er is sprake van een investeringsplan en er is een beschrijving van de instandhoudingswerken”. Deze laatste beoordeling lijkt echter niets te zeggen over het daarnaast vereist financieel plan dat de gehele concessie (bouw, exploitatie en instandhouding) betreft noch over de hier aan de orde zijnde berekening van de investeringskost nieuwbouw, bedrag dat nochtans mede bepalend is voor de financiering en voor de berekening van de concessievergoeding. In die zin wordt niet *prima facie* aangetoond dat niet redelijkerwijze mocht worden aangenomen dat de voorgelegde stukken niet voldeden als een voldoende uitgewerkt financieel plan bij ontstentenis van een meer gedetailleerde berekening van de vermelde investeringskost.

Verzoekende partijen tonen ook niet *prima facie* aan dat het bestuur, alleen omdat het bestek in artikel 2.2 bepaalt dat de technische bekwaamheid “onder meer” wordt aangetoond door de daarna opgesomde

elementen en dat geen van die elementen uitdrukkelijk op straffe van nietigheid zijn voorgeschreven, in de ontstentenis van een voldoende uitgewerkt financieel plan op zich, binnen het kader van het bestek, redelijkerwijze geen voldoende motief kon vinden om verzoekende partijen niet tot de verdere procedure toe te laten. Er lijkt veeleer te kunnen worden aangenomen dat die besteksbepaling inhoudt dat in ieder geval de gevraagde stukken moesten worden voorgelegd wil de technische bekwaamheid kunnen worden aangetoond en bijgevolg dat, indien de of een deel van de gevraagde gegevens ontbreken, de betrokken kandidaat de vereiste technische bekwaamheid niet kan aantonen en dus mag worden uitgesloten.

Het feit dat het bestek de vereiste inhoud van het financieel plan niet concretiseert, lijkt voorts niet te beletten dat verwerende partij een bepaalde inhoud kon verwachten zeker niet wanneer, zoals te dezen, verzoekende partijen werd gewezen op ontbrekende elementen zoals het feit dat de voorgelegde stukken verwerende partij niet in staat stelden zicht te krijgen op de investeringskost.

4.6. Zoals reeds opgemerkt gaat het bestek, zo lijkt het, ervan uit dat met het oog op de beoordeling van de technische bekwaamheid in ieder geval de in artikel 2.2 opgesomde elementen moesten worden voorgelegd.

In de mate verzoekende partijen in dit verband opwerpen dat “volgens de geldende beoordeling bij het normale contentieux inzake overheidsopdrachten hetgeen hier beoordeeld wordt niet tot de verificatie inzake de regelmatigheid van de inschrijver behoort, maar wel tot de intrinsieke beoordeling van de inschrijving en de aanbesteder hier kennelijk beide aangelegenheden met elkaar verwart”, rijst in de eerste plaats de vraag waar de woorden “hetgeen hier wordt beoordeeld” naar verwijzen. Betreft dit de beoordeling van de “toelichtingnota over de visie van de kandidaatconcessionaris op de exploitatie van het project en de onderhoudsinvesteringen tijdens de loop van de concessie en de tewerkstelling”, in welk geval de vraag rijst of verzoekende partijen belang hebben bij dit middel nu dit niet de reden is waarom zij van de verdere procedure werden uitgesloten, of gaat het om het gehele artikel 2.2 van het bestek, in welk geval dezelfde vraag rijst in de mate hiermee kritiek wordt geleverd op elementen die niet aan de grond van de bestreden beslissing liggen, of gaat het enkel om de in dat artikel 2.2 gestelde vereiste j), namelijk van een financieel plan, vereiste waarop de bestreden beslissing betrokken is.

Zij lijken hiermee in ieder geval kritiek te leveren op het bepaalde in dat artikel 2.2, minstens j), waaromtrent ze tot de kennisgeving van de bestreden beslissing eerder geen opmerkingen maakte.

Voorts verduidelijken zij niet welk onderdeel van de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten door deze bestekbepaling geschonden zou zijn wat betreft het hier relevante financieel plan, aannemend dat, zoals zij stellen, het gaat om een concessie van werken waarop die reglementering - zij het beperkt - toepasselijk is.

Dit alleen al volstaat in de huidige stand van het geding om het middel op dit punt niet ernstig te bevinden want onvoldoende duidelijk toegelicht.

4.7. De schending van de geschonden geachte rechtsnormen lijkt aldus niet aangetoond. Het enig middel is bijgevolg niet ernstig.

5. Nu het enig middel niet ernstig werd bevonden is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

## **BESLISSING**

### **De Raad van State verwerpt de vordering.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 oktober 2009, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                  |                  |
|------------------|------------------|
| Dierk Verbiest,  | kamervoorzitter, |
| met bijstand van |                  |
| Frank Bontinck,  | griffier.        |

**De griffier,**

**De voorzitter,**

**Frank Bontinck**

**Dierk Verbiest**