RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 199.519 van 14 januari 2010
in de zaak A. 194.868/XII-6057

In zake: 1. de NV STUDIE- EN EXPERTISEBUREAU DE PALMENAER,
2. de NV IDEPLUS,
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap STUDIE- EN EXPERTISEBUREAU DE PALMENAER NV en IDEPLUS NV,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hilde De Smet
kantoor houdend te Sint-Denijs-Westrem
Derbystraat 261
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de NV PARTICIPATIEMAATSCHAPPIJ VLAANDEREN,
2. de VLAAMSE MILIEUMAATSCHAPPIJ,
3. de "VLAAMSE MINISTER VOOR OPENBARE WERKEN, ENERGIE, LEEFMILIEU EN NATUUR",

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 december 2009, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van ParticipatieMaatschappij Vlaanderen NV, van 30/11/2009, houdende de definitieve uitsluiting van verzoekende partij uit de verdere gunningprocedure in het kader van het project LAK VMM Gent".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 7 januari 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Hilde De Smet, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Nathanaëlle Kiekens en Ian Arnouts, die verschijnen voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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

3.1. De Vlaamse Milieumaatschappij (hierna VMM) heeft geopteerd voor een centralisatie van haar buitendiensten, zowel haar kantoren als haar labo-activiteiten, op diverse locaties in de omgeving van Gent. VMM heeft de ParticipatieMaatschappij Vlaanderen NV (hierna PMV) gemandateerd om deze huisvesting in Gent te realiseren.

3.2. PMV heeft vervolgens de in het geding zijnde overheidsopdracht uitgeschreven voor de realisatie van laboratoria en kantoren voor de Vlaamse Milieumaatschappij in Gent (LAK VMM Gent). Het betreft een opdracht voor werken die wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en in het Publicatieblad van de Europese Unie op 27 maart 2009.

3.3. Tien kandidaten dienen zich aan. In het selectieverslag van 18 mei 2009 worden vijf kandidaten geselecteerd, waaronder de tijdelijke handels-vennootschap “Studie- en expertisebureau De Palmenaer NV - Ideplus NV”.

3.4. Vervolgens dienen vier van de vijf geselecteerde kandidaten een eerste offerte in, namelijk:
- thv Eurocross Property Development nv en MGD Belgium nv (ECPD)
- Grondbank The Loop nv (GBTL)
- thv Studie- en expertisebureau De Palmenaer nv - Ideplus nv (DP), verzoekende partijen
- Consortium Van De Walle Bouwteam nv, Promar Development nv en Ginvest nv (VDW)

3.5. Op grond van de analyse van de eerste offertes worden deze kandidaten bij brief van 6 augustus 2009 uitgenodigd voor de onderhandelingen en het uitbrengen van een "Best And Final Offer" (BAFO) overeenkomstig de bepalingen van het BAFO-bestek.

3.6. In hoofdstuk vijf van het bestek worden de minimale vereisten betreffende de huisvesting en de investering uiteengezet. Inzake de investering vereist het bestek dat de kandidaat een investeringsvoorstel formuleert aan marktconforme voorwaarden, waarbij de prijsbepaling van de verhuurde onroerende goederen in de investeringstransactie moet worden gestaafd met referentiepunten.

3.7. Op 26 oktober 2009 wordt beslist om een bijkomende onderhandelingsronde met de inschrijvers ECPD en GBTL op te starten, met het oog op de aanwijzing van een voorkeurkandidaat. De verzoekende partijen worden niet uitgenodigd omdat hun offerte niet vergunbaar wordt geacht binnen de huidige planningscontext. Aangezien de offerte van de groep Van de Walle zowel op prijs als kwaliteit beduidend lager scoort dan de eerstgenoemde twee kandidaten wordt deze kandidaat in de wachtkamer geplaatst.

3.8. In het beoordelingsverslag wordt in het kader van de beoordeling van de volledigheid en de formele regelmatigheid van de offertes als volgt gewezen op de manifeste onvolledigheid van het investeringsvoorstel van de verzoekende partijen (beoordelingsverslag blz. 14):

> "De BAFO-Offerte van DP vertoonde een dermate onvolledigheid op het vlak van het investeringsvoorstel dat een onderzoek en beoordeling van het investeringsvoorstel en, bij uitbreiding, de offerte onmogelijk bleek te zijn.
>
> De prijsbepaling voor de Tweede Aandelenoverdracht werd zodanig onvoldoende en afwijkend van de gevraagde werkwijze uitgewerkt dat het

onmogelijk is om een vergelijking te maken met de overige offertes. In het bijzonder werd vastgesteld dat de voorgestelde werkwijze om de aandelenprijs van de Tweede Aandelenoverdracht te bepalen niet overeenkomt met de werkwijze uit Bijlage XIII bij het BAFO-Bestek 'Modaliteiten Aandelenoverdrachten'. Er wordt immers voorgesteld dat '1 of 3 beëdigde schatters/bedrijfsrevisoren een waardering doen op basis van de normale bouw/constructie waarde onder aftrek van de schulden conform de goedgekeurde jaarrekening. Dit vormt dan de waardebepaling voor 100% van de aandelen.'

Niet alleen ontbreekt het aan een in voldoende mate van detail uitgewerkte berekeningsmethodiek voor de waardebepaling van de aandelen, er wordt bovendien geen voorstel voor waardebepaling van het afgewerkte gebouw opgegeven die als basis moet dienen voor de aandelenprijsbepaling. Ten slotte wordt voorgesteld dat de finale waardering slechts gebeurt na oplevering van het gebouw, hetgeen een risico inhoudt op een marktwaardestijging tijdens de periode tussen gunning en oplevering.

In sommige andere documenten bij de BAFO-Offerte (waaronder het offerteformulier en het ontwerp van aandeelhoudersovereenkomst) wordt informatie aangeleverd waaruit mogelijks toch een basis voor waardering van de onroerende goederen bij de Tweede Aandelenoverdracht afgeleid zou kunnen worden, te weten een kapitalisatievoet van 12%. Indien we dit als basis zouden nemen voor het investeringsvoorstel, zou de kandidaat een aanzienlijk verlies op de transactie boeken ten belope van diverse miljoenen euro. Aangezien rendementen tussen 6,25% en 7,25% als marktconform beschouwd worden, spreekt het voor zich dat een voorgestelde kapitalisatievoet van 12% in geen geval marktconform is en derhalve ook geen steek houdt.

Het investeringsvoorstel van DP blijkt bijgevolg inhoudelijk onvoldoende uitgewerkt te zijn (en bovendien in belangrijke mate afwijkend ten opzichte van de gevraagde werkwijze) om te kunnen oordelen over de inhoud van het voorstel.

Er is dus vast te stellen dat substantieel wordt afgeweken ten opzichte van de basisvereisten van de opdracht zoals in mededinging gesteld.

In het licht van het voorgaande is vast te stellen dat de BAFO-Offertes van ECPD, GBTL en VDW voldoen voor dit onderdeel, maar dat de BAFO-Offerte van DP integendeel niet voldoet".

Vervolgens wordt in het kader van de beoordeling van de overige randvoorwaarden van het BAFO-bestek, waarin wordt nagegaan of de offertes voldoen aan de oorspronkelijk vooropgestelde selectie-eisen, geoordeeld dat het project voorgesteld door de verzoekende partijen onvergunbaar is op de door hun voorgestelde locatie en wordt ook om deze reden hun BAFO-offerte uitgesloten.

Dit wordt in het beoordelingsverslag als volgt gemotiveerd (blz. 17 tot en met 19):

> "De door DP aangeleverde argumentatienota met betrekking tot de stedenbouwkundige en milieuvergunning werd, samen met de argumentatienota's van de andere Kandidaten, in concreto getoetst aan het principieel standpunt vanwege de gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar.
>
> Het beoogde project ligt binnen de bestemming 'zone voor handelsbedrijven' in het BPA Handelsbeurs. Het BPA Handelsbeurs stelt dat de hoofdbestemming de bestemming is 'waarvoor meer dan 70% van een constructie of aangelegenheid is bestemd.' Inzake nevenbestemming geldt een percentage van minder dan 30 % per constructie. De beoordeling of een constructie verenigbaar is met de hoofdbestemming van het BPA moet aldus gebeuren per 'constructie of aangelegenheid'.
>
> Als hoofdbestemming binnen de zone voor handelsbedrijven worden in de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA 'handelsbedrijven en opslagplaatsen' enerzijds en 'woongelegenheden met inbegrip van auto opbergplaatsen en tuinen' anderzijds aangeduid. Als nevenbestemming kunnen handel en horeca en diensten worden toegelaten.
>
> DP voert in de argumentatienota aan dat het begrip 'handelsbedrijven' niet gedefinieerd is in het BPA zodat voornamelijk moet worden gekeken naar de tot op heden ontwikkelde praktijk in de vergunningverlening. DP verwijst daartoe naar voorbeelden van stedenbouwkundige vergunningen die zouden zijn verleend of geweigerd binnen hetzelfde bestemmingsgebied. Het betreft met name een vergunning verleend door de stad Gent op 13 augustus 1987 voor het verbouwen van een kazerne tot kantoor- en schoolgebouw, een vergunning verleend door de stad Gent op 4 augustus 1988 voor het verbouwen van twee bergplaatsen en restaurant in burelen en het bouwen van nieuwe burelen en restaurant en een vergunning verleend door de stad Gent op 22 december 2002 voor het vervangen van 3 gsm-antennes en het aanpassen van een mast (vervangen topbuis) (zie argumentatienota DP, p. 2 en 3). Tevens worden voorbeelden aangehaald waarin vergunningen werden geweigerd om andere redenen dan de principiële onverenigbaarheid van de aanvraag met de bestemmingsvoorschriften, DP besluit op grond van deze voorbeelden dat kantoorfuncties in de bestemming 'zone voor handelsbedrijven' in het verleden steevast werden aanvaard. Tevens voert DP aan dat de kantoren van de VMM zich thans ook bevinden binnen blok E van het Maaltecenter, zodat het geenszins logisch zou zijn dat een herlocalisatie binnen dezelfde bestemmingszone plots niet meer zou worden toegelaten. Tot slot voert DP aan dat de diverse blokken van het Maaltecenter overwegend kantoorfuncties bevatten.
>
> In haar schrijven van 13 oktober 2009 stelt de gemachtigde gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar met betrekking tot het project van DP dat dit project fundamenteel in strijd is met de bestemmingsvoorschriften van het BPA Handelsbeurs en dat het project 'vanuit legaliteitsoogpunt niet in aanmerking komt voor vergunning binnen de bestaande planningscontext'.
>
> De stelling van de gemachtigde stedenbouwkundige ambtenaar moet worden bijgetreden. Het kan immers moeilijk worden betwist dat het beoogde gebouw voor kantoren en labo's niet kan worden beschouwd als een constructie die voor meer dan 70% is bestemd als handelsbedrijf of opslagplaats. Dat in hetzelfde

bestemmingsgebied in de jaren tachtig door de stad Gent twee stedenbouwkundige vergunningen zouden zijn verleend voor het verbouwen van bestaande gebouwen tot kantoor- en schoolgebouw, respectievelijk burelen en restaurant doet daaraan geen afbreuk. Uit de twee voorbeelden waarin meer dan 20 jaar geleden door de Stad Gent een stedenbouwkundige vergunning werd verleend voor het verbouwen van een bestaand gebouw tot kantoor- en schoolgebouw, respectievelijk een gebouw voor burelen en restaurant, kan geenszins worden afgeleid dat in het verleden kantoorfuncties steevast werden aanvaard als hoofdbestemming, laat staan dat hieruit zou volgen dat ook in de toekomst kantoorfuncties zouden moeten worden aanvaard als hoofdbestemming. Evenmin kan uit deze voorbeelden, die door DP niet worden verduidelijkt, worden afgeleid of de kantoorfunctie in de verleende vergunningen als hoofdbestemming dan wel als nevenbestemming (minder dan 30% van de constructie) werd toegelaten. Het BPA sluit immers niet uit dat kantoorfuncties worden toegelaten als nevenbestemming. Ook uit de beslissingen tot weigering van stedenbouwkundige vergunningen kan trouwens geenszins worden afgeleid dat kantoorfuncties als hoofdbestemming aanvaardbaar zouden zijn binnen het bestemmingsgebied.

Kantoren en labo's kunnen binnen het betreffende bestemmingsgebeid van het BPA enkel als nevenbestemming en niet als hoofdbestemming worden toegestaan. Binnen de huidige planningscontext kan het door DP voorgelegde project niet worden vergund, vermits niet aan de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA Handelsbeurs is voldaan.

Ook het argument van DP dat de diverse blokken van het Maaltecenter overwegend kantoorfuncties bevatten is niet van aard afbreuk te doen aan de principiële onverenigbaarheid van de voorgestelde project met de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA. Zoals reeds hoger aangehaald toont DP trouwens niet aan dat na de inwerkingtreding van het BPA stedenbouwkundige vergunningen werden verleend voor de bouw van gebouwen met als hoofdbestemming kantoorfuncties.

Evenmin kan met succes een beroep worden gedaan op artikel 4.4.9 van de Vlaamse Codex Ruimtelijke Ordening, dat het mogelijk maakt af te wijken van de bestemmingsvoorschriften van een plan van aanleg indien het aangevraagde zou kunnen worden vergund op grond van de voor de vergelijkbare categorie of subcategorie van gebiedsaanduiding bepaalde standaardtypebepaling vermeld in het besluit van de Vlaamse regering van 14 april 2008 tot vaststelling van nadere regels met betrekking tot de vorm en de inhoud van de ruimtelijke uitvoeringsplannen. Er is geen corresponderende (sub)categorie aangeduid voor de bestemming 'zone voor handelsbedrijven'. De meest voor de hand liggende vergelijkbare subcategorie is deze van 'specifiek regionaal bedrijventerrein voor kleinhandel', doch ook deze subcategorie laat geen kantoren of labo's als hoofdbestemming toe.

Het voorgestelde project is dus niet verenigbaar met de stedenbouwkundige voorschriften van het BPA Handelsbeurs. De vergunbaarheid van het beoogde project op deze locatie vereist bijgevolg een wijziging van het voormelde BPA. Aangezien een aanpassing van de planningscontext ertoe zou leiden dat het project niet in gebruik zou kunnen genomen worden in het begin van 2011, dienen we te concluderen dat het project op dit punt niet voldoet aan de selectiecriteria.

Om die reden komt de aanbestedende dienst tot de conclusie dat het project dat werd voorgesteld door DP manifest onvergunbaar is op de voorgestelde locatie.

Gelet op de mogelijkheid tot wering van BAFO-offertes waarvan de vergunbaarheid niet voldoende aannemelijk wordt gemaakt (punt 4.7. BAFO-Bestek), o.m. omdat zulks van aard is de realisatie op zich van het project in het gedrang te brengen, wordt de BAFO-Offerte van DP ook om deze reden geweerd".

Het tussentijds besluit in het kader van het regelmatigheidsonderzoek in het beoordelingsverslag luidt dat de BAFO-offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig dient te worden geweerd.

Voorts wordt gesteld:

"/ Bij de BAFO-offertes van zowel ECPD als VDW zijn bedenkingen te plaatsen ten aanzien van het voldoen aan randvoorwaarden van het BAFO-bestek (inzonderheid betreffende de vereiste van bereikbaarheid van de site binnen de 15 minuten met het openbaar vervoer), zodat diverse argumenten zouden kunnen worden aangegrepen om deze inschrijvers te weren doch in dit stadium van de procedure komt het desgevallend aan het bevoegd orgaan toe om voor zover als nodig een beslissing ter zake te treffen. Inzake het voldoen voor dit onderdeel wordt derwijze een voorbehoud gemaakt. In de mate geen van deze kandidaten zou aangeduid worden als voorkeurskandidaat in het licht van de inhoudelijke beoordeling cq. rangschikking, is het evenwel niet noodzakelijk dat ter zake standpunt zou worden ingenomen.

/ Er is voorts gebleken dat de BAFO-offerte van GBTL geen elementen bevat die redelijkerwijs moeten leiden tot het weren van de betrokken BAFO-offerte in het kader van het regelmatigheidsonderzoek. Er is derhalve vast te stellen dat de BAFO-offerte van GBTL voldoet voor dit onderdeel".

3.9. Op 30 november 2009 neemt PMV de thans bestreden beslissing:

"- De BAFO van 'THV Studie- en Expertisebureau De Palmenaer NV en Ideplus' wordt als substantieel onregelmatig geweerd.

Aan voornoemde kandidaat wordt een bijdrage in de kosten ten bedrage van 12.500 euro toegekend.

- Op basis van de inhoudelijke beoordeling cq. rangschikking in het licht van de gunningscriteria wordt vastgesteld dat GBTL (Grondbank The Loop NV) de voordeligste BAFO-Offerte heeft ingediend en derhalve als voorkeurskandidaat wordt aangeduid. Met GBTL zullen finale contractsbesprekingen worden aangevat met het oog op een optimalisering van de prijs/kwaliteitsverhouding en het vastleggen van de draagwijdte van de aan te gane rechten en verplichtingen. De definitieve gunningsbeslissing zal dan ook pas na het afronden van deze finale contractsbesprekingen worden genomen, met dien verstande dat de kandidaten die niet aangeduid werden als Voorkeurskandidaat niet meer in aanmerking komen voor het verder verloop van de procedure.

Deze beslissing doet geen afbreuk aan onderdeel 4.6 en 4.11. van het BAFO-bestek op grond waarvan de aanbestedende dienst zich nog steeds het recht voorbehoud om deze procedure alsnog stop te zetten en niet tot finale gunning

van de opdracht over te gaan, bij voorbeeld ten gevolge van beslissingen vanwege bevoegde overheden of betrokken instanties met betrekking tot de huisvesting van LAK VMM in het door de Voorkeurskandidaat voorgestelde project.

- Kandidaten "Consortium Van De Walle Bouwteam NV, Promar Development NV en Ginvest NV" en "THV Eurocrossroads Property Development NV en MGD Belgium NV" worden niet aangeduid als voorkeurskandidaat, zodat een nader onderzoek in het kader van het regelmatigheidsonderzoek zich niet opdringt en derwijze geen uitspraak dient te worden gedaan omtrent de voorbehouden ter zake.

In afwijking van onderdeel 4.6 en onderdeel 4.9 van het BAFO-bestek worden deze kandidaten definitief uitgesloten van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure om reden dat een terugvalscenario niet wenselijk wordt geacht in de mate zich een contractsluiting op korte termijn opdringt opdat de tijdigheid van de realisatie van het project niet verder in het gedrang zou worden gebracht.

Aan beide voornoemde kandidaten wordt een bijdrage in de kosten ten bedrage van elk 25.000 euro toegekend".

3.10. Bij brief van 30 november 2009 wordt aan de verzoekende partijen meegedeeld dat werd beslist om hun offerte op definitieve wijze uit te sluiten van het verdere verloop van de procedure en wordt een kopie van het beoordelingsverslag meegedeeld. Tevens wordt hen onder verwijzing naar artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een wachttermijn toegekend van 15 dagen ingaand vanaf 1 december 2009.

*IV. Aanwijzing van de verwerende partij*en

4. De verzoekende partijen wijzen drie verwerende partijen aan, namelijk de Vlaamse Milieu Maatschappij, de Participatiemaatschappij Vlaanderen nv en de "Vlaamse minister van Openbare Werken, Energie, Leefmilieu en Natuur".

5. De bestreden beslissing werd genomen door de Participatiemaatschappij Vlaanderen nv, die in het kader van de onderhavige zaak optreedt als aanbestedende overheid. Daarbij treedt PMV echter tevens op in naam en voor rekening van de VMM.

In de huidige stand van de procedure dienen de laatstgenoemde twee verwerende partijen in de zaak worden gehouden. Daartegen is in de nota geen bezwaar.

Wel kan het standpunt van de verwerende partijen worden bijgevallen dat geen van de Vlaamse ministers die door de verzoekende partijen wordt bedoeld bij de aanwijzing als verwerende partij, de bestreden beslissing hebben genomen of geschikt zijn om deze te verdedigen en dat zij aldus buiten de zaak dienen te worden gesteld.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

6. De verwerende partijen werpen een exceptie van gebrek aan belang op in hoofde van de verzoekende partijen.

7. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over deze exceptie uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak daarover zou alleen nodig zijn indien zou komen vast te staan dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid zijn vervuld, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is.

VI. De schorsingsvoorwaarden

8. Overeenkomstig 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.

VII. Beoordeling van de tweede schorsingsvoorwaarde

Uiteenzetting van de middelen

9. Wat de tweede van de in het voornoemde artikel 17 gestelde voorwaarden betreft, voeren de verzoekende partijen in een *eerste middel* de schending aan van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het beginsel van de vereiste gelijke behandeling van de inschrijvers en motiveringsplicht”.

De verzoekende partijen voeren aan dat de motivering op grond waarvan hun offerte wordt uitgesloten niet steeds consequent is. Waar een bepaald criterium voor hen een verdere uitsluiting tot gevolg heeft, zou dit niet het geval zijn voor de andere kandidaten. Finaal zou geen enkele kandidaat voldoen aan de vooropgestelde eisen en mocht in principe geen enkele kandidaat worden aanvaard.

Voorts merken zij op dat uit de besteksbepalingen bleek dat er in het kader van de minimale eisen geen ruimte was voor enige speling. Door in de beoordeling toch in speling te voorzien om aldus één kandidaat te kunnen behouden als voorkeurkandidaat, zou de aanbestedende dienst blijk hebben gegeven van onzorgvuldigheid.

Ook wordt volgens de verzoekende partijen onvoldoende gemotiveerd waarom zijzelf en de kandidaten VDW geen kans hebben gehad voor een bijkomende tussentijdse onderhandelingsronde na het indienen van de BAFO, terwijl deze onderhandelingsronde manifest een goede invloed had op de score van de overige twee kandidaten.

Inzake het beweerd onvolledig investeringsvoorstel merken zij op dat over het investeringsvoorstel van de overige inschrijvers niets wordt vermeld. Tevens zou de motivering van de verwerende partijen hierover dermate “summier en oppervlakkig” zijn dat daaruit onmogelijk kan worden afgeleid dat het investeringsvoorstel van de verzoekende partijen niet zou voldoen om een regelmatige offerte op te leveren.

Voorts stellen zij vast dat de onvergunbaarheid van het project in het dossier van de verzoekende partijen een andere weerslag blijkt te hebben dan in het project van Van de Walle.

Daarnaast zouden de verwerende partijen zich “te buiten gaan aan een enorm bochtenwerk om de ingediende offerte van ECD goed te keuren”. De projecten van ECPD en GBTL zouden zich eveneens ver van de tramhalte bevinden en de ingeschatte wandeltijd zou niet realistisch zijn.

Ten slotte zouden de verwerende partijen ook onzorgvuldig hebben gehandeld door meer gewicht te geven aan het al dan niet voldoen aan de randvoorwaarden dan aan de minimale vereisten van het bestek.

10. In een *tweede middel* voeren de verzoekende partijen een schending aan van het gelijkheidsbeginsel doordat reeds kort na de indiening van de offertes zou zijn gebleken dat meerdere kandidaten in één of meer minimale eisen tekort schieten. Bij de beoordeling zou het begrip "minimaal" niet strikt zijn toegepast om toch één kandidaat te kunnen kiezen als voorkeurskandidaat.

De verzoekende partijen wijzen er ten slotte op dat zij reeds bij het regelmatigheidsonderzoek werden verwijderd, waardoor hun de kans werd ontnomen om te scoren op de andere punten van de evaluatie.

Beoordeling

11. Het eerste middel is genomen uit de schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald van het vereiste van de gelijke behandeling van de inschrijvers en de motiveringsplicht. Ook in het tweede middel voeren de verzoekende partijen een schending van het gelijkheidsbeginsel aan. Aldus overlappen beide middelen elkaar grotendeels en kunnen ze samen worden beoordeeld.

12.1. Het op de voorliggende opdracht van toepassing zijnde BAFO-bestek bepaalt dat de BAFO-offerte "op straffe van onregelmatigheid" moet bestaan uit de volgende onderdelen:
(a) gemeenrechtelijke huurovereenkomst
(b) realisatie en financiering van de inrichtingswerken
(c) investeringsluik voor PMV of dochteronderneming.

Dit laatste aspect wordt verder toegelicht onder punt.3.3. van het bestek (blz. 15-16) evenals in de bijlagen III (formulier minimale vereisten), V (termsheet) en XIII (Modaliteiten aandelenoverdracht) bij het bestek.

In het BAFO-bestek wordt tevens benadrukt dat gezien het bijzondere belang van de tijdige beschikbaarheid van het LAK VMM Gent, het essentieel is voor de aanbestedende overheid dat de voorgestelde locatie voor het LAK VMM Gent daadwerkelijk een stedenbouwkundige vergunning alsook een milieuvergunning kan bekomen. In dit verband worden in het bestek een aantal bijzondere vereisten en opmerkingen opgenomen, waaronder de volgende bepaling:

> "De aanbestedende dienst behoudt zich hoe dan ook het recht voor om bij de bevoegde diensten zelf de nodige inlichtingen in te winnen inzake de daadwerkelijke vergunbaarheid van de door de Kandidaten voorgestelde locaties voor het LAK VMM Gent.
>
> Zij zal de aldus verkregen inlichtingen desgevallend mede in overweging nemen bij het beoordelen van de ontvangen BAFO-offertes. De Aanbestedende Dienst behoudt zich dan ook het recht voor, zonder hier verplicht toe te zijn, om BAFO-offertes waarvan de vergunbaarheid niet voldoende aannemelijk wordt gemaakt, te weren".

12.2. Uit het beoordelingsverslag van de BAFO-offertes blijkt dat de BAFO-offerte van de verzoekende partijen als substantieel onregelmatig wordt geweerd om twee redenen.

In het beoordelingsverslag wordt in het kader van de beoordeling van de volledigheid en de formele regelmatigheid van de offertes in de eerste plaats opgemerkt dat het investeringsvoorstel van de verzoekende partijen manifest onvolledig is. Dit wordt uitvoerig toegelicht op blz. 14 van het beoordelingsverslag, hiervoor aangehaald.

Vervolgens wordt in het kader van de beoordeling van de overige randvoorwaarden van het BAFO-bestek, waarin wordt nagegaan of de offertes voldoen aan de oorspronkelijk vooropgestelde selectie-eisen, geoordeeld dat het project van de verzoekende partijen onvergunbaar is op de voorgestelde locatie binnen de bestaande planningscontext. Dit wordt eveneens uitvoerig toegelicht op de blz. 17 tot en met 19 van het beoordelingsverslag, hiervoor aangehaald.

In het tussentijds besluit in het kader van het regelmatigheidsonderzoek in het beoordelingsverslag wordt hierover het volgende opgemerkt:

> "/ De BAFO-offerte van DP dient als substantieel onregelmatig te worden geweerd.
>
> De BAFO van DP wijkt op een essentieel punt (nl. het investeringsvoorstel) flagrant af van het gevraagde in het bestek doordat zulks kennelijk onvoldoende werd uitgewerkt. Door het ontbreken van een inhoudelijk onderbouwd investeringsvoorstel kan de BAFO-offerte op dit vlak ook niet zinvol vergeleken worden met de voorstellen van de overige kandidaten. Deze afwijking tast derhalve de vergelijkbaarheid van de offertes aan en is, gelet op onderdeel 6.1.2. van het BAFO-bestek, op zich reeds van aard om te leiden tot de substantiële onregelmatigheid van de BAFO van DP.

> Ook het feit dat de vergunbaarheid niet voldoende aannemelijk wordt gemaakt (punt 4.7 BAFO-bestek), de facto hoogst onwaarschijnlijk blijkt, is van aard om de realisatie van het project in het gedrang te brengen, zodat de BAFO van DP van verdere beoordeling dient te worden uitgesloten.
>
> Om deze reden wordt ook een voorbehoud geformuleerd inzake overige afwijkingen in het kader van het regelmatigheidsonderzoek.
>
> Deze kandidaat komt derhalve niet voor verdere beoordeling in aanmerking".

12.3. Vastgesteld dient te worden dat in het beoordelingsverslag op uitvoerige en concrete wijze de motieven worden uiteengezet waarom de offerte van de verzoekende partijen wordt uitgesloten. Deze motivering lijkt afdoende en stemt op het eerste gezicht ook overeen met de stukken van het administratief dossier. De motieven kunnen ook geenszins als "summier en oppervlakkig" worden beschouwd, zoals de verzoekende partijen aanvoeren.

12.4. Evenmin kan *prima facie* worden aangenomen dat de verzoekende partijen vanuit het oogpunt van de redenen voor de uitsluiting ongelijk zouden zijn behandeld ten aanzien van de overige inschrijvers.

De motieven met betrekking tot het gebrekkige investeringsvoorstel van de verzoekende partijen vinden op het eerste gezicht bevestiging in de stukken van het administratief dossier. Zo hebben zij onder meer in tegenstelling tot de overige inschrijvers in het offerteformulier geen indicatieve prijs opgegeven voor de tweede aandelenoverdracht en hebben zij in hun offerte een alternatieve berekeningswijze voorgesteld (offerte blz. 6-7). Overigens worden de motieven van de aanbestedende overheid omtrent het gebrekkige investeringsvoorstel van de verzoekende partijen (blz. 14 beoordelingsverslag) inhoudelijk door de verzoekende partijen niet betwist.

Voorts lijken de verzoekende partijen terecht op te merken dat de gemachtigde gewestelijke stedenbouwkundige ambtenaar met betrekking tot het project van een kandidaat, namelijk Van De Walle, eveneens van oordeel was dat dit project vanuit legaliteitsoogpunt niet in aanmerking komt voor vergunning binnen de bestaande planningscontext. De aanbestedende overheid zet in het beoordelingsverslag evenwel op gemotiveerde wijze uiteen waarom zij van oordeel is dat er juridische motieven voorhanden zijn op grond waarvan deze kandidaat, in tegenstelling tot de verzoekende partijen, met een eventuele kans op slagen zou kunnen argumenteren dat een stedenbouwkundige vergunning voor het project

mogelijk is, zelfs binnen de bestaande planningscontext. Daarbij wordt inzonderheid gewezen op het feit dat er geen BPA van toepassing is op de locatie van Van De Walle, terwijl dit wel het geval is op de locatie die werd voorgesteld door de verzoekende partijen. In gebieden waar de gewestplanbestemming van toepassing is, kan volgens de verwerende partijen immers toepassing worden gemaakt van artikel 20 van het besluit van 28 december 1972 betreffende de inrichting en de toepassing van de ontwerpgewestplannen en de gewestplannen, hetgeen onder bepaalde voorwaarden zou toelaten om af te wijken van de bestemmings-voorschriften. Aldus lijkt op het eerste gezicht in elk geval te kunnen worden aangenomen dat het gaat om verschillende gevallen die verschillend behandeld mogen worden. Ook hier lijkt dus geen schending van het gelijkheidsbeginsel aangetoond.

Anders dan de verzoekende partijen laten uitschijnen in hun verzoekschrift heeft de aanbestedende overheid ten slotte voor wat betreft de bereikbaarheid met het openbaar vervoer de offertes van ECPD en VDW geenszins goedgekeurd, doch op dit punt in het beoordelingsverslag uitdrukkelijk een voorbehoud gemaakt. In de bestreden beslissing wordt opgemerkt dat, aangezien deze kandidaten niet worden gekozen als voorkeurbieder, zich geen nader onderzoek in het kader van het regelmatigheidsonderzoek opdringt en derwijze geen uitspraak dient te worden gedaan omtrent de voorbehouden terzake.

Met betrekking tot de offerte van GBTL wordt daarentegen uitdrukkelijk opgemerkt dat deze offerte beantwoordt aan het vereiste van het bestek dat de site met het openbaar vervoer bereikbaar moet zijn binnen de 15 minuten. De tramrit tussen het station Gent Sint-Pieters en de eindhalte van de tram duurt volgens de aanbestedende overheid 9 minuten, te vermeerderen met een wandeltijd van 5 minuten. De verzoekende partijen merken dienaangaande nog op dat de wandeltijd niet realistisch is wat “zou kunnen blijken” uit het plan opgenomen op blz. 22 van het beoordelingsverslag. Deze voorwaardelijke argumentatie lijkt niet van aard om te kunnen besluiten - laat staan in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid - dat het oordeel van de aanbestedende overheid op dit punt de grenzen van de redelijkheid zou te buiten gaan.

12.5 Uit het voorgaande kan reeds worden besloten dat de verwerende partijen op het eerste gezicht de grenzen van een redelijke beoordeling niet te buiten zijn gegaan door de offerte van de verzoekende partijen om de in het

beoordelingsverslag vermelde redenen en op grond van voormelde besteksbepalingen uit te sluiten en dat zij daarbij evenmin het gelijkheidsbeginsel hebben geschonden.

12.6. Wat de kritiek van de verzoekende partijen betreft inzake de beoordeling van de minimale eisen, valt op te merken dat het bestek uitdrukkelijk een onderscheid maakt tussen, eensdeels, de volledigheid en de formele regelmatigheid van de offerte en, anderdeels, de selectie-eisen of bijzondere voorwaarden voor de uitvoering van de opdracht die reeds in de aankondiging waren vermeld en, ten slotte, de minimale vereisten zoals omschreven in deel 5 van het bestek.

Hiervoor werd reeds aangenomen dat de offerte van de verzoekende partijen op het eerste gezicht terecht werd uitgesloten omwille van afwijkingen van de eerste twee categorieën van voorwaarden. Zij hebben op het eerste gezicht dan ook geen belang bij een middelonderdeel dat betrekking heeft op de wijze van beoordeling van de minimale vereisten, te meer daar hun beroep uitsluitend gericht is tegen de beslissing om hun offerte uit te sluiten en niet op de beslissing om een voorkeurbieder aan te wijzen.

12.7. Aangezien hiervoor reeds werd aangenomen dat de BAFO-offerte van de verzoekende partijen op het eerste gezicht door de verwerende partijen terecht als onregelmatig mocht worden beschouwd omwille van het gebrekkige investeringsvoorstel enerzijds en de onvergunbaarheid van het project anderzijds, diende deze offerte niet verder te worden onderzocht.

Er valt bijgevolg evenmin in te zien welk belang de verzoekende partijen hebben bij hun middelonderdeel inzake het feit dat zij niet mochten deelnemen aan de bijkomende tussentijdse onderhandelingsronde.

Om dezelfde reden lijken de verzoekende partijen geen belang te hebben bij het onderdeel van het tweede middel waarin zij stellen dat hun de kans zou zijn ontnomen om te scoren op de andere punten van de evaluatie.

In elk geval lijkt uit de stukken van het administratief dossier voort te vloeien dat de verzoekende partijen niet werden uitgenodigd voor de bijkomende onderhandelingen omdat hun project niet vergunbaar werd geacht

binnen de huidige planningscontext en hun offerte om die reden reeds onregelmatig werd geacht, welke beslissing de grenzen van de redelijkheid niet te buiten lijkt te gaan. Door de offerte van de verzoekende partijen niet te toetsen aan de gunningscriteria lijken de verwerende partijen bovendien louter te hebben gehandeld in overeenstemming met punt 4.5.3. van het bestek, dat die toetsing enkel oplegt voor formeel regelmatige offertes.

13. Het eerste en het tweede middel zijn niet ernstig.

14. Nu beide middelen niet ernstig zijn bevonden is meteen niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

BESLISSING

1. Geen van de Vlaamse ministers dient als verwerende partij in de zaak te worden gehouden.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 januari 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest, kamervoorzitter,
met bijstand van
Silja Doms, griffier.

De griffier, **De voorzitter,**

Silja Doms **Dierk Verbiest**