

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 227.922 van 27 juni 2014
in de zaak A. 212.588/XII-7670**

In zake: de NV FEDIMMO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frank Judo en Yves Delacroix
kantoor houdend te 1000 Brussel
Keizerslaan 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de NV PARTICIPATIEMAATSCHAPPIJ VLAANDEREN
2. de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Jan Bouckaert en
Nathanaëlle Kiekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV IMMOBEL
2. de NV VASTGOED RUIMTE NOORD
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap
Immobel-Vastgoed Ruimte Noord
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat France Vlassembrouck
kantoor houdend te 1200 Brussel
Neerveldstraat 101-103
bij wie woonplaats wordt gekozen

3. de NV PROJECT T&T
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pieter Puelinckx en Lieve Swartenbroux
kantoor houdend te 1000 Brussel
Brederodestraat 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 mei 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“o De beslissing van PMV aan Fedimmo meegedeeld op 12 mei 2014 waarbij werd beslist om het contract voor de uitvoering van werken m.b.t. ‘Huisvesting Vlaamse Overheid Brussel’ toe te kennen aan Project T&T/Meander, inbegrepen de volgende bijlagen:

- Beoordelingsverslag ‘Huisvesting Vlaamse Overheid Brussel, Beoordelingsverslag met het oog op de aanduiding van een voorkeursbieder’ dd. 28 februari 2014

- Beslissing ‘Huisvesting Vlaamse Overheid Brussel, Aanwijzing van een voorkeursbieder, Beslissing GMC’ dd. 3 maart 2014

- De beslissing van PMV om de offerte van Project T&T regelmatig te verklaren,

- De beslissing van PMV om de offerte van KBC/Immobel regelmatig te verklaren,

- De beslissing van PMV om de offerte van KBC/Immobel 68,6 punten en aan de offerte van Fedimmo 67 toe te kennen

- De beslissing van de Vlaamse Regering van vermoedelijk 9 mei 2014, tot inhuurname van het Meandergebouw, onder voorbehoud van gunning van de overheidsopdracht door PMV”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 6 juni 2014 hebben de nv Immobel en de nv Vastgoed Ruimte Noord samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Immobel-Vastgoed Ruimte Noord en de nv Project T&T gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 juni 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Frank Judo, Yves Delacroix en Aurélien Vandeburie, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaten David D’Hooghe, Jan Bouckaert, Nathanaëlle Kiekens en Bastiaan Schelstraete, die verschijnen voor de verwerende partijen, en advocaten France Vlassembrouck, Pieter Puelinckx en Lieve Swartenbroux, die verschijnen voor de tussenkomende partijen, 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

3.1. De aankondiging van de in het geding zijnde opdracht, aldaar genaamd “PMV-Huisvestingsprogramma Vlaamse Overheid in Brussel” wordt op 11 maart 2013 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 13 maart 2013 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Voor deze opdracht voor de aanneming van werken wordt gekozen voor de gunningswijze van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

3.2. Op 18 april 2013 worden zes kandidaturen ontvangen. In een selectieverslag van 3 mei 2013 worden de aanvragen tot deelneming onderzocht. Daarbij wordt de persoonlijke situatie, de economische en financiële draagkracht en de vakbekwaamheid onderzocht op grond van de in de aankondiging gestelde eisen en wordt, onder “voorwaarden met betrekking tot de opdracht”, nagegaan of de kandidaten “redelijkerwijs over de mogelijkheid beschikken om in de gunningsfase een voorstel in te dienen dat inpasbaar is binnen de randvoorwaarden die gesteld worden aan het huisvestingsprogramma” en onder meer de in de aankondiging vermelde “Locatievereiste” en “Timing (planning en bouwtraject)”.

Op 6 mei 2013 beslist de PMV, met verwijzing naar dit selectieverslag en de motivering ervan, de volgende vijf kandidaten te selecteren:

- AG Real Estate;
- Allianz Belgium;
- Project T&T;
- Fedimmo;
- Immobel / Vastgoed Ruimte Noord.

3.3. Met brieven gedateerd 6 mei 2013 wordt aan de kandidaten meegedeeld dat vijf kandidaten werden geselecteerd en of zij al dan niet werden geselecteerd blijkbaar telkens met in bijlage de motieven voor hun selectie of niet-selectie in de vorm van een uittreksel uit het selectieverslag.

3.4. Met brieven gedateerd 8 mei 2013 wordt aan de geselecteerde kandidaten het toepasselijke bestek “PMV – Huisvestingsprogramma Vlaamse overheid in Brussel” met referentienummer 2013-505002 meegedeeld.

3.5. De volgende vier van de vijf geselecteerde kandidaten dienen tegen 27 juni 2013 een offerte in:

- AG Real Estate, voor Silver Tower;
- Fedimmo, voor WTC IV;
- Immobel - Vastgoed Ruimte Noord, voor Brussels Tower;
- Project T&T, voor het Meandergebouw.

3.6. Deze offertes worden beoordeeld in een “gemotiveerde tussentijdse beslissing na beoordeling van de offertes” van 9 september 2013.

3.7. Nadat verduidelijkingen werden gevraagd aan nv Project T&T beslist de PMV dat het niet passend is om de hoogst gerangschikte inschrijver als voorkeursbieder aan te wijzen maar om een bijkomende offerteronde met de vier inschrijvers te organiseren waarbij zij inzage krijgen in de zwakke punten van hun eerste offerte en de kans krijgen hun voorstel te verbeteren.

3.8. Met brieven gedateerd 7 oktober 2013 worden de vier inschrijvers in kennis gesteld van deze beslissing en van de elementen met betrekking tot de eerste offerte die doorheen de verschillende gunningscriteria een negatief aspect van de beoordeling vormden, en gevraagd tegen uiterlijk

28 oktober 2013 om 11 u een tweede offerte in te dienen.

3.9. Zij dienen vervolgens elk tegen 28 oktober 2013 een tweede offerte in.

3.10. Nadat op bepaalde punten door de PMV verduidelijkingen waren gevraagd, wordt op 13 januari 2014 een “beoordelingsverslag tweede offertes” opgesteld.

3.11. In een “gemotiveerde tussentijdse beslissing na beoordeling van de tweede offertes” van 13 januari 2014 en met verwijzing naar voormeld beoordelingsverslag beslist de PMV tot organisatie van een BAFO-ronde.

3.12. Alle inschrijvers worden uitgenodigd tot het indienen van een BAFO uiterlijk tegen 27 januari 2014 om 11 u.

3.13. De vier inschrijvers dienen tegen die datum elk een BAFO in.

3.14. Op 28 februari 2014 wordt een “beoordelingsverslag met het oog op het indienen van een voorkeursbieder” opgesteld.

Er wordt voorgesteld de nv Project T&T tijdelijk en onder een aantal voorwaarden als voorkeursbieder aan te wijzen.

3.15. Met verwijzing onder meer naar dit gunningsverslag beslist de PMV vervolgens op 3 maart 2014 om de nv Project T&T als voorkeursbieder aan te wijzen. Deze beslissing wordt onder meer als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het grote puntenverschil tussen de hoogst gerangschikte inschrijver enerzijds en de overige inschrijvers anderzijds, wordt voorgesteld om Project T&T als voorkeursbieder aan te duiden en alle overige inschrijvers naar de wachtkamer te verwijzen.

Vanuit zorgvuldige besluitvorming, en gelet op het gegeven dat men naar de laatste fase van het gunningstraject gaat, wil men zich ervan vergewissen dat dit voorstel daadwerkelijk perspectief biedt op realisatie binnen de vooropgestelde termijn, inzonderheid in functie van de vergunbaarheid.

Voor de goede orde, wordt herhaald dat uiteraard – op dit ogenblik in het gunningstraject –nog niet zonder meer vereist wordt dat alle vergunningen reeds zonder meer verkregen werden (hetgeen bij geen enkele van de inschrijvers overigens het geval is), maar wel dat er afdoende garanties voorliggen dat op de voorgestelde locatie voor het project daadwerkelijk, en binnen de vooropgestelde timing, een stedenbouwkundige vergunning en milieuvergunning kan worden verkrijgen.

Voor wat de timing betreft, is van meet af aan gewezen op de scherpe timing, waarbij de periode 2016-2017 aangenomen wordt als richtinggevend ijkpunt voor de inhuizing in de nieuwe vesti[gi]ng. Dit is een voorzichtige inschatting gesteund op het gegeven dat eind 2017/begin 2018 twee huurovereenkomsten voor grote gebouwen op einddatum komen (abstractie makend van evt. verdere verlengingen).

Voor de analyse van de vergunbaarheid en timing van het realisatie van het Meander project wordt verwezen naar het beoordelingsverslag, waarin wordt vastgesteld dat, lopende de gunningsprocedure en zelfs na de indiening van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning, aan het regelgevend kader gesleuteld werd, en er op korte termijn nog verdere aanpassingen te verwachten vallen.

Het is daadwerkelijk aannemelijk dat tijdig de nodige vergunningen kunnen worden verkregen voor het Meander project; dit gezegd zijnde is het tegelijk ook aangewezen om de nodige maatregelen te treffen om het risico van een laattijdige gunningverlening of de weigering van de vergunning zoveel als mogelijk te vermijden. Om die reden dient het voorliggende Meander project in die zin aangepast te worden dat de vergunningsaanvraag ook kan worden ingewilligd, zelfs als het nieuwe BBP niet (binnen de vooropgestelde timing) in werking zou treden.

De timing voor realisatie van het Meander project, zoals die nu voorligt, komt voldoende realistisch over. Er dient evenwel over gewaakt worden dat deze timing en het vooruitzicht van tijdige realisatie niet in het gedrang wordt gebracht door eventuele maatregelen die genomen zouden worden om het vergunningsrisico, zoals hierboven vermeld, te mitigeren.

In het licht van het voorgaande, wordt voorgesteld om T&T met het Meander project aan te duiden als voorkeursbieder, met dien verstande dat het voorkeursbiederstatuut slechts tijdelijk en onder de hierna vermelde voorwaarden wordt toegekend. Dit biedt de aanbestedende overheid de mogelijkheid om vanwege T&T de nodige garanties en engagementen te verkrijgen met betrekking tot de vergunnings- en timingsissues.

Door Project T&T als voorkeursbieder aan te duiden kan de volgende fase geïnitieerd worden teneinde na te gaan of een gunning ter zake mogelijk blijkt”.

Als uitdrukkelijke voorwaarde wordt gesteld dat de nv Project T&T uiterlijk tegen vrijdag 7 maart 2014 zou bevestigen dat:

- “• Project T&T zich engageert om te voldoen aan de vereisten van het demografisch GBP door zo spoedig mogelijk en uiterlijk tegen 24 april 2014, hetzij, een bijkomende wijzigingsvergunning voor de basisvergunning nr. 82 P/07 in te dienen hetzij om het reeds ingediende vergunningsdossier aan te passen, hetzij op een andere wettelijke en haalbare wijze, mits uit de theoretische planning voor deze remediëring geen vertraging blijkt ten aanzien van de initiële planning, waaronder de beoogde realisatietermijn voor het Meanderproject.
- Project T&T zich engageert om een contractuele boete te onderschrijven in geval de vereiste vergunningen niet tijdig verkregen worden.
- Zij bereid zijn om tijdens de verdere contractonderhandelingen een redelijk voorstel voor een optionele huurvrije periode te bespreken en voor te stellen.
- Zij in de loop van de verdere contractonderhandelingen een concreet en redelijk voorstel voor een pendeldienst (met het oog op het opvangen van de hoogste noden) zullen voorstellen, dat optioneel is in hoofde van de Vlaamse overheid”.

3.16. Met een brief van 3 maart 2014 deelt de PMV deze beslissing en voorwaarden mee aan de nv Project T&T. Bij e-mail en brief van 7 maart 2014 bevestigt de nv Project T&T haar akkoord met deze voorwaarden. In een afzonderlijke e-mail en brief geeft de nv Project T&T aan hoe zij deze voorwaarden begrijpt en de verdere samenwerking wenst te concretiseren.

De PMV besluit vervolgens dat de nv Project T&T aldus voldoet aan de voorwaarden om tot voorkeursbieder aangemerkt te worden en dat de onderhandelingen kunnen worden opgestart.

3.17. Met brieven gedateerd 17 maart 2014 wordt aan de overige inschrijvers meegedeeld dat de nv Project T&T werd aangewezen als voorkeursbieder en dat er in de huidige stand van de procedure dus met hen geen verdere onderhandelingen worden aangeknoopt. Eerst zal worden nagegaan of met de nv Project T&T tot overeenstemming kan worden gekomen met het oog op gunning.

3.18. Blijkens de bestreden beslissing wordt vanaf 17 maart 2014 met

de nv Project T&T onderhandeld. Daarbij wordt de juridische structuur uitgewerkt, de BAFO geoptimaliseerd en de huurovereenkomst tussen de Vlaamse Gemeenschap en de op te richten projectvennootschap Meander op punt gesteld.

3.19. “Mits voldaan wordt aan de voorwaarden, geformuleerd in het akkoord van 9 mei 2014 van de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting, en, onder voorbehoud van de gunning van de overheidsopdracht door PMV aan Project T&T”, beslist de Vlaamse regering op 9 mei 2014 tot inhuurname van het Meandergebouw. Dit is de vijfde bestreden beslissing.

3.20. Met verwijzing onder meer naar de beslissing van 3 maart 2014 om de nv Project T&T aan te duiden als voorkeursbieder en het daartoe opgestelde beoordelingsverslag van 28 februari 2014 die bij de beslissing worden gevoegd en “hiervan integraal deel uitmaken” en naar het verloop en de belangrijkste resultaten van de finale contractbesprekingen en na vastgesteld te hebben dat de nv Project T&T “nog steeds voldoet aan de vereisten inzake formele regelmatigheid, de minimale vereisten en de selectie-eisen”, beslist de PMV op 12 mei 2014:

- “De opdracht ‘Huisvesting Vlaamse overheid Brussel’ te gunnen aan Project T&T nv;
- Een mandaat te geven aan [S.A.], [P.B.] en/of [E.V.] om deze beslissing ter kennis te geven aan ieder van de deelnemende inschrijvers;
- Na het verstrijken van de wachttermijn over te gaan tot organisatie van de contractsluiting van de huurovereenkomst, op hetzelfde ogenblik als de contractsluiting van de investeringstransactie”.

Dit vormt, samen met de bijgevoegde beslissing van 3 maart 2014 tot aanwijzing van een voorkeursbieder en het beoordelingsverslag van 28 februari 2014 met het oog op aanwijzing van een voorkeursbieder, de eerste bestreden beslissing. De tweede, derde en vierde bestreden beslissing lijken er te zijn in vervat.

3.21. Met een blijkbaar aangetekend en via e-mail verzonden brief gedateerd 12 mei 2014 wordt aan alle inschrijvers meegedeeld dat de opdracht werd gegund aan de nv Project T&T, met vermelding van de beroepsmogelijkheid in het kader van de wachttermijnregeling bepaald in artikel 65/11 van de wet van

24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’. De gemotiveerde gunningsbeslissing met de beslissing tot aanwijzing van de voorkeursbieder van 3 maart 2014, het beoordelingsverslag van 28 februari 2014 en de huurovereenkomst worden bijgevoegd.

3.22. Op 27 mei 2014 dient de nv Fedimmo de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State.

IV. Tussenkost

4.1. De nv Project T&T dient op 6 juni 2014 een verzoekschrift tot tussenkost in. Deze verzoekende partij tot tussenkost blijkt als begunstigde ervan voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

4.2. De nv Immobel en de nv Vastgoed Ruimte Noord die samen de THV Immobel - Vastgoedruimte Noord vormen dienen op 6 juni 2014 eveneens een verzoek tot tussenkost in.

Alhoewel hun offerte slechts als tweede werd gerangschikt hebben zij er belang bij dat de vordering wordt afgewezen nu de verzoekende partij ook de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid vordert van de beslissing van de PMV om hun offerte regelmatig te verklaren en van de beslissing van de PMV om aan hun offerte 68,6 punten toe te kennen en aan de offerte van Fedimmo 67 punten toe te kennen en in het vijfde middel betwist dat hun offerte voldoet aan de minimale eisen en in het zesde middel deze scores betwist.

Bijgevolg moet ook hun verzoek worden ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State.

5. Noch de verwerende partij, noch de tussenkomende partijen betwisten de rechtsmacht van de Raad van State.

De verzoekende partij van haar kant lijkt ter terechtzitting niet volkomen zeker dat de rechtsmacht van de Raad van State zich zou uitstrekken tot heel de voorliggende vordering. Zij heeft in elk geval de nv Fedimmo de PMV ook in kort geding voor de Voorzitter van de Nederlandstalige Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel gedagvaard met vraag de tenuitvoerlegging te schorsen van de te dezen in het geding zijnde beslissingen behoudens de beslissing van de Vlaamse regering tot inhuur van het Meandergebouw. Er is geen betwisting tussen partijen over het feit dat deze dagvaarding nog niet tot een vonnis heeft geleid.

6. In de huidige stand van het geding kan worden aangenomen dat de Raad van State rechtsmacht heeft niet alleen ten aanzien van de bestreden beslissing van 9 mei 2014 van de Vlaamse regering, orgaan van onbetwiste administratieve overheden Vlaams Gewest en Vlaamse Gemeenschap, maar ook ten aanzien van de bestreden beslissingen van 3 maart 2014 genomen door de PMV.

Laatstgenoemde is weliswaar een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap in de vorm van een naamloze vennootschap en de Raad is ten haren opzichte bijgevolg in principe zonder rechtsmacht, tenzij wordt aangetoond dat zij over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig bindende beslissingen te nemen en deze bevoegdheid bovendien kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

Te dezen lijkt het echter dat de PMV in de voorliggende gunningsprocedure wat betreft de overheidsopdracht optreedt namens *casu quo* in opdracht van de Vlaamse overheid. Zulks is ook vastgelegd in een samenwerkings-overeenkomst tussen de Vlaamse overheid en PMV van 10 maart 2011 en het addendum nr. 1 van 7 maart 2013 daarbij. Daarin wordt de PMV in artikel 3, § 2, gemandateerd om “een bevraging op te starten en te voeren, conform het toepasselijk rechtskader, met het oog op de realisatie van het project en hierbij alle

nuttige en nodige handelingen te stellen, waarbij de finale gunningsbeslissing voor akkoord voorgelegd zal worden aan de Vlaamse Regering, en in uitvoering hiervan alle handelingen te stellen met het oog op contractsluiting en contractopvolging”.

Ook in de aankondiging en in het bestek wordt vermeld dat de PMV optreedt namens de Vlaamse overheid.

7. Aldus blijkt de PMV in het kader van de in het geding zijnde opdracht, minstens voor het te dezen gegunde en voor de Raad van State betwiste deel, op te treden als gemandateerde van de Vlaamse overheid, hetzij van het Vlaamse gewest, hetzij van de Vlaamse Gemeenschap, en lijkt haar hoedanigheid als een privaatrechtelijke entiteit te moeten wijken voor de kwalificatie van de opdrachtgever, stelling die de verwerende partijen trouwens zelf in de nota verdedigen en die de tussenkomen partijen ter terechtzitting niet betwisten.

VI. De schorsingsvoorwaarden

8.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

8.2. Te dezen is evenwel de wet van 23 december 2009 ‘tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ nog van toepassing.

Artikel 65/15, tweede lid, verplicht de verzoekende partijen tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er dient te dezen dan ook enkel nog te worden onderzocht of minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de bestreden beslissingen *prima facie* kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

9.1. Een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht dient, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij de eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die, zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

Vanuit die optiek is het problematisch dat de verzoekende partij te dezen in het deel 2.2 “Middelen” van het verzoekschrift zes middelen opwerpt waarbij in sommige middelen diverse onderdelen kunnen worden ontwaard en elk middel bestaat uit een algemene formulering met opsomming van een vaak groot aantal en vaak dezelfde geschonden geachte rechtsregels en beginselen en een korte “doordat” en “terwijl”, die de redenen bevatten waarom die rechtsregels en beginselen zijn geschonden, telkens gevolgd door een toelichting die de eigenlijke concrete argumentatie bevat waaruit wordt afgeleid dat die rechtsregels en beginselen zouden zijn geschonden. Aldus worden de middelen uiteindelijk over 28 bladzijden toegelicht en worden in die toelichting tal van grieven ontwikkeld die echter niet telkens meer duidelijk in verband worden gebracht met de talrijke geschonden geachte rechtsbepalingen en –beginselen.

Dergelijke werkwijze, waarbij een middel wordt aangebracht dat de Raad van State ertoe noodzaakt zelf terug te grijpen, vanuit een uitvoerige toelichting, naar een soms grote reeks geschonden geachte rechtsbepalingen en -beginselen, maakt het moeilijk om bij het vereiste snelle onderzoek het ernstig karakter van het middel vast te stellen.

Van de Raad van State mag in die omstandigheden niet worden verwacht dat hij elke mogelijke grief opmerkt en beoordeelt.

Om al deze redenen kan het onderzoek van de middelen ook niet anders dan beperkt zijn.

9.2. Omgekeerd kan worden vastgesteld dat de werkwijze van de verzoekende partij aanleiding gaf tot een zeer omstandige nota vanwege de verwerende partijen, waarin op bladzijden 24 tot 97 wordt geantwoord op deze middelen. Zeker nu deze repliek moet worden gelezen samen met de antwoorden van de tussenkommende partijen, kan ook het onderzoek van dit verweer niet anders dan beperkt zijn en zal, wanneer een middel of onderdeel reeds om een bepaalde reden of redenen niet ernstig is, niet nader worden ingegaan op de juistheid en of relevantie van andere punten van verweer.

A. Eerste middel

Uiteenzetting

10. Het eerste middel wordt door de verzoekende partij verwoord als volgt:

“Genomen uit de schending van de artikelen 17, § 3, 2° en 65/4, eerste lid, 2° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991 en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht,
Doordat de procedure die aanleiding heeft gegeven tot de bestreden beslissingen werd genomen als resultaat van een onderhandelingsprocedure,
Terwijl hierboven genoemde rechtsgronden in de gegeven omstandigheden een beroep op deze procedure niet toelaten”.

In de toelichting benadrukt de verzoekende partij vervolgens in wezen dat de onderhandelingsprocedure een uitzonderingsprocedure is, die uitsluitend mag worden toegepast in de door de wetgever en de Europese richtlijnen expliciet toegelaten hypothesen, dat enkel toepassing kan worden

gemaakt van de uitzonderingsbepaling van artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 indien drie voorwaarden gelijktijdig vervuld zijn, namelijk uitzonderlijke omstandigheden die ertoe leiden dat het onmogelijk is de globale prijs of zelfs het prijsbepalingsmechanisme a priori te bepalen en deze onmogelijkheid voortvloeit uit de aard van de werken of de onzekere omstandigheden waarin de werken moeten worden uitgevoerd, en dus a contrario niet uit enige beslissing van de aanbestedende instantie zelf en dat te dezen kennelijk geen van de voorwaarden is vervuld:

“Wat de aanwezigheid van uitzonderlijke omstandigheden betreft, moet worden vastgesteld dat een DBF-overeenkomst (design, build, finance - of ontwerp, bouw en financiering) een decennium geleden misschien wel van uitzonderlijke aard was, maar dat vandaag zeker niet langer is.

Ook de duurtijd van de overeenkomst is alles behalve uitzonderlijk, nu de samenwerking tussen partijen in beginsel 18 jaar zal duren.

De aard van het gebouw kan evenmin als dermate ongewoon worden beschouwd dat een beroep op deze uitzonderingsregeling verantwoord kan worden, nu het wezenlijk gaat om een kantoorgebouw.

Waar de omvang van dit kantoorgebouw weliswaar opmerkelijk is, betekent dit echter geenszins dat er sprake zou zijn van een uitzonderlijke omstandigheid, nu alleen al in de omgeving van het Brusselse Noordstation meerdere gebouwen van deze omvang voorhanden zijn.

Kortom, noch afzonderlijk beschouwd, noch samen genomen zijn de kenmerken van dit project van dien aard dat zij omschreven zouden kunnen worden als uitzonderlijke omstandigheden in de zin van artikel 17, § 3, 2° van de Overheidsopdrachtenwet.

Er is echter meer.

Enige onmogelijkheid om vooraf de globale prijs of de techniek voor de bepaling van die globale prijs te bepalen, is te dezen niet aangetoond.

Integendeel, alleen al het feit dat 40 punten worden toegekend aan het prijscriterium in het kader van de weging van de gunningscriteria, maakt duidelijk dat er wel degelijk een mogelijkheid bestond hiertoe over te gaan.

De rechtspraak van Uw Raad beschouwt een belangrijke weging van het prijscriterium immers terecht als een bepalende tegenindicatie voor de onmogelijkheid om vooraf enige prijs te bepalen[...].

Als er dan al sprake zou zijn van enige complexiteit (niet: onmogelijkheid) om over te gaan tot het bepalen van een globale prijs, dan vloeit deze uitsluitend voort uit de keuze van de aanbestedende instantie om de opdracht op een bepaalde manier te structureren. De complexiteit vloeit immers voort uit deze structurering, en geenszins uit de aard van de werken, noch uit enige onzekere omstandigheid. Zoals gezegd is de Europese Commissie terecht van oordeel dat een zelf geschapen complexiteit de aanbestedende instantie geen alibi kan verschaffen om zich te beroepen op deze uitzonderingsregel”.

Beoordeling

11. De verwerende partijen roepen bij het middel ontvankelijkheidsbezwaren in. Deze bezwaren behoeven geen onderzoek nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is.

12. De regelmatigheid van het beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking dient te dezen onderzocht in het licht van artikel 17, §3, 2°, van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken; leveringen en diensten’, waarvan de tekst als volgt luidt:

“§3. De overheidsopdracht mag volgens de onderhandelingsprocedure gegund worden met naleving van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning wanneer:
[...] 2° in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken of diensten:
- In uitzonderlijke gevallen, het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs op te stellen”.

Het is immers naar deze hypothese dat het bestek in artikel 1.6 verwijst en de PMV eerder in een beslissing van 11 maart 2013 om een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

13. Dit wordt in die beslissing van 11 maart 2013 nader gemotiveerd als volgt:

“De volgende elementen verantwoorden het beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking:

- De opdracht bestaat uit het ontwerpen, bouwen en ter beschikking stellen (via een huur) van een gebouw, of aaneengesloten gebouwen-complex, of gebouwdeel op een door de opdrachtnemer voorgestelde locatie. Er wordt van de kandidaten een belangrijke mate van creativiteit verwacht bij het voorstellen van de meest interessante formule, die erg uiteenlopend kan zijn. Het betreft immers een globale oproep die zowel de eventuele bouw van een nieuw gebouw of de verbouwing van een bestaand gebouw omvat, mits voldaan kan worden aan het ambitieuze E-peil gelet op de voorbeeldfunctie van de Vlaamse Overheid op het vlak van

duurzaamheid. Dit noopt tot een zekere flexibiliteit en onderhandelingsmarge.

- Het aantal geschikte locaties wordt als relatief beperkt ingeschat. Een vertaling van de gedetailleerde behoeften en specificaties naar de desbetreffende projecten zal ten dele afhangen van de beperkingen van de sites en de (al dan niet reeds) vergunde ontwerpen van de gebouwen.
- De huurovereenkomst zal service level agreements bevatten waarbij kwaliteitseisen tijdens de looptijd van de huurovereenkomst afdwingbaar worden gemaakt op straffe van huurvermindering en/of mogelijkheid tot het vorderen van de ontbinding van de huurovereenkomst. Na afloop van de huurperiode moet de huurder kunnen beschikken over een aankoopoptie (aan marktwaarde) betreffende het project. Tijdens de looptijd van de huurovereenkomst beschikt de huurder over een voorkooprecht. De exacte modaliteiten van de huur, waaronder ook de duur, net als de verdere voorwaarden en juridische en financiële structurering waaronder het huisvestingsprogramma dient gerealiseerd te worden, moeten het voorwerp kunnen uitmaken van onderhandelingen in het kader van de gunningsprocedure.
- Tevens gaat het om een complexe opdracht, in de zin dat de Vlaamse Overheid cq. toekomstige huurder verlangt een evenwicht te zoeken tussen enerzijds strenge duurzaamheidsvereisten en een spoedige realisatie en anderzijds de ambitie om een gebouw of gebouwencomplex te huren dat toch een ambitieuze ruimtelijke meerwaarde biedt. Zo is het weinig waarschijnlijk dat een invulling van het behoeftenprogramma en de minimale eisen, zoals voorgesteld door een inschrijver, zonder meer aanvaardbaar zou zijn voor de overheid. Integendeel, het zal noodzakelijk blijken over de meest diverse aspecten te overleggen, niet in het minst met het oog op een betere kwaliteit, resp. een betere prijs.
- Dit geldt des te meer aangezien de specifieke invulling van de inrichtingswerken veelal (deels) gebouwspecifiek zijn, en onder meer een aansluiting en afstemming met de andere bouwwerkzaamheden vereisen. Het is bovendien nodig dat de inschrijver ter zake maximaal zijn ervaring en know-how kan aanspreken, hetgeen vergt dat de specificaties voldoende flexibiliteit laten én dat over de offertes vervolgens kan worden onderhandeld om het meest optimale voorstel naar prijs-kwaliteit mogelijk te maken.
- Onderhandelingen kunnen ook noodzakelijk zijn om op gepaste wijze invulling te geven aan de hoogdringendheid van het project (ingebruikname tegen najaar 2016 gelet op het verstrijken van 2 belangrijke huurovereenkomsten). Indien bepaalde onderdelen terzake problematisch zouden zijn, moet het mogelijk zijn om, middels onderhandelingen, tot een passende oplossing te komen.
- Het project moet imperatief op een ESR-neutrale wijze kunnen worden gerealiseerd, in de zin dat het sluiten van de huurovereenkomst voor het Vlaamse Gewest in haar identiteit van huurder en de gebeurlijke (co-)investering (door PMV) geen eenmalige bijkomende impact op het ESR-vorderingen- en schuldsaldo mogen hebben, andere dan louter de periodieke huurbetalingen en gerelateerde periodieke gebruiksuitgaven, en

het bedrag van de financiering van de inrichtingswerken. Een periodieke aftoetsing en bijstelling lopende de gunningsprocedure om ESR-95-matige redenen is noodzakelijk. Zo zal de concrete projectstructuur, de wijze van participatie door PMV en de samenwerkingsvorm nog het voorwerp uitmaken van onderhandeling. Er is thans uit te gaan van een participatie van PMV voor 49% van de netto-investering tijdens de bouwfase (voor voorlopige oplevering). De participatievoorstellen na oplevering, zouden principieel gesteund worden op volgende mogelijkheden:

- o Verwerving van de resterende participatie in de ontwikkeling (om te komen tot 100%)
- o Recht tot overdracht van de initiële participatie door PMV
- o Recht van terugkoop van de initiële participatie door de private investeerder indien niet overgegaan wordt tot verwerving van de resterende participatie in de ontwikkeling

Op heden staat nog geenszins vast op welke wijze de participatievoorstellen (na levering) al dan niet zullen deel uitmaken van de toewijzing.

Het is de aanbestedende overheid bijgevolg niet mogelijk om in het licht van de vermelde onzekere omstandigheden in dit stadium van de opdracht al een globale prijs vast te stellen, omdat precies de wijze waarop de prijszetting zal gebeuren afhankelijk is van een aantal onzekere factoren.

Anderzijds is het wel mogelijk om een 'bestek' ter beschikking te stellen en op basis daarvan een offerte voor te bereiden. Het is m.a.w. niet zo dat, voorafgaand aan de indiening van de offertes, het nodig is nader te bekijken welke diverse oplossingen zich kunnen aandienen voor de huisvestingsbehoeften van de Vlaamse overheid. De Vlaamse overheid kent haar eigen behoeften voldoende en is eveneens in staat te beschrijven aan welke voorwaarden een offerte moet voldoen om daaraan te kunnen beantwoorden derwijze dat een toetsing van een dergelijke offerte op basis van prijs en kwaliteit mogelijk is. De onderhandelingen moeten precies toelaten om op grond van de ingediende offertes (met prijsvoorstel), de contractuele uitwerking, de risicoverdeling en de wijze van vergoeding fijn te stellen, en na te gaan op welke wijze de ambitie inzake duurzaamheid maximaal kan geconcretiseerd worden. Dit vergt dat van meet af aan een concreet uitgewerkte offerte voorligt.

Zoals reeds aangegeven, komen in de loop van 2017 twee belangrijke huurovereenkomsten op einddatum. Er wordt een inhuizing geambieerd tegen begin 2017 voor het Huisvestingsprogramma Vlaamse overheid te Brussel. In de mate dat het een complexe opdracht, voor ontwerp, bouw en terbeschikkingstelling betreft, en in zoverre er duidelijke ambitie-eisen inzake duurzaamheid gelden, is spoed noodzakelijk. Alleen het vergunningtraject neemt immers meerdere maanden in beslag. Bovendien wordt gebruik gemaakt van elektronische middelen voor de gunningsprocedure (e-notification en e-tendering). Aldus wordt voor de termijnberekening ook de verkorting van de termijnen ingevolge het gebruik van elektronische middelen (zoals thans nader bepaald in art. 38 van Richtlijn 2004/18) in aanmerking genomen. Deze gegevens

verantwoorden de aanwending van de versnelde onderhandelingsprocedure (met bekendmaking op Europees en Belgisch niveau)”.

14. In de huidige stand van het geding toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat de PMV ten onrechte een beroep deed op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van voormeld artikel 17, § 3, 2°.

15. In het mondeling advies ter terechtzitting wordt deze conclusie onder meer als volgt verantwoord.

In de mate dat de verzoekende partij uit het Groenboek van de Commissie over publiek-private samenwerking citeert dat deze afwijking uitsluitend geldt “voor uitzonderlijke situaties waarin vooraf onzekerheid bestaat over de aard of de omvang van de uit te voeren werkzaamheden, maar niet voor situaties waarin de onzekerheden andere oorzaken hebben, zoals wanneer de prijs lastig vooraf kan worden vastgesteld als gevolg van de complexiteit van de financieel-juridische constructie” oordeelde de Raad van State in het arrest nr. 224.298 van 8 juli 2013 reeds, dat wanneer dit standpunt van de Commissie zo moet worden begrepen dat de onzekerheden niet uitsluitend het gevolg mogen zijn van de “financieel-juridische constructie”, niet uitgesloten is aan te nemen dat het beroep op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking toegelaten is wanneer deze onzekerheden ook het gevolg zijn van de complexiteit van de werken en diensten (in het licht van de aard en de kenmerken ervan) (“Si cette position doit s’analyser en ce sens que les incertitudes ne peuvent pas résulter uniquement du montage juridique et financier mis en place, il n’est pas exclu de considérer que, si elles résultent également de la complexité des travaux et services au regard des objet, nature et caractéristiques de ceux-ci, le recours à la procédure négociée avec publicité préalable peut être admis”).

Vastgesteld lijkt te kunnen worden dat de voormelde motieven te dezen niet beperkt zijn tot de onzekerheden van de financieel-juridische constructie, maar ook verwijzen naar onzekerheden voortvloeiend uit de aard en kenmerken van de werken en diensten.

In de huidige stand van het geding blijkt niet *prima facie* dat daarbij de volgende elementen niet van aard kunnen zijn om de beoogde herhuisvestingsoperatie als een “uitzonderlijke” opdracht te beschouwen, waarbij het onmogelijk lijkt in een offerte meteen tot een vaste en definitieve prijs te komen:

- Het gaat om de huisvesting voor 2.600 werknemers in één gebouw met een oppervlakte die kan gaan tot 55.000 m² BACS oppervlakte, wat volgens de nota ook in Brussel een zeer groot kantoorgebouw, met beperkt

aantal mogelijkheden en beperkt aantal marktspelers, die zich zowel kunnen aandienen als ontwikkelaars dan wel als lange-termijn-investeerders wat volgens de nota een heel andere oriëntatie met zich meebrengt.

- Het gaat om een globale oproep die zowel de eventuele bouw van een nieuw gebouw of de verbouwing van een bestaand gebouw omvat, mits voldaan kan worden aan het ambitieuze E-peil gelet op de voorbeeldfunctie van de Vlaamse Overheid op het vlak van duurzaamheid. Volgens de nota is de wetgeving op energie- en duurzaamheidsvlak is erg streng geworden, waardoor overheden in beginsel reeds vanaf 2019 verplicht zijn Bijna Energie Neutrale gebouwen te betrekken maar was de definitie van een “BEN-gebouw” op Vlaams niveau nog in volle ontwikkeling op ogenblik van aankondiging van de opdracht.

- Er is de wens van de Vlaamse overheid een evenwicht te zoeken tussen enerzijds strenge duurzaamheidsvereisten en een spoedige realisatie en anderzijds de ambitie om een gebouw of gebouwencomplex te huren dat toch een ambitieuze ruimtelijke meerwaarde biedt.

- Daarbij moet volgens de nota voor het eerst ook een groot gedeelte van de inrichting van het gebouw vervat zitten terwijl blijkens de voormelde motivering de specifieke invulling van de inrichtingswerken veelal (deels) gebouwspecifiek zijn, en onder meer een aansluiting en afstemming met de andere bouwwerkzaamheden vereisen.

- Daarnaast is er de hoogdringendheid van het project, die volgens de motivering kan vereisen dat, indien bepaalde onderdelen terzake problematisch zouden zijn, middels onderhandelingen, tot een passende oplossing wordt gekomen.

- Er is het gegeven dat zowel bestaande als nieuwe gebouwen moesten kunnen worden aangeboden, dat onzekerheid zou kunnen bestaan over de status op het vlak van vergunningen en dat de last om de nodige vergunningen te verkrijgen deel diende uit te maken van de risico's van de opdrachtnemer, in combinatie met een korte tijdsperiode. Ook dit lijkt een uitzonderlijke omstandigheid die onderhandelingen kan verantwoorden om het project en het programma maximaal in te vullen naar een prijs-kwaliteit-tijdspad – optimum.

In de mate dat de verzoekende partij argumenteert dat een opdracht “Design, Build and Finance” vandaag zeker niet langer van uitzonderlijke aard is en dat ook de duur van de opdracht - 18 jaar - alles behalve uitzonderlijk is, lijkt het tweede gegeven ook geen motief te zijn. Voorts oordeelde de Raad van State nog in het voormelde arrest nr. 224.298 van 8 juli 2013 dat dit artikel 17, § 3, 2°, niet zo lijkt te moeten begrepen dat het onverenigbaar is met de hypothese die het bedoelt, de gunning van elke opdracht in de vorm van een zogenaamd “ “D.B.F.M”. (Design, Build, Finance & Maintain)” (“Cette disposition ne paraît pas pouvoir être interprétée en ce sens que serait nécessairement incompatible avec l’hypothèse qu’elle vise, la passation de tout marché public relevant du modèle dit “D.B.F.M”. (Design, Build, Finance & Maintain)”. Er blijkt niet *prima facie* waarom dit anders zou zijn voor een DBF.

Bovendien lijkt het beroep op dit artikel 17, § 3, 2°, te dezen niet enkel te steunen op de kwalificatie van DBF alleen, maar zoals vermeld ook op de karakteristieken van de gevraagde werken en diensten.

Het argument dat de omvang van het gevraagde kantoorgebouw weliswaar “opmerkelijk” is, maar niet uitzonderlijk in de omgeving, gaat er opnieuw aan voorbij dat dit slechts één van de elementen en karakteristieken is waarmee in de motivering rekening werd gehouden.

In de mate dat de verzoekende partij nog opwerpt dat alleen al uit het feit dat in het bestek 40 punten worden toegekend aan het prijs criterium terwijl de Raad in het arrest nr. 223.822 van 11 juni 2013 een belangrijke weging van het prijs criterium als een bepalende tegenindicatie beschouwde voor de onmogelijkheid om enige prijs te bepalen, toont zij prima facie niet aan dat het gaat om vergelijkbare zaken. Niet alleen blijkt niet dat het ging om een vergelijkbaar project - het betreft daar ontwerp en bouw van de nieuwe kanselarij van de ambassade in Kinshasha, maar bovendien stond de prijs daar op 60 punten met toepassing van de regel van drie op grond van voorgestelde forfaitaire prijzen.

Aldus lijkt het ingeroepen artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 niet geschonden en evenmin de materiële motiveringsplicht, waarvan de schending niet wordt toegelicht maar afgeleid lijkt uit dezelfde grief.

De Raad van State maakt deze argumentatie en conclusie tot de zijne.

16.1. In het middel wordt ook de schending ingeroepen van formelemotiveringsverplichtingen vervat in de wet van 29 juli 1991 en in artikel 65/4, eerste lid, 2°, van de wet van 24 december 1993.

16.2. Een bestuurshandeling moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsverplichting die de verzoekende partij afleidt uit de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurs-handelingen’, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de 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.

Ook de beslissing tot het uitschrijven van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking moet aldus formeel gemotiveerd worden.

Luidens artikel 65/4, eerste lid, 2°, van de wet van 24 december 1993 stelt de aanbestedende instantie een gemotiveerde beslissing op “wanneer ze beslist gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking in de klassieke sectoren”. Artikel 65/4, tweede lid, bepaalt voorts dat in dat geval “de motieven van de beslissing op het ogenblik van de beslissing [dienen] te bestaan”, maar dat de gemotiveerde beslissing a posteriori kan worden opgesteld, uiterlijk door ze op te nemen in de gunningsbeslissing.

Te dezen werd op 11 maart 2013 de voormelde gemotiveerde beslissing tot het uitschrijven van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking opgesteld. De verzoekende partij toont niet *prima facie* waarom aldus niet voldaan is aan het ingeroepen artikel 65/4, eerste lid, 2°. Evenmin wordt toegelicht laat staan *prima facie* aangetoond waarom de geciteerde motivering in de beslissing van 11 maart 2013 niet als een afdoende formele motivering kan worden beschouwd, minstens niet waarom dit alles de verzoekende partij niet in staat stelde zich ter zake in rechte te verweren.

17. Het eerste middel is bijgevolg niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting

18. De verzoekende partij formuleert dit middel als volgt:

“Genomen uit de schending van de artikelen 17, § 3, 2° en 65/4, eerste lid, 4° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991, van de artikelen 16, tweede lid, 18 en 122 ter van het K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het *patere legem*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het transparantiebeginsel, het mededingings-

beginsel, van de besteksbepalingen, van artikel III.2.2. van het aankondigingsbericht, en uit een kennelijke beoordelingsfout, Doordat de bestreden beslissing er ten onrechte van uitgaat dat de nv Project T&T voldoet aan de selectievoorwaarden inzake economische en financiële draagkracht, Terwijl dit geenszins is aangetoond en integendeel uit alle beschikbare documenten het tegendeel blijkt”.

In de toelichting benadrukt zij in wezen dat zij “vanzelfsprekend” geen inzage heeft gekregen in de beslissing die heeft geoordeeld dat de nv Project T&T beantwoordt aan het criterium van het vereiste boekhoudkundig eigen vermogen van minstens 10.000.000 euro, maar toch “ernstige redenen [heeft] om gegronde twijfels te hebben bij de wettigheid van deze selectiebeslissing”:

“Uit de jaarrekeningen van de desbetreffende vennootschap, die publiek beschikbaar zijn, blijkt immers dat het eigen vermogen van de nv Project T&T in de voorafgaande jaren op geen enkele wijze beantwoordde aan de in de aankondiging vervatte minimumeisen [...]:

2010: € 486.945

2011: € 241.590

2012: € 3.145.022

Uit geen enkel stuk dat ter beschikking staat van de verzoekende partij blijkt dat de nv Project T&T in het kader van haar bieding een beroep zou hebben gedaan op kapitalen van derden, en dit op een wijze die tegemoetkomt aan de vereisten van artikel III.2.2 van het aankondigingsbericht”.

Beoordeling

19. In dit middel wordt in wezen betwist of - veeleer - betwijfeld dat voldaan is aan de minimumeisen in punt III.2) van de aankondiging: “Een boekhoudkundig eigen vermogen van minstens 10.000.000. Indien de aanvraag tot deelneming wordt ingediend door een combinatie van ondernemingen wordt dit criterium beoordeeld op basis van het eigen vermogen van het lid van het consortium met het hoogste eigen vermogen”.

20. In het selectieverslag van 3 mei 2013, waarop de selectiebeslissing van 6 mei 2013 steunt, wordt de selectie-eis van een eigen vermogen van minimum 10 miljoen euro in hoofde van de nv Project T&T als volgt beoordeeld:

“De kandidaat had per 31 december 2011 een economisch eigen vermogen van circa. 35 miljoen euro, met inbegrip van de rekeningen courant van de aandeelhouders. Het blijkt uit de jaarrekening dat er ten bedrage van 33 miljoen euro aan zekerheden gesteld zijn door verbonden vennootschappen als waarborg voor de schulden en verplichtingen van de vennootschap. Er wordt aldus aannemelijk gemaakt dat de rekeningen courant bij het boekhoudkundig eigen vermogen kunnen worden geteld inzonderheid omdat ervan uit te gaan is dat de aandeelhoudersleningen een achtergesteld karakter hebben. Aldus overtreft het economisch eigen vermogen van de kandidaat (als maatstaf voor de financieel-economische draagkracht) de drempel van 10 miljoen euro ruimschoots. De aard en concrete afspraken van de rekeningen courant, en de financiële steun van de aandeelhouders zal in voorkomend geval in de volgende fase een aandachtspunt vormen”.

21. Voorts werd de vereiste “liquiditeit-, rentabiliteits en schuldpositie die de financiële continuïteit van de onderneming niet in gevaar brengt” beoordeeld en daarbij werd onder meer het volgende besloten:

“De beperkte liquiditeitsratio en de negatieve rentabiliteit is eigen aan project-vennootschappen in studie- en opstartfase. In deze heel specifieke context vormt de beperkte solvabiliteit als dusdanig geen hinderpaal voor selectie, omdat ervan uit te gaan is dat er geen aanwijzingen zijn dat de financiële continuïteit in het gedrang zou zijn. Dit neemt niet weg dat de Aanbestedende Dienst zich het recht voorbehoudt om in een volgende fase specifiek aandacht te besteden aan dit punt, en zo nodig bijzondere bijkomende garanties te vragen. Er moet voldoende zekerheid verkrijgen worden dat (minstens een gedeelte van) de aandeelhoudersleningen dienen gerekend te worden bij het beschikbaar economisch eigen vermogen van de kandidaat tijdens de verwachte periode voor de uitvoering van het project en dat de kandidaat op financieel vlak beschikt over de maximale steun van haar aandeelhouder(s)”.

22. Zoals vermeld in de nota werd dit punt in de besprekingen met de voorkeursbieder opgenomen en hieruit bleek volgens de nota:

“dat de aandeelhouders van Project T&T hun aandelen in pand hadden gegeven aan de financierende bank, en dat er een dwingende afspraak in de kredietovereenkomst bestond betreffende het duurzaam karakter van de

aandeelhoudersleningen. PMV kon er daarom redelijkerwijs vanuit gaan dat de rekeningen courant van de aandeelhouder konden worden meegerekend in het economisch eigen vermogen van de kandidaat en dat de kandidaat daarom wel degelijk voldoet aan de drempel-voorwaarde omtrent het eigen vermogen”.

23. Voorts deelde de nv Project T&T in een e-mail van 9 mei 2014 een “balans Project T&T met herwaarderingsmeerwaarde [mee] die leidt tot een eigen vermogen van meer dan 25mio€”. Volgens die e-mail werd dit reeds meegedeeld tijdens de onderhandelingen. Voorts bevestigt zij in deze e-mail “dat op datum van ondertekening van de overeenkomsten Project T&T over een eigen vermogen van meer dan 10 mio€ beschikt zoals gevraagd in het bestek”.

24. Bij die e-mail is een kopie gevoegd van de interne jaarrekening op 31 maart 2014 opgesteld door financieel expert BDO dat een “eigen vermogen” - de nota spreekt hier van een “boekhoudkundig eigen vermogen” - vermeldt van 25.743.849,32 euro.

25. Volgens de nota heeft het “boeken van de herwaarderingsmeerwaarde als gevolg dat het eigen vermogen van Project T&T, ook zonder het in rekening nemen van de rekeningen courant, ruimschoots boven de drempel van 10 miljoen euro uitkomt”.

26. In de gunningsbeslissing van 12 mei 2014 wordt vervolgens vastgesteld:

“Na voltooiing van de contractsonderhandelingen werd door de aanbestedende dienst gecontroleerd of de Project T&T als inschrijver nog steeds voldoet aan de vereisten inzake formele regelmatigheid, de minimale vereisten en de selectie-eisen. Er werd vastgesteld dat de inschrijver nog steeds beantwoordt aan alle eisen die ter zake werden vooropgesteld”.

27. In de mate dat de verzoekende partij in wezen aanvoert dat de gekozen inschrijver nv Project T&T niet voldeed aan de in de aankondiging gestelde selectievereiste dat het boekhoudkundig eigen vermogen minstens 10 miljoen euro bedraagt, wordt opgemerkt dat het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toekomt de daartoe voorgelegde gegevens te beoordelen.

28. Voorts kan worden vastgesteld dat deze selectie-eis verwijst naar een “boekhoudkundig eigen vermogen” terwijl in het selectieverslag sprake is van een “economisch eigen vermogen”. Anderzijds verwijst de verzoekende partij in haar middel naar cijfers uit de jaarrekeningen 2010, 2011 en 2012 naast de rubriek “eigen vermogen”. In de voormelde e-mail van 9 mei 2014 spreekt ook de gekozen inschrijver zelf zonder meer van een “eigen vermogen”.

Bijgevolg is een voorafgaande vraag, en geen van de partijen gaat –minstens in de geschreven stukken– hierop in, of het hier telkens wel gaat om dezelfde begrippen. Vervolgens wordt van de Raad in dit kader blijkbaar verwacht dat hij beoordeelt of schulden in rekening-courant aan de aandeelhouders daarvan deel uitmaken indien ze achtergesteld zijn, en wat de impact is van herwaarderingsmeerwaarden.

29. Aldus vereist het beoordelen van het ernstig karakter van het middel interpretatie en invulling van diverse begrippen uit de boekhoudkundige sfeer waaromtrent de partijen zelf geen klaarheid scheppen. Van de Raad van State mag in die omstandigheden niet worden verwacht dat hij de voormelde stellingen van de ene of andere partij zou onderschrijven, na een onderzoek waarvoor hij niet de tijd heeft in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, laat staan of hij dergelijk onderzoek zelfs zou kunnen verrichten op eigen gezag, zonder ondersteuning van een onafhankelijk deskundige inzake boekhouding.

Bijgevolg kan de Raad van State het ernstig karakter van het middel niet vaststellen.

30. Het middel is bijgevolg niet ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting

31. De verzoekende partij verwoordt dit middel als volgt:

“Genomen uit de schending van artikel 65/4, eerste lid, 5° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991, van de artikelen 122 bis en 122 ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, de mededingingsplicht, de besteksbepalingen, inzonderheid de artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4, alsmede artikel II. 1.5 van het aankondigingsbericht, en uit een kennelijke beoordelingsfout,

Doordat, eerste onderdeel, de bestreden beslissing er ten onrechte van uitgaat dat het Project T&T beschikt over de nodige vergunningen, of minstens de vereiste garanties kan bieden om tegemoet te komen aan het minimale vereiste inzake tijdige uitvoering van het project

Terwijl uit de stukken van het dossier blijkt dat dit niet het geval is, minstens dat de bestreden beslissing onvoldoende waarschijnlijk maakt dat dit het geval zou zijn, zodat de bestreden beslissing aldus afbreuk doet aan de besteksbepalingen en aan de in het middel genoemde bepalingen,

En doordat, tweede onderdeel, de bestreden beslissing de conformiteit van Project T&T met het minimale bestekvereiste inzake ligging slechts kan aanvaarden op basis van een dubieuze methodiek van berekening, minstens grote onduidelijkheid laat bestaan over de totstandkoming van de bewering in de bestreden beslissing als zou Project T&T zich op een afstand van 880 m van het referentiepunt bevinden,

Terwijl de in het middel aangehaalde bepalingen vereisten dat dat op een correcte wijze wordt berekend c.q. gemotiveerd waarom de aanbestedende instantie oordeelt dat een offerte beantwoordt aan een criterium, te dezen het liggingscriterium”.

Beoordeling

32. Opgemerkt kan worden dat in het middel een hele reeks rechtsregels en beginselen geschonden worden geacht zonder dat steeds wordt toegelicht hoe die geformuleerde grieven indien ernstig een schending vormen van elk van deze regels en beginselen. Zo ontbreekt bijvoorbeeld elke concrete

toelichting hoe door deze grieven de artikelen 122*bis* en 122*ter* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 geschonden worden, het transparantiebeginsel of het mededingingsbeginsel.

33. In het middel wordt voorts ook de schending ingeroepen van formelemotiveringsverplichtingen. Er wordt echter niet *prima facie* aangetoond waarom de verzoekende partij niet in staat was zich ter zake in rechte te verweren betreffende de grief in het middel. Het tegendeel blijkt trouwens uit de ontwikkeling van dit middel. Aldus is op dit punt voldaan aan de formele motiveringsverplichtingen minstens aan de *ratio legis* ervan. De vraag of het meegedeelde motief juist is betreft de materiële motiveringsverplichting en wordt hierna besproken.

34. In beide onderdelen wordt betwist dat de gekozen inschrijver de nv Project T&T voldoet aan de minimale eisen in punt. II.1.5) van de aankondiging en in hoofdstuk 4 van het bestek.

35. Luidens artikel 1.5 van het bestek gaat het om een performantiebestek waarin “inzonderheid de prestatie-eisen en functionele eisen [worden] meegedeeld waaraan de offertes moeten voldoen” en [worden in hoofdstuk 4 [...] de minimale eisen weergegeven waaraan de offerte van de Kandidaat moet voldoen om voor beoordeling in aanmerking te komen. Deze zijn bindend voor het verdere verloop van de procedure en de uitvoering van de opdracht”.

36. Artikel 2.5 van het bestek bepaalt dat de “Beoordeling van de offertes” onder meer de toetsing bevat “of de formeel regelmatige offertes kunnen voldoen aan de minimale eisen zoals bepaald in dit bestek en vastgesteld door de Aanbestedende Dienst”. “Offertes die niet in overeenstemming zijn met de minimale eisen zoals bepaald in dit bestek kunnen”, luidens dit artikel 2.5, “zonder meer van verdere beoordeling worden uitgesloten”.

37. Hoofdstuk 4 van het bestek bevat de minimale eisen waarvan “Ligging” en “Vergunbaarheid” in dit middel aan de orde zijn en herhaalt dat “[v]ooraleer de offertes worden beoordeeld op de gunningscriteria [zij] zullen [...] getoetst worden aan de minimale eisen die hieronder zijn opgesomd”, dat “[d]e minimale eisen [...] bindend [zijn] voor het verder verloop van de gunningsprocedure en de uitvoering van de opdracht” en dat “[a]ldus [...] het [kan] volstaan dat een offerte redelijkerwijs niet voldoet aan één enkele eis opdat deze offerte van verdere beoordeling kan worden uitgesloten”.

38. Het komt in de eerste plaats aan de aanbestedende dienst toe de kandidaturen en offertes te beoordelen en dus ook of zij voldoen aan de minimale eisen gesteld in de aankondiging respectievelijk het bestek. Om de volgende redenen toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat de PMV te dezen haar beoordelingsbevoegdheid heeft uitgeoefend met schending van de in het middel vermelde rechtsnormen.

Eerste onderdeel

39. In dit onderdeel gaat het om de minimale eis “Vergunbaarheid” die in hoofdstuk 4 van het bestek als volgt wordt geformuleerd:

“Reeds verkregen vergunningen of afdoende garanties dat op de voorgestelde locatie voor het project daadwerkelijk, en binnen de vooropgestelde timing, een stedenbouwkundige vergunning en milieuvergunning kan worden verkregen, met verwijzing naar de geldende stedenbouwkundige (BWRO en uitvoeringsbesluiten) en milieu-gerelateerde regelgeving (Ordonnantie betreffende de milieuvergunningen en uitvoeringsbesluiten), en naar de geldende plannen van ruimtelijke ordening en de vigerende en toekomstige EPB-wetgeving (Brussels Hoofdstedelijk Gewest)”.

40. In het mondelinge advies ter terechtzitting van het auditoraat wordt dit onderdeel onder meer als volgt beoordeeld.

Aldus lijkt niet vereist dat de vergunning reeds verkregen is maar worden afdoende garanties dat op de voorgestelde locatie voor het project daadwerkelijk, en binnen de voorgestelde timing, een stedenbouwkundige vergunning en milieuvergunning kan worden verkregen daarmee gelijkgesteld.

Deze omschrijving “afdoende garanties” lijkt de aanbestedende overheid een zekere beoordelingsvrijheid te bieden en kan, zo lijkt, bezwaarlijk inhouden dat absolute zekerheid gegeven wordt door de inschrijvers.

Dit wordt bevestigd in artikel 2.6. “Stedenbouwkundige en milieuvergunning” van het bestek, dat weliswaar wijst op het bijzondere belang van de tijdige beschikbaarheid van het project”, maar vervolgens vereist dat de kandidaat hetzij reeds beschikt over de vereiste vergunningen voor de realisatie van het project, hetzij “afdoende en onderbouwd” aantoont dat “er voldoende reële kans is dat voor het project daadwerkelijk op korte termijn een stedenbouwkundige vergunning alsook een milieuvergunning kan worden verkrijgen zodat de scherpe timing voor inhuizing kan gegarandeerd worden”.

In de huidige stand van het geding wordt voorts vastgesteld dat aldus in hoofdstuk 4 van het bestek weliswaar wordt verwezen naar de “vooropgestelde timing” en in artikel 2.6 van het bestek naar “scherpe timing” maar dat het bestek zelf, zo lijkt, dat hoofdstuk 4 geen bijzondere timing voor inhuizing als minimale eis te bepalen.

Ook het bij het bestek gevoegde ontwerp van huurovereenkomst lijkt niet steeds uit te gaan van een vaste uiterlijke datum van aanvang nu artikel 6 als aanvangsdatum verwijst naar de datum van Voorlopige Aanvaarding en de verhuurder in artikel 3.5.1. waarborgt dat deze uiterlijk “X” maanden na het vervullen van de opschortende voorwaarden van artikel 33, dat onder meer als mogelijke voorwaarde verwijst naar het verkrijgen van een definitieve en uitvoerbare stedenbouwkundige vergunning, of na ondertekening van de overeenkomst zal kunnen plaats vinden. In het gunningscriterium “Huurprijs”, “Financieel” in artikel 5.4 van het bestek wordt trouwens vermeld dat de ontwerp-huurovereenkomst bij het bestek onder meer voorziet in een aanvang van de huurgelden vanaf de voorlopige oplevering van het gebouw en “ten vroegste” op 1 september 2016.

De bijlage V “Huisvesting Vlaamse Overheid 2017. Projectdefinitie” 8 mei 2013 waarnaar voormeld artikel 1.5 “Performantiebestek” van het bestek verwijst en die de verzoekende partij hier citeert, stelt onder meer “De Vlaamse overheid ambieert een ingebruikname tegen eind 2016”.

De bewoording “ambieert” alleen al lijkt in te houden dat dit geen “pass or fail” eis was zoals de verwerende partijen opmerken. Dit lijkt bevestigd door dit artikel 1.5 zelf dat onder meer bepaalt: “De projectdefinitie (m.i.v. de ontwerprichtlijnen), zoals opgenomen als Bijlage V bij onderhavig bestek en het Handboek ‘Waardering van Kantoorgebouwen. Op weg naar een duurzame huisvesting voor de Vlaamse overheid’, uitgave december 2010, zoals opgenomen als Bijlage VII bij onderhavig bestek, vormen het toetsingskader voor de beoordeling van de offerte en verschaffen inzicht in de ambitie en de verwachtingen van de Aanbestedende Dienst (cq. huurder). Dit geldt als richtinggevend kader voor de wijze waarop de Aanbestedende Dienst (cq. huurder) meent dat de huisvestingsbehoeften best kunnen vervuld worden. De

projectdefinitie zal ook worden gevoegd aan de huurovereenkomst en zal deel uitmaken van het contractueel kader, met dien verstande dat wijzigingen aan deze projectdefinitie uitdrukkelijk zullen worden gespecificeerd”.

Weliswaar wordt in punt II.1.5) van de aankondiging onder “vereisten/randvoorwaarden” waaraan het huisvestingsprogramma moet kunnen voldoen bij “5. Timing (vergunningsmatige planning en bouwproces)” vermeld dat de Vlaamse overheid “ambieert de nieuwe huisvesting tegen het najaar 2016 te betrekken” maar, al aangenomen dat het bestek in artikel 4 hiernaar verwijst nu voormeld artikel 1.8 van het bestek onder meer bepaalt dat de “in het kader van de selectieprocedure verschaft informatie wordt vervangen door huidig bestek”, dat de “Kandidaten [...] zich dus niet meer [kunnen] beroepen op informatie uit de aankondiging” en “[e]nige uitzondering hierop vormen de bepalingen uit de aankondiging die verband houden met de selectie-eisen”, lijkt opnieuw deze bewoording “ambieert” alleen al in te houden dat dit geen “pass or fail” eis was zoals de verwerende partijen opmerken. Daarnaast vermeldt de aankondiging bij “timing” wel nog dat “de kandidaat moet aantonen dat een inhuizing tegen het najaar van 2016 redelijkerwijze mogelijk is”, maar, zoals vastgesteld, wordt in het bestek die timing niet meer uitdrukkelijk als afzonderlijke minimale eis gesteld. Minstens lijkt de aankondiging ook hier een beoordelingsmarge te bevatten.

Om die reden alleen al overtuigt de kritiek dat uiteindelijk, door in de eerste bestreden beslissing uit te gaan van 2016/2017 als richtinggevend ijkpunt voor inhuizing, afgeweken werd van de besteksvereisten in de huidige stand van het geding *prima facie* niet.

Evenmin blijkt *prima facie* uit de door volgende door haar geciteerde bewoordingen in de beslissing tot aanwijzing van de voorkeursaanbieder dat werd afgeweken van de vereiste afdoende garanties:

“Voor wat de timing betreft, is van meet af aan gewezen op de scherpe timing, waarbij de periode 2016-2017 aangenomen wordt als richtinggevend ijkpunt voor de inhuizing in de nieuwe huisvesting. Dit is een voorzichtige inschatting gesteund op het gegeven dat eind 2017/begin 2018 twee huurovereenkomsten voor grote gebouwen op einddatum komen (abstractie makend van evt verdere verlengingen).

Voor de analyse van de vergunbaarheid en timing van realisatie van het Meander project wordt verwezen naar het beoordelingsverslag, waarin wordt vastgesteld dat, lopende de gunningsprocedure en zelfs na de indiening van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning, aan het regelgevend kader gesleuteld werd, en er op korte termijn nog verdere aanpassingen te verwachten vallen.

Het is daadwerkelijk aannemelijk dat tijdig de nodige vergunningen kunnen worden verkregen voor het Meander project; dit gezegd zijnde is het tegelijk ook aangewezen om de nodige maatregelen te treffen om het risico van een laattijdige vergunningverlening of de weigering van de

vergunning zoveel als mogelijk te vermijden. Om die reden dient het voorliggende Meander project in die zin aangepast te worden dat de vergunningsaanvraag ook kan worden ingewilligd, zelfs als het nieuwe BBP niet (binnen de vooropgestelde timing) in werking zou treden.

De timing voor realisatie van het Meander project, zoals die nu voorligt, komt voldoende realistisch over. Er dient evenwel over gewaakt te worden dat deze timing en het vooruitzicht van tijdige realisatie niet in het gedrang wordt gebracht door eventuele maatregelen die genomen zouden worden om het vergunningsrisico, zoals hierboven vermeld, te mitigeren”.

Dit lijkt, anders dan de verzoekende partij beweert, niet zonder meer te kunnen worden afgeleid uit het feit dat daarin geoordeeld werd dat het “daadwerkelijk aannemelijk” is dat tijdig alle nodige vergunningen kunnen worden verkregen. Tegelijk werd trouwens geoordeeld dat de timing voor realisatie van het Meanderproject voldoende realistisch overkomt.

Ook het argument dat deze beslissing aangeeft “dat het niet mogelijk is het risico van laattijdige vergunningverlening uit te sluiten” toont dit niet *prima facie* aan alleen al omdat de verzoekende partij aldus een zekerheid lijkt te eisen die niet geboden kan worden en via “afdoende garanties” ook niet vereist lijkt. Die beslissing lijkt trouwens ook enkel te stellen dat het passend is om de nodige maatregelen te treffen om dit risico zoveel mogelijk te vermijden en niet dat dit niet mogelijk is.

Vervolgens betoogt de verzoekende partij dat dit nog meer blijkt uit het beoordelingsverslag tot aanwijzing van de voorkeursbieder, waarop deze beslissing mede steunt.

Zo staat in bijlage 1 bij deze vereiste “OK. Bouwvergunning beschikbaar. Een zeker vergunningsrisico (in het bijzonder voor vormgeving en concrete inrichting van het volume van kantoren), maar het tijdig verkrijgen lijkt realistisch en gemotiveerd” en worden voor elk van de vier kandidaten identieke termen gebruikt om de conformiteit met de minimale eis inzake vergunbaarheid te formuleren met uitzondering van het deel tussen haakjes, ook al blijken er echter fundamentele verschillen schuil te gaan achter deze identieke terminologie. Waar het vergunningsrisico voor de nv Project T&T betrekking heeft op “vormgeving en concrete inrichting van het volume van kantoren”, met andere woorden op de kern van het project zelf, slaat het risico bij de andere kandidaten op bijkomstigheden, zoals de aanpassingen van technische ruimte (voor Fedimmo), aanpassingen aan de gevel en interne inrichting (voor KBC/Immobel) of bijkomende verdiepingen voor een andere kandidaat. Verder hebben de auteurs niet minder dan zes bladzijden nodig om duidelijk te maken dat er *rebus sic stantibus* allicht een probleem was met de vergunbaarheid van het Project T&T, maar dat dit probleem nog uit de wereld kan worden geholpen. Dit blijkt volgens de verzoekende partij onder meer uit de volgende passages:

“Dit impliceert dat het project Meander op het vlak van het verkrijgen van de vergunningen nog een eerder relatief complex traject heeft af te leggen. met onder meer een ligging op de wip tussen twee planologisch verschillende zones en een bijzonder bestemmingsplan (hierna: BBP) in opmaak.

[....]

Na analyse is gebleken dat voor elk van de deelgebieden er door de ontwikkelaar reeds basisvergunningen werden verkregen. Het project Meander wordt duidelijk als een vervollediging van reeds eerder verkregen vergunningen geconcipieerd. De ingediende stedenbouwkundige vergunningsaanvraag voor het project Meander behelst daarom een loutere wijziging en vervollediging van de reeds eerder verkregen basisvergunningen [44].

[...]

Er is echter wel vast te stellen dat lopende de gunningsprocedure, zelfs na de indiening van de aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning en de volledigverklaring ervan, aan het regelgevend kader gesleuteld werd. en er op korte termijn nog verdere aanpassingen te verwachten vallen.

[...]

Project T&T voorziet momenteel 43% huisvesting op de site. Dit is in ruime mate meer dan wat het voormalige GBP (> 35%) vereist, maar minder dan de nieuwe norm, die in voege trad in december 2013 (50%,).

Dit is hoogstwaarschijnlijk slechts een tijdelijke vereiste vermits in het toekomstig BBP, zoals blijkt uit het reeds bekendgemaakte programma, uit te gaan is van 40%, huisvesting op de site (hetgeen op heden reeds met marge gehaald wordt).

[...]

De toekenning van de vergunningen (januari/februari 2015) voor het project Meander zal in beginsel gebeuren onder het nieuwe (thans in opmaak zijnde) BBP voor het gebied. Het in voege treden van het BBP zal tot gevolg hebben dat de aanvraag vanaf dat ogenblik ook op grond van het BBP zal worden beoordeeld. Een besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering legde het programma voor het nieuwe BBP reeds vast. De goedkeuring en inwerkingtreding van dit nieuwe BBP wordt verwacht in de loop van 2014. wellicht tweede semester. Er is dus vanuit te gaan dat het project Meander op basis van dit programma (dat in het nieuwe BBP zal worden doorvertaald) vergunbaar is van zodra het BBP in werking getreden is.

[...]

[voetnoot 44 uit geciteerde tekst:]Uit de door de ontwikkelaar verstrekte informatie volgt dat deze basisvergunningen niet vervallen zijn.

In de praktijk ligt het niet in de lijn van de verwachtingen dat de huidige vergunningsaanvraag voor Meander zou beslist worden tegen de achtergrond van het nieuw demografische GBP, zonder nieuwe BBP. Dit is evenwel een beleidsgegeven, los van de wil van de kandidaat en de Aanbestedende Dienst. Daarom wenst de Aanbestedende Dienst ter zake afdoende garantie te verkrijgen, zodat de vergunbaarheid te allen tijde afdoende verzekerd zou zijn.

De daadwerkelijke vergunbaarheid is immers een zeer belangrijk element in het gunningstraject, en wordt mee in overweging genomen bij de beoordeling c.q. invulling van het vervolgtraject.

[...]

Volgens analyse van de Aanbestedende Dienst zou Project T&T beschikken over mogelijkheden om de huidige vergunningsaanvraag eveneens in overeenstemming te brengen met het huidige kader (demografische GBP zonder nieuw BBP) zodat het risico van niet of niet tijdig verkrijgen van het BBP kan ingeperkt worden bijvoorbeeld door het indienen van een bijkomende wijzigingsvergunning voor de basisvergunning nr 82 P/07 die betrekking heeft op een gans deel van de site (niet enkel het Meander-gebouw). Het alsnog laten vergunnen van bijkomende huisvesting op de site zou klaarblijkelijk een van de mogelijkheden kunnen uitmaken, onder voorbehoud van verdere dialoog met Project T&T onder meer met betrekking tot de mogelijkheid en de impact op de timing.

De ontwikkelaar geeft aan in de offerte te kunnen beschikken over de concrete stedenbouwkundige en milieuvergunning in januari/februari 2015. De voorziene duur van de opmaak van de effectenstudie is - op het eerste gezicht weliswaar - aan de scherpe kant maar komt geloofwaardig en mogelijk over vanuit de concrete vaststelling dat voor het projectgebied en de omgeving reeds recentelijk diverse omvangrijke milieueffectenstudies opgemaakt werden. [...]

Vanuit het oogpunt van de maximum termijn van 450 dagen voor de behandeling van de milieuaanvraag en de koppeling ervan met de stedenbouwkundige vergunningsaanvraag, wordt een tijdige voorgenomen inhuizing als haalbaar beschouwd. Niettemin wenst de Aanbestedende Dienst formeel aan aantal concrete bijkomende garanties te verkrijgen. Zij wil er zich van vergewissen dat het perspectief om tot finale overeenstemming te komen voldoende groot is, en dus dat op korte termijn tot gunning en contractsluiting zou kunnen worden overgegaan. Afdoende zekerheid op het vlak van de vereiste vergunningen, met het oog op een tijdige inhuizing, moet voorliggen.

Er dient zoveel als mogelijk vermeden te worden dat de scenario's met het oog op de mitigatie van het risico van al dan niet (tijdig) verkrijgen van het nieuwe BBP een impact zouden hebben op de timing voor het verkrijgen van de wijzigingsvergunningen voor Meander. Dit dient bevestigd te worden door Project T&T.

Weliswaar kunnen - in theorie - mogelijke administratieve beroepen (bij de Regering) en procedures bij de Raad van State de timing van de realisatie van het project Meander bemoeilijken. Dit risico kan niet uitgesloten worden en speelt in gelijke mate in wezen ook voor de andere drie projecten in de procedure. Ook voor de andere projecten moeten immers nog stappen worden ondernomen op vergunningsvlak, gaande van minieme wijzigingen[...] (bijkomende technische lokalen, auditoria,...) tot ingrijpende wijzigingen (vier bijkomende verdiepingen op de Silver Tower).

Met een werffase van een kleine 2 jaar - hetgeen een realistische inschatting lijkt aangezien het geen hoogbouw-kantoren betreft - wordt het gebouw dan opgeleverd tegen het einde van 2016. Er is aldus aan te nemen dat de timing van het project Meander, zoals ze thans voorligt, redelijkerwijs voldoende realistisch overkomt, om thans over te gaan tot aanwijzing van deze inschrijver als voorkeursbieder. Wel wordt het nodig geacht bijkomende garanties/engagementen te verkrijgen op dat vlak, zodat Project T&T enkel op voorlopige basis en onder deze verder aangehaalde voorwaarden aangeduid wordt als voorkeursbieder. Dit is precies ingegeven vanuit de betrachting van de Aanbestedende Dienst ter zake over maximale rechtszekerheid te beschikken en zo mogelijk onzekere factoren te beperken”.

In de eerste plaats lijkt het besteden van zes bladzijden in een verslag over de nadere invulling van het gunningstraject niet uit te sluiten dat werd geoordeeld dat er afdoende garanties zijn. Integendeel wijst dit, zo lijkt, net op het door de verzoekende partij gevraagde zorgvuldig onderzoek.

Voorts is het niet omdat, volgens die beoordeling nog een “eerder relatief complex traject” moet worden afgelegd, dat dit traject niet realistisch kan zijn. Evenmin wordt dit, zo lijkt, uitgesloten doordat nog bijkomende garanties worden gevraagd of door de formulering dat administratieve beroepen of beroepen bij de Raad van State de timing van de realisatie kunnen bemoeilijken en dat dit risico niet kan worden uitgesloten, nu, zoals tegelijk wordt vastgesteld, zulks ook voor de andere inschrijvers blijkt te gelden en, zoals reeds vastgesteld, ook geen absolute zekerheid lijkt gevraagd.

De verzoekende partij toont in ieder geval ook niet *prima facie* aan dat het verkrijgen van deze vergunningen en de bouw van het Meander project van de gekozen inschrijver binnen de in het beoordelingsverslag gehanteerde timing - inhuizing in 2016/2017 als ijkpunt - onmogelijk is, en dus ook niet dat inzake de eis “vergunbaarheid niet geoordeeld kon worden “OK. Een zeker vergunningsrisico (in het bijzonder voor vormgeving en concrete inrichting van het volume van kantoren), maar het tijdig verkrijgen lijkt realistisch en gemotiveerd”. De grief dat aldus elk van de vier kandidaten identieke termen worden gebruikt om de conformiteit met de minimale eis inzake vergunbaarheid te formuleren, met uitzondering van het deel tussen haakjes ook al blijken er echter fundamentele verschillen schuil te gaan achter deze identieke terminologie en dat dit risico groter zou zijn, bij Meander, hetgeen de verwerende partijen trouwens betwisten, is dan ook niet verder relevant.

Voor zover het onderzoek van al de argumenten ter zake in het verzoekschrift, de nota en het verzoekschrift tot tussenkomst van de nv Project T&T, tientallen bladzijden lang, al mogelijk is in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, kan in de eerste plaats herhaald worden dat geen absolute zekerheid lijkt vereist maar enkel “afdoende garanties”.

Voorts kan worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet betwist dat de projectzone gelegen is in een “gebied van gewestelijk belang” (GGB) volgens het Gewestelijk Bestemmingsplan, noch dat in beide deelgebieden GGB 6A en 6B, onder bepaalde voorwaarden, kantoorgebouwen opgericht kunnen worden, en dat de ontwikkeling van beide gebieden in beginsel een bijzondere bestemmingsplan vereist en dat dergelijk BBP voor beide gebieden in het vooruitzicht is gesteld. Voorts blijkt uit het dossier dat de gekozen inschrijver voor dit gebied reeds een aantal vergunningen verkreeg onder meer, voor deelgebied GGB 6A, een stedenbouwkundige vergunning van 17 december 2009.

Intussen trad blijkens het dossier op 21 december 2013 het zogenaamd “demografisch” Gewestelijk Bestemmingsplan in werking dat, volgens de partijen zelf, voor stedenbouwkundige vergunningen zoals de vergunning van 17 december 2009 leidt tot een verhoging van de minimale oppervlakte bestemd voor huisvesting van minimum 30% naar minimum 50% vloeroppervlakte, terwijl volgens de nv Project T&T zelf die vergunning 43,08% van de totale vloeroppervlakte bestemt voor huisvesting..

De verzoekende partij toont echter niet *prima facie* dat dit de vergunbaarheid van het Meander-project uitsluit. Zo betwist zij niet dat het programma dat volgens het toekomstige bijzondere bestemmingsplan gerealiseerd moet worden opnieuw een lagere eis van minimum 40% woningen oplegt, noch dat via een wijzigende vergunning het Meander-project eventueel aangepast kan worden aan de hogere eis. Ter terechtzitting lijkt de verzoekende partij integendeel te erkennen dat het meanderproject verjaarbaar is, en in feite de timing in vraag te stellen.

In wezen betwist zij dat daartoe uitgegaan mocht worden van een stedenbouwkundige vergunning van 17 december 2009, terwijl die overeenkomstig artikel 101, § 1, van het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening vervallen zou zijn. Dit artikel 101, § 1, luidt thans onder meer:

“§ 1. De vergunning vervalt indien de vergunninghouder binnen twee jaar na afgifte niet duidelijk met de verwezenlijking van de vergunning van start is gegaan of wanneer hij in de bij artikel 98, § 1, 1°, 2° en 4° bepaalde gevallen niet met de ruwbouw is begonnen of indien hij in voorkomend geval de bij toepassing van artikel 100 opgelegde lasten niet heeft uitgevoerd.

Bij onderbreking van de werken gedurende meer dan een jaar, vervalt de vergunning eveneens.

Het verval van de vergunning geschiedt van rechtswege. [...]”

Voor zover de Raad van State dergelijke vraag, die een onderzoek vergt van de verleende vergunning, van de aanvang ervan en de al dan niet verlengingen alsook welke werken werden uitgevoerd en wanneer en of en wanneer er periodes van stopzetting waren, al zou kunnen onderzoeken en beantwoorden in het kader van een procedure bij uiterst dringende

noodzakelijkheid, kan te dezen enkel worden vastgesteld dat volgens nv Project T&T deze vergunning aan Project T&T werd betekend op 17 februari 2010 zodat de vervaltermijn, behoudens verlenging, liep tot 16 februari 2012, dat zij binnen deze vervaltermijn van twee jaar de stad Brussel tijdig om verlenging van deze vergunning met één jaar verzocht, dus tot 16 februari 2013, dat de stad Brussel niet heeft gereageerd op deze brief, zodat de gevraagde verlenging geacht wordt te zijn goedgekeurd zodat zij ten laatste op 16 februari 2013 met de ruwbouwwerken moest starten of de opgelegde stedenbouwkundige lasten uitvoeren. Het lijkt niet vereist dat de nv Project T&T zowel de werken moest starten alsook de stedenbouwkundige lasten moest uitvoeren binnen deze vervaltermijn; één van beide lijkt te volstaan om het verval van de vergunning te voorkomen.

Volgens de nv Project T&T is de aannemer op 4 februari 2013 met de ruwbouwwerken gestart, door het plaatsen van een betonnen secanspalenwand van ongeveer 275 m lang en ongeveer 14 m diep voor de toekomstige parking nabij het bestaand gebouw “Goederenstation”, en werd tevens met de zware renovatiewerken van het Goederenstation gestart (deel gekend als Hôtel de la Poste).

Uit haar stuk C.5 blijkt in ieder geval het departement Stedenbouw Plan en Vergunningen van de stad Brussel op 13 februari 2013 een verslag opstelde met als doel na te gaan of begonnen was met de uitvoering van de stedenbouwkundige vergunning 082/P/2007 afgegeven op 16 februari 2010, bedoeld lijkt de voormelde vergunning waartoe op 14 december 2009 werd beslist maar die blijkbaar pas op 16 februari 2010 werd betekend. Dit verslag vermeldt onder meer dat de plaatsing van de secanspalenwand daadwerkelijk aangevat was en er reeds ca 30 m aangelegd werd en dat renovatiewerken worden uitgevoerd aan en in het “Hôtel des postes”.

Tevens zou er op 5 september 2013 (na de vervaltermijn van de vergunning van 2009) nog een weliswaar niet voorgelegde wijziging van deze vergunning zijn toegestaan, wat uiteraard slechts zinvol en mogelijk lijkt voor zover deze eerste vergunning nog geldig is.

In dat licht kan niet *prima facie* vastgesteld worden dat deze stedenbouwkundige vergunning, zoals de verzoekende partij aanvoert vervallen is, minstens blijkt niet dat degelijk verval door de bevoegde overheden werd vastgesteld.

Uit het dossier blijkt dat de nv Project T&T deze gegevens in verband met het mogelijk verval van de vergunning in de loop van de onderhandelingsprocedure aan de aanbestedende overheid heeft verschaft.

Wat betreft het argument dat de nv Project T&T dit verval zelf bevestigt door het voorwerp en de omvang van de vergunningsaanvraag van 13 september 2013, kan in de huidige stand van het geding worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet concretiseert hoe uit haar stuk C-3 volgt dat de

aangevraagde werken niet enkel onnodig maar ook onmogelijk zouden zijn ware er een aanvang genomen met de vergunde werken.

Ook de argumentatie dat het uitgangspunt van de beoordeling dat het BBP in de loop van het tweede semester 2014 in werking zou treden, achterhaald is nu het openbaar onderzoek nog niet is begonnen, toont niet *prima facie* aan dat het project niet vergunbaar is noch dat de timing onmogelijk is. Herhaald kan immers worden dat niet wordt aangetoond dat geen vergunning mogelijk is zonder dat BBP. Wat betreft de timing, kan vastgesteld worden dat ook in haar berekening uitgaande van een indieningsdatum van 23 september 2013 blijkbaar een uitvoerbare vergunning mogelijk is midden 2015 en, uitgaande van een bouwperiode van 2 jaar, een inhuizing in het tweede trimester 2017, waarvan uiteindelijk ook de huurovereenkomst lijkt uit te gaan. Met het argument dat de tijd vereist voor het bouwen een “optimistische inschatting” is, wordt niet aangetoond dat de PMV in het beoordelingsverslag dit niet als realistisch kon beschouwen “aangezien het geen hoogbouw-kantoren betreft”.

De gegevens voorgelegd door de tussenkomenende partij nv Project T&T lijken voorts te bevestigen dat de timing van de vergunningsprocedure tot op heden werd gehaald. Zo blijkt uit haar stuk C6 dat het dossier volledig werd verklaard op 24 oktober 2013.

De verzoekende partij gaat daarbij trouwens, zo lijkt, telkens uit van de volledige termijnen terwijl de tussenkomenende partij nv Project T&T er lijkt van uit te gaan dat bepaalde fases van de vergunningsprocedure sneller zullen verlopen, bijvoorbeeld de effectenstudie, hetgeen de PMV in het beoordelingsverslag geloofwaardig acht nu in het projectgebied en de omgeving recent reeds omvangrijke milieueffectenstudies werden opgemaakt, hetgeen de verzoekende partij niet betwist.

Er blijkt dan ook niet *prima facie* waarom deze onjuistheid, waarmee bedoeld lijkt dat de timing in het beoordelingsverslag volkomen onrealistisch is en gesteund op feitelijk en rehtens onjuiste veronderstellingen, in de uiteindelijke gunningsbeslissing moest worden rechtgezet, noch waarom de volgende door haar geciteerde en onderstreepte passage in de uiteindelijke gunningsbeslissing tot een andere conclusie leidt:

“Het risico van het niet of laattijdig verkrijgen van de wijzigingen aan de basisvergunningen werd duidelijker in kaart gebracht en manieren om het risico te beperken werden besproken. Er werd een concreet kader van contractuele bepalingen uitgewerkt. Hierbij werden bijkomende engagementen van de Verhuurder bekomen omtrent een eventuele aanpassing van de aanvraag tot vergunningswijziging (indien nodig) en de monitoring en eventuele bijsturing van het vergunningentraject. Er werd een werkwijze afgesproken omtrent het bekomen van gewijzigde vergunningen of vergunningen met lasten, en er werden afspraken gemaakt omtrent het betrekken van de externe financiers (banken) indien dit nodig/nuttig mocht blijken te zijn. Over de gevallen van overmacht werd

duidelijkheid bekomen. Tenslotte werd intensief onderhandeld over de eventuele schadevergoedingen. Wanneer de wijzigingsvergunningen niet of zeer laattijdig worden bekomen, kan de schadevergoeding in hoofde van de Verhuurder oplopen tot meer dan 5 miljoen euro. Ook voor vertragingen in de bouwwerken is een contractuele boete van toepassing. In totaal kunnen de schadevergoedingen oplopen tot ca. 9 miljoen euro”.

In de mate dat de verzoekende partij daartoe argumenteert dat in de uiteindelijke gunningsbeslissing, anders dan in het beoordelingsverslag en de beslissing tot aanwijzing van een voorkeursbieder, met geen woord meer wordt gerept over de noodzaak om op korte termijn, en uiterlijk op 24 april 2014, duidelijkheid te verschaffen over de aanpassing van de ingediende vergunning aan het wijzigende regelgevende kader, maar kennelijk de voorkeur werd gegeven aan een methode die het financiële risico voor de verkrijging van de geschikte vergunningen verschuift naar de nv Project T&T en aldus tegelijk afstand wordt gedaan van elke garantie op materiële realisatie van de plannen en dit wordt bevestigd in de huurovereenkomst, blijkt niet *prima facie* waarom het feit dat tijdens de onderhandelingen contractuele schadevergoedingen werden uitgewerkt in geval van vertragingen en opschortende voorwaarden, inhoudt dat voorbij gegaan werd aan de vereiste van afdoende garanties inzake vergunbaarheid. Deze mogelijkheid was trouwens reeds voorzien in artikel 33 van het ontwerp van huurovereenkomst bij het bestek.

De grief dat niet meer gesproken wordt over de noodzaak uiterlijk op 24 april 2014 duidelijkheid te verschaffen over de aanpassing van de ingediende vergunning aan het wijzigende regelgevend kader, betreft, zo lijkt, de voorwaarde in de beslissing tot aanwijzing van de voorkeursbieder dat de nv Project T&T uiterlijk tegen vrijdag 7 maart 2014 zou bevestigen dat “Project T&T zich engageert om te voldoen aan de vereisten van het demografisch GBP door zo spoedig mogelijk en uiterlijk tegen 24 april 2014, hetzij, een bijkomende wijzigingsvergunning voor de basisvergunning nr. 82 P/07 in te dienen hetzij om het reeds ingediende vergunningsdossier aan te passen, hetzij op een andere wettelijke en haalbare wijze, mits uit de theoretische planning voor deze remediëring geen vertraging blijkt ten aanzien van de initiële planning, waaronder de beoogde realisatietermijn voor het Meanderproject”. Uit het administratief dossier blijkt echter dat de gekozen inschrijver, in een brief van 7 maart 2014 deze verbintenis aanging, en in een tweede brief van die datum, een juridische analyse van haar raadvrouw had meegedeeld van de mogelijke stappen die kunnen worden ondernomen om op een juridisch sluitende wijze en zo snel mogelijk een stedenbouwkundige vergunning te verkrijgen voor het Meander-project, dat uit die analyse blijkt dat een aanpassing van de aanvraag van stedenbouwkundige vergunning de meeste zekerheid biedt op een gunstig resultaat en dat reeds instructies werden gegeven die optie uit te voeren.

Evenmin lijkt deze wettigheidskritiek *prima facie* bevestigd in de bewoordingen van de artikelen 1.5, 3.5.1., 33 en 34 van de onderhandelde huurovereenkomst.

Artikel 3.5.1 stipuleert inderdaad dat de voorlopige aanvaarding uiterlijk op 31 augustus 2017 moet plaatsvinden, maar luidt volledig:

“De Verhuurder waarborgt dat de Voorlopige Aanvaarding door de Huurder van het Goed (inclusief de parkings, de toegangen en wegen, de buitenverlichting en de IWH) en van de Wijzigingen op verzoek van de Huurder waarvoor geen bijkomende termijnverlenging werden overeengekomen, zal kunnen plaatsvinden uiterlijk 24 maanden na het vervullen van de opschortende voorwaarde van artikel 33 van deze Overeenkomst en in ieder geval uiterlijk op 31 augustus 2017”.

Voorts kan worden herhaald dat geambieerde inhuizing najaar 2016 waarvan de verzoekende partij uitgaat, zoals de verwerende partijen opmerken, geen “fail or pass” eis lijkt.

Herhaald kan ook worden dat de mogelijkheid van opschortende voorwaarden en een schadevergoedingssysteem, zoals na onderhandelingen geconcretiseerd in artikelen 33 en 34 van de huurovereenkomst, reeds was opgenomen in artikel 33 van het ontwerp van huurovereenkomst dat als bijlage bij het bestek was gevoegd, en dat dit niet inhoudt dat niet tegelijk geoordeeld kan worden dat afdoende garanties van vergunbaarheid werden verstrekt.

Artikel 1.5 van de overeenkomst stipuleert inderdaad dat partijen er zich toe verbinden het gebouw maatvast te hebben tegen uiterlijk 15 september 2014 en uitvoeringsplannen tegen 15 december 2014 voor te leggen, maar de verzoekende partij toont, in het licht van het volgende antwoord van de verwerende partijen in de nota, en nu de verzoekende partij dit antwoord ter terechtzitting niet betwist, niet *prima facie* aan waarom dit uitsluit dat geoordeeld kon worden dat er afdoende garanties inzake vergunbaarheid werden gegeven:

“Dit impliceert niet noodzakelijk dat de vergunningen tegen dan nog moeten worden aangepast. Immers:

- de maatvastheid en uitvoeringsplannen hebben voornamelijk betrekking op detailleringen en interne schikkingen, zonder de contouren en volumes van het gebouw te moeten aanpassen. Dit zijn handelingen waarvoor in beginsel geen stedenbouwkundige vergunning vereist is;
- het feit dat er geen wijzigende stedenbouwkundige aanvraag nodig zal zijn ten gevolge van dit wederzijds overleg blijkt bovendien uit artikel 1.5 van de huurovereenkomst zelf waar wordt gesteld dat het gebouw dient te voldoen aan “1. De definitieve en uitvoerbare stedenbouwkundige en milieuvergunningen bekomen op basis van de aanvraag tot het bekomen van de stedenbouwkundige en milieuvergunningen, die conform het aanbiedingsontwerp uit de BAFO-offerte werden opgesteld, inclusief de plannen (Bijlage 6)...”. De plannen zijn gehecht als bijlage 6 aan de huurovereenkomst. Bovendien staat deze bepaling op de allereerste plaats in de hiërarchisch gerangschikte lijst van voorwaarden waaraan het gebouw moet voldoen;

- er dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de plannen die als basis dienen voor het verkrijgen van de stedenbouwkundige vergunning en anderzijds de “uitvoeringsplannen” die veel gedetailleerder zijn en pas in een latere fase worden opgesteld met als doel het aanbesteden en uitvoeren van de concrete werken. In dit opzicht is het dan ook zeer logisch dat deze pas worden opgesteld na het indienen van de vergunningsaanvraag, zoniet het bekomen van de stedenbouwkundige vergunning”.

Aldus wordt door de verzoekende partij in dit onderdeel niet *prima facie* aangetoond dat het *patere legem* beginsel of de ingeroepen artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4 van het bestek, of artikel II.1.5) van de aankondiging, voor zover nog relevant nu de minimale eisen vervolgens werden opgenomen in het bestek, door deze beoordeling van de “vergunbaarheid” werd geschonden noch dat er door deze beoordeling sprake is van een schending van de materiële motiveringsplicht, van een ongelijke behandeling of een “kennelijke beoordelingsfout”.

41. De Raad van State valt deze argumentatie bij.

42. Het eerste onderdeel is bijgevolg niet ernstig.

Tweede onderdeel

43. In dit onderdeel gaat het om de volgende minimale eis in artikel 4 van het bestek:

“Ligging

Aangeboden project moet gelegen zijn in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarbij de hoofdingang van de voorgestelde huisvesting gelegen is:

- Hetzij op minder dan 1000 meter wandelafstand gemeten vanaf het rond punt op de kruising tussen de Koning Albert II-laan en de Simon Bolivarlaan, in de Brusselse Noordwijk (treinstation Brussel-Noord);
- Hetzij op minder dan 1000 meter wandelafstand vanaf een belangrijke ingang van het treinstation Brussel-Centraal en binnen de Brusselse vijfhoek.

De wandelafstand wordt gemeten aan de hand van Google Maps, route voor voetgangers.

Voor te leggen documenten: cfr. gunningscriterium “ligging en bereikbaarheid” (punt 5.4)”.

44. Dit artikel 5.4 is het gunningscriterium “Ligging en bereikbaarheid” en luidt als volgt:

“Met het oog op de beoordeling van de ligging moeten Kandidaten de gemakkelijke bereikbaarheid van de voorgestelde locatie voor zowel personeelsleden als bezoekers aantonen en dit staven met de nodige documenten.

De bereikbaarheid wordt beoordeeld als de wandelafstand van de hoofdingang van het gebouw tot het dichtstbijzijnde referentiepunt: hetzij het rond punt op de kruising tussen de Koning Albert II-laan en de Simon Bolivarlaan, hetzij één van de belangrijke ingangen van het treinstation Brussel-Centraal. De wandelafstand wordt gemeten aan de hand van Google Maps, route voor voetgangers.

De puntentoekenning gebeurt in functie van volgend schema:

Wandelafstand (meter)	Score
0-200	5
201-400	4
401-600	3
601-800	2
801-1000	1

Voor te leggen documenten in het kader van de beoordeling van dit gunningscriterium:

- Een kaartje met aanwijzing van de wandelroute vanaf het dichtstbijzijnd referentiepunt tot de hoofdingang van het gebouw”.

45. Dit vereiste was reeds opgenomen in het eerder besproken punt II.1.5) van de aankondiging.

46. In wezen gaat het in dit onderdeel om de vraag of voldaan is aan de afstand van minder dan 1000 m van voormeld rond punt, zij het dat tegelijk wordt aangevoerd dat die beoordeling berust op een discriminatoir criterium. Hiermee lijkt verwezen naar het vierde middel waarin de wettigheid van dit ijkpunt word betwist. Zoals verder zal blijken is dit vierde middel niet ernstig.

47. Bijgevolg blijft in dit onderdeel de vraag of de conformiteit met dit criterium op onduidelijke of onjuiste wijze werd vastgesteld zoals de verzoekende partij beweert.

48. Opgemerkt kan worden dat van meetaf was aangekondigd dat de wandelafstand wordt gemeten aan de hand van Google Maps, route voor voetgangers, en dit lijkt door de verzoekende partij nooit eerder betwist. Voor de nv Project T&T wordt in het selectieverslag vastgesteld:

“Het project is gelegen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, op volgend adres: Havenlaan Brussel.

De kandidaat geeft aan dat de site op 940 meter wandelafstand van het station Brussel-Noord gelegen is. Uit nazicht via Google Maps blijkt de wandelafstand van de hoofdingang van het gebouw tot het rond punt op de kruising tussen de Koning Albert II-laan en de Simon Bolivarlaan 900 meter te bedragen”.

49. In een bijlage bij de gemotiveerde tussentijdse beslissing na beoordeling van de eerste offertes van 9 september 2013 wordt zonder meer vermeld “OK”. In dezelfde bijlage bij de volgende beslissingen en beoordelingsverslagen vanaf de beoordeling van de tweede offertes wordt vermeld “OK (880 meter)”.

50. In de huidige stand van het geding toont de verzoekende partij niet *prima facie* aan dat deze beoordeling onjuist of onduidelijk is. Integendeel verwijst zij zelf naar haar stuk C.1, een proces-verbaal van opmeting van landmeter Hennau van 22 mei 2014 die op basis van Google Maps afstanden meet die variëren tussen 950 en 1000 m, dus binnen de minimale eis.

51. Het argument dat Google Maps niet toelaat afstanden te berekenen tot op een tiental meter, maar werkt met afrondingen op 50 m zoals blijkt uit dit proces-verbaal, toont niet *prima facie* het tegendeel aan. Dit lijkt immers kritiek op de aangekondigde beoordelingsmethode, die niet eerder in vraag werd gesteld. Minstens lijkt deze afronding niet van aard om te concluderen dat de PMV niet redelijkerwijze van oordeel kon zijn dat voldaan is aan de liggingsvereiste. Zelfs met deze afronding lijkt dit het geval te zijn in bepaalde afstanden berekend door de voormelde landmeter. Voorts blijkt uit het administratief dossier dat de Vlaamse overheid zelf een landmeter heeft aangesteld, de bvba Teccon, die op 25 februari 2014 de afstand heeft nagemeten van maar liefst 7 verschillende wandelroutes, en ieder van deze wandelroutes bleef

onder de maximale afstand van 1.000 meter (tussen 851 meter en 972 meter – afhankelijk van de wandelroute).

Om de redenen uiteengezet bij het eerste onderdeel wordt evenmin aangetoond dat het nog niet voorhanden zijn van “Maatvast plannen” een wezenlijke impact zou kunnen hebben op een “statisch” gegeven zoals de ligging. Er lijken weliswaar nog nadere wederzijdse inspanningen te gebeuren in het kader van detailleringen en interne schikkingen in het gebouw, maar de ligging van het gebouw op de T&T-site, de contouren en positie van de ingangen van het gebouw liggen zo lijkt reeds vast, zoals ook blijkt uit de opsomming onder artikel 1.5 van de huurovereenkomst waarbij de conformiteit van het gebouw met de bouwaanvraag ten allen tijde primeert. De ligging van de hoofdingang was reeds vermeld in de brochure bij de kandidaatstelling.

De verwijzing door de verzoekende partij naar een persartikel met een eenzijdig geuit ongenoegen van een vakbondsvertegenwoordiger over de locatie en een reactie van de woordvoerder van PMV toont evenmin *prima facie* aan dat deze beoordeling onjuist is, des te meer nu daarin sprake is van 1.000 of 1.002 meter.

52. Aldus wordt niet aangetoond dat het *patere legem* beginsel of de ingeroepen artikelen 1.5, 2.5 en 4 van het bestek, of artikel II.1.5), van de aankondiging, voor zover nog relevant nu de minimale eisen vervolgens werden opgenomen in het bestek, door deze beoordeling van de “ligging” werd geschonden - integendeel lijkt de vereiste van ligging juist beoordeeld op de wijze gevraagd door het bestek, noch dat er door deze beoordeling sprake is van een schending van de materiële motiveringsplicht of een “kennelijke beoordelingsfout”.

In de mate dat in het eerste middel ook de schending wordt ingeroepen van de artikelen 122*bis* en 122*ter* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het transparantiebeginsel en van de mededingingsplicht, wordt opnieuw niet afzonderlijk toegelicht hoe deze bepalingen of beginselen door deze beoordeling van de “ligging” zijn geschonden.

Evenmin wordt aangetoond hoe deze beoordeling een ongelijke behandeling vormt. In de mate dat die ongelijke behandeling of de schending van het transparantie- en mededingingsbeginsel of van de artikelen 122*bis* en 122*ter* wordt afgeleid uit het beweerd discriminatoir karakter van dit ijkpunt, valt dit samen met het vierde middel, dat, zoals hierna zal blijken, niet ernstig is.

Ten slotte wordt niet toegelicht hoe deze grief een schending zou aantonen van artikel 2.6 van het bestek dat niet de vereiste van ligging betreft.

53. Het tweede onderdeel is aldus niet ernstig en bijgevolg is het derde middel in zijn geheel niet ernstig.

D. Vierde middel

Uiteenzetting

54. De verzoekende partij formuleert het middel als volgt:

“Genomen uit de schending van artikel 65/4, eerste lid, 5° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, van de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991, van de artikelen 122 *bis* en 122 *ter* van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, de mededingingsplicht, de besteksbepalingen, inzonderheid de artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4, alsmede artikel II. 1.5 van het aankondigingsbericht, en uit een kennelijke beoordelingsfout,

Doordat de bestreden beslissing de conformiteit van Project T&T met het minimale bestekvereiste inzake ligging slechts kan aanvaarden op basis van een discriminatoir gekozen referentiepunt, zodat Project T&T zich op een afstand van 880 m van het referentiepunt bevindt op deze basis

Terwijl de in het middel aangehaalde bepalingen vereisten dat gebruik wordt gemaakt van objectieve referentiepunten, die het gelijkheidsbeginsel respecteren”.

Beoordeling

55. Ook in dit middel wordt opnieuw onder meer de schending ingeroepen van de “besteksbepalingen, inzonderheid de artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4, alsmede artikel II. 1.5 van het aankondigingsbericht”.

De grief betreft echter de minimale eis van ligging en lijkt aldus vreemd aan artikel 2.6 van het bestek dat de “stedenbouwkundige en milieuvergunning” betreft.

56. De verwerende partijen betwisten het belang bij dit middel. Deze exceptie behoeft geen onderzoek, nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is.

57. Voor zover inpasbaar binnen het voorwerp van de opdracht, staat het, zo lijkt, aan de aanbestedende overheid om het door haar gehanteerde ijkpunt te kiezen, evenals de berekeningswijze van de afstand in het kader van dit liggingscriterium.

De verzoekende partij stelt in dit middel in wezen dat de minimale eis “ligging”, met dit rond punt als ijkpunt, op maat van potentiële kandidaten is ingeschreven maar toont dit vervolgens op geen enkele manier concreet aan.

Evenmin blijkt dat dit ijkpunt, rond punt, geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht nu volgens de nota dit rond punt aan de Koning Albert II laan en de Bolivarlaan het zwaartepunt is tussen het station Brussel-Noord en diverse kantoorgebouwen van de Vlaamse overheid.

Aldus wordt hier blijkbaar tegelijk enerzijds rekening gehouden met de afstand ten opzichte van het station Brussel-Noord, aangezien een gedeelte van de werknemers met de trein pendelt, en anderzijds met de ligging ten opzichte van andere kantoorgebouwen, gelet op het veelvuldig overleg tussen de verschillende diensten van de Vlaamse overheid. Dit ijkpunt noch de afstand

1000 m lijken daarbij onzorgvuldig te zijn gekozen. Dit wordt niet tegengesproken door de alternatieve locatievereiste die verwijst naar de afstand tot één van de belangrijkste ingangen van het treinstation Brussel-Noord.

58. De verzoekende partij betoogt nog dat het rond punt in kwestie ligt op 130 meter van de ingang van het Noordstation zodat, indien was uitgegaan van dit station, de afstand tussen het station en de hoofdingang van het Meanderproject, indien men het resultaat van de berekening - 880 m - in het beoordelingsverslag aanneemt, $880 + 130 = 1010$ m zijn geweest, zodat de minimale eis inzake ligging niet zou zijn vervuld geweest en de offerte van de nv Project T&T als niet-conform had moeten worden afgewezen. Die grief lijkt echter niet relevant aangezien geen dergelijke vereiste is gesteld. Evenmin toont dit voorbeeld aan dat het gekozen ijkpunt onzorgvuldig is gekozen, geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht of op maat van potentiële inschrijvers geschreven.

59. Aldus wordt evenmin *prima facie* aangetoond dat geen gebruik werd gemaakt van objectieve referentiepunten, die het gelijkheidsbeginsel respecteren.

60. Aangezien deze grief in feite enkel concreet in verband wordt gebracht met het gelijkheidsbeginsel en de beweerde schending van de andere ingeroepen regels en beginselen zoals onder meer de artikelen 122*bis* en ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996, het transparantie- en mededingingsbeginsel niet afzonderlijk wordt toegelicht, volstaat deze vaststelling om het middel te verwerpen.

61. In de mate dat ook in dit middel de schending wordt ingeroepen van de wet van 29 juli 1991 en artikel 65/4, eerste lid, 5°, van de wet van 24 december 1993 en hiermee de motivering van de bestreden gunningsbeslissing is bedoeld, kan voorts worden verwezen naar de bespreking van het tweede onderdeel van het derde middel. In de mate dat de motivering van deze vereiste zou zijn bedoeld, dus van de aankondiging of het bestek, wordt niet aangetoond dat daarvoor een formele motivering op grond van deze bepalingen vereist is.

62. Het vierde middel is bijgevolg niet ernstig.

E. Vijfde en zesde middel

Uiteenzetting

63. De verzoekende partij formuleert het vijfde middel als volgt:

“Genomen uit de schending van artikel 65/4, eerste lid, 5° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991, van de artikelen 122 bis en 122 ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, de mededingingsplicht, de besteksbepalingen, inzonderheid de artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4, alsmede artikel II. 1.5 van het aankondigingsbericht, en uit een kennelijke beoordelingsfout,

Doordat de bestreden beslissing er ten onrechte van uitgaat dat de offerte van de combinatie KBC/Immobel, tweede gerangschikte kandidaat, zou beantwoorden aan het minimale vereiste inzake vergunbaarheid, nu de stedenbouwkundige vergunning voor haar project vervallen is en dit de tijdige verwezenlijking van haar project belet

Terwijl, de tijdige verwezenlijking een minimaal vereiste van het bestek uitmaakt, waarvan de verwerende partij geen vrijstelling kan verlenen, minstens had moeten motiveren waarom zij ervan uitging dat de vergunning niet zou zijn vervallen”.

64. De verzoekende partij formuleert het zesde en laatste middel als volgt:

“Genomen uit de schending van artikel 65/4, eerste lid, 5° van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, de artikelen 2 en 3 van de Algemene Motiveringswet van 29 juli 1991, van de artikelen 122 bis en 122 ter van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid de materiële motiveringsplicht, het patere legem-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel, de mededingingsplicht, de besteksbepalingen, inzonderheid de artikelen 1.5, 2.5, 2.6 en 4,

alsmede artikel II. 1.5 van het aankondigingsbericht, en uit een kennelijke beoordelingsfout,

Doordat de rangschikking van de verzoekende partij als derde kandidaat, na de combinatie KBC/Immobel, teruggaat op een onzorgvuldige en onjuiste lezing van haar dossier, alsmede op een ongelijke behandeling van de respectievelijke offertes,

Terwijl de in het middel genoemde bepalingen de verwerende partijen opleggen de offertes aan dezelfde criteria te toetsen, op dezelfde wijze, en dit op basis van een correcte lezing en inschatting van hun inhoud”.

Beoordeling

65. De verzoekende partij erkent zelf in haar toelichting bij het vijfde middel, dat zij “zich slechts op een voldoende belang kan beroepen om de schorsing van de bestreden beslissingen te verkrijgen, wanneer zij kan aantonen dat de schorsing van de bestreden beslissing haar een mogelijkheid zou bieden om bij een nieuwe gunningsbeslissing als gegadigde van deze gunning uit de bus te komen. Ter zake rust op Fedimmo de bewijslast aan te tonen dat zij niet enkel sterkere rechten op de gunning kan laten gelden dan de nv Project T&T, uiteindelijke begunstigde, maar ook dan de combinatie KBC/Immobel, die als tweede werd gerangschikt en in het kader van de keuze van een voorkeursbieder de verzoekende partij met nauwelijks 1,6 procentpunten voorafging”.

66. Vastgesteld kan echter worden, enerzijds, dat geen van de voorgaande vier reeds besproken middelen ernstig bevonden zijn, en het in die middelen is dat de verzoekende partij poogde de keuze voor de gunningsprocedure dan wel de toewijzing aan de gekozen inschrijver onrechtmatig te doen aanmerken.

In geen van de beide hier besproken middelen – het vijfde en het zesde - wordt aangetoond of zelfs maar een poging daartoe ondernomen dat de verzoekende partij een hogere score diende te verkrijgen dan de gekozen inschrijver, maar de grieven betreffen hier enkel de als tweede gerangschikte offerte.

De verzoekende partij lijkt bijgevolg geen belang te hebben bij het vijfde en zesde middel aangezien het ernstig bevinden daarvan niet tot gevolg zou hebben dat de gekozen inschrijver niet langer als eerste is gerangschikt.

Het vijfde en zesde middel worden dienvolgens niet aanvaard.

VIII. Besluit

67. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

IX. Kosten

68.1. De verwerende partijen vragen dat de verzoekende partij zou worden veroordeeld tot betaling van de kosten van het geding, daarin inbegrepen een rechtsplegingsvergoeding, “thans geraamd op 700€, zijnde het basisbedrag, per verwerende partij”.

68.2. Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’, is krachtens artikel 4 van het koninklijk besluit van 28 maart 2014 ‘betreffende de rechtsplegingvergoeding bedoeld in artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State van 12 januari 1973’ toepasselijk op de procedures in het administratief kort geding zoals de onderhavige.

Dit artikel 67 bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro. In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten”.

“Wanneer meer partijen de rechtsplegingsvergoeding ten laste van een of meer in het ongelijk gestelde partijen genieten”, is, overeenkomstig artikel 30/1, § 2, derde lid, van de voornoemde gecoördineerde wetten, “het bedrag ervan maximaal het dubbel van de maximale rechtsplegingsvergoeding waarop de begunstigde die gerechtigd is om de hoogste vergoeding te eisen, aanspraak kan maken. Ze wordt door de afdeling bestuursrechtspraak tussen de partijen verdeeld”. Te dezen wordt dit maximum niet bereikt.

68.3. Er is aldus grond om met toepassing van voornoemde bepalingen aan elk van de verwerende partijen het gevorderde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partijen dienen te worden beschouwd.

69. Blijkens de gegevens meegedeeld door de griffie hebben de tussenkomende partijen nv Immobel en nv Vastgoed Ruimte Noord elk het rolrecht van 150 euro voor hun tussenkomst twee maal betaald. Het teveel betaalde bedrag dient te worden terugbetaald.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv Immobel en de nv Vastgoed Ruimte Noord, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Immobel-Vastgoed Ruimte Noord, en de nv Project T&T tot tussenkomst in het administratief kort geding worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1.400 euro, die voor de helft verschuldigd is aan elke verwerende partij.

De tussenkomende partij nv Project T&T wordt verwezen in de kosten van haar tussenkomst, begroot op 150 euro.

De tussenkomende partijen nv Immobel en nv Vastgoed Ruimte Noord worden verwezen in de kosten van hun tussenkomst, begroot op 300 euro. Het teveel betaalde rolrecht van 300 euro wordt hun terugbetaald.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 juni 2014, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest