RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 231.314 van 22 mei 2015
in de zaak A. 215.645/XII-7867

In zake: 1. de NV ONDERNEMINGEN JAN DE NUL
2. de NV STRUKTON FINANCE HOLDING BELGIË
3. de BV HEIJMANS NEDERLAND
4. GCV DG INTRA+ TER
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap TRAM 1
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE VERVOERSMAATSCHAPPIJ DE LIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Alain François, Barteld Schutyser en Anthony Logghe
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. BAM PPP PGGM INFRASTRUCTURE COOPERATIE UA
2. de NV COFELY FABRICOM
samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap TRAMSTAD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre, Lore Derdeyn en Evi Degroodt
kantoor houdend te 1000 Brussel
Tour & Taxis
Havenlaan 86c, b 113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, elektronisch ingesteld op 22 april 2015, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van "de beslissing van [de Vlaamse Vervoersmaatschappij De Lijn] van 10 maart 2015 tot gunning van de opdracht 'Project Brabo II' aan de THV Tramstad, en derhalve niet aan [de THV TRAM 1], ('eerste bestreden beslissing'[…]), waarvan [zij] werden geïnformeerd bij schrijven d.d. 7 april 2015 […] van verwerende partij, alsook de daarmee nauw samenhangende voorbereidende beslissing van verwerende partij van 3 december 2014 tot aanduiding van de THV Tramstad als voorkeursbieder en tot plaatsing van (onder meer) [de THV TRAM 1] in de wachtkamer ('tweede bestreden beslissing') waarvan verwerende partij - tot op vandaag - weigert kopie [aan hun] over te maken".

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 4 mei 2015 hebben BAM PPP PGGM Infrastructure Cooperatie UA en de nv Cofely Fabricom, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Tramstad gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 mei 2015, om 11.00 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Bob Martens, Annelies Verlinden en Evelien De Raeymaecker, die verschijnen voor de verzoekende partijen, advocaten Barteld Schutyser, Anthony Logghe en Hans Plancke, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Jens Debièvre, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ann Eylenbosch heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De Vlaamse regering beslist op 16 februari 2007 om "de fase 1 van de projecten Openbaar Vervoer ('OV-projecten') via alternatieve financiering te laten uitvoeren door de op te richten nv Lijninvest in een structuur met de nv BAM en het IVA Infrastructuur volgens de bij bovengenoemde nota gevoegde afspraken tussen De Lijn, het Agentschap Infrastructuur en de Beheers-maatschappij Antwerpen Mobiel".

Overeenkomstig de beslissing van de Vlaamse regering van 23 september 2011 wordt het BRABO II-project bevestigd als onderdeel van het Masterplan 2020.

Het BRABO II-project beoogt in Antwerpen onder meer de heraanleg van de Noorderleien en het Operaplein, alsook een nieuwe tramverbinding naar de Havanasite en het Eilandje.

Het project is in drie luiken onderverdeeld:

- Een tramgedeelte met als contractuele opdrachtgever De Lijn ("tramgedeelte")
- Een niet-tramgedeelte (o.m. wegeniswerken en rioleringswerken) ten behoeve van het Vlaamse Gewest/AWV ("niet-tramgedeelte Gewest")
- Een niet-tramgedeelte (o.m. wegeniswerken, rioleringswerken, aanleg kunstwerken en een parking) ten behoeve van de stad Antwerpen ("niet-tramgedeelte Stad").

Door de nv Lijninvest – publieke partner – en de met toepassing van de overheidsopdrachtenreglementering gekozen private partner zal een projectvennootschap of "special purpose vehicle" (SPV) worden opgericht.

De SPV wordt gestructureerd volgens een meerderheid privaat kapitaal (74%) en een minderheidsparticipatie van de nv Lijninvest (26%).

Deze SPV zal instaan voor de uitvoering van drie contracten:

- Een DBFM-overeenkomst sui generis die het ontwerp (design), de bouw (build), de financiering (finance) en het langdurig onderhoud (maintain) van infrastructuur van openbaar vervoer ("tramgedeelte") omvat.

  De SPV zal instaan voor de aanleg, en vervolgens, het onderhouden en beschikbaar houden van het tramgedeelte aan De Lijn gedurende 25 jaar vanaf de afgifte van het betrokken beschikbaarheidscertificaat, in ruil voor periodieke, prestatiegebonden beschikbaarheidsvergoedingen (BV).

- Een DBFM-overeenkomst sui generis die het ontwerp (design), de bouw (build), de financiering (finance) en het langdurig onderhoud (maintain) van weginfrastructuur op de betrokken gewestwegen ("niet-tramgedeelte Gewest") omvat.

  De SPV zal instaan voor de aanleg, en vervolgens, het onderhouden en beschikbaar houden van het niet-tramgedeelte Gewest aan het Vlaamse Gewest (AWV) gedurende 25 jaar vanaf de afgifte van het beschikbaarheidscertificaat, in ruil voor periodieke, prestatiegebonden beschikbaarheidsvergoedingen (BV). In het technisch bestek worden voor het niet-tramgedeelte Gewest evenwel ook enkele afgelijnde onderdelen "Buiten Configuratie" gespecifieerd waarvoor geen langdurige onderhoudsverplichting bestaat.

- Een DBF-overeenkomst die het ontwerp (design), de bouw (build) en de financiering (finance) van weginfrastructuur (incl. bruggen en

ondergrondse parking) (zonder onderhoud) op de betrokken gemeentewegen (“niet-tramgedeelte Stad”) omvat.

De DBF-overeenkomst preciseert evenwel dat er voor bepaalde onderdelen van het “niet-tramgedeelte Stad”, zoals geïdentificeerd in het technisch bestek, geen ontwerpopdracht is voor de SPV.
De SPV zal instaan voor de aanleg van het “niet-tramgedeelte Stad” voor de stad Antwerpen in ruil voor mijlpaalvergoedingen (MV) bij voorlopige oplevering van welbepaalde onderdelen en, voor het saldo, periodieke (niet-prestatiegebonden) vergoedingen (PV), gedurende een periode van 10 jaar eens er een proces-verbaal van voorlopige oplevering is afgegeven voor alle onderdelen van het “niet-tramgedeelte Stad”.

3.2. Op 5 juni 2012 wordt het aankondigingsbericht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 9 juni 2012 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De verwerende partij treedt op als aanbestedende overheid en handelt mede namens de stad Antwerpen en het Vlaamse Gewest, met name het Agentschap Wegen en Verkeer.

De Beheersmaatschappij Antwerpen Mobiel treedt op als projectcoördinator.

Op de opdracht zijn nog de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ (hierna: de wet van 24 december 1993) en het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’ (hierna: het koninklijk besluit van 10 januari 1996) van toepassing.

De opdracht is eveneens onderworpen aan de Biedingsleidraad en het BAFO-bestek.

3.3. De opdracht wordt beschouwd als een promotieopdracht voor aanneming van werken overeenkomstig artikel 9 van de wet van 24 december 1993. De opdracht wordt gegund via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking op grond van artikel 39, § 1, van de wet van 24 december 1993:

> "Door de juridisch, financieel en technisch complexe aard van de DBF(M)-structuur waarbinnen de Opdracht dient te worden gerealiseerd, kan immers niet op voorhand worden vastgesteld welke de globale investeringskost is voor de Opdracht. Er zal een prijs moeten worden geboden die mede functie zal zijn van een verdeling van de risico's tussen de Aanbestedende Overheid, de SPV, de externe financier(s) en de verschillende achterliggende overheden (zoals het Agentschap Wegen en Verkeer/het Vlaamse Gewest en de Stad Antwerpen). Deze risico-verdeling, prijs en de ermee gerelateerde specificaties op elk van voormelde niveaus zullen slechts definitief kunnen worden vastgesteld op basis van onderhandelingen met de betrokken kandidaten".

3.4. Op 22 januari 2013 worden vijf aanvragen tot deelneming ontvangen van de volgende kandidaten:

- Combinatie "Tramstad" (BAM PPP PGGM Infrastructure Coöperatie UA – Cofely Fabricom nv);
- Combinatie "Wattman" (Franki Construct nv, Aswebo nv, Participatiemaatschappij Volkerinfra PPP BV, PMF Infrastructure Fund Comm. Va);
- Combinatie "Brabo Connection" (Denys nv, Besix Group nv, Macquarie Capital Group Limited, Stadsbader nv);
- Combinatie "Tram 1" (de verzoekende partijen);
- Combinatie "Tram voor A" (Aannemingsmaatschappij CFE nv, Etablissementen Frateur De Pourcq nv, Taveirne Algemene Ondernemingen nv, DIF Infra 3 PPP 1 Luxembourg).

3.5. Op grond van een door de selectiecommissie voorbereid beoordelingsverslag van 26 april 2013 betreffende de beoordeling van de kandidaatstellingen, beslist de raad van bestuur van de verwerende partij elke kandidatuur in overeenstemming te verklaren met alle deelnemingsvoorwaarden van het selectiedossier en alle vijf de kandidaten uit te nodigen tot het indienen van

een eerste offerte van zodra het bestek van het project “Brabo 2” kan worden gefinaliseerd.

3.6. Op 24 oktober 2013 wordt het bestek aan de geselecteerde kandidaten overgemaakt, met uitzondering van de DBF-overeenkomst, die op latere datum aan de geselecteerde kandidaten wordt overgemaakt.

3.7. Overeenkomstig artikel 2.3. van de Biedingsleidraad krijgen de geselecteerde kandidaten de gelegenheid om schriftelijk vragen te stellen over dit bestek. Deze vragen dienen uiterlijk op 19 november 2013 te worden ingediend. Voor vragen met betrekking tot de DBF-overeenkomst wordt deze termijn verlengd. Alle geselecteerde kandidaten maken van de mogelijkheid tot schriftelijke vraagstelling gebruik.

3.8. Overeenkomstig artikel 5.1. van de Biedingsleidraad dienen de geselecteerde kandidaten hun eerste offerte in te dienen tegen uiterlijk 30 januari 2014 – wat betreft het technische deel – en tegen uiterlijk 14 februari 2014 – wat betreft het administratieve financiële deel.

3.9. De combinatie “Wattman” deelt bij brief van 30 januari 2014 mee zich terug te trekken en geen offerte te zullen indienen.

De overige vier geselecteerde kandidaten dienen wel tijdig het technische alsook het administratieve financiële deel van hun offerte in.

3.10. Op 25 en 27 februari 2014 vinden met elk van de inschrijvers individuele toelichtingmomenten plaats, waarop zij hun offerte kunnen toelichten.

3.11. Op grond van de motieven zoals opgenomen in het beoordelings-verslag van 5 maart 2014, beslist de verwerende partij om de offertes van alle inschrijvers volledig en regelmatig te verklaren en elk van de inschrijvers uit te nodigen voor de onderhandelingen voor het project Brabo II conform artikel 2.6. van de Biedingsleidraad.

3.12. Op 17, 18, 19 en 21 maart 2014 vinden individuele onderhandelingsmomenten plaats met de vier inschrijvers.

3.13. Op 14 mei 2014 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij integraal goedkeuring te verlenen aan het terechtwijzend bericht opgemaakt naar aanleiding van de onderhandelingsmomenten met de verschillende inschrijvers (BAFO-bestek of TWB) en de inschrijvers uit te nodigen tot het indienen van een BAFO op grond van het TWB.

3.14. Het BAFO-bestek of TWB wordt begin juni 2014 overgemaakt aan de inschrijvers. Vervolgens vindt op 25 juni 2014 een gezamenlijk toelichtingmoment plaats met de inschrijvers.

Aan de inschrijvers wordt de mogelijkheid geboden om bijkomende vragen met betrekking tot het TWB te stellen. Elk van de inschrijvers heeft van die mogelijkheid gebruik gemaakt.

3.15. Op 4 september 2014 en naar aanleiding van gesprekken met de Europese Investeringsbank stuurt de verwerende partij een e-mail aan de inschrijvers met bijkomende informatie onder de vorm van assumpties waarmee zij rekening mogen houden bij de opmaak van het financiële luik van de BAFO.

3.16. Op 15 september 2014 dienen alle inschrijvers tijdig het technische deel van hun BAFO in.

Op 30 september 2014 dienen vervolgens alle inschrijvers tijdig het administratieve en financiële deel van hun BAFO in.

3.17. Op grond van “Hoofdstuk 4 – Eisen aan de inhoud voor de BAFO” van de Biedingsleidraad worden de BAFO’s voor beide delen beoordeeld wat betreft hun volledigheid en formele regelmatigheid.

De gunningscriteria zijn opgenomen in hoofdstuk 3 van de Biedingsleidraad:

> "1. Financieel Criterium (60 van de 100 punten);
> 2. Technisch Criterium (40 van de 100 punten).
> Op basis van de in dit Bestek beschreven methodiek voor het vaststellen van het Financieel Criterium en het Technisch Criterium wordt de rangschikking vastgesteld. De rangschikking is een optelsom van het aantal behaalde punten onder de voormelde gunningscriteria. De beoordeling en rangschikking wordt aldus vastgesteld door middel van de opgave van een (gemotiveerde) rangschikking van de BAFO die het best scoort voor de gunningscriteria tot de BAFO die het minst scoort voor de gunningscriteria. De subcriteria zullen voor ieder opgegeven gunningscriterium beoordeeld worden in functie van het aangegeven belang".

Artikel 3.1. van de Biedingsleidraad beschrijft het financieel criterium:

> "Het Financieel Criterium wordt beoordeeld op basis van de som van de netto contante waarde van de Beschikbaarheidsvergoedingen (BV), de Mijlpaalvergoedingen (MV), de Periodieke Vergoedingen (PV), de Vergoedingen aan Nutsmaatschappijen en de onderhoudsvergoedingen voor de verplichte opties ("Netto Contante Waarde" of "NCW")
> […]
> De beoordeling van dit financieel subcriterium zal gebeuren met inachtneming van hetgeen is bepaald in artikel 4.2. (b).(ii) 'Opgelegde assumpties' en Bijlage 11.
> Bij de beoordeling van het financieel criterium ontvangt de Kandidaat die het laagste bedrag voor de NCW heeft opgenomen in zijn BAFO de maximale score van 60 punten. De andere Kandidaten krijgen een pro rata aantal punten in verhouding tot de NCW van de laagste Kandidaat […]"

In artikel 3.2. van de Biedingsleidraad wordt vermeld dat de technische kwaliteit van de BAFO's zal worden beoordeeld aan de hand van de volgende twee subcriteria voor een totaal van 40 punten:

> "De technische kwaliteit van de ingediende dossiers wordt beoordeeld aan de hand van een aantal subcriteria samen voor een totaal van 40 punten met name:
>
> ● (a) Projectbeheersing (25 punten)

Het subcriterium ‘Projectbeheersing’ wordt verder opgedeeld in volgende sub-subcriteria:

◦ (i) Projectmanagement (5 punten)
◦ (ii) Projectbeheersing gedurende Bouwfase (10 punten)
◦ (iii) Projectbeheersing gedurende Gebruiksfase (5 punten)
◦ (iv) Risicobeheersing (5 punten)

● (b) Globaal Ontwerp (15 punten)

Het subcriterium ‘Globaal Ontwerp’ wordt verder opgedeeld in volgende sub-subcriteria:

◦ (i) Sporenbouw (5 punten)
◦ (ii) Bouwkunde (5 punten)
◦ (iii) Elektromechanica (5 punten)

De aanbestedende overheid houdt zich het recht voor BAFOs, welke onvoldoende (0/10) scoren op één of meerdere (sub-)subcriteria, te weren voor verdere beoordeling.

Het niet opgeven van de gevraagde informatie, het verschaffen van vage informatie of het aanleveren van informatie die niet concreet en praktisch uitgewerkt is zal aanleiding geven tot een negatieve beoordeling.”

De Biedingsleidraad bepaalt nader hoe de sub-subcriteria zullen worden beoordeeld.

3.18. In de periode vanaf 16 september 2014 tot 13 november 2014 worden de BAFO’s van de verschillende inschrijvers onderzocht en beoordeeld in een financieel-juridische beoordelingswerkgroep – voor wat betreft het financieel gunningscriterium –en in een technische beoordelingswerkgroep– voor wat betreft het technisch criterium.

3.19. Op 22 oktober 2014 vindt een informeel overleg plaats tussen de verwerende partij en het Instituut voor de Nationale Rekeningen (INR) en dit in het licht van de inwerkingtreding van de ESR-Verordening in september 2014 en met het oog op de uiteindelijke gunningsbeslissing.

Tijdens dat overleg heeft de verwerende partij de ESR-neutraliteit van het Brabo II-project afgetoetst op basis van de op dat ogenblik

voorhanden zijnde contractdocumentatie, althans voor wat betreft de beide DBFM-overeenkomsten.

Eurostat en het INR beschouwen een publieke aandeelhouders-participatie in de SPV ten belope van 26% niet als ESR-neutraal.

In november 2014 maakt de verwerende partij een advies-aanvraag over aan het kabinet van de bevoegde Vlaamse minister van Mobiliteit waarbij de initieel voorziene participatie van de nv Lijninvest in de SPV wordt herleid van 26% naar 19%, en dit met het oog op indiening bij het INR.

3.20. De gezamenlijke beoordelingswerkgroep stelt voor om de BAFO's van de vier inschrijvers volledig en regelmatig te verklaren en de volgende totale score toe te kennen aan de respectieve BAFO's:

finale score	Tramstad	Brabo Connection	Tram 1	Tram voor A
Financieel (60 punten)	54,83	60	55,25	51,49
Technisch (40 punten)	26	20	25	22
Totale score (100 punten)	80,83	80	80,25	73,49

3.21. Op grond van het voorstel van de gezamenlijke beoordelings-werkgroep, zoals goedgekeurd door de Stuurgroep Brabo 2 op 13 november 2014 conform artikel 2.6, § 3, van de publiek-private samenwerkingsovereenkomst, beslist de raad van bestuur van de verwerende partij op 3 december 2014 om:
(i) zich de motieven, opgenomen in het beoordelingsverslag van de gezamenlijke beoordelingswerkgroep eigen te maken;
(ii) dienvolgens, om de BAFO's van de vier inschrijvers volledig en regelmatig te verklaren;
(iii) dienvolgens, middels een "Aanduiding Voorkeursbieder" zoals vermeld in artikel 2.5. van de Biedingsleidraad, de THV "Tramstad" te kiezen als voorkeurs-bieder voor het project Brabo 2 en met deze voorkeursbieder nog finale besprekingen aan te gaan "binnen de strikte grenzen van de overheidsopdrachten-reglementering en het gelijkheidsbeginsel";
(iv) mede gelet op het geringe verschil in de rangschikking, de overige drie regelmatig bevonden inschrijvers nog niet definitief te weren voor het vervolg van

de gunningsprocedure en hen voorlopig in de wachtkamer te houden zolang er geen finale overeenstemming met de voorkeursbieder is bereikt.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

Bij brief van 3 december 2014 licht de projectcoördinator de verzoekende partijen in over het bestaan en de inhoud van de beslissing van de verwerende partij om de THV Tramstad als voorkeursbieder te kiezen en de verzoekende partijen in de zogenaamde wachtkamer te plaatsen. De beslissing zelf is niet bij de kennisgeving gevoegd.

3.22. In de zaak gekend onder het rolnummer G/A 214.889/XII-7818 vragen de verzoekende partijen de nietigverklaring van de beslissing van 3 december 2014. Deze zaak is hangende.

In de aanloop naar de totstandkoming van de beslissing van 3 december 2014 en in de periode daarop volgend vormt de geheimhoudingsplicht voorwerp van briefwisseling tussen de verzoekende partijen en de verwerende partij.

Bij aangetekende brief van 27 november 2014 beklagen de verzoekende partijen zich bij de verwerende partij over het feit dat bij het beoordelingsproces van de ingediende BAFO's de geheimhoudingsplicht niet zou zijn gewaarborgd en verzoeken zij de verwerende partij derhalve dit proces te willen (laten) onderzoeken om vervolgens de nodige corrigerende maatregelen te nemen.

Bij brief van 3 december 2014 betwist de verwerende partij deze aanklacht en stelt vast dat zij op dat ogenblik over geen aanwijzingen, laat staan bewijzen beschikt dat de beoordeling en het beoordelingsproces van de BAFO's niet op een objectieve en minutieuze wijze zou zijn gevoerd of dat het proces het voorwerp zou hebben uitgemaakt van beïnvloeding door derden.

Bij brief van 12 januari 2015 vraagt de raadsman van de verzoekende partijen het beoordelingsverslag op.

Bij brief van 14 januari 2015 weigert de verwerende partij dit omdat de beslissing tot het aanwijzen van een voorkeursbieder en het verslag waarop ze is gesteund slechts een louter voorbereidend karakter hebben en aldus die beslissing niet uitsluit dat onderhandelingen met de voorkeursbieder niet succesvol kunnen worden afgerond en dat de onderhandelingen met het consortium TRAM 1 alsnog worden heropend.

Op 13 februari 2015 versturen de verzoekende partijen een gelijkaardige brief met "ernstige vragen".

Op 24 februari 2015 weerlegt de verwerende partij het standpunt van de verzoekende partijen en vraagt zij om het vertrouwelijk stuk 8 bij het annulatieberoep (G/A 214.889/XII-7818) ter beschikking te stellen.

Bij brief van 9 maart 2015 lichten de verzoekende partijen de verwerende partij in over het feit "dat ons geruchten toekwamen als zouden er documenten uit het administratief dossier verwijderd zijn".

Bij brief van 16 maart 2015 antwoordt de verwerende partij het volgende:

> "Het betreft weerom een brief, verstuurd net voor de bijeenkomst van de Raad van bestuur van De Lijn, waarin u zonder enig zelfs maar begin van bewijs bepaalde (ernstige) beschuldigingen, minstens verdachtmakingen uit.
> Onze herhaalde vraag om voor wat u schrijft bewijs aan te brengen bleef bovendien onbeantwoord.
> Wij nodigen u dan ook uit en manen u zonodig aan om deze laakbare en overigens schadelijke handelswijze te stoppen".

3.23. Vanaf 11 december 2014 tot 6 februari 2015 voeren de verwerende partij en de overige contractuele opdrachtgevers finale besprekingen met de THV Tramstad.

3.24. Op 5 januari 2015 adviseert het INR, ondanks reductie van de aandelenparticipatie van Lijninvest tot 19%, negatief.

3.25. Op 9 februari 2015 dient de THV Tramstad haar finale offerte in.

Het gunningsverslag van 10 maart 2015 vat de aanpassingen aan de contractuele documenten samen als volgt:

> "Als gevolg van nadere aftoetsing van het Bestek met het Vlaamse Kenniscentrum PPS en het Instituut voor de Nationale Rekeningen, inzonderheid in het licht van de recentelijk verstrengde houding van Eurostat ten opzichte van participatieve PPS-projecten, was de Aanbestedende Overheid genoodzaakt om de Projectovereenkomsten en de Aandeelhoudersovereenkomst bij te sturen om de ESR-neutraliteit van het Project niet in het gedrang te brengen.
>
> Zo werden in de Projectovereenkomsten volgende aanpassingen doorgevoerd:
>
> ◦ schrappen van de verwijzingen naar bijzondere premiestijgingen of –dalingen met betrekking tot de contractueel opgelegde verzekeringspolissen;
> ◦ schrappen van het Risico Opdrachtgever met betrekking tot Bijzondere Verstoring van de Financiële Markten;
> ◦ schrappen van het Risico Opdrachtgever met betrekking tot Gevallen van Vandalisme;
> ◦ bepalingen omtrent Noodherstel en Incident Management werden verder genuanceerd en er werd gepreciseerd dat de kosten die met dit Noodherstel en/of Incident Management gepaard zouden gaan worden doorgefactureerd aan de Opdrachtnemer.
>
> In de aandeelhoudersovereenkomst werden volgende aanpassingen doorgevoerd:
>
> ◦ de participatie van Lijninvest in het eigen vermogen werd gereduceerd tot 19%;
> ◦ het aantal bestuurders te benoemen op voordracht van Lijninvest werd beperkt tot één;
> ◦ de sleutelbeslissingen/vetorechten ten gunste van Lijninvest werden integraal geschrapt;
> ◦ de toepassingsgevallen voor de Koopoptie werden verder beperkt.
>
> Deze (door het INR opgelegde) aanpassingen hadden evenwel geen enkele impact op de NCW (ook geen prijsstijgende), waardoor er geen sprake is van 'wezenlijke' wijzigingen die de overheidsopdrachtenreglementering, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel, zouden kunnen schenden.
>
> Met het oog op de hierna besproken financiële optimalisering met betrekking tot de dBF-Overeenkomst werden preciseringen aangebracht

teneinde de reeds in de Biedingsleidraad toegelaten overdracht van schuldvordering met betrekking tot de Periodieke Vergoedingen onder de dBF-overeenkomst daadwerkelijk te kunnen realiseren. Zo werd uitdrukkelijk voorzien in de mogelijke betaling van de Periodieke Vergoedingen rechtstreeks aan de Investeerder (KBC) en werd de betaling van die Periodieke Vergoedingen verder geabstraheerd ten aanzien van de Investeerder (zonder evenwel afbreuk te doen aan de opdracht en de aansprakelijkheden van de Opdrachtnemer onder die dBF-overeenkomst).

Voor het overige werden tijdens de finale besprekingen, op verzoek van de voorkeursbieder en haar financiers, nog een aantal beperkte verduidelijkingen in de Contractuele Documenten opgenomen, onder meer:

- De Opdrachtnemer werd de mogelijkheid gegeven om elk van de respectieve Projectovereenkomsten met onmiddellijke ingang te ontbinden (i.p.v. de gerechtelijke ontbinding te moeten vorderen) in geval van een beëindiging als gevolg van een Tekortkoming Opdrachtgever;
- De gemeenrechtelijke waarschuwingsplicht van de Opdrachtnemer ten aanzien van gebeurlijke gebreken in het opgelegde ontwerpgedeelte werd nader omschreven;
- Er werd bevestigd dat de Beschikbaarheidsvergoedingen door toepassing van Prestatiekortingen en/of Beschikbaarheidskortingen weliswaar op nul kunnen worden gebracht, doch nooit negatief kunnen worden.

7.3. Optimalisaties

De combinatie Tramstad heeft in haar Finale Offerte een aantal bijkomende technische en financiële optimalisaties aangeboden die de rangschikking van de BAFO's van de Inschrijvers zoals opgemaakt en goedgekeurd op 3 december 2014 […], verder bevestigen.

7.3.1. Technische optimalisaties

Tijdens de finale besprekingen met de combinatie Tramstad heeft de Aanbestedende Overheid verdere verduidelijkingen ontvangen die de beoordeling van de BAFO bevestigen.

Op het vlak van het criterium Bouwkunde heeft de combinatie Tramstad in haar Finale Offerte daarenboven volgende optimalisaties aangeboden:

- Het personeel van De Lijn dat momenteel is gehuisvest in burelen in het premetrostation Opera, zal tijdens de duur van de hinderlijke werken in het premetrostation, extern worden gehuisvest. Tramstad voorziet de plaatsing en de huur van tijdelijke kantoren die ter beschikking worden gesteld van De Lijn voor de huisvesting van haar EMU-team Opera, dit zijn circa 15 medewerkers.

- De combinatie Tramstad zal, om ervoor te zorgen dat de bouw van de tunnels ter hoogte van de Kipdorpsite en de bastionmuur met het nodige respect voor de archeologische context gebeurt, samenwerken met het bureau Origin. Origin is een architecten- en ingenieursbureau vertrouwd met renovatie en restauratie van archeologisch en historisch erfgoed. De combinatie Tramstad voorziet tijdens de werken ter hoogte van deze archeologische site ruime afstemming met de betrokken diensten archeologie en projectarcheologen van de stad Antwerpen. In dat kader wordt tevens gerefereerd naar de globale bouwplanning van Tramstad waarin, per werkzone, de opgelegde termijnen inzake archeologisch onderzoek zijn opgenomen.

7.3.2. Financiële optimalisaties

Tijdens de finale besprekingen met de combinatie Tramstad werden volgende twee financiële optimalisaties bekomen:

- De marge voor de financiering van de werken Niet-Tramgedeelte Stad Antwerpen werd van 130 bps naar 100 bps teruggebracht ter compensatie van een verdere abstrahering (ten aanzien van de Investeerder) van de Periodieke Vergoedingen onder de dBF-Overeenkomst;
- Het wegvallen van het indekkingsinstrument a rato van 8 bps voor negatieve basisrente op de Forfaiting Bridge Facility.

De combinatie Tramstad verbindt zich in zijn Finale Offerte tot volgende geoptimaliseerde NCW:

- EUR 236.021.984 (ten opzichte van EUR 237.017.545 in de initiële BAFO).”

3.26. De gezamenlijke beoordelingscommissie stelt vast, daarin gevolgd door de Stuurgroep Brabo 2, dat de rangschikking, zoals goedgekeurd door de aanbestedende overheid op 3 december 2014, verder wordt bevestigd door de finale offerte.

Tevens wordt met de voorkeursbieder finale overeenstemming bekomen omtrent de contractuele documenten.

3.27. Op 10 maart 2015 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij om:

> "1. zich, onder de opschortende voorwaarde van een (navolgende) goedkeuring van het Gunningsverslag door de Stad Antwerpen, GAPA én de Vlaamse Regering (AWV), de motieven, opgenomen in het Gunningsverslag van de gezamenlijke beoordelingswerkgroep (en, zij het onder voorbehoud van technisch-juridisch nazicht, opgenomen als bijlage bij deze beslissing) eigen te maken;
>
> 2. dienvolgens, middels een 'Formele Gunningsbeslissing', zoals vermeld in artikel 2.6 van de Biedingsleidraad (TWB), de opdracht voor het project 'Brabo 2', zoals gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 juni 2012 en in het Europees Publicatieblad van 9 juni 2012, en zoals gewijzigd door het TWB van 14 mei 2014, te gunnen aan de combinatie Tramstad, op grond van de materiële en formele motieven en finale rangschikking zoals uitgebreid toegelicht door de gezamenlijke beoordelingswerkgroep en vervolgens weergegeven in het Gunningsverslag (motieven en rangschikking die de raad van bestuur zich integraal eigen maakt), met dien verstande dat de gunning wordt gedaan onder de opschortende voorwaarde van een (navolgende) goedkeuring van het Gunningsverslag en de inhoud van onderhavige gunningsbeslissing door de Stad Antwerpen, GAPA én de Vlaamse Regering (AWV);
>
> 3. om volgende ontwerpdocumenten met het oog op Contractsluiting en Financial Close van het project 'Brabo 2' goed te keuren zoals thans voorgelegd aan de raad van bestuur (onder voorbehoud van juridisch-technisch nazicht en onder het strikte voorbehoud van de wettelijke termijn van standstill):
>
> a. ontwerp van de DBFM-Overeenkomst Tramgedeelte;
> b. ontwerp van de Directe Overeenkomst
>
> 4. om in haar hoedanigheid van Aanbestedende Overheid volgende in het TWB opgenomen opties, aan de prijs zoals opgenomen in de BAFO van de combinatie Tramstad, te lichten
>
> a. de uitbreidings- en verplaatsingswerken van nutsleidingen
> b. het Infopaviljoen Rooseveltplaats.
> […]"

Dit is de eerste bestreden beslissing. De impliciete weigeringsbeslissing om de opdracht te gunnen aan de verzoekende partijen maakt mede voorwerp uit van de vordering.

3.28. De stad Antwerpen en GAPA stemmen in met de gunningsbeslissing op 13 maart 2015. De Vlaamse regering doet hetzelfde op 3 april 2015.

3.29. Bij aangetekende brief en e-mail van 7 april 2015 worden de verzoekende partijen in kennis gesteld van de gunningsbeslissing en het gunningsverslag.

Bij brief van 17 april 2015 vragen de verzoekende partijen via hun raadsman nogmaals om de mededeling van het rangschikkingsverslag en de beslissing tot aanwijzing van de voorkeursbieder van 3 december 2014.

Bij brief van 20 april 2015 stelt de projectcoördinator dat de inhoud van de beslissing van 3 december 2014 reeds werd meegedeeld en dat de motieven van die beslissing zijn weergegeven in de hoofdstukken 3, 4 en 5 van het gunningsverslag. De vraag tot overmaking van het beoordelingsverslag en de beslissing van 3 december 2014 zouden dan ook zonder voorwerp zijn.

IV. Tussenkomst

4. De BAM PPP PGGM Infrastructure Cooperatie UA en de NV Cofely Fabricom, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Tramstad blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexceptie ten aanzien van de tweede bestreden beslissing uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die exceptie zou alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6.1. 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.

6.2. 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.

Luidens het door voornoemde wet van 23 december 2009 in de wet van 24 december 1993 ingevoegde artikel 65/15, tweede lid, wordt verzoekende partij verplicht 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, dan wel een klaarblijkelijke onwettigheid aanwezig is, die de nietigverklaring van de bestreden beslissingen kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

7. 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 partijen te dezen drie middelen opwerpen waarbij telkens 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 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 bijna 30 bladzijden toegelicht en worden in die toelichting tal van grieven ontwikkeld.

Dergelijke werkwijze 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.

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 1, § 1, en artikel 65/10, § 2, van de wet van 24 december 1993, artikel 123 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel, doordat de verwerende partij de geheimhoudingsplicht heeft geschonden door, voordat een beslissing werd genomen over de gunning van de opdracht, toegang te verlenen tot de documenten betreffende de procedure, namelijk de interne documenten van de aanbestedende instantie, zodat een onpartijdige en objectieve beoordeling van de offertes bij de aanduiding van de voorkeursbieder, en bijgevolg

ook bij de beslissing tot toewijzing van de opdracht, niet langer is gewaarborgd en tevens de vrije en eerlijke mededinging werd verhinderd.

De verzoekende partijen verwijzen hiervoor naar een proces-verbaal van vaststelling van een gerechtsdeurwaarder van 28 november 2014, dat zij bijbrengen als niet-vertrouwelijk stuk 9 en dat dateert van vóór de tweede bestreden beslissing van 3 december 2014. Dit document toont volgens hen onmiskenbaar aan dat de beoordeling door de beoordelingswerkgroep werd afgerond op 23 oktober 2014 en dat op dat ogenblik de BAFO van de verzoekende partijen de beste score behaalde, terwijl de THV Tramstad slechts als derde werd gerangschikt. Na deze beoordeling werden gerichte wijzigingen aan de puntentoekenning doorgevoerd met een invloed op de rangschikking, uitsluitend in het voordeel van de THV Tramstad. Het finale gunningsverslag gevoegd bij de bestreden gunningsbeslissing bevestigt deze aanpassingen.

De publieke bekendmaking voorafgaand aan de beslissing van 3 december 2014 heeft tot gevolg dat de gelijke toegang tot de opdracht niet kon worden gehandhaafd. Het louter verspreiden van de informatie is voldoende om de schending van de aangehaalde rechtsnormen aan te tonen. Te dezen heeft de verwerende partij op actieve en onwettige wijze haar geheimhoudingsplicht geschonden en de vertrouwelijkheid van de informatie opgeheven. Er kan niet langer met zekerheid worden gesteld dat er geen beïnvloeding is geweest.

De vaststelling dat de verwerende partij blijft weigeren om de rangschikkingsbeslissing en het rangschikkingsverslag te bezorgen ondersteunt dit standpunt. De verwerende partij heeft aldus mogelijk aan één welbepaalde inschrijver de kans gegeven om de beoordeling en de puntentoekenning gevolgd door de rangschikking, te beïnvloeden. Dergelijke werkwijze schendt niet alleen de wettelijk gewaarborgde geheimhoudingsplicht maar ook het grondwettelijk verankerd gelijkheidsbeginsel. De schending van de geheimhoudingsplicht leidt tevens tot een manipulatie van de mededinging of verhindering van de vrije en eerlijke mededinging. De wetgeving overheidsopdrachten wordt geacht van openbare orde te zijn wanneer de gelijke toegang wordt geschonden.

De verzoekende partijen hebben de verwerende partij proactief geïnformeerd over de schending van de geheimhoudingsplicht. De verwerende partij heeft deze informatie niet onderzocht, noch passende maatregelen genomen. Een en ander wordt volgens de verzoekende partijen gesanctioneerd door het Hof van Justitie in zijn arrest C-538/13 van 12 maart 2015.

De verzoekende partijen betogen ten slotte nog dat zij de informatie waarover zij beschikten niet konden bezorgen aan de aanbestedende overheid, gelet op het risico voor manipulatie.

Beoordeling

9. Het eerste middel lijkt zich zowel te richten tegen de gunningsbeslissing als tegen de daaraan voorafgaande beslissing om de THV Tramstad als voorkeurbieder te kiezen.

10. De tegenpartijen werpen de onontvankelijkheid bij gebrek aan het vereiste belang bij het middel op.

Nu hierna zal blijken dat het middel niet ernstig is, behoeft de exceptie geen nader onderzoek.

11. Artikel 123 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 is opgeheven bij koninklijk besluit van 10 februari 2010, met inwerkingtreding op 25 februari 2010, aldus vóór de aankondiging van de in geding zijnde opdracht in het Bulletin der Aanbestedingen.

In zoverre de schending van deze bepaling wordt aangevoerd mist het middel juridische grondslag.

12. Artikel 65/10, § 2 van de wet van 24 december 1993 bepaalt:

> "De aanbestedende instantie en elke persoon die, in het kader van zijn functie of van de hem toevertrouwde opdrachten, kennis heeft van vertrouwelijke informatie over een opdracht of die hem, in het kader van

het plaatsen en de uitvoering van de opdracht, door de kandidaten, inschrijvers, aannemers, leveranciers of dienstverleners werd verstrekt, mogen die informatie niet bekendmaken. Deze informatie heeft meer bepaald betrekking op de technische of commerciële geheimen en op de vertrouwelijke aspecten van de offertes.
Zolang de aanbestedende instantie geen beslissing heeft genomen over, naargelang het geval, de selectie of kwalificatie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de opdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de opdracht, hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen toegang tot de documenten betreffende de procedure, met name de aanvragen tot deelneming of kwalificatie, de offertes en de interne documenten van de aanbestedende instantie."

13. Te dezen ontwikkelen de verzoekende partijen in hun verzoekschrift een betoog dat als kern heeft dat de oorspronkelijke rangschikking der inschrijvers zou zijn gewijzigd, dat dit het gevolg is van een miskenning door de verwerende partij van de discretieplicht en dat niet met zekerheid kan worden gesteld dat er geen beïnvloeding is geweest. Deze negatieve argumentatie zou volgens hen volstaan om te besluiten tot een schending van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel.

Stuk 9 gevoegd bij het inleidend verzoekschrift betreft een proces-verbaal van vaststelling van een gerechtsdeurwaarder dat op 28 november 2014 werd opgemaakt blijkbaar met het oogmerk "vaste datum (…) te geven aan informatie opgelijst in een document dat (hem) heden wordt overgemaakt per e-mail". Dit document betreft een "VERTROUWELIJKE NOTA BRABO 2 – verloop van de procedure". De auteur van deze "vertrouwelijke nota" wordt niet vermeld. Evenmin blijkt wanneer de informatie die in deze nota wordt aangegeven zou zijn verworven.

14. Zoals de Raad van State reeds eerder heeft geoordeeld in het arrest Antwerps Architecten Atelier nr. 217.840 van 9 februari 2012, lijkt voormeld artikel 65/10, § 2, ook te zijn opgesteld met een normdoel, namelijk dat toegang verlenen tot de inhoud van de offertes nadelig zou zijn voor het goede verloop van de procedure, hetgeen moet worden vermeden.

Aldus lijkt de aanname van de verzoekende partijen dat het louter verspreiden van informatie voldoende is om tot een schending van de aange-

haalde rechtsnormen te besluiten, niet meteen te kunnen worden bijgevallen. Het standpunt van de verzoekende partijen dat de discretieplicht de openbare orde zou aanbelangen, lijkt dan ook op het eerste gezicht niet te kunnen worden bijgevallen.

Het lijkt dan ook aan de verzoekende partijen toe te komen aannemelijk te maken, minstens een begin van bewijs te leveren, dat de gewijzigde rangschikking, zo al bewezen, mogelijks het gevolg is van beïnvloeding en aldus het goede verloop van de procedure heeft doorkruist.

Het proces-verbaal van vaststelling van de gerechtsdeurwaarder waarnaar de verzoekende partijen verwijzen, overtuigt dienaangaande op het eerste gezicht niet.

Zoals gezegd blijft onbekend wie de auteur is van de "vertrouwelijke nota Brabo 2" waaraan het proces-verbaal van vaststelling slechts vaste datum verleent. Voorts blijkt dit proces-verbaal de datum van 28 november 2014 te dragen, dit is nadat op 13 november 2014 tot de rangschikking werd overgegaan. De geacteerde tekst zelf bevat geen indicatie dat de erin vervatte informatie op een eerdere datum zou zijn bekend gemaakt. Het stuk laat niet met zekerheid toe aan te nemen dat de erin vervatte informatie ook andere inschrijvers dan de verzoekende partijen, heeft bereikt. Uit het dossier blijkt ook niet dat de verzoekende partijen hun argumentatie ondersteunen met een gerechtelijke klacht.

Daarenboven dient te worden vastgesteld dat herhaalde vraag van de verwerende partij aan de verzoekende partijen om bewijzen bij te brengen van de beweerde indiscreties eveneens onbeantwoord bleef.

Ter terechtzitting ontwikkelen de verzoekende partijen een uitgebreid feitelijk betoog waarbij zij het verloop van de procedure tussen 23 oktober 2014 en 13 november 2014 trachten te reconstrueren. Zij dringen daarbij aan op het neerleggen door de verwerende partij van stukken die transparantie kunnen bieden omtrent dit verloop en verwijten de verwerende partij het achterhouden van cruciale informatie dienaangaande.

Vraag is evenwel of dit betoog inpasbaar is in het middel. Ter terechtzitting verklaren de verzoekende partijen dienaangaande dat hiermee weliswaar een nieuwe wending wordt gegeven aan het middel, maar dat dit aanvaardbaar is om reden dat hun betoog is gesteund op nieuwe feiten zoals die zijn gebleken na consultatie van het administratief dossier.

Zelfs aangenomen dat de nieuwe argumentatie om de genoemde reden mag worden toegelaten, blijft de vraag of de verzoekende partijen hierdoor voldoende duidelijk aantonen dat in de loop van de beoordelingsfase de rangschikking der inschrijvers zou zijn gewijzigd ingevolge een beweerde miskenning van de discretieplicht met alle onzekerheden tot gevolg omtrent mogelijke beïnvloeding en het in het gedrang komen van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel.

In de huidige stand van het geding lijken de door de verzoekende partijen bijgebrachte gegevens een dergelijke conclusie niet afdoende aan te tonen.

15. De verwijzing door de verzoekende partijen naar het arrest eVigilo C-538/13 van 12 maart 2015 van het Europees Hof van Justitie, lijkt niet tot een ander standpunt te moeten leiden.

Uit dat arrest lijkt enkel te moeten worden afgeleid dat het aan de aanbestedende dienst is om alle relevante omstandigheden te onderzoeken en de gepaste maatregelen te nemen, indien de benadeelde inschrijver objectieve gegevens verstrekt op grond waarvan de onpartijdigheid van een deskundige van de aanbestedende dienst kan worden bewijfeld.

Zoals reeds opgemerkt lijkt te dezen te moeten worden vastgesteld dat de verzoekende partijen er zich in hun initieel schrijven van 28 november 2014 en de daarop volgende briefwisseling toe beperkt hebben de beweerd gewijzigde beoordelingen van de BAFO's te plaatsen binnen een miskenning van de discretieplicht waaruit zij het niet langer gewaarborgd zijn van de objectiviteit van het procedureverloop afleiden. Het blijkt niet dat de verzoekende partijen objectieve gegevens zouden hebben verstrekt, ook niet die gegevens die zij ter terechtzitting verklaren toen al te kennen en na consultatie van het administratief

dossier enkel bevestigd te hebben gezien. Er lijkt op het eerste gezicht dan ook geen aanleiding te zijn voor de aanbestedende overheid om haar een andere of verdergaande onderzoeksplicht op te leggen, dan degene waarvan de resultaten zijn veruitwendigd in de door de verwerende partij aangewezen stukken 23, 26 en 35 van het administratief dossier. Het beweerde risico voor manipulatie lijkt daaraan geen afbreuk te doen.

16. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

17. In een tweede middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 65/4, 5°, van de wet van 24 december 1993, het materiëlemotiveringsbeginsel, het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het ontbreken van de vereiste feitelijke grondslag, doordat het gunningsverslag behept is met fouten en gebreken, inzonderheid doordat op de volgende punten een manifest foutieve motivering is opgenomen hetgeen een foutieve puntentoekenning tot gevolg heeft:

- met betrekking tot het sub-subgunningscriterium "Projectbeheersing tijdens de Bouwfase" verkrijgt de offerte van de THV Tramstad de beoordeling "uitzonderlijk goed" niettegenstaande de tekortkomingen die kunnen worden aangehaald ten aanzien van deze offerte (eerste onderdeel);
- met betrekking tot het sub-subgunningscriterium "Projectbeheersing tijdens de Gebruiksfase" krijgt de offerte van de verzoekende partijen onterecht slechts de beoordeling "goed", terwijl de vermeende tekortkomingen in de offerte van verzoekende partijen die worden aangehaald in het gunningsverslag geen stand kunnen houden (tweede onderdeel);
- met betrekking tot het sub-subgunningscriterium "Elektromechanica" wordt aan de beide offertes dezelfde beoordeling "meer dan voldoende" toegekend terwijl, enerzijds, manifeste tekortkomingen in de offerte van de THV Tramstad niet worden meegenomen in de beoordeling, en, anderzijds,

de offerte van verzoekende partijen merkelijk beter scoort op een aantal onderdelen die worden beoordeeld in dit sub-subgunningscriterium (derde onderdeel);

- met betrekking tot het sub-subgunningscriterium “Bouwkunde” wordt aan de beide offertes dezelfde beoordeling “meer dan voldoende” toegekend terwijl de offerte van verzoekende partijen merkelijk beter wordt beoordeeld op het onderdeel “archeologische site Kipdorpbrug” en de offerte van THV Tramstad op dit punt “enkele risico’s inhoudt” en een “negatieve” beoordeling verkrijgt van de archeologische dienst (vierde onderdeel).

Beoordeling

Eerste onderdeel: het sub-subgunningscriterium “Project-beheersing tijdens de Bouwfase”

18. De verzoekende partijen lichten toe dat de globale beoordeling “uitzonderlijk goed” zich niet verdraagt met de beoordeling “zeer goed” van het onderdeel “minder hinderaanpak” van de THV Tramstad. De THV Tramstad had hoogstens de beoordeling zeer goed (8 punten) mogen krijgen. Dit heeft tot gevolg dat de gehele offerte van de THV Tramstad slechts 78,83 punten behaalt en de offerte van de verzoekende partijen de best gerangschikte wordt en de verzoekende partijen hadden moeten worden gekozen als voorkeursbieder.

De offerte van de THV Tramstad wijkt volgens de verzoekende partijen voorts af van dwingende eisen opgelegd in het bestek met betrekking tot het onderdeel “timing” van dit sub-subgunningscriterium, wat betreft het open houden van het metrostation “Opera” tijdens de werken, een vervroegde start van de werken op de Italiëlei, de bereikbaarheid van de werfzone voor het nieuwbouwziekenhuis van het ZNA en het aantal transporten werfvervoer per dag. Deze minpunten werden niet opgenomen in het gunningsverslag en verantwoorden een beoordeling “onvoldoende 0/10”.

19. Het sub-subgunningscriterium “Projectbeheersing tijdens de Bouwfase” (10 punten) en de beoordeling ervan worden als volgt omschreven in de Biedingsleidraad:

> “In het sub-subcriterium ‘Projectbeheersing gedurende Bouwfase’ peilt de Opdrachtgever naar de waarborgen die geboden worden voor het halen van de doelstellingen (naar timing en minder hinder) voor het bouwen van het Project Brabo 2 zoals opgenomen in het Bestek (inzonderheid in Annexen C.3.5, C.5, C.6 en het Referentieontwerp).
> Een Kandidaat scoort in de beoordeling van het sub-subcriterium ‘Projectbeheersing gedurende Bouwfase’ beter, wanneer de informatie die de Kandidaat aanbiedt meer op maat is van de Opdracht en meer waarborgen biedt inzake bovengenoemde aspecten.
> Het sub-subcriterium ‘Projectbeheersing gedurende Bouwfase’ wordt als volgt beoordeeld (welke score vervolgens wordt herleid naar een score op het respectievelijk aantal punten voor het sub-subcriterium):
> • uitzonderlijk goed = 10/10
> • zeer goed = 8/10
> • goed = 6/10
> • meer dan voldoende = 4/10
> • voldoende (voldoet aan de bestekseisen, doch zonder meer) = 2/10
> • onvoldoende (voldoet niet aan de bestekseisen, doch remedieerbaar) = 0/10”

Het gunningsverslag beoordeelt de offerte van de THV Tramstad op dit sub-subgunningscriterium als volgt:

> “Combinatie TRAMSTAD:
> TRAMSTAD stelt een planning voor waarin het geheel van werken uitgevoerd wordt binnen een termijn van 40 maanden. Op alle elementen uit de Biedingsleidraad wordt een duidelijk en uitgebreid antwoord geboden. Het bouwfaseplan is uitzonderlijk goed uitgewerkt op maat van het project en formuleert voor alle risico's duidelijke waarborgen voor het halen van de doelstellingen, incl. de toedeling van specifieke rollen en verantwoordelijkheden. Voor alle activiteiten worden buffers voorzien in de planning en nog extra buffers voor risicovolle activiteiten, hetgeen heel positief beoordeeld wordt.
>
> De fasering wordt eveneens in detail voor alle deelgebieden omschreven, voorzien van duidelijke figuren, faseplannen, dwarsdoorsnedes en deelplanningen. De minder hinderstrategie is goed verwerkt in de fasering en de optimalisaties.
>
> De minder hinderaanpak komt zeer goed tegemoet aan de eisen van het Bestek. TRAMSTAD levert een grondige en zeer gedetailleerde minder

> hinderstrategie af in haar BAFO, met aandacht voor alle modi, hulpdiensten en aangelanden, en dit voor alle deelgebieden. Naast verschillende optimalisaties worden ook diverse engagementen naar beperking van hinder toe aangegaan, zoals een concrete uitwerking van het parkeeraanbod tijdens de werken en van een tijdelijke voorziening voor fietsers en voetgangers ter hoogte van de Londenbrug. Bovendien komen alle relevante aspecten ruim aan bod en is de aanpak, verweven met een zeer goede communicatiestrategie, goed afgestemd op de stedelijke omgeving.
>
> De beoordelingswerkgroep concludeert dat TRAMSTAD door de volledigheid van haar BAFO een uitzonderlijk goed antwoord geeft op alle gevraagde aspecten, met de nodige engagementen en waarborgen. De zeer gedetailleerde minder hinderstrategie is opgemaakt op maat van het project en optimaal afgestemd op de fasering en de aangeboden optimalisaties."

20. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en zelf de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het rechtmatigheidstoezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

Uit het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* vloeit voorts voort dat de aanbestedende overheid bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van offertes gehouden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld: de inhoudelijke beoordeling van de offertes mag alleen gebeuren aan de hand van de gunningscriteria die in het bestek of de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen, zodat geen andere gunningscriteria bij de beoordeling mogen worden betrokken, en de offertes moeten worden beoordeeld op grond van al de in het bestek vermelde gunningscriteria, subcriteria inbegrepen.

21. Met de verwerende partij lijkt te mogen worden aangenomen dat de offerte van de THV Tramstad op dit sub-subgunningscriterium is beoordeeld als van "een zeer grote meerwaarde" om de hoger geciteerde redenen. De verzoekende partijen lijken dan ook niet te kunnen overtuigen in hun affirmatie dat de beoordeling "zeer goed" van het onderdeel "minder hinderaanpak" niet zou

kunnen sporen met de beoordeling “uitzonderlijk goed” van het globale sub-subgunningscriterium.

De concrete voorbeelden die de verzoekende partijen voorts aanhalen om de beweerde non-conformiteit met het bestek te ondersteunen, lijken op het eerste gezicht niet dienstig:

- wat betreft het openhouden van het metrostation “Opera” tijdens de werken bepaalt eis nr. 07139 inderdaad dat het metrostation “Opera” tijdens de werken aan de ondergrondse infrastructuur om veiligheidsredenen niet wordt bediend en dat deze periode zo kort mogelijk moet zijn en wordt bepaald in overleg met De Lijn. Het antwoord nr. 8221 van de verwerende partij tijdens de Q & A bevestigt deze eis.
  Uit het gunningsverslag blijkt evenwel dat het niet afsluiten voor de reizigers van het station gedurende de werken optioneel wordt voorgesteld. De verklaring van de verwerende partij in de nota dat het openhouden van het station derhalve niet noodzakelijk is opdat de THV Tramstad haar opdracht kan uitvoeren, lijkt plausibel. Een strijdigheid met het bestek lijkt op dit punt derhalve niet aangetoond.
- wat betreft de bewering dat de THV Tramstad in strijd met de besteksvereisten voorafgaand aan de “knip” werken op de Italiëlei zal uitvoeren, lijkt de “klaarblijkelijkheid” waarvan het verzoekschrift gewag maakt, niet meteen het andersluidende antwoord van de verwerende partij in de verweernota en ondersteund door concrete verwijzingen naar de referentiefasering in het bestek, afgezet tegen de eigen fasering van de THV Tramstad, met in het bijzonder de kaart van de fase D van de THV Tramstad, te ontkrachten.
- wat betreft de kwestie van de bereikbaarheid van de werfzone voor het nieuwbouwziekenhuis van het Ziekenhuisnetwerk Antwerpen en het aantal transporten van en naar de werf, blijven de verzoekende partijen vaag in het definiëren van de terzake geldende dwingende specifieke bestekseisen en de wijze waarop de BAFO van de THV Tramstad daarvan dan wel zou zijn afgeweken.
  De verklaringen van de verwerende partij in de nota dat de bouw van het nieuwbouwziekenhuis van ZNA een extern gegeven is dat tegelijk met de

werken in het kader van de opdracht zal plaatsvinden en dat de door de THV Tramstad voorgestelde oplossing gezien de beperkte alternatieven aanvaardbaar is, en dat over het aantal transporten van en naar de werf geen specifieke bestekseis werd geformuleerd, zodat geen sprake kan zijn van een overtreding van een dwingende bestekseis, zijn op het eerste gezicht dan ook niet onterecht.

Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel: het sub-subgunningscriterium "Project-beheersing tijdens de Gebruiksfase"

22. In een tweede onderdeel lichten de verzoekende partijen toe dat de zogenaamde minpunten die de verwerende partij vaststelt in hun offerte en die een hogere score voor het sub-subgunningscriterium "Projectbeheersing tijdens de Gebruiksfase" zouden verhinderen, minpunten betreffen die geen stand kunnen houden.

De verzoekende partijen voegen hieraan toe dat in de offerte van de THV Tramstad minpunten worden vastgesteld die tot gevolg hebben dat de beoordeling van de offerte van de THV Tramstad op dit sub-subgunningscriterium als "goed" geen stand kan houden. Het zou daarbij gaan om het preventief onderhoud aan de wisselsturing, het oplassen van bogen met straal > 50 m en het voorzien van vervangingsinvesteringen voor spoorbochten, minpunten die volgens de verzoekende partijen allicht bewust niet zijn opgenomen door de verwerende partij in het gunningsverslag.

De verzoekende partijen besluiten dat zij voor dit sub-subgunningscriterium de beoordeling "zeer goed" hadden moeten krijgen en de vastgestelde minpunten de beoordeling van de offerte van de THV Tramstad als "goed" verhinderen, waardoor zij beter zouden gerangschikt zijn dan de THV Tramstad.

23. Het sub-subgunningscriterium “Projectbeheersing tijdens de Gebruiksfase” (5 punten) en de beoordeling ervan worden als volgt omschreven in het BAFO-bestek:

> “De Kandidaat stelt het Managementplan Instandhouding (MPI) op (dit is het faseplan voor de Gebruiksfase). De kandidaat zal beschrijven hoe hij de beschikbaarheid tijdens de gebruiksfase garandeert en hoe de onderhoudstaken zullen aangepakt worden.
>
> Een Kandidaat scoort in de beoordeling van het sub-subcriterium ‘Projectbeheersing gedurende Gebruiksfase’ beter, wanneer de informatie die de Kandidaat aanbiedt meer op maat is van de Opdracht, en naar mate deze informatie op een heldere, logische en betrouwbare wijze:
>
> • garanties biedt dat de Prestatie-eisen gerespecteerd zullen worden;
> • waarborgt dat de Beschikbaarheid van het Project gegarandeerd wordt;
> • volledig, duidelijk en werkelijk een nauwkeurige weergave is van de gevraagde informatie (zie hierna);
> • concreet is uitgewerkt en praktisch van toepassing is;
> • aan de hand van concrete voorbeelden en/of referenties wordt toegelicht;
> • onderbouwt dat de Kandidaat het onderhoud op een duurzame manier zal uitvoeren;
> • waarborgt dat de Configuratie adequaat wordt gemonitord;
> • waarborgt dat de hinder voor exploitatie en gebruikers tot een strikt minimum beperkt blijft;
> • staaft dat de aanpak van de Kandidaat – bovenop de naleving van de opgelegde bestekseisen – een meerwaarde biedt op het gebied van het organiseren en het uitvoeren van het onderhoud.
>
> Het sub-subcriterium ‘Projectbeheersing gedurende Gebruiksfase’ wordt als volgt beoordeeld (welke score vervolgens wordt herleid naar een score op het respectievelijk aantal punten voor het sub-subcriterium):
> • uitzonderlijk goed = 10/10
> • zeer goed = 8/10
> • goed = 6/10
> • meer dan voldoende = 4/10
> • voldoende (voldoet aan de bestekseisen, doch zonder meer) = 2/10
> • onvoldoende (voldoet niet aan de bestekseisen, doch remedieerbaar) = 0/10”.

De BAFO van de verzoekende partijen wordt in het gunningsverslag als volgt beoordeeld op dit sub-subgunningscriterium:

> “Combinatie TRAM 1

> Het aangeleverde Managementplan Instandhouding (MPI) geeft een goede invulling aan de in het Bestek gevraagde waarborgen dat de prestatie-eisen gerespecteerd zullen worden en dat de beschikbaarheid gegarandeerd wordt.
> Alle vereiste elementen komen in het MPI uitgebreid aan bod met enkele meerwaarden: het onderhoudsteam wordt intensief betrokken in de bouwfase; de monitoring van wissels is goed uitgewerkt; de flexibiliteit van het onderhoudsprogramma (dat indien nodig bijgesteld wordt tijdens de gebruiksfase). Enkele minpunten in de beoordeling van het MPI zijn: in het onderhoudsprogramma (tabellen) is geen opdeling gemaakt per discipline; ook de schoonmaakactiviteiten en het preventief onderhoud zijn er moeilijk uit af te leiden.
>
> Het onderhoudsprogramma voor de Noorderlaan is gedetailleerd in tabelvorm uitgewerkt, met extra aandacht voor het clusteren van onderhoudstaken. Evenwel is er in de nota geen bijkomende vermelding (ten opzichte van het algemeen MPI) omtrent de organisatie van de periodieke evaluatie van de infrastructuur, noch omtrent de afhandeling en registratie van oproepen in verband met onderhoud, noch omtrent de verwerking van de oproepen van de opdrachtgever. Voor deze aspecten wordt louter verwezen naar het MPI, dit onderdeel leidt hierdoor niet tot een betere algemene score.
>
> Op basis van de evaluatie van voornoemde aspecten en de hierin besproken meerwaarden concludeert de beoordelingswerkgroep dat TRAM 1 het aspect Projectbeheersing Gebruik goed heeft uitgewerkt. De vastgestelde minpunten verhinderen een nog hogere score."

24. Aan de offerte van de verzoekende partijen is voor dit sub-subgunningscriterium 6 op 10 punten toegekend.

Het eerste minpunt volgens het gunningsverslag als zou het onderhoudsprogramma van het MPI geen opdeling bevatten "per discipline", noemen de verzoekende partijen "irrelevant". Noch in de initiële Biedingsleidraad, noch in het BAFO-bestek zou dergelijke opdeling "per discipline" zijn gevraagd. Bovendien zou hun onderhoudsprogramma wel degelijk alle vereiste onderdelen bevatten.

Het tweede minpunt dat de schoonmaakactiviteiten en het preventief onderhoud moeilijk af te leiden zijn uit het MPI kan volgens de verzoekende partijen al evenmin stand houden nu zou blijken dat zij daartoe de

codes hanteren die de aanbestedende overheid zelf heeft opgenomen in het door haar opgestelde technisch bestek.

Deze twee elementen worden samen besproken.

De stelling dat het onderhoudsprogramma van de verzoekende partijen de vereiste onderdelen niet zou bevatten, lijkt niet het voorwerp van het bezwaar van de aanbestedende overheid. Wel lijkt zij bezwaar aan te tekenen tegen de structuur – of beter: het tekort aan structuur – van de tabellen waaruit het onderhoudsprogramma bestaat. Het valt te begrijpen dat een evaluatie van het voorgestelde pakket aan maatregelen en ingrepen wordt bemoeilijkt indien de nodige informatie niet meteen op een conform het BAFO-bestek "heldere" en "logische" wijze naar voren wordt gebracht. De beweerde "irrelevantie" van het eerste minpunt lijkt derhalve niet aannemelijk.

Eenzelfde – en derhalve aanvaardbaar – bezwaar lijkt ten grondslag te hebben gelegen van het tweede minpunt dat de schoonmaak-activiteiten en het preventief onderhoud moeilijk af te leiden zijn uit het MPI. De kwestie lijkt opnieuw niet zozeer te zijn dat het onderhoudsprogramma de informatie dienaangaande niet zou bevatten of dat een andere codering is gehanteerd, dan wel dat de informatie op een minder toegankelijke en bovendien summiere wijze is gepresenteerd hetgeen de evaluatie opnieuw heeft bemoeilijkt.

De tweede reeks minpunten waarover de verzoekende partijen zich beklagen betreft het feit dat in het onderhoudsprogramma voor de Noorderlaan voor de organisatie van de periodieke evaluatie van de infrastructuur, voor de afhandeling en registratie van oproepen in verband met onderhoud en de verwerking van oproepen van de opdrachtgever louter zou worden verwezen naar het algemeen deel van het MPI.

Zulks lijkt volgens de verzoekende partijen uitdrukkelijk te worden toegestaan door het BAFO-bestek. Het gevraagde kan volgens hen overigens niet worden vervat in een lijst. Bovendien zijn zij van mening dat een verwijzing naar het algemeen deel van het MPI precies heel logisch is. Het kan toch immers niet de bedoeling zijn om enkel voor het project Noorderlaan

afzonderlijke of bijzondere evaluaties te doen of een aparte registratie van oproepen van de opdrachtgever te hanteren.

In het BAFO-bestek valt op bladzijde 47 daarover het volgende te lezen:

> "De Kandidaat moet voor de duidelijkheid in zijn BAFO bij het aanleveren van de gevraagde inlichtingen de opgegeven onderstaande volgorde en nummering volledig overnemen en de informatie punt per punt opgeven. De informatie dient op een zodanige manier opgesteld te worden dat ze de Aanbestedende Overheid een duidelijk inzicht geeft hoe het onderhoud in de praktijk zal verlopen. Indien er in een bepaalde situatie aannames zouden moeten gebeuren of uit schema's, procedures of figuren conclusies dienen getrokken te worden, dan dienen deze uitdrukkelijk vermeld, uitgelegd en bewezen te worden, ook al werd dit reeds in een ander deel van de BAFO gedaan (er mag wel naar gerefereerd worden, door middel van een duidelijke verwijzing).
>
> Gevraagde inlichtingen:
>
> 1. Maak voor onderstaande aspecten een gedetailleerd Mangementplan Instandhouding (MPI) qua uitwerking analoog aan het dossier dat u voor start Gebruiksfase ter acceptatie zal voorleggen […]
> 2. Geef een afzonderlijk Onderhoudsprogramma voor Object Noorderlaan […]. Hou hierbij rekening met volgende deelaspecten.
> a. De Kandidaat dient uit te leggen hoe en met welke frequentie hij de regelmatige evaluatie van de toestand van de infrastructuur in praktijk zal organiseren en uitvoeren.
> b. De Kandidaat moet uiteenzetten hoe preventieve onderhoudswerkzaamheden, op welke manier en hoe lang op voorhand de Aanbestedende Overheid zal verwittigd worden. […]
> c. Op welke wijze organiseert de Kandidaat de oproepen van de Aanbestedende Overheid in verband met onderhoud? […]
> d. Hoe zal de Kandidaat de oproepen van de Aanbestedende Overheid verwerken?"

Uit dit citaat lijkt te kunnen worden afgeleid dat de aanbestedende overheid het Onderhoudsprogramma voor de Noorderlaan bij voorkeur afzonderlijk uitgewerkt heeft willen zien. Een referentie naar het algemeen deel van het MPI moge dan al uitdrukkelijk niet zijn uitgesloten door het bestek, in het licht van het geciteerde, laat het zich begrijpen dat een verwijzing zonder meer voor de verwerende partij geen aanleiding heeft gegeven tot de toekenning van een hogere score.

25. De verzoekende partijen beweren voorts dat de BAFO van de THV Tramstad verschillende minpunten bevat die de instandhouding van de beoordeling “goed” zouden verhinderen.

Gestaafd met de nodige verwijzingen naar de relevante passages uit de offerte van de THV Tramstad spreekt de verwerende partij, wat betreft de kwestie van het preventief onderhoud aan de wisselsturing, de feitelijke juistheid van de beweringen van de verzoekende partijen tegen. In deze stand van het geding lijken de feitelijke uitgangspunten van de verzoekende partijen dan ook onvoldoende aangetoond om de ernst van de daarop betrokken argumentatie te kunnen beoordelen.

Met verwijzing naar de betrokken bepalingen van het technisch bestek, maakt de verwerende partij op het eerste gezicht voorts aannemelijk dat de discussie inzake de frequentie van het oplassen van de bogen met een straal > 50m irrelevant is want niet van toepassing gelet op de voorgeschreven materialen.

Tot slot lijkt met de verwerende partij te moeten worden vastgesteld dat het gunningsverslag al rekening heeft gehouden met het door de THV Tramstad voorgestelde ritme van de vervangingsinvesteringen:

> “Hogere vervangingsinvesteringen zouden echter nog meer waarborg kunnen bieden m.b.t. de garantie van beschikbaarheid.[…] Voormelde overwegingen verhinderen een nog hogere score”.

De verzoekende partijen kunnen derhalve niet meteen worden bijgevallen in hun stelling dat de beoordeling van de BAFO van de THV Tramstad als “goed” op dit sub-subgunningscriterium, geen stand kan houden.

26. Het tweede onderdeel is derhalve evenmin ernstig.

Derde onderdeel: het sub-subgunningscriterium "Elektromechanica"

27. In een derde onderdeel voeren de verzoekende partijen aan dat hun offerte voor het sub-subgunningscriterium "Elektromechanica" een merkelijk betere beoordeling krijgt dan de offerte van de THV Tramstad en dat de offerte van de THV Tramstad bovendien een foutieve technische oplossing voorstelt met betrekking tot de vermogens in de tractiestations. Niettemin verkrijgen de beide offertes dezelfde beoordeling "meer dan voldoende". Dit is volgens de verzoekende partijen niet alleen een schending van de motiveringsplicht, maar ook van het *patere legem*-beginsel.

Gelet op het voorgaande zou het volgens de verzoekende partijen passend zijn geweest aan de offerte van de THV Tramstad hoogstens de beoordeling "voldoende" te geven waardoor hun offerte de best gerangschikte zou worden.

"Ten overvloede" merken de verzoekende partijen op dat de beoordeling van het sub-subgunningscriterium "Sporenbouw" met eenzelfde euvel is behept. Niettegenstaande hun offerte ook voor dit sub-subgunningscriterium intrinsiek als beter wordt beoordeeld dan de offerte van de THV Tramstad, heeft dit niet geresulteerd in een hogere score.

28. Het sub-subgunningscriterium "Elektromechanica" (5 punten) maakt onderdeel uit van het subcriterium "Globaal ontwerp". De beoordeling ervan wordt als volgt omschreven in het BAFO-bestek:

> "Het subcriterium 'Globaal Ontwerp' zal per sub-subcriterium (zie hoger) worden beoordeeld (welke score vervolgens wordt herleid naar een score op het respectievelijk aantal punten per sub-subcriterium.)
>
> Het ontwerpdossier dient binnen de grenzen van het Bestek (inzonderheid Outputspecificaties) te zijn opgemaakt. Hierbij worden vooral de kwaliteit en de technische eigenschappen van het ontwerp op basis van de door de Kandidaat aangeleverde informatie beoordeeld. Hierbij zal in het bijzonder aandacht worden besteed aan de mate waarin de informatie logisch en transparant is opgebouwd en door de Aanbestedende Overheid als

betrouwbaar, verantwoord en concreet toepasbaar op de Opdracht kan worden beschouwd. Deze informatie is bindend en kan zonder toestemming van de Aanbestedende Overheid niet meer gewijzigd worden.

Voor de goede orde wordt gepreciseerd dat, vooraleer de BAFO in beoordeling kan worden genomen, de Aanbestedende overheid zal nagaan of onder meer volgende principes qua conformiteit werden nageleefd:

• bij de bepaling van de bouwkost (en NCW) dient de Kandidaat uit te gaan van de Outputspecificaties;
• de plannen van het referentieontwerp (zie deel B van het Bestek) zijn een vertaling van een ontwerpproces in samenwerking met VVM De Lijn en overige betrokken actoren. Deze plannen vormen de basis voor de Basisvergunningen die door de Opdrachtgever worden aangevraagd, voor zover van toepassing. Voor de ontwerpvrijheden wordt verwezen naar Annex C.4 (Ontwerp)

Het subcriterium "Globaal ontwerp" zal per sub-subcriterium (zie hoger) en als volgt worden beoordeeld (welke score vervolgens wordt herleid naar een score op het respectievelijk aantal punten per sub-subcriterium):

• uitzonderlijk goed = 10/10
• zeer goed = 8/10
▪ goed = 6/10
▪ meer dan voldoende = 4/10
▪ voldoende (voldoet aan de bestekseisen, doch zonder meer) = 2/10
▪ onvoldoende (voldoet niet aan de bestekseisen, doch remedieerbaar) = 0/10"

Op de bladzijden 50 en 51 van het BAFO-bestek wordt uiteengezet welke informatie de aanbestedende overheid verwacht te ontvangen in het kader van het sub-subgunningscriterium "Elektromechanica".

De offerte van de THV Tramstad wordt op dit sub-subgunningscriterium beoordeeld als volgt:

"Combinatie TRAMSTAD
- In globo kan men stellen dat de aangeboden materialen beantwoorden aan het programma van eisen en reeds in tractiestations van de Aanbestedende Overheid opgesteld zijn. De transformatoren zijn nu voorzien van een overschakeling in de toekomst van 600 V naar 750 V. Er is wel geen specifieke vermelding betreffende de maatregelen die men voorziet om aan de norm EN 50122 te voldoen. Dit aspect is niettemin meer dan voldoende uitgewerkt.

- Het plan van aanpak is gedetailleerd naar de verschillende disciplines (behalve de tractiestations) en voldoet. Er kan uit de documenten afgeleid worden dat de Inschrijver het project beheerst en onder controle zal houden. Uit het plan van aanpak blijkt ook dat er voldoende kennis is van het deel EM-uitrustingen van de brug. In het plan van aanpak wordt er weinig gezegd over de interne organisatie. Dit aspect is niettemin meer dan voldoende uitgewerkt.
- Het detail ontwerp van de tractiestations en onderstations omvat naast een algemene beschrijving ook nog een reeks foto's van voor de Aanbestedende Overheid uitgevoerde tractiestations. Dit aspect is voldoende uitgewerkt.
- De documenten betreffende het 'detailontwerp elektrische voorzieningen wegtunnels' zijn beknopt uitgewerkt maar bevatten de relevante informatie. De vermogensbalansen werden opgesteld voor normaal bedrijf respectievelijk brand. Er is een suggestie voor een concept met 2 hoogspanningstransformatoren gedimensioneerd op dagdagelijks verbruik. Uitgaande van een redundante uitvoering van de scheidingstransfo's is dit een valabel en energetisch gunstig alternatief. Dit aspect is meer dan voldoende uitgewerkt.
- Wat de bevestiging van de bovenleiding aan de Londenbrug betreft wordt de rijdraad op de brug zelf nagespannen. De naspanning gebeurt door een gemeenschappelijke veer voor de beide rijdraden. De basis architectuur wordt grotendeels behouden. Er worden een aantal kleinere bevestigingsstructuren toegevoegd voor de verankering van de naspanning. Om de beweging van de brug toe te laten wordt er gewerkt met scharnierende sectiescheiders waardoor er geen stroom vloeit door de scharnieren. Dit aspect is meer dan voldoende uitgewerkt.
- De uitwerking van de wisselsturing en bijhorende beveiliging is duidelijk en op maat gemaakt voor dit project. Het voorstel is compatibel met de uitrustingen op de tramvoertuigen. De problematiek van de volgvoertuigen moet tijdens de detailstudie nog verder uitgewerkt worden. Dit aspect is voldoende uitgewerkt.
- De Inschrijver heeft van elk tractiestation en van het onderstation een éénlijnschema en een inplantingsplan toegevoegd. In globo zijn de inplantingsplannen in orde. De schema's van de tractiestations zijn overal dezelfde behalve het aantal voorziene feeders.
- De dynamische simulaties zijn voor een deel van het traject gebeurd. Men heeft voortgaande op deze resultaten deducties gemaakt voor de niet gesimuleerde trajecten. Het is niet te achterhalen of dit al dan niet correct is gebeurd. Men heeft bij de simulaties ook rekening gehouden met het terug injecteren van energie van remmende voertuigen. Men heeft per richting rekening gehouden met een frequentie van 2 minuten wat dus overeenkomt met 30 trams per richting. Men heeft voor dezelfde trajecten ook berekeningen gemaakt voor 10 en 20 trams per richting.
- De opgestelde vermogens zijn in ieder tractiestation dezelfde. Het vermogen per transfo bedraagt 865 kVA.
- Een afzonderlijke nota met opgave van de aansluitingsvermogens is er niet echt. Er is wel een simulatieberekening toegevoegd waarin men

aantoont dat voor alle tractiestations een aansluitingsvermogen van 2500 kVA realistisch is. De Inschrijver steunt zich op vergelijkbare omstandigheden om de aansluitingskosten te bepalen en dit is hetzelfde bedrag voor ieder tractiestation. Er wordt ook uitvoerige informatie toegevoegd betreffende de opbouw van de prijs maar de kwantitatieve informatie die dit bedrag moet staven ontbreekt. De omvang van de werken van de netbeheerders werd in detail opgegeven inclusief de timing ervan. Het is wel niet duidelijk op welk document men zich hiervoor baseert. Dit aspect is globaal meer dan voldoende uitgewerkt.
Globaal wordt het dossier elektromechanica van TRAMSTAD als meer dan voldoende geëvalueerd door de beoordelingswerkgroep. Lichte meerwaarden situeren zich in de voorstellen van het energiezuinig ontwerp, in de opmaak van de vermogensbalans, in het voorstel voor de bevestiging van de bovenleiding aan de Londenbrug (met naspanning) en de volledige uitwerking van de bevestiging ervan alsook in het gedeelte technische documenten voor tractie- en onderstations. De overige elementen zijn uitgewerkt conform wat uitgevraagd werd, doch zonder meer."

De offerte van de verzoekende partijen wordt op dit sub-subgunningscriterium beoordeeld als volgt:

"Combinatie TRAM 1
- De toegevoegde technische fiches van de uitrustingen van de tractiestations zijn vooral toegespitst op het HS en 600 V materiaal. Er zijn echter wel een aantal tegenstrijdigheden en onduidelijkheden vastgesteld die nog moeten uitgeklaard worden. Er is een korte toelichting betreffende de maatregelen die men voorziet om aan de norm EN 50122 te voldoen. Dit aspect is meer dan voldoende uitgewerkt.
- Het plan van aanpak is goed en toont in het algemeen aan dat de Inschrijver het project beheerst. De specifieke uitwerking van het deel EM-uitrustingen van de brug ontbreekt echter. Dit aspect is niettemin meer dan voldoende uitgewerkt.
- Het detailontwerp van de tractiestations en onderstations is in het algemeen voldoende uitgewerkt. Er ontbreken echter wel gegevens betreffende onderstation Opera. Dit aspect is globaal voldoende uitgewerkt.
- De documenten betreffende het 'detailontwerp elektrische voorzieningen wegtunnels' zijn zeer gedetailleerd uitgewerkt. De vermogensbalansberekening is in tabel vorm opgenomen zonder in te gaan op het in rekening gebrachte RWA-scenario. Het is wel niet duidelijk hoe er omgegaan wordt met artikel 104 van het AREI. Namelijk hoe er wordt vermeden dat vitale installaties uitgeschakeld worden bij een eerste aardfout. Dit aspect is goed uitgewerkt.
- Wat de bevestiging van de bovenleiding aan de Londenbrug betreft wordt de rijdraad op de brug zelf nagespannen, wat positief is. Er zijn wel nog een aantal onduidelijkheden betreffende de bevestiging en scharniering van de rijdraad. Er wordt ook gebruik gemaakt van een vierkant kokerprofiel als

dwarsverbinding en dit in tegenstelling tot de voorziene profielen in het referentieontwerp. Ook hier zijn er nog een aantal onduidelijkheden. Dit aspect is meer dan voldoende uitgewerkt.
- De uitwerking van de wisselsturing en bijhorende beveiliging is duidelijk en op maat gemaakt voor dit project. Het voorstel is compatibel met de uitrustingen op de tramvoertuigen en er is eveneens rekening gehouden met de problematiek van de volgvoertuigen, die weliswaar nog verder in detail moet uitgewerkt worden tijdens de detailstudie Er is ook rekening gehouden met de visuele impact. Dit aspect is voldoende uitgewerkt.
- De Inschrijver heeft een algemeen éénlijnschema toegevoegd voor 4 feeders en een inplantingsplan van elk tractiestation.
- Bij de dynamische simulaties heeft men ook rekening gehouden met de uitval van een naastliggend tractiestation (N -1 situatie). Men heeft echter geen rekening gehouden met het terug injecteren van energie van remmende voertuigen. Men heeft per richting rekening gehouden met een frequentie van 2 minuten. Dit alles geeft aanleiding tot hoge vermogens voor sommige tractiestations.
- Er worden in totaal twee verschillende vermogens van transfo's voorzien.
- Bij het definiëren van de aansluitvermogens heeft men geen rekening gehouden met de inrushstromen en de informatie omtrent de aansluitingskosten en timing is onduidelijk. Dit aspect is alsnog globaal goed uitgewerkt.
Globaal wordt het dossier elektromechanica van THV TRAM 1 als meer dan voldoende geëvalueerd door de beoordelingswerkgroep. Lichte meerwaarden situeren zich in de doorgedreven implementatie van de risicoanalyse in het plan van aanpak voor de parking/tunnel, de energiebesparende voorstellen, de uitwerking van de bevestiging van de rijdraad aan de Londenbrug (met naspanning), de uitwerking van elektrische energievoorzieningen deel wegtunnel-parking alsook in het gedeelte technische documenten voor tractie- en onderstations. De overige elementen zijn uitgewerkt conform wat uitgevraagd werd, doch zonder meer."

29. Op de eerste plaats lijkt te moeten worden aangestipt dat het bestek nergens voorziet dat de globale beoordeling de optelsom behoort te zijn van de weging of beoordeling van de verschillende beoordelingselementen. De door de verzoekende partijen verdedigde en op het eerste gezicht mathematische beoordelingsbenadering voor wat betreft de sub-subgunningscriteria "elektromechanica" en "sporenbouw" lijkt dan ook geen steun te vinden in de besteksbepalingen.

Voorts en in het bijzonder voor wat betreft de beweerde strijdigheid van de in de offerte van de THV Tramstad voorgestelde vermogens voor de tractiestations met de technische besteksbepalingen, betreft het een

middelonderdeel dat zich niet meteen leent tot een snelle en *prima facie* toetsing zoals die wordt verwacht in het kader van een administratief kort geding in uiterst dringende noodzakelijkheid. Dit subonderdeel van het derde onderdeel lijkt immers een interpretatie te vergen van technische besteksbepalingen en van hetgeen technisch wordt aangeboden door de inschrijvers.

Op grond van een snel en *prima facie* onderzoek lijkt de verklaring van de verwerende partij dat de verzoekende partijen in hun kritiek ten onrechte abstractie maken van de bestekseis in ieder tractiestation twee tractiegelijkrichters te plaatsen, niet zonder grond. Het standpunt van de verzoekende partijen mist dan ook de vereiste klaarblijkelijke ernst om te kunnen worden gevolgd.

30. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel: het sub-subgunningscriterium "Bouwkunde"

31. In een vierde en laatste onderdeel bekritiseren de verzoekende partijen de beoordelingen van het sub-subgunningscriterium "Bouwkunde" dat opnieuw onderdeel uitmaakt van het subcriterium "Globaal ontwerp".

Niettegenstaande de betere beoordeling van het onderdeel archeologische site in hoofde van de verzoekende partijen en de gelijke beoordeling van de lichtput, verkrijgen hun offertes en die van de THV Tramstad op dit sub-subgunningscriterium onterecht dezelfde beoordeling "meer dan voldoende".

Het feit dat de THV Tramstad overigens beoogt te werken met een methode met trekstangen doorheen het booggewelf waardoor relatief veel schade aan de Kipdorpbrug zal optreden, doet de verzoekende partijen besluiten dat de beoordeling van de offerte van de THV Tramstad voor wat betreft de archeologische site Kipdorpbrug op zijn minst "eufemistisch" is verwoord. De verzoekende partijen zien dit laatste bevestigd in de "technische optimalisaties" tijdens de finale besprekingen, blijkens dewelke de THV Tramstad zal samenwerken met een studiebureau voor wat betreft deze archeologische site.

Een en ander heeft volgens de verzoekende partijen tot gevolg dat de offerte van de THV Tramstad hooguit de beoordeling "voldoende" had mogen krijgen, waardoor hun offerte de best gerangschikte zou zijn.

32. De beoordeling van het subcriterium "Globaal Ontwerp" is hiervoor geciteerd onder randnummer 28.

Op bladzijde 50 van het BAFO-bestek wordt uiteengezet welke informatie de aanbestedende overheid verwacht te ontvangen in het kader van het sub-subgunningscriterium "Bouwkunde":

> "▪ Geef de fasering uitvoeringsplannen en beschrijving van de werkmethode voor de realisatie van de lichtput opgenomen in deelproject 3: Operaplein ondergrond, en geef de totale fasering met beschrijving voor de bouwkundige werken (ruwbouw + afwerking) van het premetrostation. Hierbij is het belangrijk dat de beschikbaarheid voor tramverkeer en personeel De Lijn wordt toegelicht en ook duidelijk de toegangen hiervoor worden aangeduid.
>
> ▪ Geef de fasering, uitvoeringsplannen en beschrijving van de werkmethode voor de realisatie van het Project ter hoogte van de archeologische site Kipdorpbrug opgenomen in deelproject 2: Operaplein bovengrond, analoog aan wat u 'ter Acceptatie' aan de Opdrachtgever zou voorleggen."

Het gunningsverslag evalueert de beide offertes als volgt:

> "Combinatie TRAMSTAD
>
> Het werkplan van de TRAMSTAD is eerder beperkt uitgewerkt. Op basis van de aangereikte offertedocumenten lijkt de voorgestelde oplossing wel realistisch en uitvoerbaar.
>
> Voor de lichtput zal TRAMSTAD eerst de werken onder de dakplaat uitvoeren. Na de knip zal de dakplaat afgebroken worden en zal de lichtput afgewerkt worden. De dakplaat zal dus pas verwijderd worden op het ogenblik dat de tram al ondergronds rijdt, hetgeen als een mogelijk risico wordt beschouwd. De voor de lichtput voorgestelde werkmethode heeft wel een positief effect op de beleving van de werken. Voor het ondersteunen vande dakplaat dient te werkwijze te worden bijgesteld en/of bijkomende (tijdelijke) ondersteuning te worden voorzien.
> TRAMSTAD zal in de eerste fase voornamelijk ondergronds werken en creëert een toegang via een logistieke opening. Hierdoor is de

ruimte-inname van de werfzone voor de Antwerp Tower en de Opera in de eerste fase zeer beperkt. De werf bevindt zich in deze fase voornamelijk op de Leien ten zuiden van de as Teniersplaats-Keyserlei. Dit voorstel wordt positief onthaald.
Er wordt in het werkplan weinig toegelicht over de bestaande lokalen van de Aanbestedende Overheid en hoe deze vervangen zullen worden en wat de beschikbaarheid is voor het personeel van de Aanbestedende Overheid.
TRAMSTAD stelt optioneel voor om het station gedurende de werken niet af te sluiten voor reizigers, de Aanbestedende Overheid voorziet echter om veiligheidsredenen een sluiting van het station voor reizigers tijdens de werken, waardoor dit voorstel niet als meerwaarde wordt beoordeeld.

De werkmethode voor de Kipdorpbrug lijkt een relatief complexe manier van werken die enkele risico's inhoudt. De afbraak en reconstructie van de bastionmuur over de volledige lengte en hoogte van de tunnel wordt negatief beoordeeld door de archeologische dienst, dit is echter remedieerbaar. Positief is dat archeologisch onderzoek duidelijk opgenomen is in de fasering.

Op basis van de evaluatie van voornoemde aspecten en de hierin besproken meerwaarde (m.n. de beperkte werfzone op het Operaplein bij de start van de werken aan de lichtput en de aandacht voor archeologisch onderzoek in de fasering) concludeert de beoordelingswerkgroep dat het door TRAMSTAD voorgestelde ontwerp m.b.t. bouwkunde meer dan voldoende is uitgewerkt. De vastgestelde minpunten verhinderen een hogere quotering."

"Combinatie TRAM 1
Het werkplan van TRAM 1 is eerder beperkt uitgewerkt. Op basis van de aangereikte offertedocumenten lijkt de voorgestelde oplossing wel realistisch en uitvoerbaar.

De voorgestelde werkmethode voor de lichtput wordt zeer beknopt, maar op technisch correcte wijze toegelicht. Er wordt weinig ingegaan op de aanpassingswerken aan het station zelf (bv. versteviging van de plaat boven de sporen op het niveau -2, aanpassingen trappen, ….). Voor de lichtput wordt in twee fases gewerkt. Een deel van de werken gebeurt voor de knip, een deel van de werken na de knip. Voor het ondersteunen van de dakplaat dient de werkwijze te worden bijgesteld en/of bijkomende (tijdelijke) ondersteuning te worden voorzien.
Er zijn veel verhuismomenten voor de lokalen van de Aanbestedende Overheid voorzien; voor het personeel van de Aanbestedende Overheid is dit een nadeel. Er zijn nog geen berekeningen aan de nota toegevoegd.

In het werkplan voor de archeologische site wordt een aanvaardbare aanpak naar voor geschoven. De werkmethode voor de Kipdorpbrug is een methode waarbij er weinig schade optreedt aan de brug, dit is een pluspunt. In het werkplan is het echter niet duidelijk welke mogelijkheid er is tot

archeologisch onderzoek van de site in open bouwput. Het gebruik van zelfverdichtend beton kan wel een probleem geven voor het archeologisch metselwerk.
Er zijn nog geen berekeningen aan de nota toegevoegd.

Op basis van de evaluatie van voornoemde aspecten en de hierin besproken meerwaarde (m.n. uitvoeringsmethode voor de Kipdorpbrug die weinig schade veroorzaakt) concludeert de beoordelingswerkgroep dat het door TRAM 1 voorgestelde ontwerp m.b.t. bouwkunde meer dan voldoende is uitgewerkt. De vastgestelde minpunten verhinderen een hogere quotering".

33. De beweerd gelijke beoordeling van de lichtput, lijkt niet meteen bevestiging te vinden in de geciteerde beoordelingen.

Zo lijkt de beperkte werfzone op het Operaplein bij de start van de werken aan de lichtput in hoofde van de THV Tramstad uitdrukkelijk als pluspunt te worden aanzien.

Voorts lijkt ook de evaluatie van het onderdeel Kipdorpbrug niet onverdeeld positief in hoofde van de verzoekende partijen. Hoewel de werkmethode als een pluspunt wordt aanzien, wordt gelaakt dat het werkplan weinig duidelijkheid biedt inzake de mogelijkheid tot archeologisch onderzoek en wordt er op gewezen dat het gebruik van zelfverdichtend beton problematisch kan zijn voor het archeologisch metselwerk. De aandacht voor archeologisch onderzoek in de fasering wordt dan weer als positief onthaald in de offerte van de THV Tramstad.

Alleen al om reden dat de verzoekende partijen deze elementen op het eerste gezicht onvoldoende lijken te betrekken in hun betoog, kan hun stelling dat hun offerte op dit sub-subgunningscriterium beter had moeten scoren dan die van de THV Tramstad, op het eerste gezicht niet worden gedeeld.

34. Het vierde onderdeel is evenmin ernstig.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

35. In een derde middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van artikel 39, § 1, juncto artikel 17, §§1 en 3, 2° en 4°, van de wet van 24 december 1993, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en dus het gelijkheidsbeginsel, het mededingingsbeginsel, het transparantiebeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het motiveringsbeginsel en het "*patere legem quam ipse fecisti*" beginsel.

Zij achten deze bepalingen en beginselen geschonden:

> "Doordat, eerste onderdeel verwerende partij gedurende de finale besprekingen die zij heeft aangeknoopt met de aangeduide voorkeursbieder, THV Tramstad, klaarblijkelijk nog essentiële aanpassingen heeft doorgevoerd aan het bestek en de contractuele documenten die kwalificeren als wezenlijke wijzigingen;
>
> Terwijl een aanbestedende overheid in het kader van het voeren van onderhandelingen met de voorkeursbieder weliswaar nog over een marge beschikt om wijzigingen door te voeren in de offerte, maar deze marge begrensd is door het gelijkheidsbeginsel;
>
> En terwijl, een aanbestedende overheid die vaststelt dat er verregaande aanpassingen (moeten) worden doorgevoerd aan de contractuele documenten en het bestek (die kwalificeren als wezenlijke wijzigingen), ook aan de andere inschrijvers die zich in de wachtkamer bevinden de kans moet geven daaromtrent een nieuw voorstel te formuleren, zeker indien het puntenverschil tussen de voorkeursbieder en de eerst geplaatste inschrijver in de wachtkamer slechts 0.58 punten bedraagt;
>
> En terwijl, het beginsel van de mededinging vereist dat de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht zodanig wordt ingericht dat te allen tijde een reële en eerlijke concurrentie mogelijk wordt gemaakt;
>
> En doordat, tweede onderdeel verwerende partij gedurende de finale besprekingen klaarblijkelijk nog aanpassingen heeft doorgevoerd aan het bestek en de contractuele documenten teneinde de ESR-neutraliteit van de Opdracht te herstellen, zonder daartoe de inschrijvers in de wachtkamer te raadplegen;

Terwijl een aanbestedende overheid in het kader van het voeren van onderhandelingen met de voorkeursbieder weliswaar nog over een marge beschikt om wijzigingen door te voeren in de offerte, maar deze marge begrensd is door het gelijkheidsbeginsel; Doch dat er geen marge is voor wijzigingen aan het bestek;

En terwijl, een aanbestedende overheid die omtrent dit aandachtspunt reeds lang voordien was gealarmeerd gelet op de vragen hieromtrent gesteld door de inschrijvers en de veelvuldige persberichten inzake de problematiek inzake de ESR-neutraliteit van participatieve PPS-projecten, besluit hieraan geen aandacht te geven gedurende de onderhandelingsprocedure maar enkel tijdens de finale besprekingen met de voorkeursbieder;

En terwijl, de aanbestedende overheid besluit de drie resterende inschrijvers in de wachtkamer te plaatsen gelet op het beperkte puntenverschil, maar cruciale aandachtspunten niet verder aftoetst met die inschrijvers (minstens met de eerst gerangschikte inschrijver in die wachtkamer wiens offerte slechts 0.58 punten afwijkt van de offerte van de voorkeursbieder);

En terwijl het beginsel van de mededinging vereist dat de gunningsprocedure voor een overheidsopdracht zodanig wordt ingericht dat te allen tijde een reële en eerlijke concurrentie mogelijk wordt gemaakt;

Het derde middel valt uiteen in twee onderdelen.

In een *eerste onderdeel* betogen de verzoekende partijen dat de wijzigingen naar aanleiding van de finale besprekingen met betrekking tot de verdere abstrahering van de periodieke vergoedingen en het wegvallen van het dekkingsinstrument essentiële wijzigingen uitmaken aan het bestek en de contractuele documenten.

Zij lichten toe dat het abstract karakter van de schuldvordering voor hen altijd een belangrijk aandachtspunt is geweest dat bovendien een belangrijke financiële impact heeft.

Voorts begrijpen de verzoekende partijen uit het gunnings-verslag dat melding maakt van een “verdere” abstrahering van de periodieke vergoedingen dat de verwerende partij nog verder is gegaan dan was voorzien in het BAFO-bestek.

De verzoekende partijen lichten toe dat hun financierings-voorwaarden minstens in een zelfde mate, namelijk -30bps, zouden zijn verbeterd gelet op deze verdere abstrahering. In hun BAFO werden reeds gunstigere financieringsvoorwaarden aangeboden in het kader van de dBF-overeenkomst dan in de offerte van de THV Tramstad (een marge van 130 bps tijdens de trekkings-periode van de kredieten en van 110 bps tijdens de terugbetalingsfase). Op basis van een "anonieme toetsing bij een Belgische bank" kan worden voorgehouden dat steden zich vandaag de dag gemiddeld aan 75 à 80 bps (all-in) kunnen financieren, zodat een marge van 80 bps een realistische veronderstelling is.

In het gunningsverslag wordt bovendien melding gemaakt van "het wegvallen van het indekkingsinstrument a rato van 8 bps voor negatieve basisrente op de Forfaiting Bridge Facility". In de BAFO van de verzoekende partijen werd tijdens de trekkingsperiode een marge van 5 bps voorzien. Ook hier kan volgens de verzoekende partijen worden verondersteld dat hun financierings-voorwaarden op een gelijkwaardige wijze zouden kunnen verbeteren door de swap-marge te laten wegvallen.

Het gecombineerd effect van de verdere abstrahering en het wegvallen van de swap-marge zou impliceren dat de NCW van de verzoekende partijen daalt.

De berekening van de concrete impact op de score voor het financiële criterium kan enkel precies worden bepaald indien de verwerende partij aan alle inschrijvers in de wachtkamer de mogelijkheid zou bieden de financie-ringsvoorwaarden aan te passen. Enkel op die manier kan de goedkoopste prijs worden bepaald. Gelet op het kleine puntenverschil tussen de verzoekende partijen en de THV Tramstad valt niet uit te sluiten dat dit puntenverschil werd ingelopen.

Indien de wijzigingen gekend waren geweest voorafgaand aan de indiening van de BAFO had dit geleid tot de keuze van een meer voordelige offerte, zeker nu de BAFO-prijs van de THV Tramstad 1,5 miljoen euro duurder is dan de offerte van de verzoekende partijen en de technische kwaliteit slechts minimaal beter.

Het bestek verzet er zich ten slotte tegen dat de voorkeursbieder een "finale offerte" kan indienen, laat staan het indienen van een finale offerte gesteund op besteksbepalingen en afspraken die wezenlijke wijzigingen impliceren. De verzoekende partijen achten aldus het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel geschonden.

In een *tweede onderdeel* houden de verzoekende partijen voor dat de verwerende partij gedurende de finale besprekingen klaarblijkelijk nog aanpassingen heeft doorgevoerd aan het bestek en de contractuele documenten teneinde de ESR-neutraliteit van de opdracht te herstellen, zonder daartoe de inschrijvers in de wachtkamer te raadplegen. Er is geen marge voor wijzigingen aan het bestek. Bovendien zouden deze wijzigingen inzake ESR-neutraliteit, los van de vraag of deze te kwalificeren zijn als wezenlijke wijzigingen, reeds lang zijn gekend door de verwerende partij, niet in het minst naar aanleiding van vragen daaromtrent van de inschrijvers en derhalve te voorzien. Niets had een zorgvuldige aanbestedende overheid belet om de inschrijvers in de wachtkamer te informeren omtrent de beoogde wijzigingen en hen te vragen hieromtrent een nieuw voorstel te formuleren, te meer gelet op het beperkte puntenverschil tussen de voorkeurs-bieder en de eerst gerangschikte in de wachtkamer.

Beoordeling

Eerste onderdeel

36. De voorliggende opdracht wordt gegund middels een onderhandelingsprocedure met bekendmaking bij toepassing van de regelgeving inzake de nutssectoren. Een onderhandelingsprocedure met bekendmaking wordt gekenmerkt door haar flexibel kader waarbinnen de verwerende partij met de inschrijvers mag onderhandelen en een grote vrijheid heeft om de procedure in te richten en te doorlopen. Het komt aldus bij de onderhandelingsprocedure in principe aan de verwerende partij toe te bepalen hoe deze zal verlopen. Bij het organiseren van de onderhandelingsprocedure dient de verwerende partij uiteraard haar eigen bestek na te leven.

Volgens de verzoekende partijen verzet het BAFO-bestek er zich tegen dat een finale offerte wordt ingediend.

Het BAFO-bestek dat in de keuze van een voorkeursbieder voorziet, lijkt de aanknoping met deze van finale besprekingen in zich te sluiten, teneinde tot de volgende stappen vermeld in het BAFO-bestek over te gaan, namelijk formele gunningsbeslissing en contractsluiting. Door de resultaten van deze finale besprekingen in het gunningsverslag onder de noemer "finale offerte" te plaatsen, lijkt de verwerende partij niet te hebben gehandeld in strijd met haar eigen bestek.

37. Het flexibel karakter van de onderhandelingsprocedure lijkt voorts met zich te brengen dat er gedurende de procedure nog een marge voor significante wijzigingen lijkt te zijn. Deze marge wordt evenwel begrensd door het gelijkheidsbeginsel en het al dan niet wezenlijke karakter van de wijzigingen.

In het arrest Pressetext van 19 juni 2008, interpreteert het Hof van Justitie wat wezenlijke wijzigingen zijn als volgt:

> "34 Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke overeenkomst en die bijgevolg doen blijken van de wil van partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze overeenkomst […].
> 35 De wijziging van een nog lopende overeenkomst inzake een overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke aanbestedingprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.
> 36 Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan eveneens als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Deze laatste uitlegging vindt bevestiging in artikel 11, lid 3, sub e en f, van richtlijn 92/50, dat voor overheidsopdrachten voor dienstverlening die volledig of grotendeels betrekking hebben op de in bijlage IA bij deze richtlijn vermelde diensten, beperkingen stelt aan de mogelijkheid voor de

> aanbestedende diensten om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure voor het plaatsen van diensten die een aanvulling vormen op de diensten waarop een oorspronkelijke overeenkomst betrekking had.
> 37 Een wijziging kan ook als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld."

38. Toegepast op de voorliggende opdracht, dient dus in wezen te worden nagegaan of de verzoekende partijen met reden doen gelden dat de wijzigingen van die aard zijn dat zij, indien de wijzigingen voorafgaand aan de BAFO's gekend waren, mogelijks als de economisch meest voordelige inschrijver uit de bus waren gekomen en derhalve als eerste zouden zijn gerangschikt met het oog op de keuze als voorkeursbieder.

Te dien einde bekritiseren zij de wijzigingen met betrekking tot de verdere abstrahering van de overdracht van schuldvorderingen en het wegvallen van de "swap-marge".

39. De argumentatie die de verzoekende partijen hieromtrent naar voren brengen, lijkt zich andermaal niet op evidente wijze te lenen tot een snelle beoordeling die nochtans eigen lijkt aan een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De inzichten die begrippen als "swaps", "abstrahering van schuldvorderingen", "trekkingsperiodes" versus "terugbetalingsperiodes", en dergelijke vergen, de implicaties ervan op het financiële luik van de offertes nog daargelaten, blijken niet op een eenvoudige en begrijpelijke wijze uit de stukken.

40. Na een *prima facie* beoordeling lijkt alleszins in de eerste plaats de stelling van de verzoekende partijen dat inzake de abstrahering in het kader van de finale besprekingen, de verwerende partij verder zou zijn gegaan dan bepaald in het BAFO-bestek, en dit louter wegens de omschrijving in het gunningsverslag als "verdere abstrahering", niet meteen te kunnen worden bijgevallen.

Met de verwerende partij die concreet verwijst naar de vraag- en antwoordprocedure volgend op het uitsturen van het TWB, lijkt te kunnen worden aangenomen dat het mechanisme van abstrahering zoals tijdens de finale

besprekingen opgenomen in de dBF-overeenkomst, geen beperking inhoudt van de aansprakelijkheden van de opdrachtnemer zoals opgenomen in de dBF-overeenkomst. De verzoekende partijen maken in deze stand van het geding dan ook niet met de vereiste *prima facie* ernst aannemelijk dat de verwerende partij verder zou zijn gegaan dat hetgeen zij toelaatbaar had geacht naar aanleiding van de indiening van de BAFO's.

Daar lijkt bij te komen dat de verzoekende partijen hun bewering dat hun financieringsvoorwaarden minstens in een zelfde mate, namelijk -30bps, zouden zijn verbeterd gelet op deze verdere abstrahering, "staven" aan de hand van een "anonieme toetsing bij een Belgische bank", die niet wordt geformaliseerd in een of ander stuk. Gelet op het feit dat in hun BAFO reeds gunstigere financieringsvoorwaarden werden aangeboden in het kader van de dBF-overeenkomst dan in de offerte van de THV Tramstad (voor de terugbetalingsfase een marge van 110 bps tegenover 130 bps) en op de informatie door de verwerende partij ingewonnen bij de bank Belfius en bijgebracht als stuk 29 van het administratief dossier, lijken de verzoekende partijen niet met de verwachte *prima facie* ernst aannemelijk te maken dat een gelijke verlaging van -30 bps realistisch was en hernieuwde onderhandelingen met de overige inschrijvers verantwoordde. Anderzijds lijkt de verwerende partij om dezelfde redenen haar beoordelingsvrijheid op het eerste gezicht niet te buiten zijn gegaan door aan te nemen dat enkel de THV Tramstad nog marge had om scherpere financieringsvoorwaarden aan te bieden.

41. De verwerende partij verklaart voorts dat het wegvallen van "het indekkingsinstrument a rato van 8 bps (basispunten) voor negatieve basisrente op de Forfaiting Bridge Facility" door de verzoekende partijen wordt verward met de "swap-marge die wordt aangerekend voor het indekken van de Forfaiting Bridge Facility" en die bij de THV Tramstad wel degelijk zou behouden blijven.

Het kan van de Raad van State niet worden verwacht, en al helemaal niet in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, de precieze draagwijdte van dergelijke financiële constructies in hun onderling verband, in te schatten en de implicaties ervan op de verschillende

BAFO's te verrekenen. De uiteenzetting van de verzoekende partijen toont niet *prima facie* de ernst aan van dit middelonderdeel.

42. De verzoekende partijen maken dan ook niet met de in deze stand van het geding verwachte *prima facie* ernst aannemelijk dat de abstrahering van de periodieke vergoedingen en het wegvallen van het dekkingsinstrument voor negatieve basisrente op de Forfaiting Bridge Facilty te kwalificeren zijn als wezenlijke wijzigingen die, op straffe van schending van het gelijkheidsbeginsel en het mededingingsbeginsel, nopen tot een heropening van de onderhandelingen met de inschrijvers in de wachtkamer. Evenmin tonen de verzoekende partijen op het eerste gezicht aan dat de verwerende partij onzorgvuldig en op een niet-transparante wijze zou hebben gehandeld door de in geding zijnde wijzigingen niet ook voor te leggen aan de inschrijvers in de wachtkamer. Het geringe puntenverschil tussen de THV Tramstad en de verzoekende partijen lijkt daaraan geen afbreuk te doen.

43. Het eerste onderdeel is niet ernstig.

Tweede onderdeel

44. In het tweede onderdeel bekritiseren de verzoekende partijen, zoals gezegd, de wijzigingen tijdens de finale besprekingen met de bedoeling de ESR-neutraliteit van de opdracht te herstellen.

Het gunningsverslag vermeldt dienaangaande wat volgt:

> "Als gevolg van nadere aftoetsing van het Bestek met het Vlaamse Kenniscentrum PPS en het Instituut voor de Nationale Rekeningen, inzonderheid in het licht van de recentelijk verstrengde houding van Eurostat ten opzichte van participatieve PPS-projecten, was de Aanbestedende Overheid genoodzaakt om de Projectovereenkomsten en de Aandeelhoudersovereenkomst bij te sturen om de ESR-neutraliteit van het Project niet in het gedrang te brengen.
>
> Zo werden in de Projectovereenkomsten volgende aanpassingen doorgevoerd:

◦ schrappen van de verwijzingen naar bijzondere premiestijgingen of -dalingen met betrekking tot de contractueel opgelegde verzekeringspolissen;
◦ schrappen van het Risico Opdrachtgever met betrekking tot Bijzondere Verstoring van de Financiële Markten;
◦ schrappen van het Risico Opdrachtgever met betrekking tot Gevallen van Vandalisme;
◦ bepalingen omtrent Noodherstel en Incident Management werden verder genuanceerd en er werd gepreciseerd dat de kosten die met dit Noodherstel en/of Incident Management gepaard zouden gaan worden doorgefactureerd aan de Opdrachtnemer.

In de aandeelhoudersovereenkomst werden volgende aanpassingen doorgevoerd:

◦ de participatie van Lijninvest in het eigen vermogen werd gereduceerd tot 19%;
◦ het aantal bestuurders te benoemen op voordracht van Lijninvest werd beperkt tot één;
◦ de sleutelbeslissingen/vetorechten ten gunste van Lijninvest werden integraal geschrapt;
◦ de toepassingsgevallen voor de Koopoptie werden verder beperkt.

Deze (door het INR opgelegde) aanpassingen hadden evenwel geen enkele impact op de NCW (ook geen prijsstijgende), waardoor er geen sprake is van 'wezenlijke' wijzigingen die de overheidsopdrachtenreglementering, inzonderheid het gelijkheidsbeginsel, zouden kunnen schenden."

45. Artikel 1.1. van het BAFO-bestek bepaalt dat "de SPV […] al haar activiteiten, contracten, financiering en boekhoudkundige verwerking op een ESR-neutrale wijze [dient] te structureren opdat zij vanuit dit perspectief niet gekwalificeerd kan worden als behorend tot de publieke sector en opdat de schulden aangegaan door de SPV in het kader van de Opdracht (althans voor het Tramgedeelte en het Niet-Tramgedeelte Gewest betreft) derhalve niet worden geconsolideerd bij de schulden van het Vlaamse Gewest". Voorts valt onder hetzelfde artikel te lezen dat de "SPV wordt gestructureerd volgens een meerderheid privaat kapitaal (74%), afkomstig van een private aannemer(sgroep) die met toepassing van de reglementering inzake overheidsopdrachten wordt gekozen, en een minderheidsparticipatie voor Lijninvest (26%)".

Het dossier bevestigt dat de verwerende partij reeds ten tijde van de eerste offertefase door de inschrijvers is bevraagd omtrent de ESR-neutraliteit van de opdracht.

Dit lijkt evenwel niet als dusdanig de conclusie te wettigen dat de verwerende partij met miskenning van het zorgvuldigheids-, het gelijkheids- of het *patere legem*-beginsel zou hebben gehandeld door een en ander pas ten tijde van de finale besprekingen te formaliseren in gewijzigde zin.

Het administratief dossier lijkt er immers blijk van te geven dat de standpunten van het Instituut voor de Nationale Rekeningen (INR) en dit in het licht van de inwerkingtreding van de ESR-Verordening pas in de loop van januari 2015, ondanks de opstart van informele gesprekken met de verwerende partij kortelings na de inwerkingtreding van de ESR-Verordening in september 2014, zekere vorm hebben gekregen die de verwerende partij ertoe heeft gebracht de kwestieuze wijzigingen aan te brengen.

Hoewel het zich misschien liet aanzien dat de initiële participatie de toets door Eurostat en het INR minder gemakkelijk zou doorstaan, lijkt het de verwerende partij niet te kunnen worden verweten niet in een vroeger stadium van de procedure de uiteindelijk doorgevoerde wijzigingen te hebben voorspeld.

Bovendien lijken de tegenwerpingen van de tegenpartijen dat de doorgevoerde wijzigingen in essentie nadelig zijn voor de opdrachtnemer, bevestiging te vinden in het dossier. De conclusie van het gunningsverslag dat "deze (door het INR) opgelegde aanpassingen […] geen enkele impact [hadden] op de NCW (ook geen prijsstijgende)", lijkt zulks te bevestigen.

De verzoekende partijen betrekken dit gegeven op generlei wijze in hun schriftelijk betoog. Evenmin valt spontaan in te zien hoe de in geding zijnde wijzigingen tot een optimalisatie van hun BAFO zouden hebben geleid zodat ook dit onderdeel niet ernstig kan worden bevonden.

Het tweede onderdeel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Rechtsplegingsvergoeding

47. Er is te dezen grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', de verwerende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, nu zij door de verwerping van de vordering tot schorsing als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. Het verzoek van BAM PPP PGGM Infrastructure Cooperatie UA en de nv Cofely Fabricom, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Tramstad tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 800 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.
De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op een rolrecht van 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 mei 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,	staatsraad, waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Frank Bontinck,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Frank Bontinck	**Johan Bovin**