

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 235.641 van 25 augustus 2016

in de zaak A. 219.859/XII-8197.

In zake :

1. de NV BOUWBEDRIJF FURNIBO
2. de NV PERSYN
3. de NV EEG, 1 t.e.m. 3 samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap FURNIBO-PERSYN-EEG
4. de BVBA ARCHITECTENBUREAU 3ARCHITECTEN
5. de BVBA AVAPARTNERS - ARCHITECTS & PARTNERS
6. de CVBA BM ENGINEERING - STUDIEBUREEL BOUCHERIE, 4 t.e.m. 6 samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap 3ARCHITECTEN-AVAPARTNERS-BM ENGINEERING
7. de NV SPIE BELGIUM
8. de CVBA FARYS, 1 t.e.m. 8 samen vormend de combinatie THV FURNIBO/PERSYN/EEG-SPIE-FARYS + THV 3ARCHITECTEN -AVAPARTNERS-BM ENGINEERING

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser, Tom Villé en Riet Straetmans
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD ROESELARE, vertegenwoordigd door het college van burgemeester en schepenen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs
kantoor houdend te 2980 Zoersel (Sint-Antonius)
Handelslei 60
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen :

1. de NV GROEP SPORTOASE
2. de NV SPORTOASE ROESELARE

bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Leen de Vuyst en Jannick Poets
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 27 juli 2016, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Roeselare van 12 juli 2016, waarbij het project ‘PPS zwembad Schiervelde Roeselare’ aan de SPV Sportoase Roeselare NV, en dus niet aan de verzoekende partij, werd gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 8 augustus 2016 hebben de NV Groep Sportoase en de NV Sportoase Roeselare gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 16 augustus 2016, om 11.00 uur.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Tom Villé, die verschijnt voor de verzoekende partijen, advocaten Dirk De Keuster en Uschi Steurs, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaten Leen De Vuyst en Jannick Poets, die *loco* advocaat David D’Hooghe verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

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

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

III. Vertrouwelijkheid van de stukken

3. In de mate waarin bij de samenvatting van de feiten en de beoordeling van de middelen (zie *infra*) stukken ter sprake komen die als vertrouwelijk worden aangemerkt, wordt enkel de inhoud ervan weergegeven zoals deze blijkt uit andere niet vertrouwelijke (procedure)stukken waardoor de betrokken partij zelf de ingeroepen vertrouwelijkheid van de bedoelde stukken heeft gelicht of het evident niet vertrouwelijke gegevens betreft.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht van werken uit, in de aankondiging genoemd “PPS Zwembad Schiervelde Roeselare”.

De opdracht, waarvan de uitgave in de bestreden beslissing wordt geraamd op 30.000.000 euro, btw inbegrepen, wordt gegund volgens een onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

4.2. De oproep tot kandidaatstelling wordt op 22 september 2015 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 26 september 2015 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De termijn voor ontvangst van inschrijvingen of aanvragen tot deelnemen wordt bepaald op 30 oktober 2015 om 11.00 uur.

4.3. Op 16 november 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Roeselare de volgende kandidaten te selecteren en uit te nodigen tot het indienen van een offerte :

“- S&R Roeselare nv (in oprichting) [...]

- Consortium WGC-SFN-TPF-P&T/Roeselare [...]
- SPV Sportoase Roeselare nv [...]
- PELLIKAAN - OPTISPORT Schiervelde Roeselare [...]
- THV FURNIBO / PERSYN/ EEG - SPIE - FARYS + THV 3Architecten-AVAparters -BM Engineering.”

4.4. Op 23 november 2015 keurt de gemeenteraad van de stad Roeselare de “Gunningsleidraad ‘PPS zwembad Schiervelde Roeselare’” nr. 246/001-2015 goed.

Artikel 2.1 omschrijft het voorwerp van de opdracht als volgt :

“De Opdracht behelst:

- (1)het ontwerpen (Design), bouwen (Build), financieren (Finance), onderhouden (Maintenance) en exploiteren (Operate) van een stedelijk zwembad, ook Project genoemd, en waarvan het programma bestaat uit een Verplicht en een Eigen (facultatief) programma;
- (2)het daaraan voorafgaand uitvoeren van een archeologisch onderzoek;
- (3)het aanleggen van een met het zwembad complementaire buitenomgeving;
- (4)de heraanleg van een bezoekersparking, hoofdzakelijk dienstig voor bezoekers van het zwembad;

op de site Schiervelde te Roeselare, opgemeten/afgebakend volgens plan nr. 20151123 920 projectgebied Schiervelde dwg en zoals verder verduidelijkt wordt in deze Gunningsleidraad.

De Opdracht heeft betrekking op:

- een Verplicht Programma van Eisen of het Zwembad;
- een facultatief – lees door de Inschrijvers zelf te voorzien – Eigen Programma.

Het Zwembad, het Eigen Programma, de omgevingsaanleg en bezoekersparking worden hierna gezamenlijk Zwembadcomplex genoemd.

Bijkomend wordt in optie verplicht een voorstel uit te werken waarbij de duikclub gelegenheid wordt geboden om tot op een diepte van 3 meter te oefenen.

De Aanbestedende overheid houdt zich het voorrecht voor om in de onderhandelingsfase alsnog te beslissen om de financiering (Finance) te hare laste te nemen.”

Artikel 8.3 “Programma van eisen” omschrijft het “Verplicht Programma” en het “Eigen (Facultatief) Programma” als volgt :

“8.3.1 VERPLICHT PROGRAMMA

Het verplicht programma bestaat uit :

8.3.1.1 ZWEMBAD

- van een 25-meter zwembad (25 x 21) en een instructie/doelgroepenbad :
 - 9 banen ifv schoolzwemmen (waarvan 5 banen in groot sportbad en 4 banen in instructiebad);
 - 3 banen (permanent voor baantjeszwemmers);
- Randaccommodatie (tribune, groepscabines, sanitair, opbergruimte, cafetaria met buitenteras ...);
- Faciliteiten voor officiële wedstrijden (startblokken, aftikplaten, ...);
- Faciliteiten ifv waterpolo: speelveld 25x15m (min. 20x10m), 1,8m diepte (ideaal 2m).

De Inschrijver zorgt voor een maximale toegankelijkheid van de baden voor personen met een mobiele beperking.

8.3.1.2 INFRASTRUCTUUR

Daarenboven zal de Inschrijver instaan voor:

- De realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de door de Opdrachtgever gewenste recreatieve structuur voor de Mandel (zie 8.2.3 ‘recreatieve structuur de Mandel’);
- De omvorming van een deel van de parking tot bezoekersparking, met dien verstande dat deze parking te allen tijde dienstig moet zijn om buiten de werkingsuren van het Zwembadcomplex ook ingezet te worden voor andere op de site Schiervelde aanwezige sport- en beursinfrastructuur.

8.3.2 EIGEN (FACULTATIEF) PROGRAMMA

De Kandidaat kan het verplicht programma verder opladen met recreatieve waterpartijen of andere complementaire activiteiten, voor zover (1) deze bijdragen tot de verhoging van de attractiviteit van de site Schiervelde en/of (2) deze activiteiten de economie van zijn voorstel positief beïnvloeden, waardoor de stedelijke bijdrage in de exploitatie van het Project kan worden gedrukt.

Hierbij wordt onder meer gedacht aan wellness, sauna, fitness, squash, polyvalente zaal,....”

De Gunningsleidraad houdt rekening met een bouwperiode of bouwfase van 18 maanden na het definitief verkrijgen van de nodige vergunningen. De exploitatie loopt over een vaste periode van 30 jaar vanaf de voorlopige oplevering of, bij eerder gebruik, vanaf de ingebruikneming (artikel 2.2).

De “Akkoordverklaring met de procedure” (artikel 2.8 van de Gunningsleidraad) luidt:

“Door het indienen van een Offerte verklaart de Inschrijver zich akkoord met de inhoud van deze Gunningsleidraad en de invulling van de onderhandelingsprocedure zoals deze in de Gunningsleidraad is beschreven.

Indien de Inschrijver in dit verband een bezwaar heeft, dient hij dit schriftelijk en per aangetekende brief bekend te maken aan de Leidend Ambtenaar, en dit in alle geval ten laatste op de dag voorafgaand aan het plaatsbezoek.

Indien een Inschrijver fouten en/of leemten in onderhavig document opmerkt en zelfs indien deze fouten en/of leemten de betrokkene zouden toelaten of niet zouden beletten een Offerte in te dienen, dient deze zulke fouten en/of leemten onmiddellijk en uit eigen beweging te melden aan de Leidend Ambtenaar, ten einde deze in de mogelijkheid te stellen de nodige correctieve acties te ondernemen. [...].”

Artikel 3 “Gunningsprocedure – en criteria” bepaalt dat “[d]e overeenkomst zal worden gesloten met de Inschrijver die de meest voordelige Offerte indiende [...] zoals dat blijkt uit de beoordeling van de offerte aan de hand van de in artikel 3.4 beschreven gunningscriteria” en dat “[n]a ontvangst van de offertes een regelmatigheidsonderzoek zal worden doorgevoerd met een eerste beoordeling van de offertes”. Indien op grond van de in de gunningsleidraad gedefinieerde gunningscriteria blijkt dat één of meerdere van de ingekomen offertes niet of onvoldoende beantwoorden aan de vereiste kwaliteit, *output*- en prestatie-eisen, behoudt de aanbestedende overheid zich het recht voor om deze offertes uit te sluiten van verdere deelname. Artikel 3.3 beschrijft de beoordelingsprocedure met de uitnodiging van “de Inschrijvers die een regelmatige offerte indienen” om hun offerte in de vorm van een presentatie toe te lichten, met de mogelijkheid daarna om een vragenlijst te verzenden waarop alle inschrijvers binnen dezelfde tijdspanne moeten antwoorden en waarbij de antwoorden deel uitmaken van de offerte als verduidelijking en waarna de verwerende partij ofwel kan over gaan tot een “definitieve rangschikking van de regelmatige Offertes” en het opstarten van onderhandelingen met de inschrijver met de eerst gerangschikte offerte waarbij de overige inschrijvers in de “wachtkamer” worden geplaatst, ofwel eerst “alle of meerdere inschrijvers” kan uitnodigen tot het “aanvullen en verfijnen van de ingediende Offerte tot een laatste en definitieve offerte (*best and final offer*) [hierna : BAFO] alvorens de Offertes definitief te rangschikken” en waarbij de andere offertes in de “wachtkamer” worden geplaatst, hetzij onmiddellijk na rangschikking geweerd ofwel onmiddellijk de opdracht kan “toewijzen aan de Inschrijver met de beste Offerte, al dan niet voorafgegaan door bijkomende onderhandelingen” en waarbij de overige inschrijvers onmiddellijk worden geweerd.

De gunningscriteria zijn :

“Gunningcriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)

Gunningcriterium 2: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de wijze van exploitatie (35 punten)

Gunningcriterium 3: financieel criterium (40 punten)

Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)

Subcriterium 2. garanties en financiële zekerheden (5 punten)

Subcriterium 3. investeringswaarde (15 punten)

Subcriterium 4. winstdeling (5 punten).”

4.5. Op 16 december 2015 vindt een informatievergadering plaats en het verplichte plaatsbezoek aan de site “Schiervelde”.

4.6. De vragen van de geselecteerde kandidaten worden op 18 januari, 26 januari en 2 februari 2016 beantwoord in de vorm van “Q&A”-documenten die aan de geselecteerde kandidaten worden meegedeeld.

4.7. Zowel de NV in oprichting S&R Roeselare, het Consortium WGC-SFN-TPF-P&T/Roeselare, de NV Groep Sportoase in naam en voor rekening van SPV Sportoase Roeselare NV in oprichting (hierna : Sportoase) en de combinatie THV Furnibo/Persyn/EEG-SPIE-Farys+ THV 3Architecten - Avapartners-BM Engineering (hierna : de verzoekende partij) dienen een offerte in.

4.8. De basisoffertes worden op 22 april 2016 geëvalueerd. Hiervan wordt een (eerste) verslag van nazicht opgesteld dat nadien opgenomen wordt in het finale verslag van nazicht.

In de eerste plaats wordt vastgesteld dat er zich geen problemen stellen met betrekking tot de formele en materiële regelmatigheid van de offertes. Evenmin zou er sprake zijn van abnormale prijzen.

Na een beoordeling van elke offerte in functie van de gunningscriteria, wordt de volgende beoordelingstabel opgesteld :

BEOORDELINGSTABEL		Willemen	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningscriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25	6,25	12,5	18,75	18,75
		S	V	G	G
Gunningscriterium 2: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de wijze van exploitatie (35 punten)	35	8,75	26,25	35	26,25
		S	G	ZG	G
<i>Subcriterium 1:</i> algemene werkingssubsidie (15 punten)	15	1	6	3	13
		1.680.000	1.580.000	1.640.000	1.440.000
<i>Subcriterium 2:</i> garanties en financiële zekerheden (5 punten)	5	1,25	2,5	2,5	5
		S	V	V	ZG
<i>Subcriterium 3:</i> Investeringswaarde (15 punten)	15	6,4	15	11,38	11,19
		10.416.680	24.404.257	18.522.000	18.208.582
<i>Subcriterium 4:</i> winstdeling (5 punten)	5	1,25	3,75	3,75	3,75
		S	G	G	G

Sportoase en de verzoekende partij worden vervolgens “toegelaten tot het indienen van een verbeterde offerte dienstig als laatste en beste offerte (BAFO)”:

“3.7 selectie inschrijvers BAFO

3.7.1 te weerhouden inschrijvers

Uit de voorlopige evaluatie blijkt [dat] Sportoase en Furnibo duidelijk de beste offertes hebben. Het verschil in punten is groot. Bovendien wordt vastgesteld [...] :

1. dat de offerte van Groep Willemen op alle onderdelen ondermaats scoort;
2. dat de offerte van S&R conceptueel gehypothekeerd [is] doordat de aanpassingen een grondige herinrichting en aanpassing van de basisofferte zouden noodzaken waardoor deze offerte op essentiële onderdelen zou moeten worden gewijzigd, zodat beide inschrijvingen niet worden weerhouden tot het indienen van een verbeterde laatste en beste offerte.

3.7.2 voorwerp van de BAFO

Volgende inschrijvers worden toegelaten tot het indienen van een verbeterde offerte dienstig als laatste en beste offerte (BAFO) :

1. Sportoase
2. Furnibo.”

Ook het voorwerp van de BAFO wordt voor beide geselecteerde inschrijvers omschreven.

4.9. Op 28 april 2016 worden de verzoekende partij en Sportoase uitgenodigd om een BAFO in te dienen die minstens moet bestaan uit een antwoord op de gestelde vragen, een nota over de gewijzigde subsidie- en investeringswaarde, een aangepast businessplan en aangepaste plannen met technische beschrijving en meetstaat.

4.9.1. De “bijkomende vragenlijst” gericht aan de verzoekende partij luidt :

“VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is om:

- 1) binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt;
- 2) de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;
- 3) het interieur daar waar nodig te verfraaien;
- 4) het Eigen(recreatief) Programma verder uit te breiden;
- 5) het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing).

Alle kosten en baten van alle de verbetervoorstellen moeten in het businessplan worden opgenomen en verrekend.

DELIVERABLES

De inschrijvers dienen ter beoordeling van de BAFO volgende documenten aan te leveren

- 1) een toelichtingsnota met betrekking tot de uitgevoerde verbetervoorstellen;
- 2) de aangepaste plannen + technische beschrijving + gewijzigde meetstaat;
- 3) het herwerkt businessplan en aanduiding van de subsidie in jaar 1 van de exploitatie.

RICHTLIJNEN BAFO FURNIBO

architectuur en technieken

1. De inschrijver wordt uitgenodigd om de functionaliteit van de luifel te optimaliseren en de afstanden tussen de parking en de inkom van het gebouw (cfr. fietsstallingen) zo kort mogelijk te maken,
2. De inschrijver zal een volledige schaduwstudie (360 °) aan de BAFO toevoegen.

programma

3. De inschrijver zal toelichten in welke mate de toekomstvisie (zwemponton) realistisch en haalbaar is (vergunningen, inname Mandel).
4. De inschrijver zal toelichten in welke mate hij beschikt over toelating van Eandis om in de onmiddellijke omgeving van de gascabine waterelementen aan te brengen.

exploitatie

5. De stad Roeselare deelt mee geen intentie te hebben om de polyvalente zone te exploiteren.
6. De inschrijver verstrekt nadere toelichting over de werking van de automaten op het nat terras (muntinworp, andere).
7. De inschrijver wordt uitgenodigd om na te gaan in welke mate de exploitatiekost, in het bijzonder de hoge bezetting aan redders, geoptimaliseerd kan worden en in welke mate dit een repercussie kan hebben op de voorgestelde tariefstelling.
8. De inschrijver zal aangeven welke maatregelen hij zal voorzien om bij een gebeurlijk onvermogen van de bowlingexploitant de continuïteit van de exploitatie van de horeca/cafetaria te kunnen verzekeren.

financieel

9. De inschrijver dient in detail aan te geven welk deel van de buitenaanleg begrepen is in het door hem voorgesteld budget en wat tot het toekomstperspectief behoort.
10. De inschrijver dient te bevestigen of het budget voor het omleggen van de nutsvoorzieningen in zijn offerte is opgenomen.
11. De inschrijver dient te verduidelijken wie uiteindelijk in de op te richten projectvennootschap het commercieel risico zal dragen.”

4.9.2. Aan Sportoase worden de volgende bijkomende vragen gesteld :

“VOORWERP VAN DE BAFO

Het betreft een verbetering van de basisofferte waarbij de inschrijver gerechtigd is om:

- 1) binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt;
- 2) de relatie met de recreatieve Mandelinfrastructuur te optimaliseren en te verfijnen;
- 3) het interieur daar waar nodig te verfinaien;
- 4) het Eigen(recreatief) Programma verder uit te breiden;
- 5) het businessplan verder te optimaliseren (tariefstelling en kostenbeheersing).

Alle kosten en baten van alle [...] verbetervoorstellen moeten in het businessplan worden opgenomen en verrekend.

DELIVERABLES

De inschrijvers dienen ter beoordeling van de BAFO volgende documenten aan te leveren

- 1) een toelichtingsnota met betrekking tot de uitgevoerde verbetervoorstellen;
- 2) de aangepaste plannen + technische beschrijving + gewijzigde meetstaat;
- 3) het herwerkt businessplan en aanduiding van de subsidie in jaar 1 van de exploitatie.

RICHTLIJNEN BAFO SPORTOASE

architectuur en technieken

1. De inschrijver dient zijn voorstel tot inrichting van de parking verder uit te werken en waarbij de toegang voor gemotoriseerd verkeer tot de achterliggende jeugdterreinen en het stadion Schiervelde onverminderd behouden blijft;
2. De inschrijver dient een volwaardige buitenspeeltuin te voorzien die optimaal in relatie staat met het zwembadcomplex en met opgave van de typetoestellen, hun kostprijs, en het totaal budget voor inpassing in het recreatieve Mandellandschap.
3. De inschrijver zal een volledige schaduwstudie (360 °) aan de BAFO toevoegen.

Programma

4. De inschrijver wordt uitgenodigd om zijn recreatieve voorzieningen die - behoudens de glijbanen - eerder gericht zijn op passieve recreatie - attractiever te maken en desgevallend in bijkomende attractieve en dynamische infrastructuur te voorzien.
5. De inschrijver zal inzicht verstrekken in de door hem uitgevoerde marktstudie op basis waarvan de inkomsten voor fitness werden begroot.

6. De inschrijver wordt verzocht om een praktische oplossing voor te stellen om het vullen en stapelen van duikflessen zo dicht mogelijk bij het zwembad te laten gebeuren;
7. De inschrijver dient de nodige aanpassing te verrichten opdat in het zwembad kan worden gestaan (1.35 m) en waarbij minstens een lengte van 20 meter een diepte heeft van 3 meter om duikproeven te organiseren.
beleving
8. De inschrijver wordt uitgenodigd om de interne vormgeving die eerder als identiteitsloos en steriel overkomt te herdenken en aan te passen.
9. De inschrijver wordt uitgenodigd, evenwel zonder aan het concept van het gebouw te raken, na te gaan in welke mate de niveauverschillen beter kunnen worden overbrugd.”

4.10. Vervolgens dienen zowel de verzoekende partij als Sportoase een BAFO in.

4.11. Deze BAFO's worden toegelicht op 3 juni 2016 en op 6 juni 2016 geëvalueerd. In het verslag van nazicht van 8 juli 2016 worden de offertes als volgt gerangschikt :

“[...]. rangschikking offertes na bafo

Met het oog op het aanduiden van de voorkeursbieder wordt de rangschikking definitief als volgt vastgesteld :

BEOORDELINGSTABEL		Willemen	S&R	Furnibo	Sportoase
Gunningscriterium 1: technische en architecturale kwaliteit van het voorgestelde zwembadcomplex (25 punten)	25	6,25	12,5	18,75	18,75
		S	V	G	G
Gunningscriterium 2: kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad, zijnde het zwembad en het Eigen (facultatief) Programma en de	35	8,75	26,25	35	26,25

wijze van exploitatie (35 punten)					
		S	G	ZG	G
Subcriterium 1: algemene werkingssubsidie (15 punten)	15	1	6	7	13
		1.680.000	1.580.000	1.560.000	1.440.000
Subcriterium 2. garanties en financiële zekerheden (5 punten)	5	1,25	2,5	2,5	5
		S	V	V	ZG
Subcriterium 3. Investeringswaarde (15 punten)	15	6,4	15	11,29	11,34
		10.416.680	24.404.257	18.372.000	18.454.899
Subcriterium 4. winstdeling (5 punten)	5	1,25	3,75	3,75	3,75
		S	G	G	G
	100	24,9	66	78,29	86,84
rangschikking		4	3	2	1

“Gelet op de definitieve rangschikking na BAFO en het succesvol afsluiten van de onderhandelingen”, stelt de beoordelingscommissie voor om de opdracht te gunnen aan de SPV Sportoase Roeselare NV.

4.12. Op 12 juli 2016 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Roeselare het gemotiveerd gunningsverslag en de motieven ervan goed te keuren en de opdracht te gunnen aan de SPV Sportoase Roeselare NV.

Dit is de bestreden beslissing.

4.13. Met een aangetekende brief, verzonden op 13 juli 2016, deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat de opdracht werd gegund aan de SPV Sportoase Roeselare NV. De gemotiveerde gunningsbeslissing met het gunningsverslag wordt bijgevoegd en er wordt gewezen op de wachttermijn van 15 dagen. Tegelijk wordt de gunningsbeslissing meegedeeld aan de SPV Sportoase Roeselare NV met vermelding dat deze kennisgeving geen contractuele verbintenis doet ontstaan en dat een wachttermijn van 15 dagen geldt.

V. Tussenkost

5. De NV Groep Sportoase en de NV Sportoase Roeselare, vennootschap in oprichting, blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkost ingewilligd.

VI. Schorsingsvoorwaarden

6. 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.

7. Te dezen is evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna : de wet van 17 juni 2013) van toepassing.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid.

Overeenkomstig artikel 15, tweede lid, echter wordt de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld 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 beslissing kan verantwoorden.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

8. In een eerste middel wordt de schending aangevoerd van de punten 2.4, 3.2, 3.3, 3.4.2.1, 7.3.1.1, 7.4.5.2 en “8.3.2.1” (lees 8.3.1.2) van de Gunningsleidraad, in samenhang met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het beginsel van ‘gelijke behandeling van de inschrijvers’, zoals tevens tot uitdrukking gebracht in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 ‘betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna : de wet van 15 juni 2006) , van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna : de wet van 29 juli 1991) en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

Het middel, dat uit vier onderdelen bestaat, komt er in essentie op neer dat de BAFO van Sportoase op verscheidene punten afwijkt van het dwingend rechtskader, zodat de verwerende partij deze BAFO had moeten weren.

In een eerste onderdeel stelt de verzoekende partij, samengevat, dat Sportoase de bij brief van 28 april 2016 meegedeelde biedingsinstructies niet heeft nageleefd doordat zij in haar BAFO de grondoppervlakte van het gebouw heeft uitgebreid met 185 m² en de totaal ontwikkelde oppervlakte met 30 m², terwijl volgens de instructies de inschrijvers, bij het indienen van de BAFO, uitsluitend “binnen de vloerplaat en de contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen” mogen aanbrengen. De verantwoording die in het verslag van nazicht wordt gegeven, kan niet aanvaard worden aangezien op basis van de instructie zelfs een beperkte wijziging van de zgn. “*footprint*” niet was toegelaten. Door de BAFO van Sportoase toch toelaatbaar te achten, heeft de verwerende partij gehandeld in strijd met haar eigen opdrachtdocumenten en heeft zij ook het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers, dat in artikel 5 van de wet van 15 juni 2006 is vastgelegd, miskend. De impact van de niet-naleving van de verplichting om de grondoppervlakte niet te vergroten, is beslissend geweest. Doordat de oppervlakte van het gebouw in haar BAFO te vergroten, kon Sportoase zowel de wateroppervlakte als het recreatief aanbod gevoelig uitbreiden zodat volgens het verslag van nazicht “de attractiviteit gelijkwaardig wordt beschouwd met het programma aangeboden door Groep Furnibo” en waardoor de score van Sportoase voor het gunningscriterium “kwaliteit van de programmatorische invulling van het zwembad” van 26,25 punten (‘goed’) in de basisofferte-fase steeg tot 35 punten (“zeer goed”) in de BAFO-fase. Aldus kwam de voorsprong die de verzoekende partij met haar basisofferte voor dit gunningscriterium had behaald, te vervallen.

De verzoekende partij zet in een tweede onderdeel uiteen dat het voorstel inzake winstdeling in de offerte van Sportoase strijdig is met artikel 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad waarbij “te allen tijde” niet meer dan 13% van het volstort kapitaal als winst mag worden uitgekeerd. Alhoewel

Sportoase een volstorting van het kapitaal gelijk aan de helft van 1.000.000 euro of 500.000 euro voorziet en zij dus maximaal een bedrag van 65.000 euro (13% x 500.000 euro) als winst mag uitkeren, stelt zij in haar offerte voor dat “de eerste 75.000 €” winst aan zichzelf zal worden uitgekeerd. Die afwijking van de voorschriften van de Gunningsleidraad heeft een substantieel karakter gelet op de dwingende bewoordingen van dit artikel 7.4.5.2. Ook overeenkomstig de rechtspraak van de Raad van State vertonen alle afwijkingen van de opdrachtdocumenten die een financieel karakter of impact op de prijs hebben, in de regel een substantieel karakter. Door de offerte van Sportoase niettemin regelmatig te achten, heeft de verwerende partij gehandeld in strijd met haar eigen opdrachtdocumenten – inzonderheid de artikelen 3.2, 3.3 en 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad – en dus het *patere legem*-beginsel geschonden. Door de onregelmatige offerte van Sportoase te vergelijken met de offerte van de verzoekende partij waarin wel een met artikel 7.4.5.2 conform voorstel inzake winstdeling werd geformuleerd, werd het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers miskend.

In een derde onderdeel betoogt de verzoekende partij dat Sportoase in haar basisofferte de in artikel 8.3.1.2 van de Gunningsleidraad voorziene buitenspeeltuin niet heeft voorzien. Deze buitenspeeltuin is nochtans onderdeel van het “Verplicht Programma” dat blijkens artikel 3.4.2.1 van de Gunningsleidraad verplichte eisen bevat. Bijgevolg moest deze basisofferte geweerd worden als substantieel onregelmatig. Door Sportoase toch voor het toelichtingsmoment uit te nodigen en vervolgens voor het indienen van een BAFO, heeft de verwerende partij gehandeld in strijd met de artikelen 3.2, 3.3 en 8.3.1.2 van de Gunningsleidraad en heeft zij het *patere legem*-beginsel geschonden. Het feit dat de basisofferte van Sportoase, in tegenstelling tot de offertes van de andere inschrijvers, niet aan het in mededinging gestelde project beantwoordde, heeft ook de vergelijkbaarheid van de offertes in het gedrang gebracht, zodat tevens het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers werd miskend. In zoverre het verslag van nazicht besluit tot de materiële regelmatigheid van de basisofferte van Sportoase, werd de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel geschonden. De

overweging dat alle offertes “inhoudelijk aan het gevraagde in het opdrachtdocument [voldoen]” is tegenstrijdig met de vaststelling dat in de basisofferte van Sportoase geen buitenspeeltuin werd aangeboden en een zorgvuldige overheid kon bijgevolg de motieven van het verslag van nazicht niet zonder meer bijtreden.

Het vierde middelonderdeel handelt over de vraag of Sportoase al dan niet in strijd met artikel 5.32.9.2.2 van het besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 1995 ‘houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne’ (hierna : Vlarem II) en artikel 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad, het vereiste aantal redders dat in het zwembadcomplex aanwezig moet zijn, niet zou voorzien, minstens dat Sportoase niet heeft aangetoond dat zij die reglementering heeft nageleefd door in haar BAFO slechts 8,59 VTE aan redders te voorzien terwijl de verzoekende partij 15 VTE aan redders voorstelt. Dit aspect is van wezenlijk belang voor de financiële beoordeling van de offertes. Bijgevolg had de verwerende partij moeten vaststellen dat de BAFO van Sportoase wegens strijdigheid met artikel 5.32.9.2.2, § 3, van Vlarem II en artikel 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad substantieel onregelmatig was. De niet-toename van het aantal redders, zoals voorzien in de BAFO van Sportoase, ofschoon het recreatief programma ten aanzien van haar basisofferte werd uitgebreid en in bijkomende baden werd voorzien, is volgens de verzoekende partij onlogisch en duidt op een niet-conformiteit met Vlarem II. Onverminderd de substantiële onregelmatigheid van de BAFO van Sportoase, schendt de bestreden beslissing minstens de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 aangezien de redenen op grond waarvan de verwerende partij meent dat aan de voorwaarden van Vlarem II is voldaan, niet of minstens niet op afdoende wijze in de bestreden beslissing tot uitdrukking worden gebracht.

Beoordeling

Eerste onderdeel

9. Te dezen werd het voorwerp van de BAFO omschreven als “een verbetering van de basisofferte” waarbij de inschrijver gerechtigd was om onder meer “binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt”.

Ten aanzien van de door Sportoase ingediende BAFO wijst het verslag van nazicht op een “zeer beperkte uitbreiding van de totale oppervlakte, zijnde 33 m² en de beperktere grotere grondinname, zijnde 185 m²” die “passen binnen de voorwaarden van de BAFO, namelijk om binnen de vloerplaat en contouren van het door hem op te richten gebouw de nodige aanpassingen en verfijningen aan te brengen die maken dat op architecturaal vlak het gebouw meer uitstraling verkrijgt”. Het zou volgens het verslag van nazicht gaan om “in het geheel van het project zeer kleine aanpassingen”.

10. Uit het gebruik van het woord “contouren” moet *prima facie* worden afgeleid dat de BAFO geen volledig nieuw ontwerp mag bevatten. De instructies met betrekking tot het indienen van een BAFO lijken evenwel niet volledig uit te sluiten dat het oorspronkelijke ontwerp in de BAFO-fase in beperkte mate mag worden aangepast of uitgebreid, te meer omdat de term “vloeroppervlak” zowel kan slaan op de bouwtechnische invulling als op de functioneel beschikbare ruimte.

Daarenboven moet mede rekening gehouden worden met de vragende context van het betrokken voorschrift waarbij de verwerende partij veeleer lijkt aan te geven wat zij zoekt qua optimalisaties voor de BAFO en waarbij andere passages in de BAFO-uitnodiging de inschrijvers veeleer lijken uit te nodigen om bijkomende oppervlakte te ontwikkelen, minstens daaraan aanpassingen te doen. In het kader van een onderhandelingsprocedure en gegeven

de context van de vraag, toont de verzoekende partij *prima facie* niet aan dat er sprake is van een voorschrift op straffe van onregelmatigheid waarvan iedere – zelfs minimale – afwijking zonder appreciatiemogelijkheid vanwege de aanbestedende overheid zou moeten leiden tot het weren van de BAFO van Sportoase. Zulks is nog minder het geval nu het te dezen slechts gaat om schetsontwerpen.

11. Voormelde redenen volstaan om te besluiten dat het middelonderdeel niet ernstig is. Bijgevolg bestaat er geen noodzaak om te onderzoeken of de verzoekende partij belang heeft bij haar grief.

Tweede onderdeel

12. Artikel 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad bepaalt dat “[w]instuitkeringen aan de aandeelhouders van de Projectvennootschap [...] te allen tijde [zijn] beperkt tot maximum 13% van het volstort maatschappelijk kapitaal en 3% op het niet-volstort kapitaal”.

In het middelonderdeel gaat de verzoekende partij er aan voorbij dat ook aan het niet-volstort kapitaal een winstuitkering van 3% verbonden is. Bijgevolg is de winstuitkering volgens de bepalingen van de Gunningsleidraad niet beperkt tot 65.000 euro maar mag ze maximaal 80.000 euro bedragen. In zoverre de verzoekende partij aanvoert dat een winstuitkering van 75.000 euro hoger is dan het maximum toegelaten bedrag van de Gunningsleidraad, mist haar kritiek feitelijke grondslag.

13. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

14. Artikel 8.3.1.2. “Infrastructuur” van de Gunningsleidraad bepaalt onder meer dat de inschrijver zal instaan voor “[d]e realisatie van de buitenaanleg met een buitenspeeltuin, grenzend aan de cafetaria, en ingebed in de

door de Opdrachtgever gewenste recreatieve structuur voor de Mandel (zie 8.2.3 recreatieve structuur de Mandel); [...]”. Uit de bewoordingen van artikel 3.4.2.1 van de Gunningsleidraad volgt dat het voldoen aan het “Verplicht Programma” een essentiële besteksbeplating is.

De Raad van State stelt vast dat in de basisofferte en meetstaat van Sportoase een buitenspeeltuin, met onder meer evenwichtsbalken, steltenpaar en stapstenen, was voorzien. De omstandigheid dat het lijkt te gaan om een zone voor speelnatuur met houten speeltuigen, levert *prima facie* geen schending op van artikel 8.3.2.1 van de Gunningsleidraad omdat deze bepaling geen inhoudelijke eisen lijkt te stellen aan de buitenspeeltuin. Waar het verslag van nazicht stelt dat in de basisofferte van Sportoase “[d]e gevraagde volwaardige buitenspeeltuin ontbreekt”, heeft deze beoordeling betrekking op het gunningscriterium “technische en architecturale kwaliteit” en valt er niet uit af te leiden dat geen buitenspeeltuin werd aangeboden, zoals trouwens wordt bevestigd door de neergelegde brieven van 11 april 2016 en 15 april 2016.

15. Het derde onderdeel is niet ernstig.

Vierde onderdeel

16. Overeenkomstig artikel 7.3.1.1 van de Gunningsleidraad dient de opdrachtnemer zelf in te staan voor de rekrutering en de bezoldiging van het personeel. Het aantal personeelsleden moet steeds “in overeenstemming zijn met de geldende wetgeving (zie onder meer rubriek 5.32.9.2.2, § 3, van Vlarem). Eventueel kan met de sportclubs overeengekomen worden dat “deze zelf instaan voor het ter beschikking stellen van redders voor de perioden waar de clubs gebruik maken van het Zwembad”.

Artikel 5.32.9.2.2, § 3, van Vlarem II stelt een aantal veiligheidsvoorschriften vast die gelden bij de exploitatie van overdekte circulatiebaden. De voor de beoordeling van het middelonderdeel relevante punten van deze bepaling luiden als volgt :

“3° De baders staan onder rechtstreeks en constant toezicht van ten minste één redder, die zich uitsluitend aan deze activiteit wijdt en zich permanent in de buurt van de kaden bevindt. Het toezicht is aangepast aan het type van installatie en aan de bezettingsgraad van het zwembad.

Het minimum aantal toezichthoudende personen, waarvan ten minste de helft redder zijn, wordt bepaald volgens de volgende formule (afronden naar beneden):

a) voor de eerste 150 baders:

$$\text{aantal toezichthoudende personen} = \frac{\text{aantal baders} + 1}{50}$$

b) daarboven, per 150 baders meer, 1 toezichthoudend persoon extra.

Tenminste de helft (afgerond naar boven) is redder.

Deze regel geldt niet voor baders in baden van minder dan 50 cm diepte.

4° Bij ieder afzonderlijk bad of risicozone staat ten minste 1 toezichthoudend persoon, ongeacht het resultaat van de in deze paragraaf vermelde formule.”

Paragrafen 3bis en 3ter van voormelde bepaling laten toe om onder bepaalde voorwaarden af te wijken van het aantal redders en toezichters en om een lesgeefactiviteit te combineren met de functie van toezichthoudend persoon.

17. De berekening van het aantal vereiste redders volgens de Vlare II-voorschriften hangt af van een aantal parameters waarvan, rekening houdend met de specifieke kenmerken van de zwembadinfrastructuur en wijze van exploitatie, kan worden afgeweken. Bezwaarlijk kan de Raad van State in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid uitspraak doen over de vraag of de gekozen inschrijver in dat licht voldoende redders inzet, nu dit een volledig inzicht veronderstelt van de zwembadinfrastructuur en de wijze van exploitatie.

Voorts wordt vastgesteld dat de verzoekende partij de bewering dat de gekozen inschrijver een onvoldoende aantal redders vooropstelt in wezen steunt op haar eigen situatie waarbij 15 VTE redders noodzakelijk zouden zijn om haar zwembad in overeenstemming met de voorschriften van Vlare II te kunnen exploiteren. Daarbij gaat zij voorbij aan het feit dat haar situatie niet zonder meer getransponeerd kan worden naar het ontwerp van de gekozen inschrijver, alleen al omdat uit artikel 5.32.9.2.2, van Vlare II blijkt dat verscheidene factoren, zoals de concrete eigenschappen van het ontwerp en de

organisatie van de zwembaden en de recreatiezone, een aanzienlijke invloed hebben op het voorgeschreven aantal redders. De omstandigheid dat het recreatief deel van het zwembad “gelijkwaardig” wordt geacht, houdt niet noodzakelijk in dat de oppervlaktes, dieptes, ligging, risicozone’s, gezichtsvelden en reddersposten dezelfde zijn.

Met de niet onderbouwde stelling dat er “gegronde redenen bestaan” om aan te nemen dat het aantal voorziene redders door de gekozen inschrijver niet in overeenstemming is met de toepasselijke regelgeving, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de verwerende partij redelijkerwijze enkel kon oordelen dat 8,59 VTE redders niet zou kunnen volstaan voor het door de gekozen inschrijver voorgestelde zwembadcomplex.

In zoverre de verzoekende partij specifiek kritiek uitbrengt op de “vlakke en *hands-on* personeelsstructuur” die de gekozen inschrijver zou toepassen, toont zij niet aan dat bij 8,59 VTE redders sprake zou zijn van een “structurele onderbemanning” en evenmin waarom de centrummanager en de zwembadmanager, ook al hebben zij eigen taken, nooit zouden kunnen inspringen. Ook maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat het gebruik van actieve toezichters specifiek voor scholen en groepen, van lesgevers en animatoren voor groep- en zwemlessen, van gediplomeerde jobstudenten tijdens vakantieperiodes, noodzakelijk leidt tot een bijkomende personeelskost. Voorts blijkt uit geen enkel gegeven dat Sportoase het engagement om conform de Vlarem II-voorschriften te exploiteren, niet reeds in haar basisofferte en BAFO zou hebben aangegaan. Waar de verzoekende partij erop wijst dat de niet-toename van het aantal redders “onlogisch” is omdat het recreatief programma in de BAFO van Sportoase werd uitgebreid, geldt opnieuw de vaststelling dat de veelheid en complexiteit van de in artikel 5.32.9.2.2 van Vlarem II gehanteerde parameters er niet noodzakelijk toe leidt dat deze aanpassingen nopen tot een verhoging van het aantal redders.

De bestreden beslissing moet, teneinde te voldoen aan de formelemotiveringsplicht die de verzoekende partij afleidt uit de artikelen 2 en 3

van de motiveringswet, de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen; die motivering moet afdoende zijn teneinde de belanghebbende in staat te stellen terdege te oordelen of het zin heeft zich tegen de beslissing te verweren met de middelen die het recht hem ter beschikking stelt. *Prima facie* wordt niet aangenomen dat de verwerende partij de conformiteit van de offerte van Sportoase met artikel 5.32.9.2.2. van Vlarem II formeel had moeten motiveren wanneer zij omtrent de regelmatigheid van de offerte blijkbaar geen vragen had.

18. Het vierde onderdeel is niet ernstig.

Conclusie

19. Het eerste middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

20. De verzoekende partij steunt een tweede middel op de schending van artikel 25, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006, van artikel 107 van het koninklijk besluit ‘Plaatsing’ van 15 juli 2011, van de punten 3.1, 3.4.3.1, 3.4.3.2, 3.4.3.3 en 3.4.3.4 van de Gunningsleidraad, in samenhang met het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, van het transparantiebeginsel, van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, inzonderheid het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”.

In dit middel, dat bestaat uit vier onderdelen, betoogt de verzoekende partij in essentie dat de beoordeling van de offertes op basis van de vier *subcriteria* van het derde gunningscriterium “Financieel criterium” op een foutieve en onwettige wijze heeft plaatsgevonden.

In een eerste onderdeel stelt de verzoekende partij dat de verwerende partij de omstandigheid dat het door Sportoase voorgestelde aantal redders “meer dan waarschijnlijk niet met artikel 5.32.9.2.2 § 3 van Vlarem II in overeenstemming is”, niet in aanmerking heeft genomen bij de beoordeling van het *subgunningscriterium* “algemene werkingssubsidie” terwijl het verschil van 6,41 VTE tussen het door haar en Sportoase voorgestelde aantal redders aan de basis ligt van de afwijkende financiële voorwaarden in de betrokken BAFO’s. De kost van 1 VTE redder bedraagt circa 40.000,00 euro per jaar en door slechts 8,59 VTE aan redders te voorzien, kon Sportoase een exploitatiekost opgeven die circa 240.000,00 euro/jaar lager ligt, een lagere algemene werkingssubsidie voorstellen, en bijgevolg een hogere score voor het dienovereenkomstige *subcriterium* behalen. In het vierde onderdeel van het eerste middel werd echter aangetoond dat de 8,59 VTE redders die Sportoase in haar basisofferte en BAFO heeft opgegeven “meer dan waarschijnlijk niet in overeenstemming met artikel 5.32.9.2.2 § 3 van Vlarem II kan zijn”. De verwerende partij heeft die onregelmatigheid ten onrechte niet vastgesteld en bijgevolg de impact van die onregelmatigheid op de door deze inschrijver voorgestelde algemene werkingssubsidie evenmin onderkend. Deze beoordelingsfout impliceert dat de 13 punten die Sportoase voor het *subgunningscriterium* “algemene werkingssubsidie” behaalde, niet kunnen worden “weerhouden”. Minstens diende de verzoekende partij die een Vlarem-conforme redderbezetting heeft voorgesteld voor dit *subcriterium* een hogere score dan Sportoase te krijgen.

De verzoekende partij betoogt in een tweede onderdeel dat de verwerende partij de betekenis van het *subgunningscriterium* “Garanties en financiële zekerheden” heeft gewijzigd door “de solvabiliteit en ebitda van aannemer Furnibo” bij de beoordeling van haar offerte te betrekken. Daardoor heeft zij in strijd met het *patere legem* beginsel, het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel gehandeld. Zodoende heeft de verwerende partij elementen in aanmerking genomen die niet de door de inschrijvers geboden “Garanties en financiële zekerheden” betreffen, maar wel de economische en de financiële draagkracht en de technische bekwaamheid van de inschrijvers en heeft zij dit *subgunningscriterium* zo toegepast dat het in feite een selectiecriterium betreft.

Minstens heeft de verwerende partij dit *subgunningscriterium* foutief beoordeeld door in het verslag van nazicht te erkennen dat de verzoekende partij vermeende onduidelikheden in haar BAFO heeft opgehelderd maar vervolgens voor dit criterium opnieuw slechts 2,5 punten toe te kennen. De verwerende partij heeft in het verslag van nazicht nagenoeg geen aandacht besteed aan de garanties en financiële zekerheden die door de verzoekende partij in haar BAFO werden aangeboden. Deze garanties en financiële zekerheden zijn veel concreter dan het voorstel dat Sportoase voor dit *subgunningscriterium* heeft geformuleerd.

In een derde onderdeel werpt de verzoekende partij in essentie op dat de verwerende partij het *subgunningscriterium* “Investeringswaarde” op foutieve wijze heeft beoordeeld doordat zij geen rekening heeft gehouden met het casco bowlinggebouw in haar offerte. Volgens het verslag van nazicht bedraagt de investeringswaarde 18.372.000 euro, hetgeen voor het *subgunningscriterium* “Investeringswaarde” leidde tot een score 11,29 punten op 15. Dit bedrag houdt evenwel geen rekening met het casco bowlinggebouw dat in het businessplan op 910.000 euro wordt gewaardeerd. Bij gunning van de opdracht aan de verzoekende partij brengt artikel 6.19 van de Gunningsleidraad mee dat het bowlinggebouw, dat deel uitmaakt van het Eigen Programma van de verzoekende partij, na afloop van de PPS-overeenkomst en de overeenkomst houdende de vestiging van een recht van opstal, eigendom van de verwerende partij zal worden zonder dat deze daarvoor een vergoeding verschuldigd zal zijn. De (casco) waarde van het bowlinggebouw maakt dus onmiskenbaar deel uit van de “waarde van het toekomstig stedelijk patrimonium” dat conform artikel 3.4.3.3 van de Gunningsleidraad, bij de beoordeling van het *subgunningscriterium* “Investeringswaarde” diende te worden geëvalueerd. De totale investeringswaarde zoals die in haar BAFO werd vooropgesteld bedraagt bijgevolg 19.282.000 euro, zodat zij voor dit *subgunningscriterium* een hogere eindscore diende te krijgen.

In een vierde onderdeel stelt de verzoekende partij dat het *subgunningscriterium* “Winstdeling” niet correct werd beoordeeld door voor beide basisoffertes de beoordeling “goed” (3,75 punten) te geven en deze scores

na de BAFO's te behouden, terwijl de offerte van Sportoase, anders dan het gunningsverslag stelt, niet “vergelijkbaar” is met deze van de verzoekende partij en het duidelijk is dat haar voorstel een (beduidend) hogere score had moeten krijgen. Op basis van de beschrijving in het verslag van nazicht is niet duidelijk hoe in de offerte van Sportoase de doelstellingen inzake de “opbouw van eigen vermogen”, “de aanleg van bijkomende provisionering” en de “investering in nieuwe initiatieven” zich ten opzichte van de winstuitkering verhouden, terwijl uit haar offerte “glashelder” blijkt dat het surplus voor 20% en ten belope van maximaal 700.000 euro als een impulsfonds wordt gereserveerd, dat de resterende 80% ten belope van maximaal 500.000,00 euro als een bufferreserve zal worden aangehouden en dat, indien er, na die oefening, nog winst zou overblijven, deze ten belope van respectievelijk 25% en 75% aan de verwerende partij en aan haarzelf worden uitgekeerd, met dien verstande dat haar uitkering, overeenkomstig punt 7.4.5.2 van de Gunningsleidraad, nooit meer dan 13% van het volstort maatschappelijk kapitaal en 3% van het niet-volstort kapitaal van de projectvennootschap zal bedragen. De offerte van Sportoase komt er eigenlijk op neer dat weliswaar een hogere winstdeelname in het vooruitzicht wordt gesteld, maar dat dit vanzelfsprekend pas het geval zal zijn van zodra jaarlijks daadwerkelijk meer dan 75.000 euro winst wordt gemaakt. De verwerende partij heeft niet onderzocht en maakt niet aannemelijk dat dit uitgangspunt realistisch is. Een eenvoudig onderzoek van de jaarrekeningen van de Sportoase-groep toont trouwens aan dat vergelijkbare exploitaties van deze groep geen dergelijke of vergelijkbare winsten opleveren. Afgezien van het voorgaande, is haar voorstel hoe dan ook voordeliger voor de verwerende partij. De uit te keren winstbedragen worden immers in percentages uitgedrukt, terwijl Sportoase de eerste schijf van de uit te keren winst op een forfaitair bedrag van 75.000 euro heeft vastgesteld.

Beoordeling

21. Het geschonden geachte artikel 25, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006, betreft de offerteaanvraag en lijkt te dezen dan ook niet van toepassing.

22. In overeenstemming met artikel 107, eerste lid, van het koninklijk besluit 'Plaatsing', wordt een overheidsopdracht bij een onderhandelingsprocedure gegund, hetzij aan de inschrijver die de laagste offerte heeft ingediend, hetzij aan de inschrijver die de offerte heeft ingediend die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid, rekening houdend met de gunningscriteria die met het voorwerp van de opdracht verband houden en die een objectieve vergelijking van de offertes op basis van een waardeoordeel mogelijk maken. Geen van de uitzonderingen in het tweede lid van voormelde bepaling is te dezen van toepassing. Ook artikel 3.1 van de Gunningsleidraad bepaalt dat de overeenkomst zal worden gesloten met de inschrijver die de meest voordelige offerte indiende, zoals dat blijkt uit de beoordeling van de offerte aan de hand van de in de Gunningsleidraad beschreven gunningscriteria.

23. 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.

Voorts vloeit uit het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* voort dat de aanbestedende overheid bij het doorvoeren van een inhoudelijke beoordeling van de 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. Daarbij dienen de inschrijvers ook gelijk behandeld te worden.

24. Te dezen ligt in de eindrangschikking een verschil van 8,55 punten tussen de eindscores van de verzoekende partij en van de gekozen inschrijver. De verzoekende partij draagt aldus de bewijslast om aannemelijk te maken dat haar grieven inzake de beoordeling van de gunningscriteria, indien ze ernstig zouden zijn, ertoe kunnen leiden dat haar offerte toch nog als voordeligste verschijnt, desgevallend na een volledig nieuwe beoordeling van alle offertes. Haar middelenonderdelen worden dan ook vanuit die invalshoek onderzocht.

Eerste onderdeel

25. Het middelonderdeel steunt op de premisse dat het door de gekozen inschrijver voorgestelde aantal redders “meer dan waarschijnlijk” niet tegemoetkomt van de reglementaire eisen van Vlarem II. Aangezien het vierde onderdeel van het eerste middel op dit punt niet ernstig werd bevonden, is ook dit middelonderdeel niet ernstig.

Voorts toont de verzoekende partij niet met inhoudelijke argumenten aan dat zij in ieder geval een hogere score had moeten krijgen voor het gunningscriterium “Algemene Werkingssubsidie” omdat Sportoase het aantal redders zou hebben onderschat.

26. Het eerste onderdeel is niet ernstig. Bijgevolg bestaat er geen noodzaak om te onderzoeken of de verzoekende partij belang heeft bij haar grief.

Tweede onderdeel

27. Uit het verslag van nazicht blijkt *prima facie* niet dat het aspect “solvabiliteit en ebitda” van de nv Bouwbedrijf Furnibo als dusdanig aan de basis ligt van de beoordeling “voldoende”, maar lijkt dit veeleer een reden geweest te zijn om verduidelijking te vragen in welke mate de aandeelhouders van de projectvennootschap bijkomende waarborgen kunnen verlenen die het onderschreven kapitaal van de projectvennootschap te boven gaan en wie in de projectvennootschap uiteindelijk het financiële risico draagt. Er kan dan ook niet worden aangenomen dat het betrokken *subcriterium* werd gewijzigd of dat het geen verband houdt met het voorwerp van de opdracht. Voorts gaat de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsvrijheid niet te buiten door mede belang te hechten aan de toestand van één van de oprichters van de projectvennootschap. De verzoekende partij toont evenmin aan dat de verwerende partij bij haar beoordeling “doorslaggevend belang” heeft gehecht aan de financiële situatie van de nv Bouwbedrijf Furnibo.

In de mate dat de verzoekende partij aanvoert dat bij de beoordeling van dit *subgunningscriterium* niet mocht verwezen worden naar “de omstandigheid dat, met uitzondering van het opstartdossier (Leuven), analoge exploitaties nog geen aanleiding hebben gegeven tot verzoeken om de gemeentelijke bijdragen te verhogen”, wordt niet aangenomen dat de solvabiliteit van de oprichters van de projectvennootschap of het feit dat de gemeentelijke bijdragen in andere exploitaties niet moesten worden verhoogd, geen garanties kunnen zijn. Evenmin staat vast dat zulks geen verband kan houden met het voorwerp van de opdracht of de inhoud van de offerte. Het element van de “gemeentelijke bijdragen” lijkt veeleer gebruikt als element ter beoordeling van de inhoud en het betrouwbaar karakter van het financieel plan en lijkt bijgevolg niet samen te vallen met de beoordeling van de bekwaamheid van een kandidaat in het algemeen, maar onderdeel van de beoordeling van de inhoud van de offerte. Ook het element inzake de “solvabiliteit van de oprichters van de projectvennootschap”, slaat niet op de bekwaamheid van de kandidaten in het algemeen maar is een element van de offerte.

Met betrekking tot de kritiek van de verzoekende partij dat het *subgunningscriterium* “garanties en financiële zekerheden” foutief werd beoordeeld en zij in elk geval voor dit *subcriterium* een hogere score dan Sportoase had moeten krijgen, geldt vooreerst de vaststelling dat met de achtergestelde lening ten belope van 500.000 euro wel degelijk rekening werd gehouden bij de beoordeling van de BAFO. Voorts werd het voorgestelde impulsfonds waarin eventuele winst, na aanvulling van eventuele verliezen, ten belope van 20% en maximum 700.000 euro zal worden aangehouden en de reservatie van de resterende 80% aan winst, als bufferreserve, tot maximum 500.000 euro, beoordeeld bij het *subcriterium* “Winstdeling”. Uit de beoordeling van de offerte van Sportoase blijkt ten slotte niet dat deze louter beperkt is tot een verwijzing naar de “notoriëteit” van de groep.

28. Het tweede onderdeel is niet ernstig.

Derde onderdeel

29. Volgens de verzoekende partij leidt het verschil tussen een investeringswaarde van 18.372.000,00 euro of 19.282.000,00 euro tot een puntenverschil van 0,57 zijnde 11,85 ten opzichte van de toegekende 11,29. In de gegeven context heeft zij geen belang bij deze grief op zich omdat het ernstig bevinden ervan niet impliceert dat het totale puntenverschil van 8,55 wordt goedge maakt en de rangschikking wordt gewijzigd. Aangezien het eerste onderdeel van dit middel niet ernstig werd bevonden en, zoals hierna zal blijken, evenmin wordt besloten tot de ernst van het vierde onderdeel, heeft de verzoekende partij geen belang bij deze grief, zelfs indien deze samen zou worden genomen met het tweede onderdeel.

Vierde onderdeel

30. In het verslag van nazicht wordt de basisofferte van de verzoekende partij met betrekking tot het *subcriterium* “Winstdeling”, omschreven in artikel 3.4.3.4 van de Gunningsleidraad, als volgt beoordeeld :

“De winst dient vooreerst tot aanvulling van eventuele verliezen. De surplus wordt voor 20% gereserveerd als impulsfonds 20% (tot max. 700.000 Euro). De overige 80% dient tot bufferreserve tot maximum 500.000 Euro. Het surplus wordt uitgekeerd ten belope van 25% als *ristorno* voor de stad Roeselare en 75% voor het Consortium (beperkt tot 13% + 3%).

De inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar. Ze doen meer dan het bestek. Enkel Willemen scoort hier minder goed.”

Voor Sportoase luidt die beoordeling :

“De winst dient eerst tot aanzuivering van historische verliezen, het verder opbouwen van het eigen vermogen, het aanleggen van bijkomende provisionering, investering in nieuwe initiatieven. Pas na overleg met de opdrachtgever zal worden overgegaan tot winstuitkering als volgt:

- eerste 75% winst voor Groep Sportoase
- rest 60% inschrijver - 40% stad Roeselare

De inschrijvingen van S&R, Sportoase en Furnibo zijn hier vergelijkbaar. Ze doen meer dan het bestek. Enkel Willemen scoort hier minder goed.”

Beide krijgen de quotering “goed” en 3,75 op 5. Deze score wordt na de BAFO niet aangepast.

31. *Prima facie* blijkt niet waarom de verwerende partij niet in redelijkheid van oordeel kon zijn dat beide offertes op dit punt vergelijkbaar zijn nu beide inschrijvers eerst voorzien in de opbouw van provisies en reserves en daarna in verdeelsleutels voor de eventuele uitkering, waarbij het percentage ten voordele van de verwerende partij gunstiger is bij de gekozen inschrijver maar deze anderzijds wel in een eigen eerste afname voorziet indien tot winstuitkering wordt beslist. Waar de verzoekende partij aanvoert dat op basis van de beschrijving in het verslag van nazicht niet duidelijk is hoe bij de gekozen inschrijver de doelstellingen inzake de “opbouw van eigen vermogen”, “de aanleg van bijkomende provisionering” en de “investering in nieuwe initiatieven” zich ten opzichte van deze winstuitkering verhouden terwijl de eigen offerte op deze punten wel duidelijk zou zijn, toont zij niet aan waarom zulks tot een ander oordeel zou moeten leiden, alleen al omdat blijkens de offerte deze aanwendungen samen met de jaarrekeningen worden besproken met de verwerende partij.

Door de enkele verwijzing naar de resultaten van andere projectvennootschappen van de groep Sportoase, toont de verzoekende partij niet aan dat een winst van 75.000 euro onrealistisch is, temeer omdat het als aannemelijk voorkomt dat een winstuitkering afhankelijk is van tal van andere strategische en financiële keuzes van de vennootschap in kwestie. Ten slotte heeft de verwerende partij de grenzen van haar beoordelingsbevoegdheid niet overschreden door te oordelen dat de offertes gelijkwaardig zijn ook al wordt in de offerte van de gekozen inschrijver een eerste forfaitair winstbedrag van 75.000 euro voorgesteld en geen percentage.

32. Bijgevolg is ook het vierde onderdeel niet ernstig.

Conclusie

33. Het tweede middel is niet ernstig.

VIII. Besluit

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

IX. Rechtsplegingsvergoeding

35. De verwerende partij vraagt de verzoekende partij te veroordelen tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 1.400 euro.

36. Zij brengt echter geen concrete aan de zaak eigen argumenten bij om haar vraag tot het toekennen van het bedrag van 1.400 euro te verantwoorden. Er is dan ook geen reden om over te gaan tot een verhoging van het basisbedrag van de rechtsplegingsvergoeding.

