

MINISTERIEEL BESLUIT HOUDENDE Vernietiging van het besluit van het Directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf van Essen van 6 mei 2010 in zoverre het betrekking heeft op de goedkeuring van de concessieovereenkomst tussen het AGB en de BVBA Sportpark Hemelrijk, vennootschap in oprichting.

ABBRW - DBS - 10 - 8383

Gelet op het Gemeentedecreet van 15 juli 2005, meer bepaald op de artikelen 205, en 248 tot en met 261;

Gelet op het besluit van de Vlaamse Regering van 13 juli 2009 tot bepaling van de bevoegdheden van de leden van de Vlaamse Regering, gewijzigd bij Besluit van de Vlaamse Regering van 24 juli 2009, 4 december 2009, 6 juli 2010 en 7 juli 2010;

Gelet op het besluit van het directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf van Essen van 6 mei 2010 in zoverre het betrekking heeft op de goedkeuring van de concessieovereenkomst tussen het AGB en de bvba Sportpark Hemelrijk, vennootschap in oprichting;

Gelet op het schorsingsbesluit van 22 oktober 2010 van de gouverneur van de provincie Antwerpen;

Gelet op het handhavingbesluit van het AGB van 8 december 2010;

Overwegende dat de gouverneur van de provincie Antwerpen overging tot schorsing om volgende redenen:

"Overwegende dat de heer Tom Bevers stelt dat in de concessieovereenkomst de energiekosten van de nieuwe sporthal ten onrechte worden doorgerekend aan het AGB;

Overwegende dat volgens de klager deze doorrekening van kosten, die de financiële positie van het AGB in gevaar zou kunnen brengen, niet voorzien is in de samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en het AGB;

Overwegende dat in artikel 7 van de concessieovereenkomst de wijze van berekening van de concessievergoeding, die uit een vast en een variabel gedeelte bestaat, wordt vastgelegd;

Overwegende dat volgens artikel 8 van de concessieovereenkomst zowel de vaste als de variabele concessievergoeding betaalbaar zijn in maandelijks schijven;

Overwegende dat in artikel 7 van de concessieovereenkomst gesteld wordt dat de berekening van de concessievergoeding tevens steunt op het doorrekenen van de energiekosten aan het AGB;

Overwegende dat deze doorrekening van de energiekosten echter niet voorzien werd in de "samenwerkingsovereenkomst oprichting en exploitatie sporthal/exploitatie buitensportinfrastructuur - bijlage bij het besluit van de Raad van Bestuur dd. 22 februari 2008";

Overwegende dat het AGB in zijn repliek op de klacht van de heer Bevers argumenteert dat de financiële positie van het AGB hoegenaamd niet in gevaar zou kunnen worden gebracht, daar het doorrekenen van de energiekosten tot gevolg heeft dat de jaarlijkse concessievergoeding ten gunste van het AGB zal stijgen waardoor het AGB op veel snellere wijze meer inkomsten zal genereren;

Overwegende echter dat de onmiddellijke doorbetaling door het AGB van de door de concessionaris aan het AGB meegedeelde energiekosten een vorm van prefinanciering ten gunste van de concessionaris betekent, die niet enkel potentieel risicovol is voor de financiële positie van het AGB maar tevens een ongerechtvaardigde begunstiging van de huidige concessionaris kan inhouden tegenover eventuele andere gegadigden voor de concessie, die ten tijde van het uitschrijven van de concessie wellicht niet van deze mogelijkheid tot prefinanciering op de hoogte zijn geweest;

Overwegende immers dat het bestek van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor de opdracht tot het ontwerpen, bouwen en exploiteren van een sporthal op blz. 11 onder de rubriek "Wijze van gunnen van de opdracht" melding maakt van de diverse gunningscriteria, waaronder de door de concessionaris aangeboden concessievergoeding;

Overwegende dat onder het tweede gedachtenstreepje van punt b sprake is van "- De variabele concessievergoeding betaald door de concessiehouder aan het opdrachtgevend bestuur, uitgedrukt als percentage van de jaarlijks gerealiseerde omzet uit de exploitatie van de cafetaria, de indoor sportinfrastructuur en de outdoor sportinfrastructuur";

Overwegende dat in deze passage van het bestek, in tegenstelling tot artikel 7 van de concessieovereenkomst, de variabele concessievergoeding niet in verband wordt gebracht met het doorrekenen van kosten aan het AGB;

Overwegende dat het bestaan van dit financiële risico voor het AGB ten overvloede blijkt uit de voorlaatste alinea van artikel 7 van de concessieovereenkomst, volgens welke de concessiehouder, bij laattijdige betaling van de energiekosten door het AGB, gerechtigd zal zijn op integrale terugbetaling van alle door deze laattijdigheid veroorzaakte intresten en/of schadebedingen en /of andere kosten;

Overwegende dat het directiecomité, door zijn goedkeuring te hechten aan de concessieovereenkomst, gehandeld heeft in strijd met de tussen de gemeente en het AGB gesloten samenwerkingsovereenkomst en met het bovenvermelde bestek van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking;

Overwegende dat de besluitvorming van het directiecomité bijgevolg strijdig is met het recht;

Gelet op artikel 255 van het gemeentedecreet;"

Overwegende dat het AGB zijn handhaving van 8 december 2010 aldus verwoordt:

"Het AGB Essen wenst middels voorliggende nota haar besluit van 06.05.2010 te rechtvaardigen en verzoeken aan Uw Vlaamse Regering om niet tot vernietiging over te gaan van het geschorste besluit.

I. IN FEITE

1.- Uitgangspunten

1.- De Gemeente Essen heeft in 2002 een behoeftepeiling uitgevoerd waaruit bleek dat er dringend nood was aan bijkomende sportinfrastructuur (STUK).

Het is duidelijk dat de huidige infrastructuur (met name de Heuvelhal) niet langer voldoet aan de sportieve noden/behoefte van de Essense burgers.

Voor iedereen was duidelijk dat er nieuwe sportinfrastructuur moest komen en dit, zo besliste men in 2004 (STUK), liefst in sportpark Hemelrijk waar een synergie kan tot stand gebracht worden met thans bestaande sportieve en recreatieve infrastructuur (tennisreinen, atletiek, basketbal, voetbal, kleedkamers, volleybal ...).

2.- Gelet op de beperktere financiële mogelijkheden werd gekozen voor een maximaal kostenefficiënte, functionele invulling.

Zo werd het maximumbedrag voor de bouw van de sporthal, de aanleg van de omgevingswerken, de (her)aanleg van de tennisreinen en de parking vastgelegd op 2.750.000 EUR excl. BTW (zie eerste samenwerkingsovereenkomst tussen gemeente en AGB, STUK).

3.- Benevens de bouw van de sportinfrastructuur was/is het voor de Gemeente ook belangrijk dat één en ander efficiënt, deftig en op continue wijze wordt geëxploiteerd.

Het is daarbij geen kerntaak van de Gemeente om te voorzien in een exploitatie van dergelijke infrastructuur, noch is er voldoende mankracht en know-how aanwezig binnen het gemeentebestuur.

Desalniettemin zet de Gemeente in op een continuë dienstverlening.

Vandaar werd er geopteerd voor het afsluiten van een concessieovereenkomst met een private partij inhoudende de uitbating van de sporthal met aanhorigheden (cafeteria, ...). Op deze wijze kan de Gemeente de finale beslissingsmacht in eigen handen houden en afdoende controle uitoefenen op de kwaliteit en continuïteit van de exploitatie.

4.- Teneinde schaal- en efficiëntievoordelen te genereren en maximaal te putten uit de ervaring van private marktpartijen werd dan ook besloten om de private markt te vragen in te stappen in een geïntegreerd project (meer bepaald het ontwerp en de bouw van de infrastructuur, gekoppeld aan de exploitatie). Op die manier was het voor de toekomstige exploitant mogelijk om reeds vanaf de ontwerpfase de aannemer mee te sturen teneinde een zo optimaal mogelijk exploitatiescenario te genereren.

Gelet al deze vereisten werd geopteerd voor het gunnen van een DBMO-opdracht aan de meest voordelige inschrijver.

5.- Er werd daarenboven geopteerd om het project vorm te geven / aan te besteden via het Autonoom Gemeentebedrijf Essen (hierna AGB).

Een "exploitatie"/concessie via het AGB kon immers een BTW-besparing opleveren van 21 % op de totale bouwkost.

Hieromtrent werd uiteindelijk ook een ruling bekomen mits het respecteren van een aantal voorwaarden. Zo is het belangrijk dat er naast een vaste concessievergoeding wordt voorzien in een variabele concessievergoeding die de forfaitaire vergoeding kan overtreffen (STUK).

2.- Beheersovereenkomst/samenwerkingsovereenkomst mbt voorliggend project

6.- De beheersovereenkomst 2007-2013 (STUK) afgesloten tussen de gemeente Essen en het AGB Essen (bijlage bij het besluit van de Raad van Bestuur dd. 19.06.2007) bepaalt in artikel 4 het volgende:

Artikel 4 – Projecten in samenwerking met de gemeente

Het bedrijf werkt in overleg en samenwerking met de gemeente aan het initiëren en het realiseren van minstens volgende projecten in de gemeente Essen:

(...)

- Sporthal sportpark – multifunctionele sporthal (sport);

Artikel 5 stelt dat de partijen na overleg een samenwerkingsovereenkomst dienen af te sluiten voor de projecten vermeld in artikel 4, waaronder voorliggend project.

Hoofdstuk 5 van de beheersovereenkomst betreft de algemene financiering van het AGB.

Artikel 14 stipuleert meer bepaald het volgende:

Teneinde de globale openbare dienstverlening door het bedrijf voortdurend te kunnen waarborgen kan de gemeente aan het bedrijf een dotatie toekennen in geval bij de goedkeuring van de jaarrekening een verlies blijkt uit de jaarrekening. De toekenning van deze dotatie is een opportuniteitsbeoordeling van de gemeente. Het bedrijf heeft geen subjectief recht op deze dotatie.

Deze dotatie stemt overeen met het werkingstekort van het jaar (rubriek "XIII Te verwerken verlies van het boekjaar" uit de resultatenrekening). Dit werkingstekort heeft enkel betrekking op de exploitatie en bestaat uit het resultaat van het boekjaar (exclusief de meerwaarden bij de realisatie van vaste activa) + niet-kaskosten verminderd met niet-kasopbrengsten + inkomsten zonder effect op de resultatenrekening verminderd met uitgaven zonder effect op de resultatenrekening). Het aldus bekomen werkingstekort wordt aangepast met de correcties op de tussenkomst van de Gemeente in de vorige jaren.

Deze dotatie wordt in voorkomend geval door de gemeente om niet gegeven aan het bedrijf. De dotatie is geen vergoeding voor een geleverde dienst of een levering aan de gemeente of aan derden.

Het bedrag van deze tussenkomsten wordt jaarlijks ter goedkeuring aan de gemeenteraad voorgelegd naar aanleiding van de mededeling aan de gemeenteraad van de jaarrekening van het bedrijf en de jaarlijkse evaluatie van de beheersovereenkomst door de gemeenteraad.

De gemeente stort deze tussenkomst binnen de 90 dagen na de hierboven bedoelde goedkeuring door de gemeenteraad.

Het is immers uiteraard de bedoeling dat het AGB een continue dienstverlening kan garanderen.

7.- Middels een eerste samenwerkingsovereenkomst (bijlage bij het besluit van de Raad van Bestuur dd. 22.02.2008) worden tussen de gemeente en het AGB afspraken gemaakt inzake de oprichting en exploitatie van de sporthal evenals de exploitatie van de buiteninfrastructuur in het gemeentelijk sportpark Hemelrijk.

Tevens wordt tussen partijen een tweede samenwerkingsovereenkomst (STUK) afgesloten voor de buitenterreinen van het Sportpark Hemelrijk.

Het AGB wordt bijgevolg "gelast met de oprichting van een sporthal volgens het stelsel 'design build maintain operate' waarbij via een onderhandelingsprocedure met bekendmaking het ontwerp, de bouw, het onderhoud en de uitbating van binnen- en buitensportinfrastructuur wordt uitgegeven.

De buitensportinfrastructuur behelst een atletiekpiste, een voetbalterrein en een polyvalent terrein/basketbalterrein" (artikel 4 eerste samenwerkingsovereenkomst).

Artikel 7 van de eerste samenwerkingsovereenkomst bepaalt dat "het bedrijf ertoe gehouden is de investering te beperken tot 2.750.000 euro, inhoudende de bouw van de sporthal alsook de omgevingswerken met inbegrip van de aanleg van voldoende parkeerplaatsen van in totaal 130 parkeerplaatsen, de oprichting van een overdekte fietsstalling en het uitvoeren van herstelwerken aan het park."

Artikel 12 van de eerste samenwerkingsovereenkomst stipuleert tevens dat de gemeente verplicht is om jaarlijks een werkingssubsidie toe te kennen aan het AGB, dewelke gelijk is aan het negatieve verschil tussen de volgende grootheden:

- De effectief ontvangen forfaitaire en variabele concessievergoedingen;
- De effectief betaalde intresten en kapitaalsaflossingen met betrekking tot het krediet;

Dit artikel bepaalt nergens op welke wijze de concessievergoedingen dienen te worden berekend.

Bovendien bevat de samenwerkingsovereenkomst voor het overige niets omtrent andere kosten die ten laste kunnen worden genomen door het AGB. Dienaangaande werden geen beperkingen ten opzichte van het AGB gestipuleerd.

3.- Het objectieve en transparante karakter van de voorliggende gunningsprocedure

8.- Uit de stukken blijkt dat de gunningsprocedure (middels onderhandelingsprocedure met bekendmaking), hierin versterkt door het speerpuntkarakter en het grote belang van dit dossier, steeds maximaal democratisch en transparant werd gevoerd / bewaakt.

De wijze waarop de Gemeente met haar verzelfstandigd orgaan het AGB omgaat, spreekt daarbij boekdelen.

Niet enkel is de samenstelling van de organen van het AGB een afspiegeling van deze van Gemeenteraad en College. Daarenboven wordt de samenwerking en controle tussen beide entiteiten gereguleerd via een algemene beheersovereenkomst, waarna vervolgens per project een aparte samenwerkingsovereenkomst wordt afgesloten (in het kader van voorliggend project werden er twee samenwerkingsovereenkomsten afgesloten).

De gemeenteraadsleden zijn op deze wijze steeds volledig op de hoogte van de plannen en de concrete uitgangspunten en achtergronden van de verschillende projecten.

9.- De huidige procedure werd in alle openheid en met de meeste aandacht voor gelijkheid en objectiviteit georganiseerd.

Op 22 december 2008 keurde het directiecomité van het AGB) het bijzonder bestek goed voor de in de titel van deze nota vermelde opdracht (STUK).

Die aankondiging van dit bestek (via de onderhandelingsprocedure met bekendmaking) werd Europees en nationaal gepubliceerd (STUK).

Alle belangstellende kandidaten werden als geselecteerd weerhouden en ontvingen aldus een kopie van het bijzonder bestek.

Uiteindelijk dienden slechts twee kandidaten een basisofferte in.

10.- Deze twee resterende inschrijvers werd een zeer transparante procedure geboden (basisofferte, toelichting van deze offerte, onderhandelingen, indienen van een BAFO, keuze voor de preferred bidder, dooronderhandelingen, respecteren van de standstill ..., zoals deze ook op Vlaams niveau ondertussen maximaal ingang heeft gevonden.

Het ganse gunningstraject werd bewaakt door een beoordelingscommissie. Zoals aangegeven in het bestek (pg. 14) werd de beoordelingscommissie (jury) samengesteld uit mensen met een uitgesproken deskundigheid op de relevante vakgebieden, te weten:

- de bedrijfsrevisor van het AGB, dhr. Meyers;
- een jurist, Mr. Laenen;
- een sportfunctionaris, dhr. De Cleyn;
- de voorzitter van de sportraad, dhr. Michiels;
- een bouwkundig ingenieur-architect, dhr. Wuyts,

die onder het voorzitterschap van de voorzitter van de Raad van Bestuur van het AGB, dhr. Van Tichelt, meermaals vergaderden (startvergadering op 25.05.2009).

Dhr. Lieven Deckers, afdelingshoofd vrije tijd bij het gemeentebestuur Essen, fungeerde als secretaris van deze jury.

In het bestek werd eveneens vooropgesteld dat een afgevaardigde van de Vlaamse Bouwmeester in de jury zou worden opgenomen. Vanuit deze instantie werd echter op het verzoek van het AGB niet ingegaan.

Wel werd bijkomend een vertegenwoordiger van de Vereniging van Openbaar Groen aangeduid, te weten dhr. Ampe.

De jury kwam voor dit project meermaals samen.

De juryverslagen (zie infra) getuigen van een grondige bestudering van de dossiers die resulteerden in een duidelijk en éénduidig advies, dat door de onderhandelingscommissie

(samengesteld door de voorzitter van het Directiecomité, een jurist Mr. Gysen en de Gemeentesecretaris de heer Frederickx) en vervolgens ook door het AGB gevolgd werd.

4.- De onderhandelingsprocedure met bekendmaking in concreto

11.- Zoals reeds aangehaald, werd in het kader van de onderhavige DBMO-opdracht voor het ontwerp, de bouw en de exploitatie van een sporthal evenals de aanleg van tennisterreinen in het domein Sportpark Hemelrijk te Essen door het AGB geopteerd voor het voeren van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking overeenkomstig artikel 17,§3, 2°, van de Overheidsopdrachtenwet dd. 24.12.1993.

Dit betreft een tweestapsprocedure, bestaande uit een selectiefase en een gunningsfase (waarin enkel de geselecteerden betrokken worden).

12.- In eerste instantie werd er middels aankondiging dd. 17.10.2008 dan ook gevraagd aan mogelijke belangstellenden om een kandidatuurstelling in te dienen.

De tekst van de aankondiging stelde dienaangaande onder meer het volgende:

Afdeling IV. Procedure

IV.1) Type procedure.

IV.1.1) Type procedure : Onderhandeling. De gegadigden zijn reeds geselecteerd : neen.

IV.1.2) Beperkingen op het aantal ondernemingen dat verzocht wordt in te schrijven of deel te nemen :

Beoogd aantal ondernemingen : 5

Objectieve criteria voor de selectie van het beperkt aantal gegadigden :

Om geselecteerd te kunnen worden, dienen de inschrijvers :

- op straffe van uitsluiting het RSZ-attest voor te leggen
- op straffe van uitsluiting voldaan te hebben aan de fiscale verplichtingen
- op straffe van uitsluiting een attest van de Rechtbank van Koophandel voor te leggen waaruit blijkt dat men zich niet bevindt in een toestand van faillissement, aangifte van faillissement, procedure voor gerechtelijk akkoord of vereffening, financiële onvermogenheid;
- een uittreksel uit het strafregister voor te leggen waaruit blijkt dat men niet veroordeeld is voor een misdrijf dat de professionele integriteit aantast;
- een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's voor te leggen.

De bekwaamheid van de aannemer van werken wordt beoordeeld op grond van :

1. zijn financiële en economische draagkracht :

- a. erkenning
- b. registratie

2. Zijn technische bekwaamheid :

- a. het bijbrengen van een lijst van werken uitgevoerd tijdens de laatste 5 jaar;
 - b. het bijvoegen van getuigschriften van goede uitvoering van de werken;
 - c. het aantonen van ervaringen over de voorbije 10 jaar door middel van referenties in de sector;
- De bekwaamheid van de concessiehouder wordt beoordeeld op grond van :

1. De geleverde bewijzen van scholing en de bekwaamheid van personen die de uitbating verzekeren. Deze bewijzen dienen diploma's, getuigschriften en de attesten te omvatten, waaruit de opleidingen en vormingen in de sector blijken;
2. De solvabiliteit van de concessiehouder, te bewijzen aan de hand van de laatste ingediende balans;
3. Referenties in de horecasector en/of de sportsector bepaald aan de hand van uitbatingen die als gelijkwaardig kunnen beschouwd worden. De referentielijst bevat de namen van instellingen, referentiepersonen en de aangeving van de periodes waarin men die bepaalde ervaring heeft opgedaan;

De bekwaamheid van de ontwerper/architect(enbureau) waarmee de tijdelijke vereniging samenwerkt, wordt beoordeeld op grond van :

1. het bijbrengen van referenties van de afgelopen 3 jaar, met vermelding van de aanbestedende dienst, het voorwerp van de opdracht, de uitgevoerde prestaties en de periode van uitvoering;

2. port folio en collage : beelden en foto's die relevant zijn voor de voorliggende opdracht en waaruit affiniteit met de opdracht kan afgeleid worden, evenals de conceptuele visie, de creativiteit en het synthetiserend vermogen van de ontwerper / architect;

IV.1.3) Beperkingen van het aantal ondernemingen tijdens de onderhandeling of de dialoog :
neen.

Gunningscriteria.

IV.2.1) Gunningscriteria : Economisch meest voordelige aanbieder, geleid op onderstaande criteria :

- 1 - prijs van ontwerp en bouw
- 2 - concessievergoeding
- 3 - financieel plan
- 4 - uitbatingsplan
- 5 - architecturale totaalvisie
- 6 - relatie met de gebruikers
- 7 - relatie met het opdrachtgevend bestuur
- 8 - uitvoeringstermijn

Er werden uiteindelijk vier kandidaten geselecteerd.

Deze werden allen uitgenodigd tot het indienen van een basisofferte op basis van het bijzonder bestek. De basisofferte diende uiterlijk op 03.04.2009 te worden ingediend.

13.- Uiteindelijk mocht het AGB twee basisoffertes ontvangen, nl. van de combinatie Pelikaan nv – Horeca Business bvba (de uiteindelijk begunstigde inschrijver) en van de combinatie Algemene Bouwonderneming Jos De Jong – bvba Roma.

Aan beide inschrijvers werd navolgend de mogelijkheid geboden om gedurende 1,5u hun basisofferte toe te lichten voor de jury (meer bepaald op 10.08.2009 en op 11.08.2009).

Naar aanleiding van deze toelichting werden aan beide inschrijvers vooraf reeds bijkomende verduidelijkingen gevraagd (schrijven van 15.07.2009 - STUK).

14.- Op basis van de basisoffertes en de verkregen toelichting/informatie werd op 23.10.2009 een eerste juryrapport voorgelegd aan de directiecomité (STUK). De jury adviseert in dit rapport om met beide inschrijvers verdere onderhandelingen aan te knopen teneinde tot een degelijke BAFO te komen.

15.- Na het voeren van uitgebreide onderhandelingen (in meerdere fasen) met beide inschrijvers werd de uiteindelijke offerte (BAFO) van de groep rond Pelikaan Nv weerhouden als (veruit) meest voordelige regelmatige inschrijving (zie dienaangaande het finale juryverslag dd. 21.12.2010, STUK).

De groep rond Pelikaan Nv werd dan ook aangeduid als preferred bidder – de groep rond Jos De Jong werd in de wachtkamer geplaatst (zie brieven aan de respectievelijke inschrijvers, STUK).

Vertrekkende van de BAFO van de groep rond Pelikaan Nv werden er door de onderhandelingscommissie uitgebreide en hevige onderhandelingen gevoerd met deze preferred bidder teneinde tot een optimaal resultaat voor het AGB te komen.

In het kader van deze onderhandelingen werden door de preferred bidder bijkomende voorstellen tot optimalisatie overgemaakt aan het AGB, te weten op 05.02.2010 (vertrouwelijk STUK) en op 25.02.2010 (vertrouwelijk STUK).

16.- Uiteindelijk werd middels het (geschorste) besluit van 06.05.2010 uitgaande van het Directiecomité volgende beslissingen genomen:

1. De opdracht voor het ontwerpen en bouwen van een sporthal en de aanleg van tennisterreinen in het domein sportpark Hemelrijk, Moerkantsebaan te Essen overeenkomstig het besluit van 22/12/2008, wordt toegewezen aan de nv Pelikaan Bouwbedrijf, Excelsiorlaan 1 – 1930 Zaventem overeenkomstig Best and Final Offer dd. 25 februari 2010.

2. Er wordt een concessie aangegaan voor het uitbaten van sportinfrastructuur waarvan sprake in artikel 1 met de bvba Sportpark Hemelrijk in oprichting, vertegenwoordigd door de heer

Kris Kempenaers, wonende te 2960 Sint-Job, Kerklei 21. De concessieovereenkomst van het AGB en de bvba Sportpark Hemelrijk in oprichting, aangehecht in bijlage, wordt goedgekeurd. In navolging van de gunning van de opdracht aan de groep Pelikaan NV werd aldus tussen het AGB en de BVBA Sportpark Hemelrijk in oprichting voorliggende concessieovereenkomst afgesloten.

17.- Het is bij deze duidelijk dat de gunning van de opdracht tot het ontwerpen, bouwen en aanleggen van de buitenterreinen tegen een forfaitaire aannemingsprijs los kan staan van de goedkeuring van de concessieovereenkomst dewelke heden wordt gevisieerd in de klacht van de heer Bevers en in de schorsingsbeslissing van de Gouverneur.

In een eerste fase wordt immers overgegaan tot het uitvoeren van de bouwwerkzaamheden, waarbij de concessiehouder uiteraard niet zal tussenkomen. De werken worden uitgevoerd en betaald conform de Algemene Aannemingsvoorwaarden, zoals uitdrukkelijk werd bepaald in het bestek.

Pas na de voorlopige oplevering van de werken kan de concessieovereenkomst ten uitvoer worden gelegd.

Deze "tweedeling" blijkt trouwens ook uit de juryverslagen die aan deze nota worden toegevoegd: de jury heeft de "gebouwerichte criteria" en de "exploitatiegerichte criteria" volledig afzonderlijk beoordeeld.

5.- De offertes - inhoudelijk

17.- Voor de goede orde dienen inzake de offertes zoals ingediend door de twee inschrijvers nog volgende bemerkingen te worden gemaakt.

Inhoudelijk valt onmiddellijk op dat de markt in casu volledig heeft gespeeld heeft, maar dat de beide offertes kwalitatief zeer ver uit elkaar lagen (meer dan 20 punten conform de beide juryverslagen). Probleem daarbij was vooral dat de groep rond Jos De Jong een veel te hoge aannemingsprijs had voorzien voor de bouwwerkzaamheden, met name van meer dan 1.000.000 euro (eerste offerte) en 700.000 euro (BAFO) bovenop het maximale gunningsbedrag van 2.750.000 euro. Daarenboven was de voorziene timing (uitvoeringstermijn) van de groep rond Jos De Jong voor de bouwwerkzaamheden extreem lang (meer bepaald het dubbele van Pelikaan).

18.- In financieel opzicht mocht de groep de Jos De Jong mogelijks zelfs niet verder meegenomen worden in de gunningsprocedure.

Vanuit zorgvuldigheid en om het biedingsproces economisch te bewaken werden zij echter achter de hand gehouden.

Door deze strategie hebben de onderhandelingen, uiteraard binnen het wettelijk kader en met maximaal respect voor het bijzonder bestek, er zelfs toe geleid dat de uiteindelijk weerhouden groep rond Pelikaan NV aanzienlijke inspanningen heeft geleverd, die op exploitatieniveau voor een gevoelige kostenreducering zorgden in hoofde van het AGB / de Gemeente Essen!

6.- Tussentijds besluit

19.- Rekening houdend met voorgaande en navolgende paragrafen evenals met de (vertrouwelijke) stukken zoals toegevoegd aan de inventaris kan het AGB zich niet neerleggen bij de beslissing tot schorsing van het besluit van het Directiecomité dd. 06.0502010 door de Provinciegouverneur.

Hierna vindt U dienaangaande onze argumentatie in rechte.

II. IN RECHTE

II.1.- IN HOOFDORDE: de onderliggende klacht is onontvankelijk ratione temporis

20.- Zoals duidelijk blijkt uit zowel de klachtenbrief uitgaande van klachtindiener zelf als de stukken in het dossier werd de bestreden concessieovereenkomst reeds goedgekeurd in de zitting van het Directiecomité dd. 06.05.2010.

De klachtindiener had in zijn hoedanigheid van commissaris van het AGB vrijwel onmiddellijk kennis kunnen nemen van deze beslissing.

De klachtindiener heeft trouwens reeds in april 2010 de in onderhandeling zijnde concessieovereenkomst opgevraagd en ingekeken (dit blijkt duidelijk uit mailverkeer tussen betrokkene en de gemeente, cfr. mail van 25.04.2010, STUK).

Toch heeft de heer Bevers pas op 06.08.2010, zijnde maar liefst drie maanden (!) na het nemen van de beslissing, een klacht ingediend bij de Gouverneur.

Op dat ogenblik was er zelfs geen beroep meer mogelijk bij de Raad van State, daar de beroepstermijn van 60 dagen na kennisname van de beslissing dd. 06.05.2010 reeds lang verstreken was. De gunningsbeslissing kon dan ook worden beschouwd als uitvoerbaar in rechte.

21.- Wellicht heeft de heer Bevers daarbij vanuit politiek oogpunt gewacht om klacht in te dienen tot op het moment dat vaststond dat de groep De Jong geen klacht zou indienen, dat de gunningsbeslissing na de standstill termijn betekend werd aan de groep Pelikaan en nadat de stedenbouwkundig vergunningsaanvraag was voorbereid.

De klacht is op deze wijze alleszins tergend laatijdig ingediend. Minstens dienen vragen gesteld te worden bij de motieven/belang van de heer Bevers.

De Provinciegouverneur kon dan ook op 22.10.2010 (maar liefst 5 maanden nadat de beslissing werd genomen en er ondertussen reeds uitvoeringsdaden werden gesteld en een contractuele relatie bestaat met de begunstigde) geen rechtsgeldige schorsingsbeslissing meer nemen!

De schorsingsbeslissing van de Gouverneur is dan ook aangetast door een ambtshalve nietigheid.

Het AGB verzoekt Uw Regering dan ook in hoofdbeveiliging vast te stellen dat de beslissing uitgaande van de Gouverneur geen enkele wettige uitwerking kan hebben, zodat het besluit van het Directiecomité dd. 06.05.2010 zijn uitwerking kan behouden.

Er dient dienaangaande ook te worden gewezen op het feit dat door de betekening van de gunningsbeslissing aan de begunstigde inschrijver (na het verstrijken van de wettelijke standstill-termijn waarin er door de afgewezen inschrijver geen procedure werd opgestart!) er ondertussen reeds burgerrechtelijke gevolgen zijn gehecht aan deze gunningsbeslissing, daar er een overheidsopdrachtencontract bestaat tussen het AGB en de NV Pelikaan Bouwbedrijf.

II.2.- IN ONDERGESCHIKTE ORDE: de klacht en de daarop gestoelde schorsing is ongegrond

22.- De klacht zoals initieel geformuleerd door de klachtindiener had betrekking op twee aspecten:

- Artikel 9 van de concessieovereenkomst mbt het inzage-recht inzake de cijfers omtrent de uitbating en exploitatie van de sportaccommodatie en de cafetaria;
- Artikel 7 van de concessieovereenkomst mbt de concessievergoeding;

Dienaangaande wijst het AGB op de door haar eerder overgemaakte replieknota en de aldaar opgeworpen verweermiddelen.

De Provinciegouverneur weerhoudt in haar schorsingsbeslissing volgende aspecten:

A. De beslissing van 06.05.2010 uitgaande van het Directiecomité, meer bepaald de goedgekeurde concessieovereenkomst, is strijdig met de eerste samenwerkingsovereenkomst;

B. De beslissing van 06.05.2010 uitgaande van het Directiecomité, meer bepaald de goedgekeurde concessieovereenkomst, is strijdig met het bestek mbt de onderhandelingsprocedure;

Op basis van deze twee aspecten is de Gouverneur –ten onrechte- overgegaan tot de schorsing van de bedoelde beslissing van 06.05.2010.

In volgende paragrafen wordt echter duidelijk uiteengezet dat de geschorste beslissing volkomen rechtsgeldig is en aldus ten uitvoer kan worden gelegd.

A. Inzake de vermeende strijdigheid van de concessieovereenkomst met de eerste samenwerkingsovereenkomst (bijlage bij het besluit van de Raad van Bestuur dd. 22.02.2008)

23.- Zoals reeds werd gestipuleerd, werden in een eerste samenwerkingsovereenkomst (bijlage bij het besluit van de Raad van Bestuur dd. 22.02.2008) tussen de gemeente en het AGB afspraken gemaakt inzake de oprichting en exploitatie van de sporthal evenals de exploitatie van de buiteninfrastructuur in het gemeentelijk sportpark Hemelrijk.

Artikel 7 van de eerste samenwerkingsovereenkomst bepaalt dat "het bedrijf ertoe gehouden is de investering te beperken tot 2.750.000 euro, inhoudende de bouw van de sporthal alsook de omgevingswerken met inbegrip van de aanleg van voldoende parkeerplaatsen van in totaal 130 parkeerplaatsen, de oprichting van een overdekte fietsstalling en het uitvoeren van herstelwerken aan het park."

Uit de stukken blijkt dat door de begunstigde inschrijver inderdaad een finaal bod wordt gedaan van 2.749.950 euro excl. Btw.

Artikel 12 van de eerste samenwerkingsovereenkomst stipuleert tevens dat de gemeente verplicht is om jaarlijks een werkingssubsidie toe te kennen aan het AGB, dewelke gelijk is aan het negatieve verschil tussen de volgende grootheden:

- De effectief ontvangen forfaitaire en variabele concessievergoedingen;
- De effectief betaalde intresten en kapitaalsaflossingen met betrekking tot het krediet;

Zoals reeds aangehaald, bepaalt dit artikel nergens op welke wijze de concessievergoedingen dienen te worden berekend. Bovendien bevat de samenwerkingsovereenkomst voor het overige geen enkele andere bepaling inzake andere kosten die al dan niet ten laste kunnen worden genomen door het AGB. Dienaangaande werden aldus geen beperkingen gestipuleerd in hoofde van het AGB.

Verder dient ook te worden gewezen op artikel 14 van de beheersovereenkomst tussen gemeente en AGB, waarvan de bepalingen uiteraard ook van toepassing zijn in voorliggend kader.

Dit artikel 14 stipuleert meer bepaald het volgende:

Teneinde de globale openbare dienstverlening door het bedrijf voortdurend te kunnen waarborgen kan de gemeente aan het bedrijf een dotatie toekennen in geval bij de goedkeuring van de jaarrekening een verlies blijkt uit de jaarrekening. De toekenning van deze dotatie is een opportuniteitsbeoordeling van de gemeente. Het bedrijf heeft geen subjectief recht op deze dotatie.

Deze dotatie stemt overeen met het werkingstekort van het jaar (rubriek "XIII Te verwerken verlies van het boekjaar" uit de resultatenrekening). Dit werkingstekort heeft enkel betrekking op de exploitatie en bestaat uit het resultaat van het boekjaar (exclusief de meerwaarden bij de realisatie van vaste activa) + niet-kaskosten verminderd met niet-kasopbrengsten + inkomsten zonder effect op de resultatenrekening verminderd met uitgaven zonder effect op de resultatenrekening). Het aldus bekomen werkingstekort wordt aangepast met de correcties op de tussenkomst van de Gemeente in de vorige jaren.

Deze dotatie wordt in voorkomend geval door de gemeente om niet gegeven aan het bedrijf. De dotatie is geen vergoeding voor een geleverde dienst of een levering aan de gemeente of aan derden.

Het bedrag van deze tussenkomsten wordt jaarlijks ter goedkeuring aan de gemeenteraad voorgelegd naar aanleiding van de mededeling aan de gemeenteraad van de jaarrekening van het bedrijf en de jaarlijkse evaluatie van de beheersovereenkomst door de gemeenteraad.

De gemeente stort deze tussenkomst binnen de 90 dagen na de hierboven bedoelde goedkeuring door de gemeenteraad.

Het is immers uiteraard de bedoeling dat het AGB een continue dienstverlening kan garanderen.

24.- Op basis van de samenlezing van voorgaande bepalingen kan dan ook niet worden begrepen in welke mate de samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en het AGB als "geschonden" moet worden beschouwd door de goedgekeurde concessieovereenkomst.

Immers, uit artikel 7 van de concessieovereenkomst betreffende de concessievergoeding kan worden afgeleid dat het AGB recht heeft op de betaling door de concessiehouder van een jaarlijkse concessievergoeding, bestaande uit een vast en uit een variabel gedeelte.

Het vast gedeelte bedraagt vanaf het vierde jaar 33.000 euro exclusief BTW per jaar.

De variabele concessievergoeding is gebaseerd op een aantal parameters, waaronder het doorrekenen van de energiekosten aan het AGB.

Dit is geenszins in strijd met de samenwerkingsovereenkomst tussen de gemeente en het AGB, waarin niets wordt bepaald inzake de wijze van berekening van de concessievergoedingen en evenmin inzake eventuele beperkingen inzake het doorrekenen van bepaalde kosten (zoals energiekosten).

25.- Bovendien blijkt uit de onderhandelingsdocumenten -zoals vertrouwelijk toegevoegd aan de inventaris- dat de afzonderlijke doorrekening van de energiekosten precies in het voordeel van het AGB werd onderhandeld nadat de preferred bidder werd aangewezen (!) en aldus geenszins een "prefinanciering" ten gunste van de concessionaris veronderstelt.

Immers, in beginsel zouden de energiekosten worden gehanteerd als een parameter voor de berekening van de variabele concessievergoeding.

Problematisch was dat het AGB alsdan geen controle / inzicht had in deze kosten én dat hierdoor de variabele concessievergoeding steeds negatief zou uitvallen, en bijgevolg ook de jaarlijkse totale concessievergoeding.

Door deze kosten echter uit de berekening van de variabele concessievergoeding te lichten, heeft het AGB onmiddellijk zicht (en controle) op deze kosten.

Er is met de concessiehouder overeengekomen dat in de stuurgroep afspraken zullen worden gemaakt inzake de metingen van de energiekosten (afzonderlijk voor cafetaria en sporthal).

In dat kader heeft de concessiehouder er zich nu reeds toe verbonden om fotovoltaïsche zonnepanelen te installeren (zie inzake deze financiële afspraken ook de optimalisaties dd. 05.02.2010 en dd. 25.02.2010 uitgaande van de thans begunstigde concessiehouder).

Het afzonderlijk doorrekenen van de energiekosten aan het AGB heeft dan ook tot gevolg dat de jaarlijkse concessievergoeding ten gunste van het AGB stijgt, waardoor zij op veel snellere wijze meer inkomsten zal genereren. Reeds vanaf jaar 3 wordt verwacht dat er (meer dan) een financieel evenwicht is in hoofde van het AGB.

Het AGB ziet aldus niet in op welke wijze de financiële positie van het AGB in gevaar zou zijn.

Het enige feit dat de energiekosten afzonderlijk worden doorgerekend aan het AGB en niet fungeren als een parameter voor de berekening van de variabele concessievergoeding heeft immers geen nadelige wijziging van de financiële positie van het AGB tot gevolg, integendeel wordt de controle op deze kosten verhoogd.

B. Inzake de vermeende strijdigheid van de concessieovereenkomst met het bijzonder bestek "Design Build Maintain Operate" – onderhandelingsprocedure met bekendmaking

26.- Zoals reeds gesteld, werd voormelde overheidsopdracht gegund middels onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Dit heeft tot gevolg dat de procedure wordt opgedeeld in twee fasen: een selectiefase en een gunningsfase.

Tijdens de selectiefase kunnen belangstellenden een aanvraag tot deelneming (cfr. selectiedossier) indienen na aankondiging van de opdracht.

Enkel de kandidaten die aan de hand van de in de aankondiging vermelde selectiecriteria worden geselecteerd door de aanbestedende overheid, worden uitgenodigd om een (basis)offerte in te dienen (cfr. S. VAN GARSSE, "Wijze van gunnen", in D. D'HOOGHE (ed), De gunning van overheidsopdrachten, Brugge, Die Keure, 2009, 246 e.v.).

Op basis van de ingediende basisofferte zullen dan (schriftelijke) onderhandelingen worden aangeknoopt met één of meerdere inschrijvers.

27.- Tevens is het van belang erop te wijzen dat het tot het wezenskenmerk van de onderhandelingsprocedure behoort dat de aanbestedende overheid en de gegadigden respectievelijk aan het bestek, met inbegrip van de door de aanbestedende overheid vastgestelde ontwerpovereenkomst, en/of hun offertes wijzigingen kunnen aanbrengen.

Er anders oordelen zou de onderhandelingen elk voorwerp ontnemen.

28.- Zoals blijkt uit voorgaande paragrafen werd er met beide inschrijvers onderhandeld en werd er door beide inschrijvers een BAFO ingediend.

Uit de juryverslagen blijkt op afdoende wijze dat rekening werd gehouden met de besteksbepalingen, in het bijzonder met de gunningscriteria en de wijze waarop deze dienden te worden beoordeeld.

Pas nadat de groep rond Pelikaan Nv formeel was aangeduid als preferred bidder werd de BAFO "dooronderhandeld" ten gunste van het AGB, waarbij de thans betwiste energiekosten één van de belangrijke aandachtspunten betrof, ook rekening houdend met de ruling die het AGB had verkregen.

De Raad van State heeft in zijn arrest Derriks reeds aangenomen dat de inschrijver die zich in een later stadium van de onderhandelingen bevindt niet meer in een situatie verkeert die vergelijkbaar is met die van de andere inschrijvers die reeds in een vroeger stadium van de onderhandelingen geëlimineerd werden (B. SCHUTYSER, "De gunning van overheidsopdrachten na onderhandelingen tussen partijen", X., Jaarboek EPB, 2008-2009).

De dynamiek van de onderhandelingen heeft immers juist tot gevolg dat de (basis)offerte van de gegadigde evolueert ten opzichte van de offerte op grond waarvan die eerste offerte evenals de offertes van andere inschrijvers is beoordeeld.

Door de rechtsleer wordt dan ook vrij algemeen aangenomen dat het mogelijk is om tijdens de gunningsprocedure wijzigingen aan het voorwerp van de opdracht aan te brengen. De auteur ARROWSMITH schrijft uitdrukkelijk dat er sprake is van een "significant scope for changes after selecting the preferred bidder in negotiated procedures" (S. ARROWSMITH, *The law of utilities and public procurement law*, Londen, Thomsen, 2005, 604 e.v.).

29.- In deze kan tevens worden verwezen naar de zaak betreffende de London Underground (Beslissing Europese Commissie dd. 2 oktober 2002). Daarin heeft de Commissie geoordeeld dat de bidders in een onderhandelingsprocedure konden aannemen dat het contract aan een aantal wijzigingen onderhevig is en dat "such modifications cannot be considered to automatically constitute a form of discrimination even where they are introduced after appointment of the preferred bidders". Dit geldt des te meer ingeval van complexe en/of innovatieve projecten en waar de gunningsprocedure over meerdere jaren loopt, zoals in casu.

In dat licht heeft de Commissie onderzocht of de wijzigingen die onderhandeld werden een impact kunnen hebben op de rangschikking van de inschrijvers. Dit impliceert enerzijds dat de wijzigingen niet van die aard zouden zijn dat de andere ondernemingen dan de ondernemingen die hebben ingeschreven belangstelling voor de opdracht zouden hebben gehad. Anderzijds moet worden onderzocht of het redelijk is aan te nemen dat de geselecteerde onderneming op grond van de biedingen nog steeds de meest voordelige offerte heeft ingediend. Daarenboven aanvaardt de Commissie dat het in een onderhandelingsprocedure onvermijdelijk is dat de overeenkomst tot stand komt op grond van een aantal voorwaarden die tot op zekere hoogte als "non-competitive" moeten worden beschouwd, dat wil zeggen die niet het voorwerp hebben uitgemaakt van mededinging.

Er blijkt tijdens de onderhandelingsprocedure dan ook een substantiële marge voor wijzigingen te zijn, zeker nadat de preferred bidder is aangeduid, zoals in casu het geval was.

30.- Rekening houdend met bovenstaande paragrafen kan dan ook niet worden begrepen in welke zin de concessieovereenkomst strijdig zou zijn met het bijzonder bestek.

Immers, op het ogenblik van het indienen van de kandidatuurstellingen werden er vier kandidatuurstellingen ontvangen.

Slechts twee kandidaten zijn overgegaan tot het tijdig indienen van een basisofferte.

Door het niet indienen van een kandidatuurstelling/offerte hebben de andere kandidaten zich dan ook elk belang ontzegd in onderhavige gunningsprocedure.

31.- Verder dient te worden benadrukt, voor zover de afzonderlijke doorrekening al een impact zou hebben op het gunningscriterium van de variabele concessievergoeding en aldus een "wijziging" zou uitmaken van het bijzonder bestek, quod certe non, het alleszins slechts een wijziging zou betreffen die volkomen toelaatbaar is en past binnen het hierboven geschetste kader.

Immers, de variabele concessievergoeding staat in het bestek gewaardeerd aan 10 punten van de in totaal 200 punten.

De algemene eindbeoordeling van de BAFO's zoals ingediend door de twee weerhouden inschrijvers toont echter aan dat er een verschil was van maar liefst 20 punten tussen de preferred bidder en de andere inschrijver.

De "wijziging" die middels de definitieve concessieovereenkomst werd aangebracht aan de berekening van de variabele concessievergoeding had in elk geval nooit kunnen leiden tot een andere rangschikking. De thans begunstigde inschrijver had nog steeds de meest voordelige offerte gehad.

Er is dan ook geen sprake van een schending van de bepalingen van het bijzonder bestek. Uit bovenstaande paragrafen dient dan ook te worden afgeleid dat het AGB op meer dan afdoende wijze rekening heeft gehouden met de bestaande regelgeving, documenten evenals de beginselen van behoorlijk bestuur.

II.3.- IN MEEST ONDERGESCHIKTE ORDE: de schorsing dient minstens te worden beperkt tot de goedkeuring van de concessieovereenkomst

32.- De Gouverneur heeft met haar besluit van 22.10.2010 besloten tot de integrale schorsing van het besluit van 06.05.2010 uitgaande van het Directiecomité.

Dit besluit bevat echter meerdere onderdelen, te weten:

- De opdracht voor het ontwerpen en bouwen van een sporthal en de aanleg van tennisterreinen in het domein sportpark Hemelrijk, Moerkantsebaan te Essen overeenkomstig het besluit van 22/12/2008, wordt toegewezen aan de nv Pellikaan Bouwbedrijf, Excelsiorlaan 1 – 1930 Zaventem overeenkomstig Best and Final Offer dd. 25 februari 2010.

- Er wordt een concessie aangegaan voor het uitbaten van sportinfrastructuur waarvan sprake in artikel 1 met de bvba Sportpark Hemelrijk in oprichting, vertegenwoordigd door de heer Kris Kempnaers, wonende te 2960 Sint-Job, Kerklei 21. De concessieovereenkomst van het AGB en de bvba Sportpark Hemelrijk in oprichting, aangehecht in bijlage, wordt goedgekeurd.

Nochtans blijkt uit de klacht evenals uit de schorsingsbeslissing duidelijk dat de vermeende onregelmatigheden zich enkel uitstrekken tot het tweede onderdeel, zijnde de goedkeuring van de concessieovereenkomst met de bvba Sportpark Hemelrijk in oprichting, en geen enkel uitstaans heeft met de gunningsbeslissing tot het ontwerp en de bouw van de sporthal en de (her)aanleg van de tennisterreinen.

Het AGB verzoekt Uw Regering dan ook om, voor zover Uw Regering per impossibile van oordeel zou zijn dat een vernietiging zich opdringt, quod non, zich minstens te beperken tot de gedeeltelijke vernietiging van de beslissing van 06.05.2010, met name enkel de goedkeuring van de concessieovereenkomst."

Overwegende dat de mogelijkheid om in het kader van een onderhandelingsprocedure wijzigingen aan het bestek aan te brengen niet zonder grenzen is; dat de wijzigingen niet in strijd mogen zijn met de gelijke behandeling en de kansengelijkheid; dat de wijzigingen bijgevolg niet van aard mogen zijn dat zij tot gevolg zouden hebben dat andere inschrijvers dan degene die een kandidaatstelling en een offerte indienden zich kandidaat zouden hebben gesteld en een offerte zouden hebben ingediend;

Overwegende dat, zoals terecht door de gouverneur reeds werd vastgesteld, de toezichthoudende overheid bij de rechtvaardigingsbeslissing eveneens vaststelt dat het bestek van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor de opdracht tot het ontwerpen, bouwen en exploiteren van een sporthal op blz. 11 onder de rubriek "Wijze van gunnen van de opdracht" melding maakt van de diverse gunningscriteria, waaronder de door de concessionaris aangeboden concessievergoeding; dat onder het tweede gedachtenstreepje van punt b sprake is van "De variabele

concessievergoeding betaald door de concessiehouder aan het opdrachtgevend bestuur, uitgedrukt als percentage van de jaarlijks gerealiseerde omzet uit de exploitatie van de cafetaria, de indoor sportinfrastructuur en de outdoor sportinfrastructuur”;

Overwegende dat ook artikel 7 van het model van concessieovereenkomst een variabele concessievergoeding bepaalt die bestaat uit een door de concessiehouder voorgesteld percentage van de door de concessiehouder gerealiseerde omzet uit de exploitatie van de exploitatie van de cafetaria, de indoor sportinfrastructuur en de outdoor sportinfrastructuur;

Overwegende dat de uiteindelijke concessieovereenkomst daarentegen de manier van berekenen van deze variabele concessievergoeding substantieel wijzigt en de variabele concessievergoeding berekent op basis van het verschil tussen het resultaat voor variabele concessie en het resultaat in de vennootschap; dat deze berekening tevens steunt op het doorrekenen van de energiekosten aan de opdrachtgever;

Overwegende dat artikel 13 van het model van concessieovereenkomst bepaalt dat de kosten voor de aansluiting, de abonnementen en het gebruik van nutsvoorzieningen, zoals ondermeer water, elektriciteit, gas, telefoon en kabeltelevisie, ten laste van de concessiehouder zijn;

Overwegende dat de uiteindelijke concessieovereenkomst daarentegen bepaalt dat de kosten van de aansluitingen voor water, elektriciteit, gas, telefoon en kabeltelevisie, met inbegrip van de desbetreffende tellers en kranen ten laste van de concessiegever zijn;

Overwegende dat het bestek bepaalt dat de exploitatievoorwaarden worden uitgewerkt in de concessieovereenkomst waarvan een voorontwerp wordt gevoegd in bijlage hetgeen dienstig zal zijn als basis voor de verdere onderhandelingen; dat deze bijlage vermeldt als titel “model van concessieovereenkomst te vervolledigen na onderhandelingen”; dat hieruit niet blijkt dat er in het kader van de onderhandelingen dergelijke substantiële wijzigingen aan de concessieovereenkomst konden worden doorgevoerd;

Overwegende dat het hier gaat om wezenlijke wijzigingen die een repercussie hebben op het gunningscriterium dat betrekking heeft op de variabele concessievergoeding; dat hier moet geoordeeld worden dat het gelijkheidsbeginsel geschonden werd in de zin dat het hier wezenlijke wijzigingen betreft die, indien ze bekend waren geweest op het ogenblik van het “lanceren” van de opdracht, mogelijks andere gegadigden er toe aan hadden kunnen zetten om eveneens aan de opdracht deel te nemen;

Overwegende dat daarnaast, en alle argumenten van de rechtvaardiging ten spijt, de toezichthoudende overheid ook vaststelt dat de inhoud van de samenwerkingsovereenkomst enerzijds en de beheersovereenkomst tussen het AGB en de gemeente niet naadloos beantwoordt aan alle verplichtingen die tussen het AGB en de concessionaris worden afgesloten naar aanleiding van het besluit van het

directiecomité van 6 mei 2010; dat hierdoor eventueel de gemeentelijke financiën kunnen worden bezwaard;

Overwegende dat het AGB in het kader van een behoorlijk bestuur dan ook vooraf met de gemeente had dienen af te toetsen of, met betrekking tot de ten laste neming van de energiekosten, toch niet eerst de samenwerkingsovereenkomst tussen gemeente en AGB moest gewijzigd, minstens verduidelijkt worden om duidelijk te stellen dat "en" waarom het AGB de energiekosten ten laste neemt; dat de gemeenteraad nu in het ongewisse blijft en het niet uitgesloten is dat zij later voor een voldongen feit wordt geplaatst als het AGB zijn boekhouding zou afsluiten met een negatief saldo;

Overwegende dat om al deze redenen het schorsingsbesluit van de gouverneur van de provincie Antwerpen dan ook terecht was en bij deze integraal overgenomen wordt; dat alle andere elementen aangevoerd door de AGB in het handhavingbesluit de toezichthoudende overheid er derhalve niet kunnen toe aanzetten om alsnog tot een andere conclusie te komen;

Overwegende dat het besluit van het directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf van Essen van 6 mei 2010 in zoverre het betrekking heeft op de goedkeuring van de concessieovereenkomst tussen het AGB en de bvba Sportpark Hemelrijk, vennootschap in oprichting dan ook vernietigd moet worden;

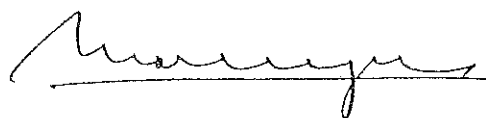
BESLUIT:

Enig artikel. Het besluit van besluit van het directiecomité van het autonoom gemeentebedrijf van Essen van 6 mei 2010 in zoverre het betrekking heeft op de goedkeuring van de concessieovereenkomst tussen het AGB en de bvba Sportpark Hemelrijk, vennootschap in oprichting, wordt vernietigd.

Tegen dit besluit kan per aangetekende brief een beroep tot nietigverklaring, al dan niet voorafgegaan door of vergezeld van een beroep tot schorsing, worden ingesteld bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Wetenschapsstraat 33 te 1040 Brussel binnen een termijn van zestig dagen die ingaat de dag waarop het besluit aan de verzoeker werd betekend of, indien het hem niet betekend diende te worden, de dag waarop hij er kennis van heeft gehad.

Brussel,

De Vlaamse minister van Bestuurszaken, Binnenlands Bestuur, Inburgering, Toerisme en Vlaamse Rand,



Geert BOURGEOIS