

Toelichting bij Overeenkomst tussen BAM en Noriant d.d. 20 oktober 2014

Bijlage bij de Zevende Voortgangsrapportage Masterplan 2020

1. Algemeen: betreffende de context waarbinnen de overeenkomst d.d. 20 oktober 2014 tussen BAM en Noriant tot stand gekomen is

a) **Het verloop van de overheidsopdrachtenprocedure OWV**

Met het oog op de realisatie van de Oosterweelverbinding, met name de aanleg van de derde Schelde-overgang die aldus een noordelijke snelwegring rond Antwerpen mogelijk moest maken in het kader van het Masterplan Antwerpen, heeft BAM in 2004 een overheidsopdracht uitgeschreven voor de toewijzing van een DBfM-overeenkomst voor een totaalproject. Deze opdracht werd in de markt geplaatst door beroep te doen op een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.

In een eerste fase van de gunningsprocedure werden, op 21 december 2004, 4 consortia geselecteerd. In de volgende fase van de gunningprocedure dienden drie verschillende consortia op 23 juni 2006 een eerste offerte in: de THV AB, de THV LORO en de THV NORIANT. Noch de offerte van THV AB, noch de offerte THV LORO konden weerhouden worden voor het vervolgtraject.

Aldus werd eind 2006 alleen THV Noriant uitgenodigd voor deelname aan de BAFO- fase. Vanaf dit ogenblik was er dus slechts één bidder, en hoewel nog niet formeel tot voorkeursbieder aangeduid, was THV Noriant de enige mogelijke partij waarmee desgevallend tot gunning kon worden overgegaan. In december 2007 werd de THV Noriant na het indienen van een regelmatige BAFO aangeduid als voorkeursbieder. Vervolgens werden de contractbesprekingen met deze voorkeursbieder aangeknoopt. In die periode waren er geen indicaties dat het project, en inzonderheid het deel "Lange Wapper", dermate omstreden zou worden dat rekening moest worden gehouden met een dergelijke wijziging ervan.

In het kader van de lopende finale contractonderhandelingen, is in maart 2009 een "Deelakkoord "Design Sign-Off" met de THV Noriant afgesloten. De DSO op zich vormde geen gunning van de opdracht aan Noriant, maar had inzonderheid tot doel, gelet op de bijzondere complexiteit van het project OWV (financieel, technisch, juridisch) en de unieke omvang van het project, om de stand van de tot dan gevoerde onderhandelingen duidelijk vast te stellen. Dit was des te meer van belang om BAM toe te laten de stedenbouwkundige vergunning aan te vragen, de financiering voor te bereiden en de concrete werkvoorbereidingen aan te vatten.

In mei 2009 werd door BAM vervolgens, op basis van de voorbereidingen van Noriant, een aanvraag tot stedenbouwkundige vergunning ingediend voor de realisatie van de Oosterweelverbinding, met de Lange Wapper brug. Tevens werden door Noriant 14 aanvragen voor milieuvergunning ingediend. Alle 14 milieuvergunningen werden toegekend.

Aldus kan worden vastgesteld dat de onderhandelingsprocedure voor het grootste en meest complexe DBfM-project ooit in Vlaanderen, in een vergevorderd stadium was beland. Noriant heeft in deze

procedure, volgende uit het DbfM-bestek, een volledig en definitief ontwerp opgesteld, alsmede een financiële structuur en een onderhoudsprogramma. Noriant heeft daarvoor uitzonderlijke kosten gemaakt, en heeft (intellectuele) rechten en kennis opgebouwd, terwijl Noriant er redelijkerwijze op mocht vertrouwen dat het project effectief tot realisatie aanleiding zou geven.

b) Gevolg van de genomen beleidsbeslissingen op de gevoerde gunningsprocedure

In september 2009 organiseerde de Stad Antwerpen een volksraadpleging specifiek over de vraag of de Stad een gunstig advies moest geven voor de stedenbouwkundige vergunning van de OWV op het voorziene tracé (met de zgn. “Lange Wapper brug”). Uit de volksraadpleging kwam naar voor dat een meerderheid van de bevolking van de Stad Antwerpen die gestemd had, zich tegen het voorziene tracé (met de Lange Wapper Brug) heeft uitgesproken.

Na het referendum te Antwerpen diende de Vlaamse regering zich te beraden over de toekomst van de OWV. Einde maart 2010 heeft de Vlaamse Regering een dubbelbesluit genomen, waarna de Vlaamse regering, na enkele tussenstappen, op 24 september 2010 heeft beslist om de Oosterweelverbinding te realiseren middels een ondertunnelde oplossing. Aldus werd – definitief – afgestapt van de realisatie van de Lange Wapper brug en werd niet langer geopteerd voor een dubbeldeksviaduct.

In het licht van het voorgaande heeft tussen BAM, Noriant en de Vlaamse Overheid overleg plaatsgevonden over de gevolgen te verbinden aan die beslissing, onder meer wat betreft de lopende gunningsprocedure.

Wanneer gebleken is dat de Lange Wapper Brug geen doorgang zou vinden, zijn de onderhandelingen die gevoerd werden in het kader van de lopende gunningsprocedure in november 2009 opgeschort en werd de verdere aanpak onderzocht.

Voor het gedeelte op rechteroever waar de brugvariant vervangen wordt door een cut & cover tunnel werd al vrij snel aangenomen dat zich daarvoor hoe dan ook een nieuwe overheidsopdrachtenprocedure zou opdringen.

Voorts is vanaf 2010 de vraag gerezen in welke mate binnen de bestaande gunningsprocedure alsnog op wettige wijze een gereduceerde opdracht aan Noriant zou kunnen worden gegund voor het deel van het OWV-tracé dat in essentie behouden blijft, m.n. de afgezonken Scheldetunnel en de werkzaamheden op Linkeroever.

Reeds op dat ogenblik heeft Noriant aangekondigd dat het een belangrijke claim tegen zowel BAM als het Vlaamse Gewest zou richten, indien er niet tot gunning van dat gedeelte aan Noriant zou worden overgegaan.

c) De claims van Noriant en het onderzoek ervan

In juni 2011 werden door Noriant – op vertrouwelijke wijze - onderbouwde ontwerpen van ingebrekestelling overgemaakt

De ingebrekestellingen van Noriant werden nader onderzocht. Uit dat onderzoek is gebleken dat, samenvattend, elk van de grieven opgeworpen door Noriant afzonderlijk te weerleggen valt. Niettemin

werd erkend dat niet uitgesloten kon worden dat het totaalbeeld als foutief bestempeld wordt door een rechter, en aldus door een rechter zou weerhouden kunnen worden als een terechte basis voor een schadeclaim.

Er kan immers moeilijk worden verantwoord dat Noriant zonder meer de “dupe” zou worden van de onvoorzienbare gewijzigde standpunten cq. beleidsbeslissingen, wanneer ze de normale en redelijke verwachtingen van een inschrijver te buiten gaan.

Verder werd aangegeven dat de kansen op het welslagen van de vordering tot schadevergoeding van Noriant zeer moeilijk in te schatten is. Zowel de beoordeling van het bestaan als van de omvang van de schade vergt immers een feitelijke appreciatie van de rechter (die zich daarvoor naar alle waarschijnlijkheid zou laten bijstaan door een gerechtsdeskundige).

Daarom werd er op gewezen dat wanneer een rechter een en ander niet met zekerheid kan begroten, de rechter echter ook de schade “ex aequo et bono” (naar billijkheid) zou kunnen begroten, en aldus een “gepaste” vergoeding zou kunnen toekennen aan Noriant.

De conclusie van het juridisch onderzoek was dan ook dat het afwachten van de “onzekere” uitkomst van een gerechtelijke procedure afgewogen diende te worden tegen de “zekerheid” die verbonden is aan de voorgenomen dading. Die afweging kon volgens het juridisch onderzoek rechtvaardigen dat tussen BAM en Noriant een dading wordt afgesloten waarin het redelijkerwijs ingeschatte pecuniaire risico wordt ondervangen, evenals de interestlast wordt beperkt. De dading zou bijkomend ook een meerwaarde bieden, in de mate dat dit document tevens de mogelijkheid biedt om een doorstart van het project Oosterweelverbinding veilig te stellen.

d) Stilstandovereenkomst en aanmelding bij de Europese Commissie

Noriant beweerde aanspraak te kunnen maken op de gunning van het ongewijzigde gedeelte van de Oosterweelverbinding (Linkeroever en de Scheldetunnel). Omdat dit geenszins vanzelfsprekend is, werd afgesproken om deze kwestie voor te leggen aan de Europese Commissie. [Deze aanmelding geschiedde op 1 december 2011.](#)

Partijen hebben ten dien einde op [23 september 2011](#) een overeenkomst met een beperkte draagwijdte gesloten, namelijk een stilstandsovereenkomst, ten gevolge waarvan o.m. Noriant zich gedurende de duur van de stilstand het recht ontzegde om BAM of de Vlaamse overheid te dagvaarden. De stilstandovereenkomst is meerdere malen verlengd, voor het laatst tot [30 september 2014](#).

Eind 2013 is gebleken dat de diensten van de Europese Commissie zich nog niet zouden uitspreken over deze aanmelding. Er werd onder meer aangegeven dat nog verder moet gewacht worden op de resultaten van de milieueffectenrapportage en de impact ervan..

e) Dreigende verjaring van de claim

Medio 2014 herhaalde Noriant haar eerdere aanspraken. Noriant meende aanspraak te kunnen maken op een vergoeding, voor eigen schade, ten belope van 323,9 miljoen euro.

Noriant gaf duidelijk aan dat voor haar – omwille van redenen van verjaring – oktober 2014 gold als uiterste datum om af te zien van dagvaarding en het opstarten van gerechtelijke procedures.

2. Positie van BAM in oktober 2014

Gezien het voorgaande kon BAM aanvaarden dat er zich ten deze risico's hebben voorgedaan die redelijkerwijze niet geacht kunnen worden deel uit te maken van het normale inschrijversrisico (van Noriant). De initieel voorziene vergoeding van 1,3 mln. kon dan ook niet langer als een relevante referentie worden beschouwd voor de uitkomst van een eventuele gerechtelijke procedure. Daarbij diende veeleer te worden uitgegaan van de mogelijke veroordeling tot de betaling van een bedrag van 40 tot 50 mln Euro, te vermeerderen met allerhande kosten (juridisch, interestlast).

BAM wilde bovenal vermijden dat Noriant in de mogelijkheid zou zijn om de verdere realisatie van de Oosterweelverbinding ernstig te bemoeilijken.

Primaire doelstelling was dan ook het afwentelen van dit dreigend geschil, en de dreigende blokkering van het Oosterweelproject, aan voorwaarden die de toets van de billijkheid kunnen doorstaan, opdat de realisatie van de OWV effectief zou kunnen worden aangevat.

De Maatschappelijke Kosten Baten Analyse van een Derde Scheldekruising te Antwerpen (Rebel, 09.01.2014) berekent de maatschappelijke kost van een jaar uitstel immers op 330 tot 450 miljoen Euro. Dit stemt overeen met een “maatschappelijke kost” van circa 1 miljoen euro per dag. Het is bijgevolg van groot maatschappelijk belang dat verdere vertragingen maximaal worden vermeden.

Verder is het ook van belang om dure en tijdrovende gerechtelijke procedures te voorkomen en de onzekerheid weg te nemen over een gerechtelijke uitspraak die mogelijks (veel) duurder zou uitvallen dan een minnelijke regeling.

Aldus zijn Noriant en BAM, in samenspraak met de Vlaamse regering, in overleg getreden omtrent een minnelijke uitkomst.

3. Hoofdpijnen van de overeenkomst van 20 oktober 2014 en verantwoording

3.1. Integrale regeling rechtspositie van de partijen

De overeenkomst beoogt een integrale regeling van de rechtspositie van de partijen, zowel in de hypothese dat de Europese Commissie alsnog comfort zou bieden dat de gunning aan Noriant in overeenstemming met de overheidsopdrachtenreglementering is, als in de hypothese dat zulks niet het geval zou zijn. Alle hypothesen die zich nog kunnen voordoen met Noriant zijn aldus definitief geregeld.

3.2. Minnelijke regeling inzake de claim van Noriant

Noriant meende aanspraak te kunnen maken op een vergoeding ten belope van 323,9 miljoen euro. Als grondslag voor haar schadeclaim wordt verwezen naar de wijziging, door de Vlaamse regering, van het oorspronkelijk concept van de Oosterweelverbinding, én dit op een moment dat de gunningsprocedure zich reeds in een vergevorderd stadium bevond. Ook wordt de miskennis ingeroepen van de gewekte verwachting en het rechtmatig vertrouwen dat het Oosterweelproject wel degelijk zou worden aangevat.

BAM is vertrokken vanuit een benadering die gelijkaardig is aan de benadering die hoogstwaarschijnlijk door een rechter zou worden toegepast en steunt op een billijkheidsbenadering voor de schadebegroting, met name de “ex aequo et bono” benadering wanneer omtrent de exacte omvang van de schade geen exacte inschatting mogelijk is.

In dat verband is aan te nemen dat kosten van meer dan 40 miljoen euro niet tot het normale inschrijversrisico bij overheidsopdrachten behoren, zelfs niet bij complexe opdrachten die een hoogst uitzonderlijk karakter vertonen.

Als uitgangspunt voor de onderhandelingen omtrent het bedrag heeft BAM zich enkel willen steunen op de door Noriant reëel gemaakte kosten, met uitsluiting van de periode van de eerste offerte en daaraan gerelateerde financieringskosten. BAM acht dat deze kosten sowieso tot het eigen inschrijversrisico van elk van de bidders van deze opdracht behoren. Het is voor BAM altijd van belang geweest dat gederfde winsten in ieder geval niet voor vergoeding in aanmerking kwamen. BAM wou voorts bewaken dat het overeen te komen bedrag in ieder geval niet hoger zou liggen dan de door Noriant reëel gemaakte kosten (exclusief de kosten die elke aanbieder heeft moeten maken). Voor BAM was het in die context noodzakelijk dat een onafhankelijke bedrijfsrevisor, zou kunnen vaststellen dat deze kosten wel degelijk blijken uit de kostenstaten, stukken en bescheiden van Noriant.

Finaal is het bedrag van 37,18 miljoen euro het bedrag waaromtrent beide partijen akkoord zijn kunnen gaan als verbreings- en stopzettingsvergoeding, en dit voor de diverse gedekte hypothesen en risico's. Het gaat niet om het bedrag dat als kosten van Noriant door BAM werd aanvaard. Het is wel een bedrag dat blijft onder het bedrag dat Noriant als kosten heeft opgegeven. Het bedrag blijft tevens onder het bedrag van 40 à 50 miljoen euro dat als realistisch in geval van gerechtelijke veroordeling werd beschouwd. Het gaat finaal ook om een bedrag dat voor Noriant de ondergrens vormde om een akkoord te kunnen aanvaarden.

3.3. Verwerving intellectuele eigendomsrechten

BAM wou – in het kader van een globale regeling – afdoende intellectuele eigendomsrechten verwerven op het ontwerp, de documenten en ontwikkelingen die begrepen waren in de stedenbouwkundige aanvraag van Noriant, teneinde een latere doorstart en realisatie van de OWV te verzekeren, zonder claims (en navenante vertraging) daaromtrent in het traject van de verdere voorbereiding en realisatie van het project OWV.

De regeling voorziet daarom, dat ingeval van stopzetting van de gunningsprocedure, BAM een wereldwijd, overdraagbaar, licentieerbaar en onherroepelijk gebruiksrecht, verwerft, met recht tot wijziging, op de intellectuele eigendomsrechten op alle onderdelen die vervat zijn in de stedenbouwkundige aanvraag. Er wordt voorzien in een overdracht van bewerkbare en digitale bestanden waar BAM dan verder mee aan de slag kan.

Voor deze gebruiksrechten is BAM bereid gevonden een vergoeding te betalen die in lijn ligt met de waarde die deze rechten voor haar betekenen. De waarde is onderbouwd op basis van de kostenraming van Arcadis Nederland, uitgevoerd volgens de Standaard Systematiek voor Kostenramingen (SSK), door erkende en gecertificeerde kostendeskundigen. Er is bijgevolg van uit te gaan dat, indien BAM het dossier zou moeten overdoen tot de huidige staat, dit inderdaad een uitgave van meer dan 5,1 miljoen Euro zou vergen. Bovendien vermijdt BAM het risico op toekomstige claims, hetgeen ook een belangrijke waarde vertoont.

4. Afstand van rechten / Vrijwaring / Afdekking Vlaamse Gewest

In de overeenkomst doet Noriant afstand van het recht om betwistingen te voeren aangaande het verleden.

De overeenkomst heeft ook volgende risico's ondervangen :

- Zowel het risico van BAM, als het risico van het Vlaamse Gewest zijn mee afgedekt.
- Ook is voorzien in een vrijwaring voor zowel BAM als het Vlaamse Gewest door Noriant tegen claims van derden waarmee Noriant zich contractueel heeft verbonden met het oog op de realisatie van de Oosterweelverbinding, en dit voor alle vorderingen, gelijkaardig aan deze waarvan Noriant afstand heeft gedaan .

5. Level playing field – vermijden verboden voorkennis voor de toekomst

BAM heeft er zich in het kader van de overeenkomst toe verbonden om zich naar best vermogen in te spannen om de toekomstige gunningsprocedures niet derwijze te organiseren dat een situatie van verboden voorkennis in hoofde van (de leden van) Noriant zou komen vast te staan.

Deze verplichting moet gezien worden in het licht van art. 64 van het PlaatsingsKB overheidsopdrachten. Volgens die bepaling moet een inschrijver worden uitgesloten indien hij belast werd met de voorbereiding van een overheidsopdracht, en hij door die prestaties een voordeel geniet dat de normale mededingingsvoorwaarden verhindert of vervalst.

BAM heeft er alle belang bij dat de leden van Noriant, afzonderlijk of gezamenlijk, mee kunnen dingen naar de toekomstige opdrachten, om op die wijze een reële concurrentie te kunnen laten spelen.

Teneinde een ruime doch eerlijke mededinging te verzekeren, zal BAM er dan ook voor zorgen dat de beschikbare informatie transparant ter beschikking wordt gesteld en dat voldoende ruime termijnen worden toegekend aan de inschrijvers.

Omdat BAM de nodige intellectuele rechten heeft kunnen verwerven, zal ook vermeden kunnen worden dat Noriant opnieuw dezelfde prestaties zal moeten verrichten. Integendeel behoren de desbetreffende gegevens thans tot het patrimonium en de zeggenschap van BAM, die er naar eigen inzichten kan over beschikken.