

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

nr. 178.884 van 24 januari 2008

in de zaak A. 186.484/XII-5308.

In zake : de NV BRASSCHAAT FINANCIAL HOLDING,
die woonplaats kiest bij
advocaten P. Flamey en J. Bosquet,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF BRASSCHAAT,
dat woonplaats kiest bij
advocaten B. Martens en B. Schutyser,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Louizalaan 106.

tussenkomen partij :

de NV VAN ROEY,
die woonplaats kiest bij
advocaat D. De Keuster,
kantoor houdende te Antwerpen,
Graanmarkt 2.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Brasschaat Financial Holding op 28 december 2007 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “de beslissing van de Raad van Bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat van 19 december 2007 waarbij beslist werd om de twee percelen van de opdracht tot ontwikkeling van de site ‘Luitenant Coppens kazerne’ toe te wijzen aan de NV Van Roey na een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en dit in het kader van een samenwerking voor de inrichting, commercialisatie, financieel beheer en parkmanagement van het bedrijventerrein en/of kazernegebouw ‘Lt. Coppens kazerne’ te Brasschaat - Perceel 1 en perceel 2”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikkingen van 31 december 2007 en 3 januari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 17 januari 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 14 januari 2008 ingediende verzoekschrift waarbij de NV Van Roey vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en erbij belang heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaten P. Flamey en J. Bosquet, die verschijnen voor de verzoekende partij, van advocaten B. Schutyser en A. Verlinden, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat D. De Keuster, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van auditeur P. Barra;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat, verwerende partij, schrijft in mei 2007 een opdracht uit, op 8 mei 2007 bekendgemaakt in het bulletin der Aanbestedingen en in het Europees Publicatieblad.

2. Met een brief van 24 mei 2007 stuurt de verwerende partij aan Guido Bernaerts, gedelegeerd bestuurder van de NV Vaartkaai, waarvan de verzoekende partij - overigens te dezen niet onbetwist - de rechtsopvolger zou zijn, een ‘oproep tot kandidatuurstelling voor samenwerking, commercialisatie, financieel beheer en parkmanagement van het bedrijventerrein Lt. Coppenskazerne te Brasschaat’.

De gemeente Brasschaat is bij akte minnelijke onteigening van 28 september 2007 eigenaar geworden van het projectgebied, namelijk gronden en gebouwen, volgens het toepasselijke gewestplan gelegen in toenmalig gebied met militaire bestemming, aan de Sint-Jobsesteenweg te Brasschaat nabij het knooppunt van de E19.

Uit de voormelde bekendmakingen en de oproep tot kandidatuurstelling kunnen de volgende relevante gegevens betreffende de opdracht worden afgeleid.

De opdracht bevat twee percelen:

- perceel 1 betreft de renovatie van het kazernegebouw Lt. Coppens; het gebouw dient behouden te blijven en een nieuwe bestemming te krijgen; het zou een multifunctioneel gebouw voor diensten, kantoren, kantoorachtige verwerking, productie, onderzoek en ontwikkeling met uitzondering van wonen, detail- en groothandel moeten worden.
- perceel 2 betreft een bedrijvenzone die dient te worden ontwikkeld ; er wordt in een bedrijfsgebouw voorzien met een langwerpige bouwvolume dat gefaseerd kan worden; het gebouw zal in casco worden aangeboden; de bedrijven die een ruimte willen in het gebouw zullen dit zelf inrichten en de investeringen hiervan dragen.

Het voorwerp en de omvang van de samenwerking tussen de verwerende partij en de inschrijver is het oprichten van een publiek-privaat samenwerkingsverband; de samenwerking heeft als doel het ontwerpen, het bouwen, het financieren, het onderhouden, het integrale beheer, de commercialisatie en parkmanagement van de bedrijvenzone en het kazernegebouw; de verwerende partij zal het zakelijk recht op deze gronden inbrengen, evenals de kandidaten die geïnteresseerd zijn om zich op het bedrijventerrein en in het kazernegebouw te vestigen; van de private partner wordt verwacht dat hij know-how en kapitaal inbrengt.

Als type opdracht wordt categorie diensten 27 vermeld.

Een aantal selectiecriteria worden aangehaald.

Inzake de wijze van gunnen van de opdracht en het verloop van de onderhandelingen wordt het volgende vermeld :

“De opdracht wordt gegund op grond van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking zoals bedoeld in artikel 17, § 3, 2/ en 4/ van de wet van 24 december 1993.

Op basis van de aankondiging worden kandidaten uitgenodigd om een aanvraag tot deelneming in te dienen waarin dient te worden aangetoond dat zij voldoen aan de selectiecriteria. Enkel de kandidaten die voldoen aan de selectiecriteria en die door de opdrachtgever geselecteerd werden, worden uitgenodigd tot het indienen van een offerte op basis van dit bestek.

Uit de ingediende offertes zal de opdrachtgever op grond van de in de bevraging opgenomen gunningscriteria de best geklasseerde of geklasseerden selecteren, die uitgenodigd zullen worden voor één of meerdere onderhandelingsrondes.

Indien meer dan één inschrijver voor onderhandelingen wordt aangehouden, zal de opdrachtgever de voor onderhandelingen geselecteerde inschrijvers informeren omtrent de sterke en zwakke punten van de ingediende offerte, en desgevallend verzoeken om bijkomende voorstellen die desgevallend het voorwerp kunnen uitmaken van verdere besprekingen. Nadat de inschrijvers, waarmee aldus werd onderhandeld, de gelegenheid hebben gekregen om een laatste offerte in te dienen, beslist de opdrachtgever op basis van de verder vermelde gunnings-criteria. Met de vervolgens aangehouden inschrijver zal verder worden onderhandeld teneinde alle nodige overeenkomsten te kunnen finaliseren”.

Op bladzijde 5 van de oproep tot kandidatuurstelling worden de “criteria voor de gunning van de opdracht die later in overweging genomen zullen worden bij de offertevorming” opgesomd; er wordt gesteld dat dit “niet-limitatieve” criteria betreft.

Vier gunningscriteria worden vooropgesteld :

- voorstel van de structuur van de samenwerkingsvorm tussen de inschrijver en de verwerende partij; het samenwerkingsverband zal het bedrijventerrein beheren, uitbaten en het parkmanagement waarnemen; de verwerende partij zal dus in dit verband het zakelijk recht inbrengen en de gegevens van de bedrijven die er zich willen vestigen; de gemeente voert de werken uit aan het openbaar domein; de inschrijver bepaalt zijn inbreng in de offerte en doet een voorstel van het aandeel van de inschrijver en van de verwerende partij in het samenwerkingsverband. Het samenwerkingsverband “dient ESR-neutraal te zijn”;
- projectorganisatie: de inschrijver doet voorstellen inzake de projectaanpak inhoudende onder meer betalingsmodaliteiten, ontwikkelingsstrategieën en inzake

de termijn waarbij een planning van de werkzaamheden vanaf gunning tot en met realisatie wordt verwacht;

- financiële garanties en budgettair plan : de inschrijver raamt de kosten voor de realisatie van het project; hij doet tevens een voorstel van de prijs die gevraagd zal worden aan de bedrijven die er zich willen vestigen; de ruimten in de Lt. Coppenskazerne worden bij voorkeur verhuurd; de verwerende partij stelt de gronden op het bedrijventerrein ter beschikking aan de hand van erfpacht;
- conceptvisie en duurzaamheidsconcept: er wordt een ruimtelijke visie verwacht, een architecturaal concept en CO2-neutraliteit van de bedrijven waarvoor voorstellen worden verwacht om deze eis te vergemakkelijken.

De definitieve termijn voor uitvoering van de diverse onderdelen van de opdracht zal het voorwerp van onderhandelingen uitmaken.

Inzake borgtocht en te stellen zekerheden wordt vermeld dat gelet op de specificiteit en de complexiteit van de opdracht die een evenwicht bevat tussen wederzijdse rechten en verplichtingen van de inschrijver en de opdrachtgever en gelet op het feit dat in geen “rechtstreekse” betaling van de inschrijver door de opdrachtgever wordt voorzien, de te stellen zekerheden het voorwerp zullen uitmaken van onderhandelingen.

3. Uit een brief van de verwerende partij aan geïnteresseerden van 24 mei 2007 blijkt dat de gemeente Brasschaat de kazerne en de naastliggende gronden zou verwerven van de Belgische Staat en deze middels een zakelijk recht zou inbrengen bij de verwerende partij die dit recht verder in een special purpose vehicle (SPV) kan inbrengen. Voorts zou de Regie der Gebouwen de intentie hebben om voor een termijn van 18 jaar 6000 m² te huren van de kazerne aan een indicatieve huurprijs van 115 €/m². Inzake het bedrijventerrein zouden er contacten zijn met verscheidene kandidaten die via erfpacht bereid zouden zijn te huren.

4. Er blijkt op 13 december 2007 een huurovereenkomst te zijn ondertekend door de Minister van Financiën namens de Regie der gebouwen voor het huren van 5.692,60 m² van een kantoorcomplex in de betrokken voormalige kazerne.

5. NV Vaartkaai dient een kandidatuurstelling in met een brief van 9 juni 2007. De NV Van Roey, tussenkommende partij, met een brief van 12 juni 2007.

6. Met een brief van 3 juli 2007 brengt de verwerende partij NV Vaartkaai ter kennis dat zij beslist heeft de kandidatuurstelling in aanmerking te nemen. De beslissing daartoe werd op 2 juli 2007 getroffen.

7. Met een brief van 20 juli 2007 brengt de verwerende partij aan de NV Vaartkaai het bestek voor “samenwerking voor de inrichting, commercialisatie, financieel beheer en parkmanagement van het bedrijventerrein en/of kazernegebouw” ter kennis.

8. Uit het bestek kunnen nog volgende elementen aangehaald worden, ter vergelijking met de eerdere oproep tot kandidatuurstelling :

- parkmanagement wordt gedefinieerd: de coördinatie van de samenwerking tussen bedrijfsleven en overheid voor afspraken over inrichting en beheer van het bedrijventerrein en gebruik van de faciliteiten die op het terrein gevestigd zijn;
- gespecificeerd wordt dat de twee percelen afzonderlijk kunnen worden gegund.
- het voorwerp en omvang van de samenwerking worden ditmaal als volgt omschreven :

“Het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat en haar private partner zullen een publiek-privaat samenwerkingsverband oprichten. Deze samenwerking heeft als doel het ontwerpen, het bouwen, het financieren, het onderhouden, het integrale beheer, de commercialisatie en parkmanagement van het bedrijventerrein en het kazernegebouw.

Het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat zal het zakelijk recht op deze gronden en de haar bekende kandidaten, die geïnteresseerd zijn om zich op het bedrijventerrein en in het kazernegebouw te vestigen, inbrengen. Van de private partner wordt verwacht dat hij know-how, en kapitaal, evenals bijkomende geschikte kandidaten voor het kazernegebouw en het bedrijventerrein inbrengt”;

- de opdracht wordt omschreven als een aanneming van diensten gegund op grond van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking zoals bedoeld in artikel 17, § 3, 4/ van de wet;
- de vier voormelde gunningscriteria worden herhaald; bij het eerste gunningscriterium wordt bijgevoegd dat de “inschrijver de garantie geeft dat hij de finale verantwoordelijkheid blijft dragen gedurende de ganse duur van het project”; er wordt bij het eerste gunningscriterium ook uitleg gegeven over de bepaling dat het samenwerkingsverband “ESR’95 neutraal” dient te zijn :

“ESR-neutraal wil zeggen dat de financiering gebeurt op een wijze dat deze geen impact heeft op het vorderingensaldo of op de overheidsschuld De ESR’95 norm is het geheel van boekhoudkundige en statistische regels ter beoordeling van het BBP, vorderingensaldo en totale schuld”;

ook wordt een weging gegeven van de gunningscriteria voor de beide percelen :

- bij de technische bepalingen wordt vermeld dat wat de kazerne betreft die een vloeroppervlakte zou hebben van 10.000 m² er al een huurovereenkomst “wordt opgesteld” tussen de gemeente en de Regie der Gebouwen voor huisvesting van de diensten Financiën ten belope van 5.692,60 m²; deze overeenkomst zal door de verwerende partij ingebracht worden in het samenwerkingsverband;
- bij de technische bepalingen wordt ook het volgende opgemerkt onder het opschrift “PPS structurering” :

“De inschrijver stelt een samenwerkingsverband voor tussen hemzelf en het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat. Een voorstel van deze samenwerkingsovereenkomst dient bij de offerte gevoegd te worden.

Het samenwerkingsverband zal het volledig terrein beheren, uitbaten en het parkmanagement waarnemen en dient ESR-neutraal te zijn.

Het gemeentebedrijf zal in dit samenwerkingsverband het zakelijk recht op de gronden inbrengen en de gegevens van bedrijven die zich op het terrein willen vestigen. De gemeente Brasschaat voert de werken uit aan de delen die tot het openbaar domein zullen gaan behoren (zie plan in bijlage).

In de offerte wordt de inbreng van de inschrijver bepaald. Tevens doet de inschrijver een voorstel van een afsprakenkader en het aandeel van zowel de inschrijver als het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat in het samenwerkingsverband.

Tussen het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat en de kandidaat private partner zal een samenwerkingsovereenkomst opgemaakt worden. Deze omvat onder meer het afsprakenkader en de aandelen van de partijen”.

9. Op 14 september 2007 dient de NV Brasschaat Financial Holding, de huidige verzoekende partij, een offerte in en op dezelfde dag ook de NV Van Roey.

10. Bij brief van 26 november 2007 dient de verzoekende partij haar BAFO (best and final offer) in. Met een brief van 29 november 2007 vraagt de verwerende partij aan de verzoekende partij zekere verduidelijkingen inzake de vergoeding aan de verwerende partij; de verzoekende partij geeft die met een brief van 4 december 2007.

De tussenkomende partij dient op 26 november 2007 haar BAFO in. Met een brief van 29 november 2007 vraagt de verwerende partij zekere verduidelijkingen die de tussenkomende partij geeft met een brief van 5 december 2007.

11. Er wordt een zogenoemd voortgangsverslag opgesteld door de verwerende partij op 6 december 2007 waarin de selectie van de kandidaten en de offertes worden besproken; er blijkt te zijn beslist met drie inschrijvers te

onderhandelen waaronder de verzoekende partij en de tussenkomende partij die beide een offerte hebben ingediend voor elk van de twee percelen.

12. Met een brief van 21 december 2007 wordt de verzoekende partij door de verwerende partij in kennis gesteld van haar beslissing om de twee percelen toe te wijzen aan de tussenkomende partij. In bijlage is de te dezen aangevochten beslissing van de Raad van bestuur van de verwerende partij gevoegd.

De puntentoekenning is in die beslissing als volgt :

Perceel 1.

		Brasschaat Financial Holding	Van Roey	Kapelse Immobiëlen Maatschappij
Criterium 1	10	8	9	9
Criterium 2	30	24	27	26
Criterium 3	40	35	32,6	17,4
Criterium 4	20	12	17	11
TOTAAL	100	79	85,6	63,4
RANG		2	1	3

Perceel 2.

		Brasschaat Financial Holding	Van Roey	Kapelse Immobiëlen Maatschappij
Criterium 1	10	8	9	9
Criterium 2	20	14	18	17
Criterium 3	50	44	47,4	20,9
Criterium 4	20	10	17	12
TOTAAL	100	76	91,4	58,9
RANG		2	1	3

De excepties

13. De tussenkomende partij merkt op dat de verzoekende partij een niet-ontvankelijke vordering heeft ingediend aangezien haar offerte zou zijn aangetast door een dubbele substantiële onregelmatigheid, en zij aldus geen belang bij haar vordering zou hebben.

In de eerste plaats wijst de tussenkomende partij erop dat inzake de offerte van de verzoekende partij er twee onderscheiden vennootschappen tussengekomen zijn: het selectiedossier werd ingediend door de NV Vaartkaai en de beoordeelde offerte werd ingediend door de verzoekende partij, NV Brasschaat Financial Holding. Een vennootschap die niet is geselecteerd kan onmogelijk een regelmatige offerte indienen. Bij herstructurering kan de nieuwe vennootschap enkel een rechtsgeldige offerte indienen indien cumulatief aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk de nieuwe vennootschap is de iure de rechtsopvolger van diegene die geselecteerd is en de nieuwe vennootschap beschikt over minstens evenwaardige ervaring en financiële draagkracht. Bij de oprichting van de verzoekende partij is er slechts een partiële splitsing van de NV Vaartkaai - deze blijft bestaan. Slechts de activa en passiva van de holdingactiviteit van de nv Vaartkaai worden overgedragen naar de verzoekende partij; commercialisatie, financieel beheer en parkmanagement zijn echter operationele activiteiten en geen holdingactiviteiten. Voorts dient de verzoekende partij aan te tonen dat ze zich op haar beurt niet in een uitsluitingscriterium bevindt en dat ze over voldoende financiële, economische en technische draagkracht beschikt.

Ten tweede heeft de verzoekende partij een initiële offerte ingediend die strijdt met het gemeentelijk ruimtelijk uitvoeringsplan wat een substantiële onregelmatigheid uitmaakt. Dat kan niet meer worden verholpen in de definitieve offerte.

14. De Raad van State kan in een kort geding en a fortiori in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die de rechtsmacht van de Raad van State of, zoals de voorliggende exceptie, de ontvankelijkheid van de vordering betreffen. Een verzoekende partij kan er zich immers minder behoorlijk tegen in bescherming nemen dan in de procedure ten gronde. Daarom past het in een kort geding dat de Raad van State deze excepties eerder zou verwerpen dan aannemen tenzij indien zijn beperkt onderzoek uitwijst dat een dergelijke exceptie een hoge graad van ernst vertoont.

15. De eerste exceptie lijkt niet evident de voormelde hoge graad van ernst te vertonen: ter terechtzitting werd door de verzoekende partij toegelicht dat de NV Vaartkaai heden is beperkt tot een vastgoedmaatschappij met een voor het onderhavig geding irrelevant patrimonium; de andere activiteiten van de NV Vaartkaai zijn afgesplitst naar de overnemende verzoekende partij; voorts heeft de verwerende partij tijdens de gunningsprocedure ook geen opmerkingen gemaakt over deze “rechtsopvolging”.

16. Met de tweede exceptie lijkt de tussenkomen partij te doelen op het feit dat de initiële offerte van de verzoekende partij voor perceel 2 zekere strijdigheden met het ruimtelijk uitvoeringsplan bevatte. De verwerende partij stelde daarover, en over tal van andere gegevens van de offerte, in een brief van 4 oktober 2007 vragen, zoals het in een onderhandelingsprocedure niet ongewoon lijkt; de verzoekende partij schrijft hierop een brief van 18 oktober 2007. De verwerende partij aanvaardt die antwoordbrief blijkbaar, hoewel daarin geen sprake lijkt van de bedoelde strijdigheid. Ze nodigt immers met een schrijven van 16 november 2007 de verzoekende partij uit tot verder onderhandelen en maakt daarbij geen opmerkingen meer over de kwestie. Evenmin gebeurt zulks in de bestreden beslissing. In de definitieve offerte van de verzoekende partij en in de bestreden beslissing lijkt er geen sprake meer van een afwijking van het ruimtelijk uitvoeringsplan, nu er over die offerte op dat punt geen vragen meer worden gesteld en het ook niet in beslissing ter sprake komt.

Gelet op die omstandigheden kan in de huidige stand van de procedure worden aangenomen dat niet is aangetoond dat het project dat de verzoekende partij voor ogen heeft, strijdig is met het ruimtelijk uitvoeringsplan. Ook de tweede exceptie vertoont niet de nodige graad van ernst.

De grondvoorwaarden tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

17. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen.

De eerste schorsingsvoorwaarde

18. Wat de eerste in het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarde betreft, motiveert de verzoekende partij haar keuze voor de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door te verwijzen naar het risico, dat de bestreden toewijzingsbeslissing aan de gekozen inschrijver zou worden betekend en aldus een overeenkomst tot stand zou komen, nu in de kennisgevingsbrief van 21 december 2007 naar artikel 21 bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor werken, leveringen en diensten, wordt verwezen en de daarin bepaalde wachttermijn van tien dagen om de Raad van State met een uiterst dringende rechtspleging te vatten. De verzoekende partij merkt voorts op dat de verwerende partij in haar notificatiebrief dreigt over te gaan tot betekening.

19. Wat de voorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid betreft, bepaalt artikel 21bis, §2, van de voormelde wet van 24 december 1993 dat, “wanneer de overheidsopdracht het geraamde bedrag bereikt, zoals bepaald door de Koning voor de Europese bekendmaking bij de aanvang van de procedure [...] de aanbestedende overheid de kandidaten en inschrijvers een termijn toe[kent] die ze nader bepaalt en minstens tien dagen omvat vanaf de dag die volgt op de verzendingsdatum van de motivering, zodat zij eventueel beroep kunnen aantekenen bij een rechtscollège, wat uitsluitend mag gebeuren in het kader van, al naar het geval, een procedure in kort geding voor de justitiële rechter of, voor de Raad van State, via een uiterst dringende rechtspleging”.

De toepasselijkheid van het voormelde artikel 21bis moet dus worden onderzocht. De Raad van State heeft er immers reeds herhaaldelijk op gewezen dat de verwijzing naar het genoemde artikel 21bis door een aanbestedende overheid in een kennisgevingsbrief op zichzelf de Raad van State niet bindt, indien zou blijken dat die bepaling toch niet van toepassing is op de in het geding zijnde opdracht (zie bijvoorbeeld de arresten nr. 175.833 van 16 oktober 2007 inzake NV Ghent Dredging, nr. 174.604 van 18 september 2007 inzake NV International Building Organisation, nr. 166.317 van 27 december 2006 inzake NV Sogiaf e.a). De Raad van State heeft bovendien herhaaldelijk gesteld - onder meer uitvoerig in zijn arrest nr. 127.069 van 13 januari 2004, inzake NV Laboratoria Van Vooren - dat de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet geschikt is om de gewone procedure te zijn die de beoogde rechtsbescherming kan bieden in het domein van de overheidsopdrachten.

Te dezen lijkt de toepassing van artikel 21bis aan twijfel onderhevig, nu de verzoekende partij zelf in haar brief van 25 juni 2007 aan de verwerende partij bij monde van haar raadsman vaststelt “alhoewel het duidelijk niet gaat om een klassieke overheidsopdracht”. Bovendien werpt de verzoekende partij in haar eerste middel op dat de opdracht ten onrechte als een dienstenopdracht is aangemerkt, terwijl het een opdracht voor aanneming van werken betreft.

In een aantal gevallen kan alvast ook de laatstgenoemde kwalificatie voor de voormelde toepassingsproblematiek relevant zijn, omdat het voormelde Europese drempelbedrag in de twee gevallen niet hetzelfde is.

De voormelde twistvragen zijn wegens hun complex en soms technisch karakter echter bij uitstek niet geschikt om te worden beslecht door een rechter in een rechtsstrijd die op last van de wetgever bij uiterst dringende noodzakelijkheid moet worden gevoerd, nu daarin grote spoed van alle actoren wordt vereist. Nochtans is de uitkomst van dergelijk onderzoek decisief voor de ontvankelijkheid van de procedure: die uitkomst bepaalt immers het antwoord op de vraag of een beroep op de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid al dan niet verplicht was, gelet op het voormelde artikel 21 bis.

De Raad van State moet aldus vaststellen dat het artikel 21bis voor de rechtzoekenden grote rechtsonzekerheid kan meebrengen bij de keuze van hun schorsingsprocedure en hemzelf voor een keuze stelt tussen twee oplossingen die allebei voor kritiek vatbaar zijn. Indien immers de toepassingsvoorwaarden van artikel 21bis worden onderzocht, wanneer zoals te dezen ze niet manifest vervuld blijken, leidt dat veeleisend onderzoek alleszins tot een vertraging in een uiterst dringende procedure die de aard ervan tegenspreekt. Onderzoekt de Raad die voorwaarden daarentegen niet en acht hij artikel 21bis meteen toepasselijk, dan haalt hij zichzelf en de partijen met hem in een procedure die vanuit het criterium van een deugdelijke rechtsbescherming veel kritiek oproept. In beide gevallen kan de optie afkleuren op het latere debat ten gronde betreffende de betwiste kwalificaties, ook al legt die optie de uitkomst van dat debat niet vast.

Om een aantal redenen kiest de Raad van State er te dezen voor om de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid toe te passen: de verzoekende partij lijkt immers in geen van haar twee middelen de in haar voormelde brief van 25 juni 2007 verwoorde kritiek te herhalen op de optie van de verwerende partij, om op de opdracht de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten toepasselijk te

achten; voorts wordt in het advies van het auditoraat een middel ernstig bevonden dat bij afwijzing van de uiterst dringende noodzakelijkheid dan wellicht in een navolgende gewone schorsingsprocedure zou worden hernomen zodat de zaak een gelijklopende herhaalde behandeling zou kennen, en ten slotte gedragen zowel de verwerende als de tussenkommende partij zich op het betrokken punt naar de wijsheid. De Raad van State zal dus niet ingaan op vragen of de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten al dan niet van toepassing is en of het te dezen een opdracht voor de aanneming van diensten of van werken betreft. Die laatste vraag lijkt met de genomen procedurerichting in het huidige geding overigens niet meer relevant: de verzoekende partij stelt immers een waarde van de opdracht voorop “alleen aan bouwkosten” van 19.523.112,35 euro en de andere partijen in het geding lijken dat bedrag niet te betwisten. Dergelijk bedrag overschrijdt in elk geval de Europese drempelwaarden, zowel van diensten als van werken zodat in de -voorlopige - veronderstelling dat de wet van 24 december 1993 van toepassing is, in de beide gevallen artikel 21 bis zou gelden.

De tweede schorsingsvoorwaarde

20. Wat de tweede in het voormelde artikel 17 van de wetten op de Raad van State voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een eerste middel de schending aan van artikel 13 en 17, § 3, 4/ van de meervermelde wet van 24 december 1993 juncto artikel 30 richtlijn 2004/18/EG, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van het beginsel van de materiële motiveringsplicht, van het Europees beginsel van niet-discriminatie en van het transparantiebeginsel; voorts wijst de verzoekende partij op de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag; zij betoogt daartoe dat de opdracht is toegewezen na een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking waarvoor de restrictieve voorwaarden niet zijn vervuld en de kwalificatie als aanneming van diensten enkel is verricht teneinde een beroep te kunnen doen op de uitzonderingshypothese vervat in artikel 17, §3, 4/, van de voormelde wet van 24 december 1993.

Uit haar nadeelsbeschrijving blijkt dat de verzoekende partij met de voorliggende vordering uiteindelijk beoogt zelf de opdracht uit te voeren. Het eerste middel lijkt daarom niet dienstig om, indien het ernstig en gegrond zou worden bevonden, het betrokken nadeel te weren: het strekt er immers toe de onderhandelingsprocedure zelf teniet te doen wat zich op het eerste gezicht moeilijk laat verenigen met het streven van die partij om de opdracht zelf uit te voeren; de

verzoekende partij meent voorts dat door de gevolgde procedure de mededinging werd beperkt maar ze zegt niet duidelijk op welke wijze zij zelf in die mededinging is beperkt: zij heeft immers deelgenomen en met relatief succes aangezien ze eerst is geselecteerd geworden en vervolgens toch als tweede in de rangschikking verscheen; met andere procedures zou de mededinging groter kunnen zijn en haar concurrentiële positie mogelijks verzwakken door een groter deelnemersveld. Overigens is het nadeel, in zoverre het voortvloeit uit het volgen van de in het middel bekritiseerde procedure, voor de verzoekende partij een geaccepteerd risico, dat zij door eigen toedoen ondergaat en dus niet als het rechtens vereist ernstig nadeel mag worden aangemerkt: zij nam deel aan de procedure zonder daarbij enige kritiek te uiten op de keuze van de betrokken procedure.

Het eerste middel is aldus niet ernstig want niet dienstig aangezien het daarop te betrekken nadeel niet het in rechte vereiste nadeel is.

21. In een tweede middel voert de verzoekende partij onder meer aan dat er een schending is van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder van het zorgvuldigheidsbeginsel, doordat wat het eerste gunningscriterium betreft, geen rekening wordt gehouden met de essentiële vooropstelling van artikel 2.7. van het bestek dat de inschrijver doorheen de volledige opdracht de finale verantwoordelijkheid dient te dragen en bovendien de voorgestelde samenwerking het schuldensaldo op de begroting van het AGB Brasschaat niet mocht beïnvloeden.

Artikel 2.7. van het bestek, eerste gunningscriterium, vermeldt :

“De inschrijver stelt een samenwerkingsverband voor tussen hemzelf en het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat, waarbij de inschrijver de garantie geeft dat hij de finale verantwoordelijkheid blijft dragen gedurende de ganse duur van het project”.

en

“Het samenwerkingsverband dient ESR’95 - neutraal te zijn. ESR’95 - neutraal wil zeggen dat de financiering gebeurt op een wijze dat deze geen impact heeft op het vorderingsaldo of op de overheidsschuld”.

Uit de bestreden beslissing- bladzijde 7 - blijkt dat bij de toetsing van de offerte van de tussenkomende partij aan het eerste gunningscriterium, laatstgenoemde “een borgstelling verwacht van de gemeente Brasschaat teneinde gunstige voorwaarden te verkrijgen bij het aangaan van een financiering”. Zodoende lijkt het uiteindelijk financieel risico van de samenwerking en van de uitvoering te

worden afgewenteld op de overheid die bij gebeurlijk falen van de inschrijver haar borgstelling zal verliezen. Met dit gegeven werd voor geen van beide percelen rekening gehouden. Vraag is zelfs of door dat gegeven de betrokken offerte wel regelmatig is.

Ook bij het derde gunningscriterium wordt in deze offerte aan die borgstelling voorbijgegaan. Voorts werd er daarbij geen rekening gehouden met de door de verzoekende partij voorgelegde succes fee van 3 % op de verhuring en is haar erfpachtvergoeding ten onrechte “gereduceerd”; het voorstel van de tussenkomende partij daarentegen werd ten onrechte aangevuld met een hypothetische winstdeelname van 25 %, waar het begrip “winst” voor vele invullingen vatbaar is.

22. De verwerende partij betoogt daartegen in hoofddorde dat de verzoekende partij niet zou beschikken over het rechtens vereiste belang bij het tweede middel. De verzoekende partij krijgt meer punten voor het onderdeel erfpachtvergoeding. Voorts kan het verschil in totaal aantal punten niet door de verzoekende partij worden ingelopen. De verzoekende partij heeft ook geen belang bij de aantijging dat de verwerende partij de erfpachtvergoeding zoals door de verzoekende partij voorgesteld, gewijzigd heeft daar waar de verzoekende partij één erfpachtvergoeding voor de beide percelen samen heeft voorgesteld; eerder dan die werkwijze onregelmatig te verklaren heeft de verwerende partij zelf een opsplitsing gemaakt.

Voorts wijst de verwerende partij erop dat er geen afbreuk gedaan wordt aan de finale verantwoordelijkheid van de privé-partner. Hiermee wordt bedoeld dat het “economisch, uitvoerings- en commercialisatierisico” van de uitvoering van het project bij de privé- partner ligt. Het verstrekken van een overheidsborg, - trouwens niet door verwerende partij maar door de gemeente Brasschaat - kan de verdeling van het voornoemde risico en verantwoordelijkheid niet wijzigen.

Ook is de ESR-neutraliteit gewaarborgd. Het goedkeuren van een borg door een openbaar bestuur ten behoeve van een privé-partner in een publiek-private-samenwerking (PPS) doet, ondanks datgene wat de verzoekende partij wil doen uitschijnen, geen enkele afbreuk aan de begrotingsneutraliteit, c.q. ESR-neutraliteit, zoals het Vlaams kenniscentrum PPS heeft aangegeven. De gewaarborgde schuld komt in geen geval in de begroting van de publieke partner.

De verwerende partij heeft wat de erfpachtvergoeding betreft een eenvormige vergelijkingsbasis genomen; elke andere berekeningswijze waarbij onzekere jaarlijkse gegevens zoals winstdeelnames of succesfees in aanmerking worden genomen voor de beoordeling van de erfpachtvergoeding, zou inbreuk maken op het bestek. Zowel voor de offerte van de verzoekende partij als die van de NV Van Roey werd er enkel rekening gehouden met het basisgedeelte van de vergoeding en niet met winstdeelnames.

23. De tussenkomen de partij merkt in de eerste plaats op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middel nu niet is aangetoond dat, indien de verzoekende partij een hogere score zou krijgen op het criterium “bepaling van erfpachtvergoeding” - met slechts een weging van 25 % - de opdracht aan haar zou worden toegewezen.

Ten gronde merkt de tussenkomen de partij op dat het bestek enkel vermeldt dat het finale risico bij de privé- partner moet liggen en dat het bestek een overheidswaarborg niet verbiedt. Het doel de financiering te beperken, is juist één van de doelstellingen van die waarborg, zoals aangewend in recente PPS-contracten.

24. Wat betreft de beoordeling aan de hand van het derde gunningscriterium op het vlak van de erfpachtvergoeding, moet worden vastgesteld dat voor de beide percelen de verzoekende partij het maximum van de punten heeft verkregen. Het bekritiseerde want “gereduceerde” bedrag in de noemer van de breuk die leidt tot de puntenberekening van de tussenkomen de partij vloeit voort uit een berekening uitgevoerd om de door de verzoekende partij voorgestelde vergoeding om te slaan over de twee percelen. De verzoekende partij heeft nagelaten op deze berekeningswijze concrete kritiek te geven. Deze was haar nochtans bekend uit de gemotiveerde beslissing. Daarnaast lijken voor beide betrokken inschrijvers enkel de “vaste vergoedingen” in rekening te zijn gebracht. De kritiek lijkt hier onterecht.

Betreffende de “ESR-95”- begrotingsneutraliteit acht de Raad van State zich zeker in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid en zonder deskundig advies niet bij machte de twistvraag te beslechten zodat dit onderdeel van het middel niet ernstig kan worden bevonden.

Blijft het twistpunt van de finale verantwoordelijkheid.

In de eerste plaats lijkt de verzoekende partij geen belang te mogen worden ontzegd bij het middel in de mate daarin wordt aangeklaagd dat de verwerende partij het begrip finale verantwoordelijkheid verkeerd interpreteerde: aanvaarden van het middelonderdeel kan immers leiden tot een nieuwe beoordeling van de offerte van de tussenkomende partij op gunningscriteria 1 en 3 die samen 50 punten (perceel 1) of 60 punten (perceel 2) vertegenwoordigen daar waar de verzoekende partij slechts een globale achterstand heeft van 6.6 (perceel 1) of 15.4 (perceel 2) punten op de tussenkomende partij. De verzoekende partij beoogt haar score te verbeteren maar evenzeer die van de tussenkomende partij neer te halen, in voorkomend geval de offerte van de tussenkomende partij onregelmatig te zien verklaren.

Bij het twistpunt van de genoemde finale verantwoordelijkheid rijzen een aantal vragen: volgens de verwerende partij betreft die de commerciële en economische verantwoordelijkheid. De tussenkomende partij stelt dat de bedoelde voorwaarde slechts inhoudt dat de privé-partner “juridisch verantwoordelijk” is voor het project. De vraag rijst dan of de financiële verantwoordelijkheid een wezenlijk deel uit maakt van de economische verantwoordelijkheid dan wel met economische verantwoordelijkheid enkel wordt bedoeld dat de privé- partner de leiding heeft en het aanspreekpunt is voor het gehele project.

Uit de typografische opbouw van het eerste gunningscriterium lijkt te moeten worden afgeleid dat finale verantwoordelijkheid (eerste lid) onderscheiden wordt van ESR’95-neutraliteit (vierde lid). Dit zou kunnen aangeven dat met finale verantwoordelijkheid hier in hoofdzaak bedoeld lijkt dat de privé-partner de leiding heeft inzake de werken en het beheer. Aan de andere kant lijkt het bestek in dat gunnings-criterium aan te geven dat de inbreng van de verwerende partij bestaat uit andere activa dan verbintenissen zoals hulp bij financiering; de wel bedoelde actuele activa worden -bij wijze van voorbeeld-aangegeven als de erfpacht en de huurovereenkomst met de Regie der gebouwen. Zorgen voor de financiering lijkt tot de uitdrukkelijke opdracht van de privé- partner te behoren.

De tussenkomende partij lijkt echter in haar offerte van de verwerende partij te verlangen dat zij ervoor zorgt dat de gemeente zich bij een bank borg stelt voor het dekken van de financieringsbehoeften van de inschrijver. Met andere woorden moet de verwerende partij zich sterk maken dat de gemeente borg zal staan. Aldus zijn hier van de verwerende partij onderscheiden belangen in het geding, namelijk deze van de gemeente, een andere rechtspersoon. De vraag rijst

of de verwerende partij in de beoordeling rekening mocht houden met een dergelijke overheidswaarborg op gevaar af de eigen rechtspersoonlijkheid van haarzelf en van de gemeente te veronachtzamen.

Ongeacht deze vraag, lijkt ook de wijze waarop het effect van de borgstelling in rekening is gebracht niet verduidelijkt: in het samenwerkingsverband lijkt alvast geen expliciete vergoeding voorzien voor de borgstelling van de gemeente. Ook is het zo dat in het schema van samenwerkingsverband een vennootschap wordt opgericht door de verwerende partij (49 %) en de tussenkomenende partij (51 %); het is deze vennootschap die bij de bank leent.

In de offerte van de verzoekende partij wordt het risico van een mislukking schijnbaar volledig op rekening van de privé-partner gelaten. Geen waardering voor dit gegeven lijkt te zijn gegeven.

In de bestreden beslissing lijkt er in wezen over deze gehele problematiek van de finale verantwoordelijkheid - die pas in het eigenlijk bestek lijkt opgenomen en niet in het selectiebestek - niet expliciet gehandeld niettegenstaande bij de beide percelen bij de inbreng van de verwerende partij de borgstelling door de gemeente is vermeld.

Blijft nog het feit dat een borgstelling, al is deze contractueel in te vullen zoals de partijen wensen, normaliter lijkt in te houden dat de borg aangesproken wordt indien de privé-partner in gebreke blijft de schuldeiser te betalen; ultiem lijkt er dus een risico gelegd te worden bij een overheid, hier de gemeente; deze is dan wel niet de publieke partner in het samenwerkingsverband; risico dragen betekent echter redelijkerwijze dat daar een vergoeding tegenover staat; voor de gemeente die geen partij is, lijkt dit niet voorzien; voor de publieke partner lijkt dit ook niet direct aanwijsbaar tenzij dit zou vertaald zijn in een hogere erfpachtvergoeding.

Volgens de tussenkomenende partij en de verwerende partij houdt het feit dat de finale verantwoordelijkheid op de privé-partner wordt gelegd, geen verbod in op een overheidsgarantie; een andere interpretatie zou echter kunnen zijn dat finale verantwoordelijkheid inhoudt dat er geen enkel bouw- of exploitatierisico is voor de overheid waarbij dan niet wordt ingezien waartoe de borgstelling dient; feit lijkt wel dat een borgstelling van een overheid een gunstige invloed heeft op de kost van de financiering en dus op de offerte van de privé-partner die dergelijke

borgstelling verkrijgt; vraag is waarom deze dan niet in het bestek in het vooruitzicht werd gesteld voor alle inschrijvers; een borgstelling van de gemeente zonder dat duidelijk is dat ze deelt in een vergoeding lijkt haaks te staan op het idee dat het risico lastens de privé- partner dient te liggen. De inhoud van de borgstelling wordt te dezen overigens niet geëxpliciteerd, noch in de betrokken offerte, noch in de bestreden beslissing, meer bepaald voor welke financiering ze wordt gesteld, wanneer de borg aanspreekbaar is en voor welk bedrag.

Het lijkt dat een offerte niet zonder meer beoordeeld mag worden zonder deugdelijk onderzoek van de voormelde vragen, temeer omdat het dan nog een borgstelling betreft van een juridisch onderscheiden en afwezige overheid. Zulks klemmt des te meer nu te dezen voor het eerste gunningscriterium de tussenkomen de partij voor de beide percelen telkens een punt meer werd toebedeeld dan de verzoekende partij die de betrokken borg niet vermeldde.

De conclusie lijkt te moeten zijn dat het niet strookt met de in het middel geschonden geachte zorgvuldigheidsplicht, dat bij de toetsing van de offertes aan de genoemde gunningscriteria, een verwerende partij zoals te dezen tot een beoordeling en waardering is gekomen van de finale verantwoordelijkheid zonder onderzoek en duidelijk antwoord op de voornoemde vragen, betreffende de impact van de borgstelling en ook ter terechtzitting overigens geen voldoende uitleg kon geven over de aard van de borgstelling, het bedrag en het zeker engagement van de gemeente, derde aan voorliggend ontwerp van samenwerkingsovereenkomst.

Het middel is in de besproken mate ernstig.

De derde schorsingsvoorwaarde

25. Wat de derde in het voormelde artikel 17 van de wetten op de Raad van State vermelde voorwaarde betreft, beroept de verzoekende partij zich inzake het vereiste nadeel op de mogelijkheid om zelf de in het geding zijnde opdracht te kunnen uitvoeren, die haar door de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing wordt ontnomen en die zij door de gevraagde schorsing wil vrijwaren, nu een betekening van de toewijzingsbeslissing dreigt. Zij verwijst daarbij ook naar het feit dat de opdracht een belangrijke referentie zou zijn en naar de grote financiële waarde ervan.

26. Door de betekening van de bestreden toewijzingsbeslissing zou tussen de verwerende en de tussenkomende partij inderdaad een overeenkomst tot stand komen ten gevolge waarvan, in de lijn van de rechtspraak van de Raad van State, arrest nr. 87.983 van 15 juni 2000 van de algemene vergadering van de afdeling administratie, een gewone vordering tot schorsing naar alle waarschijnlijkheid zou worden afgewezen. Het bestaan van die overeenkomst zou de betrachting van de verzoekende partij om zelf de opdracht nog uit te voeren, ernstig bemoeilijken en zou een mogelijk herstel in natura verder af brengen. Aldus moet worden aanvaard dat de verzoekende partij door de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, het rechtens vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan ondergaan mede gelet op de aard en de waarde van de in het geding zijnde opdracht.

27. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat is voldaan aan de voorwaarden gesteld in het voormelde artikel 17, §§1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Van Roey in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Bevolen wordt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat van 19 december 2007 om de twee percelen van de opdracht tot ontwikkeling van de site Lt. Copskazerne toe te wijzen aan de NV Van Roey.

Artikel 3.

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt uitgesteld.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vierentwintig januari 2008, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.