

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 180.547 van 6 maart 2008
in de zaak A. 187.041/XII-5341.**

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
(AGBB),
dat woonplaats kiest bij
advocaten B. Martens en A. Verlinden,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 50.

tussenkomen de 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 14 februari 2008 heeft ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van “de beslissing van de Raad van Bestuur van het Autonoom Gemeentebedrijf Brasschaat van 31 januari 2008 waarbij na intrekking van de beslissingen van 6 december 2007 en 19 december 2007 ingevolge het arrest van de Raad van State nr. 178.884 van 24 januari 2008 werd besloten na heroverweging en op basis van de reeds gevoerde onderhandelingen, de uitvoering van de percelen 1 en 2 van de opdracht inzake de samenwerking voor de inrichting, commercialisatie, financieel beheer en parkmanagement van het bedrijventerrein en/of kazernegebouw Lt. Coppenskazerne te Brasschaat toe te wijzen aan de N.V. Van Roey en niet aan de N.V. Brasschaat Financial Holding”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 14 februari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 28 februari 2008, om 10.30 uur;

Gezien het op 22 februari 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, en van advocaten B. Martens 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 eerste 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 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 langwerpig 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 gunningscriteria. 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 worden aangehaald, 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. De verzoekende partij meldt met een brief van 13 september 2007 aan de verwerende partij dat alle aandelen van hun “werkmaatschappijen” overgedragen zijn aan de nieuwe holding NV Brasschaat Financial Holding, te dezen de verzoekende partij.

Op 14 september 2007 dient de verzoekende partij een offerte in en op dezelfde dag ook de NV Van Roey. De ambtenaar van de verwerende partij die de offerte van de verzoekende partij ontvangt maakt nog gewag van de NV Vaartkaai.

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 ook 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 zoals in het voortgangsverslag 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	20
Criterium 4	20	10	17	12
TOTAAL	100	76	91	58
RANG		2	1	3

13. De verzoekende partij komt tegen de geschetste besluitvorming op bij de Raad van State met een vordering ingesteld op 28 december 2007 waarbij zij bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging vraagt 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 N.V. 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 2”.

14. Bij arrest nr.178.884 van 24 januari 2008 schorst de Raad van State de tenuitvoerlegging van deze beslissing.

Een tweede middel wordt daartoe ernstig bevonden. Het arrest luidt daaromtrent onder meer als volgt :

“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”.

15. Met een brief van 29 januari 2008 schrijft de verwerende partij aan de tussenkomende partij dat, gelet op het voormelde arrest, de tussenkomende partij per kerende schriftelijk dient te bevestigen

“dat (i) de in uw offerte d.d. 26 november 2007 voormelde modaliteit met betrekking tot de borgstelling door de gemeente Brasschaat als een

aandachtspunt met het oog op het voeren van de finale contractonderhandelingen vormde en in geen geval een voorwaarde uitmaakte voor uw offerte, en (ii) u uw offerte, zoals vastgelegd na verdere onderhandelingen, handhaaft zelfs wanneer geen borgstelling wordt gesteld door de gemeente Brasschaat ten behoeve van de private partner”.

16. Met een brief van 31 januari 2008 antwoordt de tussenkomende partij:

“Hierbij kunnen wij u dan ook bevestigen dat (i) de in onze offerte d.d. 26 november 2007 voormelde modaliteit met betrekking tot de borgstelling door de gemeente Brasschaat als een aandachtspunt met het oog op het voeren van de finale contractonderhandelingen vormde en in geen geval een voorwaarde uitmaakte voor onze offerte, en (ii) wij in onze offerte, zoals vastgelegd na verdere onderhandelingen, handhaven zelfs wanneer geen borgstelling wordt gesteld door de gemeente Brasschaat ten behoeve van de private partner”.

17. Op 31 januari 2008 (in zitting om 20 uur) beslist de raad van bestuur van de verwerende partij tot intrekking van de besluiten van 6 december 2007 en 19 december 2007 namelijk de goedkeuring van het voortgangsverslag en de toewijzingsbeslissing. De raad stelt dat, gelet op de overwegingen van het arrest, het niet raadzaam is een motivering van de waarborg te geven doch veeleer afstand te nemen van die door de tussenkomende partij voorgestelde waarborg. Alsdan wordt verwezen naar de voormelde brieven van 29 en 31 januari 2008. Vervolgens stelt de raad kennis te hebben genomen van de laatste offertes en deze te hebben getoetst aan de gunningscriteria, zoals opgenomen in het voortgangsverslag - met als datum 31 januari 2008; de raad hecht goedkeuring aan dit verslag en wijst de tussenkomende partij aan als voorkeurbieder. Voorts beslist de raad van bestuur haar vertegenwoordigers te mandateren onmiddellijk onderhandelingen te starten met de tussenkomende partij, teneinde overeenstemming te bereiken omtrent een samenwerkingsovereenkomst voor de uitvoering van de opdracht.

18. Op 31 januari 2008 (in zitting om 21.30 uur) stelt de raad van bestuur van de verwerende partij vast dat er overeenstemming is bereikt tussen haar onderhandelaars en de tussenkomende partij over de samenwerkingsovereenkomst.

De raad hecht goedkeuring aan het “omstandig gemotiveerd gunningsverslag” en aan de samenwerkingsovereenkomst met de tussenkomende partij “waarbij geen melding wordt gemaakt van de borgstelling”; voorts beslist ze

geen deel te nemen aan de projectvennootschap “teneinde de volledige verantwoordelijkheid bij de nv Van Roey te laten”. De raad beslist aldus de opdracht voor beide percelen toe te wijzen aan de NV Van Roey.

Het voortgangsverslag is vanaf zijn bladzijde 5, waar de gunningscriteria aan de orde worden gesteld, identiek aan het vorige verslag van 6 december 2007, uitgezonderd de weglating in het huidig verslag van referenties naar de verwachte borgstelling : aldus op bladzijde 8 in vergelijking met bladzijde 7 van het vorige verslag en bladzijde 23 in vergelijking met bladzijde 22 van het vorige verslag. De puntentoekenningen worden niet gewijzigd.

19. Bij brief van 4 februari 2008 brengt de verwerende partij de verzoekende partij ter kennis dat ze de beslissingen van 6 december 2007 en 19 december 2007 heeft ingetrokken tengevolge van het meervermelde arrest nr. 178.884, dat ze alle ingediende offertes heeft onderzocht en op grond van de reeds gevoerde onderhandelingen heeft besloten om de uitvoering van de percelen 1 en 2 van de opdracht niet aan de verzoekende partij toe te wijzen. In bijlage is een afschrift van de gemotiveerde toewijzingsbeslissing van 31 januari 2008 gevoegd waarin het voormelde voortgangsverslag is geïncorporeerd. Er wordt tenslotte verwezen naar een wachtperiode van 10 dagen die wordt toegekend overeenkomstig artikel 21bis van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, teneinde de verzoekende partij de kans te geven onder meer een voorziening voor de Raad van State in te stellen.

De exceptie

20. De tussenkomende partij merkt op dat verzoekende partij geen belang heeft; de kandidatuurstelling werd immers niet door haar, maar door de NV Vaartkaai ingediend; ze citeert uit haar gelijkaardige exceptie opgeworpen in de voormelde, eerste schorsingsprocedure waarbij ze stelde : een vennootschap die niet geselecteerd kan onmogelijk een regelmatige offerte indienen; een nieuwe vennootschap kan slechts als rechtsopvolger worden aangenomen indien ze de jure rechtsopvolger is en indien ze over een zelfde, minstens evenwaardige ervaring en financiële draagkracht beschikt; te dezen is er een splitsing gebeurd van de

NV Vaartkaai en uit het splitsingsvoorstel blijkt dat de rechtsopvolging over het betrokken project niet voorhanden is.

In het voormelde arrest nr. 178.884 is over deze exceptie heengegaan op basis van het feit dat ze niet evident een hoge graad van ernst vertoonde. De Raad van State motiveerde zulks als volgt : ter zitting had de verzoekende partij toegelicht dat de NV Vaartkaai beperkt was tot een vastgoedmaatschappij met een voor het geding irrelevant patrimonium; de rest van de activiteiten zouden zijn overgedragen naar de verzoekende partij; voorts had de verwerende partij ook geen opmerkingen geformuleerd bij deze “rechtsopvolging”.

In het huidig geding merkt de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift op dat door partiële splitsing van de NV Vaartkaai haar rechten en verplichtingen in de procedure werden overgenomen door de verzoekende partij hetgeen aan de aanbestedende overheid werd meegedeeld bij de voormelde brief van 13 september 2007; vanaf 24 augustus 2007 werden alle aandelen van de “werkmaatschappijen” overgedragen aan de nieuwe holding, zijnde de verzoekende partij, hetgeen door de aanbestedende overheid zonder enig voorbehoud werd aanvaard, nu de laatste offerte ingediend door de verzoekende partij “volstrekt regelmatig” werd bevonden. De verzoekende partij brengt uit eigen beweging nu ook een stuk 24 aan waarin haar gedelegeerd bestuurder bevestigt dat alle activa en passiva betreffende de holdingactiviteiten, alsook de offerte van NV Vaartkaai zijn overgedragen naar de verzoekende partij en dat in de NV Vaartkaai uitsluitend het vastgoed is gebleven dat bestaat uit een industriegrond van 22.000 m² met daarop semi-industriële magazijnen gelegen te Merksem.

Die brief lijkt een wel erg summiere reactie op een belangrijke exceptie die door de tussenkomende partij uitvoerig in de eerste schorsingzaak is aangebracht. De tussenkomende partij merkt dit op in haar verzoekschrift door te verwijzen naar artikel 743,9/, van het wetboek van vennootschappen, dat een splitsingsvoorstel oplegt waarin nauwkeurig wordt bepaald welke activa en passiva aan elke nieuwe vennootschap worden overgedragen. Omdat de verzoekende partij dit stuk inderdaad niet zelf voorlegde bij haar inleidend verzoekschrift, heeft de tussenkomende partij het zelf opgevraagd bij de griffie van de rechtbank van koophandel. Zij concludeert daaruit dat daaruit blijkt dat net de holdingactiviteit is overgedragen aan de verzoekende partij doch dat de NV Vaartkaai de onroerend goed activiteit behoudt en dat, aangezien ook uit het doel van de NV Vaartkaai blijkt dat

dit een operationele vennootschap is terwijl uit het doel van verzoekende partij blijkt dat ze slechts een holdingactiviteit nastreeft, het duidelijk is dat er geen sprake is van rechtsopvolging en dat de offerte toegeschreven dient te blijven aan de NV Vaartkaai.

Ook het bevoegd lid van het auditoraat heeft zich genoodzaakt gezien bij de verzoekende partij naar het betrokken splitsingsvoorstel te vragen. Ter terechtzitting wordt dit stuk van 30 bladzijden overgelegd door de verzoekende partij.

21. Te dezen lijkt de verzoekende partij niet meer de welwillende behandeling te kunnen genieten van een exceptie waarmee ze voor de eerste keer wordt geconfronteerd in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gelet op de uitvoerige uiteenzetting van die exceptie in het verzoekschrift tot tussenkomst in de vorige schorsingszaak. Van een diligente verzoekende partij had mogen worden verwacht dat zij op zijn minst in haar inleidend verzoekschrift met argumentaties en met exhaustiviteit van stukken daartegen anticiperend verweer zou bieden. Zij verkoos het blijkbaar te houden bij de voornoemde verklaring ter terechtzitting van haar gedelegeerd bestuurder in het vorig geding en bij het voormelde stuk 24, waarin deze wordt hernomen.

De prima facie toetsing van die verklaring aan het splitsingsvoorstel betreffende de over te nemen vermogensbestanddelen die bij de NV Vaartkaai blijven -en die volgens de akte in een niet-limitatieve opsomming zijn opgenomen- om uit te maken waar de offerte zich nu precies bevindt, lijkt eerder te moeten leiden tot het bijvallen van de voornoemde stelling van de tussenkomende partij, dat de offerte eerder aan de NV Vaartkaai diende toe te vallen dan aan de verzoekende partij. Tegen die achtergrond lijkt de verzoekende partij met haar beknopte brief van 13 september 2007 aan de verwerende partij waarin ze meedeelde dat alle aandelen van hun “werkmaatschappijen” overgedragen zijn aan de nieuwe holding NV Brasschaat Financial Holding, de verzoekende partij, op zijn minst geen zuivere weergave van de splitsingssituatie te hebben gegeven. Aldus lijkt de verwerende partij hier op een verkeerd been te zijn gezet en er redelijkerwijze vanuit kon gaan dat er betreffende de in het geding zijnde opdracht een volledige rechtsopvolging was van de ene vennootschap door de andere en dat het probleem van een nieuwe selectie van een nieuwe kandidaat - de verzoekende partij - zich niet stelde.

Tot een uitspraak over die exceptie -waarvan de ernst doorheen de twee schorsingsprocedures lijkt toe te nemen- en meer bepaald betreffende de rechtsopvolging tussen de verzoekende partij en de NV Vaartkaai zal de Raad van State te dezen echter niet komen: er bestaat vooralsnog geen noodzaak toe, omdat zulks enkel noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, hetgeen zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

De grondvoorwaarden voor de schorsing

22. 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.

23. Wat de tweede voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij in een enig middel de schending aan van “artikel 2.4. (gunningswijze) en artikel 2.7. (gunningscriteria)” van het bestek, van artikel 122bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het “beginsel van de gelijke behandeling der inschrijvers, het Europees non-discriminatie en transparantiebeginsel, het materiële motiveringsbeginsel”, de formele motiveringsplicht vervat in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur met in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het beginsel patere legem quem ipse fecisti “of de gebondenheid aan de eigen vooropgestelde bestuurlijke beslissingen” en “met toepassing van artikel 159 van de gecoördineerde Grondwet op het voortgangsverslag van 31 januari 2008, en de schending van het gezag van gewijsde” van het voornoemde arrest nr. 178.884 van 24 januari 2008.

Dit middel wordt over zeven bladzijden uitgewerkt. De grieven - in het tekstdeel na het inleidend woord “doordat” luiden als volgt :

“Doordat, de bestreden beslissing binnen het kader van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en na meerdere door het bestek voorgeschreven onderhandelingsrondes, bij de beoordeling van de laatste offertes zoals ingediend door de behouden inschrijvers, aan de uiteindelijk begunstigde inschrijver de mogelijkheid heeft geboden een substantiële onregelmatigheid in haar offerte recht te zetten, minstens diens laatste offerte te wijzigen zonder dat de aanbestedende overheid op zorgvuldige wijze de impact van deze wijziging aan deze offerte heeft beoordeeld op de puntentoekenning op grond van de gunningscriteria, en zonder respect voor de gelijke behandeling der inschrijvers;

Dat aan verzoekende partij als geselecteerde en regelmatig bevonden inschrijver niet de mogelijkheid werd geboden nog een gewijzigde laatste offerte in te dienen na tussenkomst van het arrest van Uw Raad van 24 januari 2008;

Dat hoewel de offerte van de gegadigde inschrijver N.V. Van Roey niet uitdrukkelijk voorziet in een inbreng van kapitaal in de op te richten SPV, de impact van de afstand van borgstelling, zoals aangedragen door het bestuur, op de beoordeling van de offerten aan de hand van het eerste en derde gunningscriterium niet in rekening werd gebracht;

Dat in weerwil van het arrest van 24 januari 2008 van Uw Raad waarin het tweede middel ernstig werd bevonden, op grond van de overweging dat een normaal zorgvuldige overheid niet kan besluiten tot de gunning van de opdracht aan de inschrijver Van Roey zonder na te gaan welke de impact is van de borgstelling op de financiële zekerheid, de samenwerkingsstructuur en de essentiële vereiste van het bestek dat de finale verantwoordelijkheid bij de private partner dient te liggen, de inhoud van de borgstelling geenszins werd onderzocht, doch dit onderdeel naar de finale onderhandelingen werd verschoven”;

24.1. De betrokken borgstelling van de gemeente lijkt niet alleen een element van de offerte van tussenkomende partij doch tevens een gegeven dat de verwerende partij in haar beoordeling aan de hand van het eerste gunningscriterium uitdrukkelijk lijkt te hebben betrokken zoals blijkt uit de gemotiveerde beslissing van 19 december 2007. In deze beslissing wordt immers het volgende verklaard : “Voorts wordt een borgstelling verwacht van de gemeente Brasschaat, teneinde gunstige voorwaarden te verkrijgen bij het aangaan van een financiering” (bladzijde 7) en “De inschrijver verzoekt daarnaast dat de gemeente Brasschaat een borg stelt teneinde gunstige voorwaarden te verkrijgen voor het aangaan van de financiering” (bladzijde 22). Hieruit lijkt te mogen worden afgeleid dat dergelijke borgstelling rechtstreeks verband houdt met de kost van het project en duidelijke implicaties heeft naar opbrengst en financiering van het project.

Voorts was in het voorstel van samenwerkingsovereenkomst bij de eerste -in haar tenuitvoerlegging geschorste- toewijzingsbeslissing (artikel 10, § 2)

bepaald dat de verwerende partij zich sterk maakte voor de borgstelling door de gemeente.

In de nieuwe beslissing van 31 januari 2008 zijn deze vermeldingen weggelaten evenals in het nieuwe voorstel van samenwerkingsovereenkomst.

Het gevolg geven aan het schorsingsarrest lijkt dus te hebben geleid tot een wijziging van een gegeven van de offerte.

24.2. Zulks is echter in de eerste plaats in een beperkte en bijzondere context gebeurd : het enige punt waarop de offerte is gewijzigd, namelijk door de weglating van de borgstelling, is een gegeven dat niet in de offerte van de verzoekende partij was begrepen. Die wijziging in de offerte van de tussenkomen de partij strekte er dan nog toe om aan een schorsingsarrest tegemoet te komen waarin werd vastgesteld dat de implicatie van die borgstelling op de waardering van de offerte van de tussenkomen de partij niet verduidelijkt was en vragen werden gesteld naar de juiste inhoud van die borgstelling en naar de impact ervan op de finale verantwoordelijkheid van de private partner.

24.3. De verzoekende partij gaat nu wel van de stelling uit dat die wijziging een “substantiële onregelmatigheid” verhielp die kleefde aan de offerte van de tussenkomen de partij. Op grond van welke normering, eigen aan de voorliggende onderhandelingsprocedure, dergelijke onregelmatigheid te dezen zou moeten blijken, toont de verzoekende partij echter onvoldoende aan. Mocht in dat verband het door de verzoekende partij ingeroepen artikel 122bis van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, te dezen al toepasselijk zijn, dan lijkt in elk geval niet te worden aangetoond op welke wijze deze zeer algemeen gestelde bepaling, die de te expliciteren gunningscriteria betreft, zou zijn geschonden. In een onderhandelingsprocedure lijkt er in het algemeen alvast meer ruimte voor aanpassing van offertes zekerlijk te dezen waar deze gunningswijze verantwoord wordt vanuit het feit dat voor de opdracht de specificaties onvoldoende nauwkeurig werd vastgelegd (artikel 17, § 3, 4/ van de wet).

24.5. Door de gevolgde werkwijze lijkt de verwerende partij dan ook niet het gezag van gewijsde van het schorsingsarrest te hebben miskend.

24.6. Voorts rijst dan de vraag wat de implicaties van het wegvallen van borgstelling zijn op de toetsing aan de gunningscriteria, waarbij voor de rest geen wijzigingen worden aangebracht aan de offerte van tussenkomende partij.

Aangezien de betrokken borgstelling de positie van de overheid leek te bezwaren, stelling waarvan de verzoekende partij steeds uitging, heeft het weglaten ervan voor die overheid een gunstig effect. Aldus lijkt het niet mogelijk dat de betrokken offerte van de tussenkomende partij zonder de borgstelling slechter zou worden beoordeeld dan met de borgstelling. Nu ze zonder de borgstelling al gunstiger werd beoordeeld dan deze van de verzoekende partij, is deze laatste zonder belang bij het enig middel en dus bij haar vordering : niet wordt ingezien hoe zij het dan -met een ongewijzigde offerte aan haar kant- zou halen van de offerte van de tussenkomende partij.

Het middel is niet ernstig. Dienvolgens is niet voldaan aan de in het voornoemde artikel 17 vermelde voorwaarden.

**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.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

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 zes maart 2008, door :

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

kamervoorzitter,
griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.