

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 212.998 van 5 mei 2011
in de zaak A. 199.753/XII-6551**

In zake: de NV BRASSCHAAT FINANCIAL HOLDING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE BRASSCHAAT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens en Annelies Verlinden
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomen de partijen:

1. de NV VAN ROEY
2. de NV VAN ROEY PROJECT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 7 april 2011, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de Gemeente Brasschaat dd. 14 maart 2011 houdende de niet selectie van de kandidaten nv Brasschaat Financial Holding en de nv Matexi binnen de mededingingsprocedure omschreven

als ‘erfpacht met voorwaarden en leidend tot de ontwikkeling van een transferiumzone en infrastructuur’, zoals genotificeerd aan verzoekende partij bij aangetekend schrijven van 23 maart 2011”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 april 2011 hebben de nv Van Roey en de nv Van Roey Project gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 april 2011, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Annelies Verlinden, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

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

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

III. Feiten

3.1. Verwerende partij maakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 19 november 2010 een aankondiging bekend, daarin omschreven als “Transferium – marktbevraging”.

3.2 Eerder had de gemeenteraad van Brasschaat, blijkbaar op 28 oktober 2010, het bevragingsdocument “Erfpacht met voorwaarden en leidend tot de ontwikkeling van een transferiumzone en infrastructuur. Marktonderzoek” goedgekeurd. Samen met het addendum van 23 december 2010 regelt dit document – hierna “de Leidraad” - de bevragingsprocedure.

3.3. De Leidraad bepaalt in artikel 2.2 (blz. 4) dat “de erfpacht wordt toegekend volgens principes analoog met de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking”. Er wordt niet verwezen naar bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering zelf.

Wat de procedure betreft, bepaalt artikel 2.1 van de Leidraad dat de kandidaturen uiterlijk 28 februari 2011 om 11 u ingediend moeten worden. Artikel 2.2 bepaalt “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 gemeente geselecteerd worden, worden uitgenodigd tot het indienen van een voorstel op basis van deze oproep”.

Artikel 2.4 van de Leidraad, zoals gewijzigd door het addendum, bevat de volgende selectiecriteria:

“Aan de kandidaat wordt gevraagd in zijn kandidatuurstelling voor te leggen:

- een recent attest van de directe en indirecte belastingen;
- een recent attest van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid;
- financieel-economische draagkracht, aangetoond aan de hand van de balans en de resultatenrekening van de twee voorbijgaande boekjaren, waarbij de omzet betreffende de hier gevraagde diensten nader bepaald wordt;
- de referenties van analoge gebouwen die door de kandidaat werden (mede)gerealiseerd, waarbij het aanbeveling verdient om de ervaring met publiek-private samenwerkingsprojecten te vermelden;
- referenties van het beheer van duurzame bedrijventerreinen en de *whole life approach* ervan. Deze referenties zijn niet ouder dan 3 jaar;
- in het geval de inschrijver een consortium is, een duidelijke uiteenzetting van de samenwerkingsvorm en de participaties van de verschillende partijen”.

In een tweede fase kunnen de geselecteerde kandidaten op 29 april 2011 om 11 uur een voorstel indienen (art. 2.1 en 2.5). De Leidraad bepaalt in artikel 3.3 dat de ingediende voorstellen in mei 2011 worden vergeleken, dat de gemeente Brasschaat begin juni 2011 een aantal (maximum twee) “weerhouden” kandidaten zal aanwijzen, dat met deze “weerhouden” kandidaten wordt onderhandeld over het voorstel, dat begin juli 2011 van de kandidaten een *best and final* voorstel worden gevraagd en dat de gemeente vervolgens begin augustus 2011 de opdracht aan de voorgedragen kandidaat zal toekennen.

De Leidraad kondigt in artikel 3.4 voorts een toelichtingsvergadering op 14 januari 2011 aan, gevolgd door een plaatsbezoek met mogelijkheid tot het stellen van vragen die mondeling zullen worden beantwoord. Van de infosessie wordt door het bestuur een verslag of proces-verbaal opgesteld. Buiten de infosessie kunnen vragen slechts schriftelijk worden gesteld. Er worden geen vragen meer beantwoord na 15 maart 2011 en alle schriftelijke vragen en antwoorden worden minstens aan alle gekende belangstellenden tegelijk overgemaakt op 4 april 2011 en eveneens publiek gemaakt op de website van de gemeente.

3.4. Van de toelichtingsvergadering lijkt het dossier geen verslag te bevatten.

3.5. Op 28 februari 2011 worden de vier ontvangen kandidaturen geopend. Naast de kandidatuur van verzoekende partij, dienden ook het “Consortium Campus Coppens”, zijnde nv Willemen en nv Intervest, Van Roey nv - Van Roey Project nv en ten slotte nv Matexi een kandidatuur in.

3.6. Een werkgroep van verwerende partij onderzoekt de kandidaturen en stelt in een verslag van 2 maart 2011 aan het college van burgemeester en schepenen voor de kandidatuur van verzoekende partij en deze van de nv Matexi niet te selecteren “gezien de kandidaatstelling [...] op verschillende fundamentele punten niet beantwoordt aan de selectiecriteria opgelegd in de marktbevraging” en enkel de kandidatuur van het Consortium Campus Coppens en Van Roey nv - Van Roey Project nv te selecteren.

Het voorstel tot niet selectie van verzoekende partij wordt als volgt gemotiveerd:

“- In het kandidatuurdossier wordt vermeld dat de kandidatuur wordt ingediend door ‘Brasschaat Financial Holding nv handelend voor zichzelf of voor een derde verbonden partij of een SPV’.

Zoals aangegeven in de selectiecriteria, wenst de gemeente Brasschaat op het ogenblik van de kandidaatstelling reeds te vernemen of de kandidaat al dan niet uit een samenwerkingsverband bestaat en in geval de kandidaat uit een samenwerkingsverband bestaat wat de samenwerkingsvorm precies behelst, hoe de samenstelling van dat samenwerkingsverband eruit ziet, en wat de participaties zijn van de verschillende partijen in het samenwerkingsverband.

De gemeente Brasschaat beoogt met dit selectie criterium de precieze identiteit van de kandidaat te kunnen vaststellen en te kennen teneinde de effectieve kandidaat te kunnen beoordelen en te kunnen bepalen of de effectieve kandidaat geschikt is om de erfpacht aan te gaan en transferiumzone en infrastructuur te ontwikkelen. De gemeente Brasschaat wenst één en ander reeds duidelijk uit te klaren op het ogenblik van de kandidaatstelling teneinde op die manier niet alleen de meest geschikte erfpachthouders te kunnen aanduiden, maar ook de verspilling vanodeloze kosten en middelen te voorkomen, met name door te vermijden dat niet-geschikte kandidaten alsnog een project zouden opmaken en indienen terwijl deze kandidaten uiteindelijk als niet geschikt zouden beoordeeld worden.

Door de vermelding ‘Brasschaat Financial Holding handelend voor zichzelf of voor een derde verbonden partij of een SPV’, is het voor de gemeente Brasschaat geenszins duidelijk wie precies zich kandidaat stelt in het kader van de erfpacht, welke partners er eventueel later zullen deelnemen, wat de participaties van de verschillende partijen zullen zijn. Er bestaat aldus onduidelijkheid in hoofde van de gemeente t.a.v. de partner (contractant) voor de erfpacht.

De gemeente Brasschaat kan met andere woorden niet voldoende duidelijk en definitief identificeren wie zich precies kandidaat stelt voor de erfpacht en zich engageert, waardoor het voor de gemeente Brasschaat onmogelijk wordt te bepalen welke kandidaat zij dient te beoordelen inzake diens financiële en economische geschiktheid en dit terwijl het - overeenkomstig de selectiecriteria - aan de kandidaat toekwam terzake de nodige verheldering en verduidelijking te verschaffen op het ogenblik van de kandidaatstelling.

Derhalve oordeelt de gemeente Brasschaat dat gezien bij de kandidaatstelling niet voldoende duidelijkheid wordt geschept aangaande

de identiteit van de kandidaat, de kandidaatstelling voor dit selectie criterium niet voldoet.

- Eén van de selectiecriteria schrijft voor dat de kandidaat bij zijn kandidaatstelling een recent attest inzake de indirecte belastingen dient te voegen.

Het gevraagde attest werd evenwel niet gevoegd aan de kandidaatstelling van BFH.

- Uit de analyse van de balans en resultatenrekening van BFH volgt (i) dat BFH gedurende de twee voorbije boekjaren heeft gewerkt met een negatief netto werkkapitaal en (ii) dat BFH zowel voor de *current* ratio als voor de *quick* ratio een waarde behaalt die beduidend lager is dan één, terwijl één algemeen als minimale norm wordt beschouwd, hetgeen tot gevolg heeft dat BFH te lage liquiditeitsratio's voorlegt. Daarenboven blijkt dat BFH het jaar 2009 heeft afgesloten met verlies.

Het netto werkkapitaal, zijnde het verschil tussen de vlot liquideerbare activa en de schulden op korte termijn, geeft een negatief cijfer wat wijst op een grote afhankelijkheid van vreemd vermogen en derhalve op een onvoldoende financiële draagkracht om de voorgestelde erfpacht met voorwaarden te kunnen waarborgen op lange termijn.

Eén en ander doet oordelen dat de financiële en economische situatie van BFH niet als voldoende draagkrachtig kan worden beoordeeld in het licht van de omvang van de erfpacht en de investeringen die daarmee gepaard zullen moeten gaan. De gemeente Brasschaat is dan ook van oordeel dat BFH niet voldoende draagkracht heeft om de erfpacht aan te gaan en het project op een afdoende en blijvende wijze te kunnen uitvoeren. De gemeente Brasschaat is derhalve van oordeel dat de kandidaatstelling van BFH niet voldoet aan het selectie criterium inzake de financiële en economische draagkracht.

BESLUIT: Gezien de kandidaatstelling van BFH op verschillende fundamentele punten niet beantwoordt aan de selectiecriteria opgelegd in de marktbevraging, wordt voorgesteld de kandidatuur van BFH niet te selecteren”.

3.7. Op 14 maart 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Brasschaat dit voorstel te volgen en de selectie van de kandidaten Consortium Campus Coppens en Van Roey nv - Van Roey-Project nv en de niet selectie van, de kandidaten nv Matexi en nv Brasschaat Financial Holding goed te keuren:

“547. Sint-Jobsesteenweg. Transferium Marktonderzoek.
Goedkeuring geselecteerde kandidaten.

HET COLLEGE VAN BURGEMEESTER EN SCHEPENEN,
[...]
BESLUIT:

Art. 1.- Goedkeuring wordt gegeven aan de selectie van de kandidaten ‘Consortium Campus Coppens’ en nv Van Roey / nv Van Roey Project en het uitnodigen van deze kandidaten voor het indienen van een voorstel.

Art.2.- Goedkeuring wordt gegeven aan de niet selectie van de kandidaten nv Brasschaat Financial Holding en nv Matexi. Deze kandidaten zullen hiervan in kennis gesteld worden. [...]”.

Deze beslissing is de door verzoekende partij bestreden beslissing, in zoverre daarin zijzelf en nv Matexi niet worden geselecteerd.

3.8. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief van 23 maart 2011 deelt verwerende partij deze beslissing mee aan verzoekende partij met afschrift van het collegebesluit en het verslag van de werkgroep.

3.9. Op 7 april 2011 dient verzoekende partij de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkost

4. Verzoekende partijen tot tussenkost blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing en hebben er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet hun verzoek worden ingewilligd.

V. De schorsingsvoorwaarden

5. Overeenkomstig 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.

6. Zowel verwerende partij als tussenkomende partij betwisten dat voldaan is aan de schorsingsvoorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel. Verwerende partij betwist ook dat voldaan is aan de schorsingsvoorwaarde van de uiterst dringende noodzakelijkheid. Tussenkomende partij gedraagt zich op dit punt naar de wijsheid van de Raad.

7. Volgens verzoekende partij in het derde middel gaat het te dezen in werkelijkheid om een overheidsopdracht voor aanneming van werken in de vorm van een promotieovereenkomst van aanneming van werken zodat de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van toepassing is. Verwerende partij en tussenkomende partij betwisten dit.

Indien het derde middel ernstig wordt bevonden, zou de wet van 24 december 1993 van toepassing zijn alsook de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

De voornoemde wet van 23 december 2009 is immers in werking getreden op 25 februari 2010 krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit van 10 februari 2010 tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Overeenkomstig artikel 7 van de voornoemde wet van 23 december 2009 bepaalt de Koning de datum van haar inwerkingtreding en zijn enkel overheidsopdrachten die zijn bekendgemaakt vanaf die datum, zoals dan de in het geding zijnde opdracht, onderworpen aan de nieuwe wet.

Luidens het in de wet 24 december 1993, nieuw ingevoegde artikel 65/15, eerste lid, is dan voor de schorsing van de thans bestreden beslissing het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet vereist.

Anderzijds verplicht artikel 65/15, tweede lid, dan verzoekende partij tot het instellen van de vordering tot schorsing volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Er zou in de voornoemde veronderstelling dan enkel nog dienen te worden onderzocht of ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de bestreden beslissing kunnen verantwoorden.

De vraag of te dezen voldaan is aan de schorsingsvoorwaarde van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid hangt dan ook samen met de ernst van het ingeroepen derde middel.

8. Aangezien echter geen van de middelen, zoals hierna zal blijken, ernstig zijn, dient niet nader onderzocht of al dan niet voldaan zou zijn aan de eerste en de derde schorsingsvoorwaarde.

9. Onder dat voorbehoud kan in elk geval worden vastgesteld dat verzoekende partij de vordering tot schorsing indiende op 7 april 2011, hetzij binnen 15 kalenderdagen na de datum van de aangetekende brief waarmee haar de bestreden beslissing was meegedeeld. Aldus lijkt zij in ieder geval voldoende prompt en diligent te zijn opgetreden. Evenmin toont verwerende partij aan dat een gewone vordering tot schorsing het ingeroepen moeilijk te herstellen ernstig nadeel evenzeer had kunnen voorkomen gelet op de in de Leidraad opgenomen timing voor de toekenning van de erfpacht begin augustus 2011. De Leidraad bepaalt immers tegelijk dat de voorstellen dienden ingediend tegen 29 april 2011.

VI. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Weergave van het middel

10. Verzoekende partij formuleert het eerste middel in essentie als volgt:

“Eerste middel, genomen uit de schending van het niet-discriminatiebeginsel zoals afgeleid uit art. 12, 43 en 49 EG-Verdrag, het gelijkheidsbeginsel zoals opgelegd door art. 10 en 11 Gec.G.W., het zorgvuldigheidsbeginsel, art. 2.4 van de leidraad, art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, het materieel motiveringsbeginsel en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Doordat, de bestreden beslissing de selectiecriteria met een onderscheiden gestrengheid heeft toegepast op de diverse inschrijvers, met dien verstande dat voor de ene inschrijver de jaarrekening en de balans voor de rechtspersoon werd geverifieerd die zich kandidaat heeft gesteld, daar waar voor andere inschrijvers enkel de jaarrekening en de balans van één van de deelgenoten van een samenwerkingsverband in rekening werd gebracht, zonder dat werd geverifieerd in rechte of voor elk van de deelgenoten van een samenwerkingsverband afdoende bewijsmiddelen voor de financieel-economische draagkracht werden voorgelegd opdat de vergelijkbaarheid der offertes zou worden gegarandeerd;

Terwijl, het Hof van Justitie in haar rechtspraak uit de primaire verdragsbeginselen van het vrij verkeer van goederen en diensten en het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit, de algemene beginselen van de interne markt heeft afgeleid, waaronder het niet-discriminatiebeginsel bij de vaststelling van economische prestaties door een publieke overheid zoals verwerende partij”.

Dit wordt vervolgens nog nader toegelicht.

Beoordeling

11. Verzoekende partij lijkt geen belang te hebben bij dit middel, dat zich richt tegen de selectie van de kandidaturen enerzijds van het Consortium Campus Coppens en anderzijds van nv Van Roey en nv Van Roey Project. Het

verzoekschrift is immers uitdrukkelijk in zijn voorwerp beperkt tot de beslissing tot niet-selectie van verzoekende partij (en nv Matexi) maar niet tegen de selectie van de andere twee kandidaten. Zelfs indien de grief zou worden aanvaard, zou die vaststelling niet inhouden dat verzoekende partij ten onrechte niet zou zijn geselecteerd.

Het eerste middel is dan ook niet ernstig.

B. Tweede middel

Weergave van het middel

12. Verzoekende partij formuleert het tweede middel in essentie als volgt:

“Tweede middel, genomen uit de schending van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, art. 3.2 van de leidraad, het *patere legem* beginsel, en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag;

Doordat, de bestreden beslissing als determinerend motief voor de niet-selectie van de verzoekende partij verwijst naar de zogenaamde inschrijving als consortium, terwijl hierbij van de samenstellende leden geen opgave zou zijn gedaan evenmin als van diens onderlinge verhoudingen, zodat de identiteit van de kandidaat voor de Gemeente Brasschaat niet afdoende zou kunnen worden vastgesteld;

Terwijl, op grond van de kandidatuur van de verzoekende partij in redelijkheid niet kan worden afgeleid dat werd ingeschreven namens een consortium of een vereniging van bedrijven ter uitvoering van een bepaald project, derhalve dat de bestreden beslissing in strijd met het materieel motiveringsbeginsel niet berust op in rechte aanvaardbare en in feite bestaande elementen”.

Dit wordt vervolgens nader toegelicht. Daarbij werpt verzoekende partij ook op dat, anders dan de bestreden beslissing stelt, het vereiste btw-attest wél bij haar kandidatuur was gevoegd.

Beoordeling

13. Uit het verslag van de werkgroep waarop de bestreden beslissing steunt blijkt dat de niet-selectie van verzoekende partij wordt gemotiveerd op grond van drie argumenten:

- verzoekende partij maakt onvoldoende duidelijk wat de precieze identiteit is van de kandidaat;
- verzoekende partij voegt geen attest bij van de indirecte belasting;
- verzoekende partij beschikt niet over de vereiste financiële en economische draagkracht.

Vastgesteld kan worden dat verzoekende partij in het tweede middel hoofdzakelijk het eerste motief bekritiseert. Tevens stelt zij in dit middel in de toelichting dat het btw-attest wel werd bijgevoegd.

14.1. In de eerste plaats lijkt het middel ter zake te steunen op een verkeerd uitgangspunt. Het eerste motief lijkt immers niet zozeer te zijn dat een kandidatuur door een consortium werd ingediend, zoals verzoekende partij lijkt aan te nemen, maar wel dat de identiteit van de kandidaat onduidelijk is nu verzoekende partij haar kandidatuur indiende als “Brasschaat Financial Holding NV handelend voor zichzelf of voor een derde verbonden partij of een SPV”, aldus vermeld onder “Identificatiegegevens”.

Prima facie kon verwerende partij redelijkerwijze oordelen dat zij hierdoor niet afdoende de kandidaat kon identificeren met wie eventueel de overeenkomst zal worden gesloten aangezien dit niet noodzakelijk nv Brasschaat Financial Holding is maar ook een niet nader geïdentificeerde derde verbonden partij kan zijn voor wie nv Brasschaat Financial Holding de kandidatuur ook indiende.

14.2. Anders dan verzoekende partij betoogt lijkt het feit dat de kandidaat binnen een participatieve samenwerkingsstructuur zal worden verenigd met het bestuur, en in die rechtsvorm zal instaan voor de ontwikkeling en dat deze kandidaat blijkens artikel 3.2. van de Leidraad een samenwerkingsverband voorstelt tussen hemzelf en de gemeente Brasschaat, dit niet tegen te spreken. Dit

kan eventueel de verwijzing naar een SPV verklaren maar lijkt er geen afbreuk aan te doen dat verwerende partij, door de wijze van formulering van de kandidatuur, niet met zekerheid weet met welke kandidaat zij in voorkomend geval het samenwerkingsverband zal sluiten nu dit ook een “derde verbonden partij” kan zijn voor wie verzoekende partij ook handelt.

14.3. Het lijkt niet “kennelijk onredelijk” noch overdreven formalistisch zoals verzoekende partij stelt dat het bestuur deze onduidelijkheid over de identiteit van de kandidaat als een reden voor niet selectie beschouwt.

14.4. In de mate dat verzoekende partij aanvoert dat uit de reeds geciteerde formulering van haar kandidatuur niet kan worden afgeleid dat verzoekende partij zich zou inschrijven “namens een consortium of een vereniging van bedrijven” volstaat de vaststelling dat verwerende partij dit ook niet lijkt te doen.

14.5. Evenmin toont verzoekende partij *prima facie* aan dat verwerende partij “haar eigen selectiecriteria bepaald in artikel 3.2. van de Leidraad heeft miskend, waar zij slechts voor een consortium als kandidaat vereist dat de diverse samenstellende bedrijven en hun onderlinge connecties zouden zijn gekend, doch zulks geenszins van een kandidaat als één enkele rechtspersoon wordt verlangd in het licht van een nadien krachtens de Leidraad op te zetten SPV”. Ook wanneer de kandidaat één rechtspersoon is, lijkt te kunnen worden aangenomen dat een bestuur, in dat licht, vereist dat de identiteit van die kandidaat duidelijk is.

14.6. Het feit dat het verslag van de werkgroep in eerste instantie aanvangt met de opsomming van de inschrijvers “met onderscheid tussen enkelvoudige rechtspersonen en consortia” en aldus verwijst naar een kandidatuur van nv Brasschaat Financial Holding kan ten slotte, anders dan verzoekende partij meent, niet *prima facie* worden afgeleid dat het betrokken motief niet deugdelijk is. Het lijkt immers niet dat dit meer is dan de omschrijving en identificatie van de kandidatuur met het oog op het onderzoek ervan en deze analyse van de kandidatuur volgt later. Het feit dat duidelijk is dat de kandidatuur in eerste instantie wordt ingediend door nv Brasschaat Financial Holding lijkt daarbij ook

geen afbreuk te doen aan het feit dat deze zelf vermeldt “Brasschaat Financial Holding NV handelend voor zichzelf of voor een derde verbonden partij of een SPV”.

15. In de mate dat verzoekende partij voorts aanvoert dat het vereiste btw-attest wel bij haar kandidatuur was gevoegd, kan in de huidige stand van het geding alleen maar worden vastgesteld dat het afschrift van de kandidatuur van verzoekende partij zoals vertrouwelijk opgenomen in het administratief dossier, na de voorbladzijde “B. Attest directe en indirecte belastingen” enkel een attest inzake directe belastingen bevat. Ook het afschrift van deze kandidatuur zoals door verzoekende partij zelf als vertrouwelijk stuk 5 bij haar verzoekschrift is gevoegd lijkt na deze voorbladzijde geen attesten te bevatten.

Stuk 4 van verzoekende partij bevat volgens de inventaris van het inleidend verzoekschrift “btw-attesten zoals reeds gevoegd bij de kandidatuur”.

Zoals al opgemerkt werden dergelijke stukken in ieder geval niet opgenomen in het afschrift van de kandidatuur zoals voorgelegd door verwerende partij. In de huidige stand van het geding wordt dan ook niet aangetoond dat een stuk betreffende btw effectief bij de ingediende kandidatuur zou zijn gevoegd.

Zelfs wanneer dit het geval zou zijn, lijkt dit voorts niet in te houden dat de kandidatuur van verzoekende partij ten onrechte niet werd geselecteerd nu deze beslissing nog voldoende steunt lijkt te vinden in nog twee andere motieven, waarvan het derde – de beoordeling van de financieel-economische draagkracht, thans niet met een middel wordt betwist terwijl het middel gericht tegen het eerste motief – onduidelijkheid over de identiteit van de kandidaat, niet ernstig is gebleken.

16. Het tweede middel is bijgevolg niet ernstig.

C. Derde middel

Weergave van het middel

17. Verzoekende partij formuleert het derde middel in essentie als volgt:

“Derde middel, genomen uit de schending van art. 5, 9 en 13 van de Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, art. 19, 21, 22 K.B. van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, art. 2 en 3 van de Wet van 29 juli 1991 betreffende de formele [lees uitdrukkelijke] motivering van [de] bestuurshandelingen, het zorgvuldigheids- en het redelijkheidsbeginsel als beginselen van behoorlijk bestuur en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische rechtsgrond;

Doordat, de bestreden beslissing een overheidsopdracht voor aanneming van werken in de vorm van een promotieovereenkomst heeft uitbesteed, als zijnde de toekenning van een zuiver zakelijk recht van erfpacht, waarbij geen van de door de Wet Overheidsopdrachten voorziene gunningswijzen werd gehanteerd, en een *ad hoc* procedure werd gevoerd waarin de formele waarborgen inzake gelijke behandeling en transparantie aanzienlijk beperkter zijn en zijn gebleken;

Terwijl, art. 5 van de Wet van 24 december 1993 de voormelde wet van toepassing verklaart op overheidsopdrachten voor aanneming van werken als zijnde de wederkerige overeenkomsten ten bezwarende titel gesloten tussen een aannemer en een aanbestedende overheid, en die betrekking hebben op enerzijds de uitvoering, dan wel de uitvoering en het ontwerp van werken in verband met de in bijlage I bij de wet opgesomde werkzaamheden, of anderzijds betrekking hebben op het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet”.

Vervolgens wordt omstandig toegelicht waarom te dezen sprake zou zijn van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, meer bepaald een promotieovereenkomst.

Beoordeling

18. In de eerste plaats kan worden vastgesteld dat reeds uit de aankondiging en de Leidraad kon worden afgeleid dat verwerende partij van oordeel was dat de overheidsopdrachtenwetgeving niet van toepassing was. Verzoekende partij heeft blijkbaar voorheen en tot aan het indienen van haar voorliggende vordering daaromtrent nooit opmerkingen gemaakt of vragen gesteld, ook niet in de daartoe in de voorafgaande procedure die nochtans in een informatieve vergadering en in het stellen van vragen voorzag. Toen blijkt zij geen enkel nadeel voor haarzelf te hebben gezien bij die niet-toepasselijkheid, en zij heeft toen geen spoedeisende vordering voor een jurisdictie noodzakelijk geacht. Dit had nochtans des te meer kunnen worden verwacht nu verzoekende partij zelf in het hier besproken middel aanvoert dat de toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving haar een verdergaande bescherming zou bieden.

Door zonder meer aan de procedure deel te nemen moet verzoekende partij worden geacht het grievend karakter dat, zoals zij betoogt, aan de gekozen procedure kleeft, zelf te hebben geaccepteerd. Door nu in een jurisdictionele procedure voor de Raad van State op die grief een middel te steunen, handelt zij niet met de zorgvuldigheid die ook van de burger mag worden verwacht als deze deelnemer is aan een bestuurlijk beslissingsproces. De betrokken grief kan niet meer nuttig en ontvankelijk worden aangebracht in de huidige procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid door de eigen niet-diligente houding van verzoekende partij.

19. Daarenboven kan worden vastgesteld dat met betrekking tot het project Prins Kavelhof, procedure gekend bij de Raad van State onder het rolnummer A. 196.736/XII-6224, het OCMW van Brasschaat eveneens werkte met een erfpacht. Verzoekende partij verwijst thans naar die zaak om aan te tonen dat Brasschaat er een gewoonte zou maken de overheidsopdrachtenwet te omzeilen, maar wierp in die zaak, in de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, juist geen middel op waarin werd gesteld dat de overheidsopdrachtenwet van toepassing was.

Voorts vermeldt verwerende partij in haar nota dat in het kader van de procedure die verzoekende partij ter zake ook heeft ingesteld bij de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen verzoekende partij expliciet aan de voorzitter van de rechtbank heeft gemeld dat zij het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in die zaak A 196.736/XII-6224 geen middel heeft uiteengezet met betrekking tot de al dan niet toepasselijkheid van de overheidsopdrachtenprocedure “aangezien het niet past een dergelijk middel uiteen te zetten in het kader van een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid”. Er valt niet onmiddellijk in te zien waarom dit te dezen dan wel passend zou zijn.

20. Ten slotte lijkt verzoekende partij niet te bewijzen dat zij benadeeld werd door de niet toepassing van de overheidsopdrachtenwetgeving in het kader van de selectie. Zij toont immers niet aan dat de beoordeling anders zou zijn geweest wanneer die wetgeving werd toegepast. Haar stelling dat dan de beoordelingsmethodiek van de selectiecriteria, inzonderheid de financiële en economische draagkracht, vooraf zou moeten zijn meegedeeld, lijkt niet tot het tegendeel te moeten leiden. Zij doet immers niet met de vereiste ernst gelden welke op de opdracht toepasselijke bepalingen uit de regelgeving van de overheidsopdrachten verwerende partij te dezen alsdan ertoe verplicht zouden hebben in de aankondiging de wijze van beoordeling van de selectiecriteria te bepalen.

21. Om al deze redenen kan de gevraagde schorsing niet op het middel worden gesteund. Meteen is ook niet aangetoond dat de regelgeving inzake de overheidsopdrachten had moeten zijn toegepast.

D. Vierde middel

Weergave van het middel

22. Verzoekende partij formuleert het vierde middel, dat ondergeschikt wordt opgeworpen in de mate dat het derde middel niet ernstig word bevonden, in essentie als volgt:

“Vierde middel, genomen uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht als beginselen van behoorlijk bestuur, het niet-discriminatiebeginsel en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag;

Doordat, de bestreden beslissing overgaat tot de niet-selectie van de kandidatuur van verzoekende partij waarbij zij zich beroept op een vermeende onduidelijkheid van de identiteit van de kandidatuur van de verzoekende partij, evenals zij bepaalde elementen pleegt af te leiden uit de jaarrekening die de liquiditeit betreffen, zonder dat zij dienaangaande te verzoekende partij heeft toegestaan enige toelichting te verstrekken;

Terwijl, in zoverre de wetgeving overheidsopdrachten geen toepassing vindt, hypothese die door de verwerende partij wordt voorgestaan, de hoorplicht als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur toepassing vindt”.

Verzoekende partij geeft de geschonden geachte beginselen en haar grief de volgende inhoud: “dat het zorgvuldigheidsbeginsel en de hoorplicht als algemene beginselen van behoorlijk bestuur werden geschonden, nu een zeer ernstige repercussie betreffende de rechtspositie van verzoekende partij als kandidaat werd getroffen (niet-selectie inhoudende het verbod zelfs maar een voorstel in te dienen) zonder hem in de gelegenheid te stellen dienaangaande enige verantwoording te verstrekken”.

Beoordeling

23. Aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur lijkt te dezen niet voldaan. Verzoekende partij heeft zich kandidaat gesteld voor het project en om geselecteerd te kunnen worden moet die kandidatuur voldoen aan een aantal voorwaarden. De bestreden beslissing houdt in dat verzoekende partij niet wordt geselecteerd omdat niet voldaan is aan de selectiecriteria. Dit lijkt geen maatregel die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie is, maar enkel bestaat in het niet verlenen van een gevraagd voordeel.

Verzoekende partij kon en diende reeds in haar kandidatuur de gegevens mee te delen waarom zij meende te moeten worden geselecteerd en eventueel bij de jaarrekeningen de gegevens mededelen waaraan volgens haar

voorbij zou zijn gegaan bij het beoordelen van haar financieel economische draagkracht, en zulks op zorgvuldige en volledige wijze.

24. In de mate dat verzoekende partij betoogt dat haar om verduidelijking had moeten worden gevraagd over de betrokken identiteit, kan worden opgemerkt dat de beslissing ter zake steunt op een uitdrukkelijke passage in de kandidatuur van verzoekende partij dat zij ook handelt namens een verbonden derde. Het horen van verzoekende partij lijkt hieraan geen afbreuk te kunnen doen en ook daarom niet vereist.

25. In de mate dat in het middel ook de schending wordt ingeroepen van de zorgvuldigheidsplicht of wordt verwezen naar ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische motieven, blijkt niet dat daarmee een andere grief wordt opgeworpen dan de reeds besproken grief gesteund op de schending van de hoorplicht.

26. Het vierde middel is bijgevolg niet ernstig.

VII. Besluit

27. Geen van de aangevoerde middelen is ernstig. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Van Roey en de nv Van Roey Project tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 mei 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest