

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 216.464 van 24 november 2011
in de zaak A. 173.677/XII-4787**

In zake: NV WEGRESTAURANT NAZARETH
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Peter Flamey en Joost Bosquet
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekster in tussenkomst:

de NV VIC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ludo Ockier
kantoor houdend te 8510 Kortrijk
Pieter Breughelstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 6 juni 2006, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 22 [lees: 23] december 2005 vanwege het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent strekkende tot akteneming van de beëindiging van de onderhandelingen door de begeleidingscommissie met de N.V. VIC betreffende het afsluiten van een

erfpachtovereenkomst betreffende de stadseigendom gelegen te Sint-Veerleplein 5 te 9000 Gent, gekend als de Oude Vismijn en het toewijzen van de opdracht aan de N.V.VIC door middel van het afsluiten van een erfpachtovereenkomst onder voorwaarden goed te keuren, evenals het besluit van 24 januari 2006 vanwege de gemeenteraad van de Stad Gent waarbij de toewijzing van de overeenkomst aan de N.V. VIC wordt bestendigd en bovendien op voorstel van het College van Burgemeester en Schepenen voorwaarden worden verbonden voor het sluiten van een erfpachtovereenkomst”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

De nv Vic heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is afgewezen bij beschikking van 28 september 2006.

Eerste auditeur Pierre Barra heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 februari 2011.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sofie Van Noten, die loco advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Patrick Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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. Op 4 november 2004 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Gent om aan de gemeenteraad ter goedkeuring voor te stellen:

- “1. De oproep tot kandidaten voor het afsluiten van een erfpachtovereenkomst betreffende de ‘Oude Vismijn’ gelegen Sint-Veerleplein/Rekenlingestraat te Gent volgens de voorgestelde werkwijze en selectie;
2. De publicatie van de oproep in het Bulletin der Aanbestedingen voorafgaand aan de goedkeuring door de gemeenteraad”.

In de beslissing overweegt het college onder meer:

“Gezien de hoge investeringskost vooraleer kan overgegaan worden tot exploitatie en ook gezien de aard van het gebouw is het duidelijk dat de stad dit gebouw niet kan aanwenden voor de openbare dienstverlening. Mits de nodige investeringskosten kan er wel een privé-exploitatie gebeuren.

Een erfpachtovereenkomst biedt hier een oplossing om een investeerder/exploitant te vinden. De erfpachtovereenkomst laat toe dat de investeerder een langdurig zakelijk recht verkrijgt waardoor de nodige financieringsmiddelen kunnen worden bekomen. Anderzijds behoudt de Stad toch de mogelijkheid om een aantal voorwaarden op te leggen.

Het verlenen van zakelijke rechten middels het afsluiten van een erfpachtovereenkomst wordt niet beschouwd als een opdracht in de zin van de wet op de overheidsopdrachten, maar de regels van openbaar bestuur nopen ertoe om, indien dit mogelijk is, ook deze zakelijke rechten toe te kennen via een procedure met mededinging. De oproep naar de markt zal daartoe worden gepubliceerd in meerdere dagbladen.

Aangezien het gebouw op verschillende wijzen kan ingevuld worden werd geoordeeld dat het zinvol is om zo weinig mogelijk beperkingen op te leggen. De enige randvoorwaarde, naast alle wettelijke bepalingen qua stedenbouw, monumentenzorg en milieureglementering, is de volgende :
- het publiek dient te allen tijde toegang te hebben in een gedeelte dat zich uitstrekt tussen de toegangspoort Sint-Veerleplein en de Leie en dit tijdens een minimaal aantal uren waarvan het vaststellen van het aantal uren onderdeel is van de onderhandelingen”.

Inzake de oproep wordt voorgesteld het “Voorwerp” ervan als volgt te omschrijven:

“Het sluiten van een erfpachtovereenkomst met het oog op het verlenen van zakelijke rechten die de investering en exploitatie van het gebouwencomplex gekend als ‘Oude Vismijn’ toelaten op een wijze die een meerwaarde geeft voor het stedelijk weefsel, rekening houdende met het monumentale karakter en de specifieke ligging van het gebouw”.

Wat de te volgen “Werkwijze” betreft, wordt voorgesteld in twee fasen te werken. In een eerste fase gebeurt een oproep tot kandidaten en de rangschikking. De kandidaturen/voorstellen moeten uiterlijk op 4 februari 2005 ingediend zijn. Wat specifiek de mogelijkheid aangaat om de meerwaarde van een voorstel te kunnen beoordelen en een vergelijking en rangschikking te kunnen maken, is bepaald dat bij de kandidatuur een visie moet worden gevoegd op het concept van de voorgestelde invulling van de Oude Vismijn, de wijze van investering en de financiering, de wijze van exploitatie, een en ander uitgewerkt in de tijd, een architecturale visie rekening houdend met het monumentale karakter van het gebouw, een ruwe schets van de invulling van het gebouw als uitwerking van het concept, en een visie betreffende de mobiliteit.

In de tweede fase -“onderhandeling met kandidaat volgens rangschikking”- wordt tijdens een termijn van drie maanden exclusief onderhandeld met de eerste gerangschikte. Het is de bedoeling dat hij een termijn van twee maanden krijgt om te zorgen voor uitgewerkte plannen die dienstig zijn voor het indienen van een bouwvergunning, een businessplan met voorstel naar erfpachtvergoeding en een uitgewerkte visie met betrekking tot mobiliteit. Er

wordt naar gestreefd om binnen een periode van drie maanden de onderhandelingen met de eerste kandidaat te hebben afgerond. Indien geen erfpachtovereenkomst kan worden gesloten met de eerst gerangschikte zal een nieuwe termijn van exclusiviteit worden gestart met de tweede gerangschikte kandidaat, enzovoort.

Ter zitting van 22 november 2004 besluit de gemeenteraad:

“Artikel 1: Goedkeuring te verlenen aan de oproep tot kandidaten voor het afsluiten van een erfpachtovereenkomst voor het stadseigendom ‘Oude Vismijn’ gelegen Sint-Veerleplein / Rekelingestraat te Gent.
Artikel 2: Het college van burgemeester en schepenen te machtigen om de voorgestelde procedure en selectie te voeren”.

Op 25 november 2004 stelt het college van burgemeester en schepenen de begeleidingscommissie aan die zal worden belast met het evalueren en beoordelen van de ingediende kandidaturen en het voeren van de onderhandelingen voor het sluiten van een erfpachtovereenkomst voor het “stadseigendom Oude Vismijn, gelegen Sint-Veerleplein/Rekelingestraat”.

In het Bulletin der Aanbestedingen van 26 november 2004 wordt de betrokken oproep bekendgemaakt.

Er zijn zes inschrijvingen waaronder die van verzoekster en van de nv Vic.

In het verslag van de begeleidingscommissie wordt iedere inschrijver “beoordeeld op [de] criteria welke vermeld werden in de inschrijvingsprocedure”. De begeleidingscommissie rangschikt finaal de nv Vic op de eerste plaats en de nv Oban en verzoekster op de tweede plaats.

Inzake inschrijver 2, de nv Vic, concludeert het verslag:

“de begeleidingscommissie is van oordeel dat dit een zeer sterke inschrijving is. Er werd zowel aandacht besteed aan de invulling van het gebouw waarbij respect wordt getoond voor het gebouw maar waarbij ook de financiële kant ook de nodige aandacht heeft gekregen. Volgens de begeleidingscommissie is dit een invulling die zeker toekomst heeft”.

Inzake inschrijver 6, zijnde verzoekster, concludeert het verslag:

“indien blijkt dat het project van de Eurobeurs economisch en financieel haalbaar is en mits eventuele aanpassing van de verdeling verhouding horeca/eurobeurs heeft dit voorstel een kans op slagen. Dit ook afhankelijk van de architecturale invulling van het gebouw (minimaal uitgewerkt in het voorstel)”.

Het college van burgemeester en schepen keurt het verslag van de begeleidingscommissie en de rangschikking van de kandidaten goed op 4 mei 2005.

Met een brief van 23 mei 2005 stelt het college van burgemeester en schepenen verzoekster in kennis van zijn beslissing van 4 mei 2005.

Op 26 mei 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen tot het geven van een mandaat aan de begeleidingscommissie tot het voeren van de onderhandelingen met de nv Vic en keurt het de opschorting van de onderhandelingen goed gedurende de periode van 15 juli 2005 tot en met 15 augustus 2005 om reden van de vakantie.

Met een brief van 4 augustus 2005 laat verzoekster aan verwerende partij weten dat volgens haar de termijn van drie maanden exclusieve onderhandelingen met de nv Vic voorbij is en dat nu met haar dient te worden onderhandeld.

Met een brief van 10 augustus 2005 antwoordt verwerende partij dat de onderhandelingen met de nv Vic op 30 mei 2005 zijn gestart zodat de drie maanden nog niet voorbij zijn. Voorts merkt zij op dat bij akkoord de onderhandelingen na het verstrijken van de drie maanden verder worden gefinaliseerd in het sluiten van een erfpachtovereenkomst. Ook wijst zij erop dat de termijnen in de procedure zijn opgenomen ter bescherming van de kandidaten opdat zij bij het niet lukken van de onderhandelingen niet blijvend zouden zijn gebonden.

Op 8 september 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen de onderhandelingen met de nv Vic verder te zetten tot 31 december 2005. Overwogen wordt onder meer dat de onderhandelingen immers niet zullen afgerond zijn tegen 30 september 2005 en dat een aantal zaken moeten worden besproken met derden “waarbij de timing afhankelijk is van meerdere agenda’s”.

Op 23 december 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen om het ontwerp van erfpachtovereenkomst goed te keuren en om aan de gemeenteraad het punt voor te leggen “goedkeuring van de voorwaarden van erfpachtovereenkomst af te sluiten met de NV VIC betreffende stadseigendom gelegen te 900[0] Gent, Sint-Veerleplein +5”. Op 24 januari 2006 geeft de gemeenteraad de goedkeuring. Het erfpachtrecht wordt toegestaan “met het oog op de uitvoering van restauratie- en inrichtingswerken én het inrichten en exploitatie van hoofdzakelijk kwalitatieve horeca met volgende niet-limitatieve, functies: brasserie met overdekt terras, infobalie toerisme, spijshuis/restaurant, binnenkoer-patio, oesterbar, evenementenhal, bar in de kelder, brug van Oude Vismijn naar Appelbrugparkje, hoogspanningslokaal, semi-publieke zone en binnenkoer, beperkte kantoorruimtes, logistieke ruimtes, dienstig voor het totale project”. De functies zijn door de erfpachter aangegeven in zijn inschrijving en zijn “op basis van diverse besprekingen met de betrokken overheidsdiensten verder gepreciseerd/uitgewerkt zoals aangeduid op de plannen welke als bijlage bij de erfpachtovereenkomst zullen worden gevoegd”. De erfpacht wordt verleend voor een termijn van zestig jaar. Tot 31 december 2015 wordt aan de

erfpachtnemer een vrijstelling van canon verleend; vanaf 1 januari 2016 is de jaarlijkse canon vastgesteld op de tot dan te indexeren vergoeding van 20.000 euro en vanaf 2031 op het tot dan geïndexeerde bedrag van 40.000 euro.

De notariële akte wordt verleden op 28 maart 2006.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. Verwerende partij werpt in de memorie van antwoord drie ontvankelijkheidsexcepties op.

Volgens de eerste exceptie is verzoekster zonder actueel rechtmatig belang. Immers acht verzoekster de overheidsopdrachtenwet van toepassing terwijl zij dit niet eerder in de gunningsprocedure heeft opgemerkt. Verzoekster heeft dan ook niet gehandeld als een zorgvuldig burger.

Ten tweede zijn de bestreden beslissingen slechts gevolgakten van het basisbesluit dat het college van burgemeester en schepenen op 4 mei 2005 heeft genomen en dat met een brief van 23 mei 2005 aan verzoekster ter kennis is gebracht, en waarbij goedkeuring wordt verleend aan het verslag van de begeleidingscommissie en de rangschikking der inschrijvers. Verzoekster heeft nagelaten tijdig de nietigverklaring van die beslissing van 4 mei 2005 te vorderen.

Ten slotte is de notariële erfpachtovereenkomst van 28 maart 2006 op 3 april 2006 geregistreerd, waardoor ze overeenkomstig artikel 1 van de hypotheekwet tegenwerpelijk is aan derden zoals verzoekster.

5.1. De bestreden beslissingen zijn het eindpunt van de complexe administratieve verrichting die tot het sluiten van de erfpachtovereenkomst tussen verwerende partij en de nv Vic heeft geleid. Tot deze complexe administratieve verrichting behoren mee de beslissingen die specifiek dat eindpunt hielpen

voorbereiden. In het kader van het beroep met betrekking tot dat eindpunt is het toegelaten de onwettigheid van die voorbereidende beslissingen aan te voeren, ook al konden zij eventueel afzonderlijk zijn aangevochten en ook al is dat niet gebeurd.

Bijgevolg doet het niet ter zake dat er geen afzonderlijk beroep is ingesteld tegen de beslissing van 4 mei 2005 van het college van burgemeester en schepenen tot goedkeuring van het verslag van de begeleidingscommissie, waarin werd voorgesteld de nv VIC als eerste te rangschikken.

Evenzo doet het niet ter zake dat verzoekster geen afzonderlijk beroep instelde tegen de beslissing van 22 november 2004 waarmee de gemeenteraad de procedure met het oog op de te sluiten overeenkomst vastlegde. Dat verzoekster de mogelijkheid om de onwettigheid ervan nog aan te voeren verbeurde doordat zij een “protestloze houding [aannam] gaande de gevolgde procedure”, wordt niet gevolgd. Zoals de Raad ook al in onder meer het arrest nr. 206.598 van 13 juli 2010 inzake de nv Neorec overwoog, zou het mogelijk anders kunnen zijn indien het bestek ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden. In een dergelijke verplichting heeft verwerende partij evenwel niet voorzien.

5.2. Het voorstel van het college aan de gemeenteraad om de erfpachtovereenkomst met de nv Vic goed te keuren en de betrokken goedkeuring van de erfpachtovereenkomst door de gemeenteraad zijn als zodanig van de overeenkomst zelf afscheidbaar en als zodanig voor vernietiging vatbaar. Net zoals het contract en de overschrijving op het hypotheekkantoor niet de nagestreefde vernietiging in de weg staan, is overigens in voorkomend geval de nietigverklaring van de bestreden beslissingen zonder directe weerslag op het gesloten contract.

5.3. De excepties in de memorie van antwoord worden verworpen.

6. Ter terechtzitting formuleert verwerende partij twee bijkomende ontvankelijkheidsopmerkingen. Ze worden eveneens verworpen.

Volgens de eerste opmerking telt verzoekster sedert 2010 niet meer het wettelijk vereiste minimumaantal bestuurders. Een stavingstuk hiervan wordt evenwel niet bijgebracht. Bovendien is het feit, in voorkomend geval, niet van aard automatisch de verwerping van het beroep te noodzaken, minstens wordt dit door verwerende partij niet aannemelijk gemaakt.

Volgens de tweede opmerking waren de benoemingen van de bestuurders niet gepubliceerd ten tijde van het instellen van het beroep. Het is een verzuim dat verwerende partij ertoe gebracht kon hebben de tegenwerpelijke van die benoemingen in de memorie van antwoord te betwisten. Zij heeft dat echter niet gedaan. De betwisting die zij slechts ter terechtzitting aanbrengt, is des te meer te laat aangezien het euvel intussen al sinds meer dan twee jaar hersteld is.

V. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

7. Een eerste middel is afgeleid “uit de schending van art. 5 en art. 13 van de Wet van [2]4 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten [hierna: de overheidsopdrachtenwet], de beginselen van behoorlijk bestuur m.i.h.b. het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel bij overheidsopdrachten, en uit ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag en met toepassing van artikel 159 G.W.”.

In een *eerste onderdeel* voert verzoekster aan dat verwerende partij “een overeenkomst inhoudende een stadvernieuwingsproject gunt onder de auspiciën van een erfpachtovereenkomst doch middels het opleggen van modaliteiten die ertoe strekken dat het kwestieuze onroerend goed wordt gerenoveerd naar de vereisten en instructies van de uitbestedende overheid, zonder één van de gunningswijzen te hanteren zoals voorzien in de Wet van [2]4 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten”.

Toegelicht wordt, in substantie, dat te dezen de erfpachtovereenkomst wordt gehanteerd als een vehikel om een opdracht voor aanneming van werken te laten uitvoeren en dat gelet op artikel 13 van de overheidsopdrachtenwet dergelijke opdrachten worden gegund bij aanbesteding of offerteaanvraag, of uitzonderlijk middels het hanteren van de onderhandelingsprocedure. Indicaties dat de bestreden transactie wel degelijk een overheidsopdracht is, zijn onder meer het feit dat het onroerend goed na afloop van de erfpacht opnieuw door de overheid en zonder betaling van enige vergoeding wordt verkregen en dat inmiddels de nv Vic als aannemer wordt belast met de exploitatie van bepaalde delen teneinde haar investering te valoriseren. De werken tot renovatie en herbestemming van de Oude Vismijn maken de essentie van de overeenkomst uit en mogen niet als louter bijkomstig worden beschouwd, zij het dat ze “ten aanzien van de exploitatie van het geheel onlosmakelijk zijn verbonden, nu de exploitatie een vorm van vergoeding uitmaakt in hoofde van de aannemer”. In die omstandigheden is er sprake van een overheidsopdracht en had de overeenkomst gegund moeten worden met toepassing van één der gunningswijzen zoals bepaald in de overheidsopdrachtenwet.

Ondergeschikt voert verzoekster in een *tweede onderdeel* aan dat zo de overheidsopdrachtenwet niet op de gunning van de volledige opdracht van toepassing zou zijn, die wet en de gunningswijzen overeenkomstig die wet in ieder geval van toepassing waren wat betreft de opdracht aan de nv Vic voor de

saneringswerken en de oprichting van een infobalie toerisme. Wat die werken betreft is er sprake van een loutere prefinanciering van uit te voeren werken die door middel van huur terug worden aangewend door de overheid voor haar opdracht van algemeen belang en wordt zodoende een zuivere promotie-overeenkomst nagestreefd.

8. In de memorie van antwoord legt verwerende partij uit dat een erfpachtovereenkomst voor de overheid betere mogelijkheden biedt voor het uitbouwen van een duurzame, langdurige relatie die ook voldoende stabiel is voor derden zodat zij gemakkelijk financieringskredieten kunnen verkrijgen. Tegelijk behoudt de stad toch de mogelijkheid om een aantal voorwaarden te koppelen aan het verlenen van zakelijke rechten via een erfpachtovereenkomst zodat een exploitatie van de infrastructuur door derden kan gebeuren binnen een reeks randvoorwaarden en zodat het niet naleven ervan kan worden gekoppeld aan sancties. Het verlenen van zakelijke rechten door middel van het sluiten van een erfpachtovereenkomst is niet te beschouwen als een opdracht in de zin van de wet op de overheidsopdrachten.

Meer bepaald wijst verwerende partij erop:

- dat de finaliteit van het contract ligt in de realisatie “van een privaat/commercieel project - waarmee ook (een beetje) het algemeen belang wordt gediend” en dat het primair voorwerp van de overeenkomst niet bestaat in de uitvoering van werken ter realisatie van een publiek project en dat evenmin een openbare bestemming wordt beoogd;
- dat de bedongen prestaties niet in het patrimonium van de stad komen;
- dat er geen zeggenschap van de stad is over de wijze waarop de bedongen prestaties uiteindelijk worden geïmplementeerd;
- dat het aandeel van de verbintenissen van de stad in de totaliteit van de aangegane verbintenissen minimaal is en dat voor de uitvoering van de prestaties niet is voorzien in een vergoeding ter waarde van de aan te leggen werken.

Verwerende partij voegt daar nog aan toe dat de financiële tussenkomst van de stad voor de infobalie toerisme slechts beperkt is en dat andere beperkte financiële tussenkomsten enkel te maken hebben met wettelijke verplichtingen als eigenaar. De betrokken werken zijn van zuiver bijkomende aard en ontnemen de overeenkomst geenszins het karakter van een erfpacht.

9. In de memorie van wederantwoord doet verzoekster gelden dat het louter verlenen van een erfpacht inderdaad niet onderworpen is aan de overheidsopdrachtenwet, maar dat er te dezen “door het bestuur voorwaarden [worden] gesteld teneinde over te gaan tot de renovatie van een gebouw eigendom van de Stad (Oude Vismijn) waarbij zodoende een verkapte opdracht van werken wordt uitbesteed”. In essentie wenst men in het algemeen belang aan stadsrenovatie te doen, waarbij de uitbating van het gebouw bij wijze van rendabiliteit voor de private partner wordt betrokken. De finaliteit betreft de renovatie van een historisch stadsgebouw, geenszins de inplanting van private, commerciële handelszaken, die bij wijze van vergoeding worden betrokken.

10. Ook nog in de laatste memorie blijft verzoekster betogen en beargumenteren dat de bestreden beslissingen uiteindelijk de toewijzing van een overheidsopdracht voor aanneming van werking inhouden. Daartoe volstaat het feit “dat in deze sprake is van ‘Burgerlijke en utiliteitsbouw’, zoals bepaald in bijlage I bij de Wet Overheidsopdrachten, die wordt uitbesteed door een aanbestedende overheid of dienst binnen een overeenkomst ten bezwarende titel”. De vereisten van het bestuur dienen krachtens artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet niet noodzakelijk gedetailleerd te zijn. In zoverre “deze passage van art. 5 nog van toepassing is wanneer de werken in elk geval reeds figureren in de bijlage I bij de Wet”, wordt er enkel in gezegd dat de werken dienen te voldoen aan de eisen van de aanbestedende overheid. Daarbij kunnen de herbestemming en renovatie van een historisch erfgoed binnen de stad als eis of voorwaarde volstaan. Er is ook sprake van een overeenkomst ten bezwarende titel: dat de Oude Vismijn zal worden uitgebaat als horeca-inrichting doet niets af aan het gegeven “dat ter vergoeding van de infrastructuurwerken die aan de Oude

Vismijn worden gerealiseerd de mogelijkheid wordt geboden via exploitatie een wederprestatie te bekomen”. Ook het afzien tot 2015 van de canon die eigen is aan een erfpachtovereenkomst, de subsidie voor de infostand toerisme en het huren van de kantoorgebouwen die worden gerealiseerd door de aannemer, betreffen wederprestaties voor de investering die de aannemer zal realiseren.

Er is aldus, volgens verzoekster, “weldegelijk sprake van een verkapte overheidsopdracht voor aanneming van werken die ingevolge art. 2 en 13 Wet van 24 december 1993 had dienen te worden gegund door middel van één van de gunningswijzen in de wet voorzien”. Mocht de Raad van State evenwel van oordeel zijn dat verzoekster niet heeft aangetoond dat de aanbestedende overheid “weldegelijk de vereisten heeft opgelegd betreffende de functies waaraan het gebouw diende te voldoen krachtens de bestreden beslissing”, dan moeten naar het oordeel van verzoekster volgende vragen tot uitlegging aan het Hof van Justitie worden voorgelegd:

“1) Is een overeenkomst tussen een aanbestedende overheid en een private ondernemer voor een stedelijk renovatieproject waarbij private en semipublieke ruimten worden afgewisseld, in het kader waarvan de aanbestedende overheid een erfpacht toekent met vrijstelling van canon voor een aantal jaren en een minderheid van de semipublieke ruimten tegen vergoeding ter beschikking krijgt, en de private aannemer het pand gedurende zestig jaren mag exploiteren betreffende de private ruimten, en deze werken voorkomen op de lijst in bijlage I een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken in de zin van het bepaalde in art. 1.2 b) van de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004?

2) Is het antwoord op de voorgaande vraag anders wanneer dient te worden vastgesteld dat de werken ondanks het feit dat zij voorkomen op de lijst in bijlage I bij de richtlijn 2004/18/EG niet worden uitgevoerd met welke middelen dan ook volgens de gedetailleerde eisen van de aanbestedende overheid doch we[l] volgens een globaal beleidsinzicht van die overheid zoals de stedelijke herwaardering van historisch erfgoed?”

Beoordeling

11. Artikel 5, eerste lid, van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 verstaat onder een overheidsopdracht voor het aannemen van werken:

“de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft:

* hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp van werken in verband met de in bijlage 1 vermelde werkzaamheden of van een werk;

* hetzij op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet”.

Gelet op artikel 5, tweede lid, is het werk “het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of van wegebouwkundige werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”.

Naar luid van artikel 13 worden de overheidsopdrachten gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag. Ze kunnen slechts in de gevallen opgesomd in artikel 17 worden gegund bij onderhandelingsprocedure.

12. Te dezen brengen de bestreden beslissingen formeel de goedkeuring van een erfpachtovereenkomst tot stand tussen verwerende partij en de nv Vic, met betrekking tot de zogenaamde Oude Vismijn te Gent.

Dit sluit als zodanig echter niet uit dat de overeenkomst toch als een overheidsopdracht te kwalificeren is. Ter zake heeft de inhoud voorrang op de vorm.

13. De voormelde Oude Vismijn is geklasseerd als een beschermd monument en gelegen in een zicht dat als beschermd stadsgezicht is beschermd; dit goed behoort tot het cultuurhistorisch patrimonium van verwerende partij. Het

gebouw was, getuige de bijgebrachte foto's, ten tijde van de bestreden beslissingen danig onderkomen en, in het algemeen belang, aan restauratie toe.

Zoals uit stuk 1 van verwerende partij blijkt, is de verwerende partij van mening dat zij het gebouw niet “kan” aanwenden voor de openbare dienstverlening “[g]ezien de hoge investeringskost vooraleer kan overgegaan worden tot exploitatie en ook gezien de aard van het gebouw”. Daarom heeft zij een privé “investeerder/exploitant” gezocht.

Zij deed dat door een oproep tot kandidaten voor het sluiten van een erfpachtovereenkomst. De oproep bepaalde met betrekking tot het “voorwerp van de oproep” dat het sluiten van de erfpachtovereenkomst gebeurt “met het oog op het verlenen van zakelijke rechten die de investering en exploitatie van het gebouwencomplex gekend als ‘Oude Vismijn’ toelaten op een wijze die een meerwaarde geeft voor het stedelijk weefsel, rekening houdende met het monumentale karakter en de specifieke ligging van het gebouw”. In de uiteindelijk gesloten overeenkomst heet het dat het erfpachtrecht wordt toegestaan “met het oog op de uitvoering van restauratie- en inrichtingswerken én het inrichten en exploitatie van hoofdzakelijk kwalitatieve horeca met volgende niet-limitatieve, functies [...]”.

14. Wat speciaal de keuze voor een erfpachtovereenkomst betreft, wordt in voornoemd stuk 1 door verwerende partij overwogen dat een dergelijke overeenkomst “een oplossing” biedt om een “investeerder/exploitant” te vinden: “De erfpachtovereenkomst laat toe dat de investeerder een langdurig zakelijk recht verkrijgt waardoor de nodige financieringsmiddelen kunnen worden bekomen”. Tegelijk, zo bedenkt nog de verwerende partij, biedt de overeenkomst “de mogelijkheid om een aantal voorwaarden op te leggen”.

Het is een mogelijkheid die verwerende partij niet onbenut heeft gelaten. Zo voorziet de gesloten erfpachtovereenkomst uiterst prominent in de verplichting voor de nv Vic om bouwwerken uit te voeren “met een geraamd

budget van *grosso modo* acht miljoen euro (€ 8.000.000,00), exclusief btw” (artikel 5, § 1).

De werken zijn “op basis van diverse besprekingen met de betrokken overheidsdiensten” gepreciseerd en uitgewerkt “zoals aangeduid op de plannen in bijlage” (artikel 1). De erfpachter “verbindt er zich toe” een bouwvergunning ervoor aan te vragen binnen vier maanden na het verlijden van de erfpachtovereenkomst (artikel 5, § 2); hij “is ertoe gehouden” de bouwwerken aan te vangen uiterlijk twaalf maanden na het verkrijgen van een definitieve en onaanvechtbare bouwvergunning (artikel 5, § 3); als een premie voor restauratiewerkzaamheden aan beschermde monumenten wordt aangevraagd, dienen de werkzaamheden te starten binnen vier maanden na de toekenning van de premie (artikel 5, § 5), maar in elk geval “is de erfpachter gehouden” de exploitatie aan te vangen ten laatste vijf jaar na het verkrijgen van de definitieve en onaanvechtbare bouwvergunning, ook al werd geen restauratiepremie verkregen (artikel 5, § 7). Wordt de uiterste datum voor de aanvang van de werken overschreden dan zal de erfpachter 125 euro per kalenderdag vertraging verschuldigd zijn; vanaf de zesde maand vertraging kan de stad vragen om de erfpachtovereenkomst te ontbinden; wordt de erfpacht ontbonden vanwege “de aanvangstermijn voor de bouwwerken en andere data”, dan is de erfpachter een forfaitaire schadevergoeding van 50.000 euro verschuldigd (artikel 6).

15. Uit wat voorafgaat komt naar het oordeel van de Raad van State, als primair doel niet -zoals verwerende partij in de memorie van antwoord beweert- “de realisatie van een privaat/commercieel project” naar voor, maar wel het opzet om een privé-investeerder te vinden die zal instaan voor de noodzakelijke restauratiewerken van de Oude Vismijn, waartoe de stad gelet op de hoge investeringskost niet zelf de mogelijkheid ziet. De lange-termijnzekerheid die een erfpachtovereenkomst biedt, moet er dan voor zorgen dat de investeerder de nodige financieringsmiddelen kan verkrijgen.

16. Vermits de Oude Vismijn wordt gerestaureerd om er hoofdzakelijk commerciële activiteiten in onder te brengen, heeft het product van de werken klaarblijkelijk een economische functie in de zin van het tweede lid van voormeld artikel 5.

17. Verder betreffen de restauratiewerken naar de mening van de Raad van State kennelijk een werk waarover de verwerende partij zeggenschap heeft gehad en dat aan de door haar vastgestelde eisen voldoet.

Reeds in de oproep aan de kandidaten voor het sluiten van een erfpachtovereenkomst werd aangegeven dat zij “rekening [dienen] te houden met een aantal voorwaarden die zullen worden opgelegd”. Tot die voorwaarden behoort dat de erfpachter, “onverminderd de plicht tot aanvragen van de nodige bouwvergunningen”, “voorafgaand aan het uitvoeren van de (ver)bouwwerken toelating [dient] te vragen aan het stadsbestuur als erfpachtgever”, en dat de stad zich “het recht voor[behoudt] om eventuele aanpassingen te vereisen, om de nodige waarborgen te vragen en om sanctionerend op te treden bij misbruik”.

Voorts voorzag de procedure erin dat de kandidaat met wie de stad tijdens de tweede fase van de gevolgde procedure onderhandelde, “uitgewerkte plannen die dienstig zijn voor het indienen van een bouwvergunning (zogenaamde basisplannen)” zou voorleggen.

Aldus werden, zoals in de verantwoording van de bestreden gemeenteraadsbeslissing van 24 januari 2006 wordt aangegeven, de conceptplannen “verfijnd na bespreking met Dienst Stedenbouw, Monumenten en Landschappen-Vlaamse Gemeenschap, Dienst Gebouwen, Dienst Monumentenzorg en Dienst Architectuur”, zodanig dat de “voorliggende definitieve concept-tekeningen kunnen dienen voor de verdere uitwerking van de plannen voor de bouwvergunning”. De overeenkomst die verwerende partij met de nv Vic heeft gesloten, bepaalt dan ook met zoveel woorden dat de functies die in het in erfpacht gegeven goed zullen worden uitgebaat “grotendeels” zijn aangegeven in

de inschrijving van de erfpachter en vervolgens “op basis van diverse besprekingen met de betrokken overheidsdiensten verder [zijn] gepreciseerd/uitgewerkt zoals aangeduid op de plannen in bijlage”. Die plannen worden overigens niet aan de Raad van State meegedeeld.

Aangezien bijgevolg de Raad van State met verzoekster aanneemt dat de verwerende partij “weldegelijk de vereisten heeft opgelegd betreffende de functies waaraan het gebouw diende te voldoen”, is er hoe dan ook geen reden tot het stellen van de prejudiciële vragen die verzoekster in de laatste memorie formuleert.

18. Voorts komt de verwerende partij in aanmerking om als een aanbestedende dienst te worden beschouwd, en de nv Vic, als marktdeelnemer die er zich toe verbindt de in de overeenkomst bedoelde werken te verwezenlijken, om als een aannemer te worden aangezien.

19. Blijft de vraag of het om een overeenkomst onder bezwarende titel gaat, wat betekent dat de aanbestedende dienst een prestatie voor een tegenprestatie ontvangt.

Die prestatie moet voor de aanbestedende dienst een rechtstreeks economisch belang inhouden. Dit economisch belang mag hier voor vaststaand worden gehouden, alleen al omdat is bepaald dat de aanbestedende dienst eigenaar zal worden van de werken in kwestie. Dat mag dan wel, gelet op artikel 11 van de overeenkomst, pas na zestig jaar zijn, deze duur hangt samen met de looptijd van de erfpachtovereenkomst, die verwerende partij verantwoordt doordat de investeerder de nodige financieringsmiddelen moet kunnen verkrijgen.

20. Dat de overeenkomst finaal toch niet als een overheidsopdracht voor aanneming van werken wordt beschouwd, maar te bestempelen is als een concessie van openbare werken als bedoeld door artikel 24 van de overheidsopdrachtenwet, is hieraan toe te schrijven dat in wezen de tegenprestatie van de

verwerende partij erin bestaat de nv Vic het recht te verlenen om het werk waartoe hij zich verbonden heeft uit te baten. Het exploitatierecht van de gerenoveerde Oude Vismijn, met dien verstande dat de exploitant vanaf 2015 wel een jaarlijkse canon verschuldigd is, vormt de tegenprestatie. Er is geen enkele reden om te betwijfelen dat de nv Vic ook effectief voor de bedrijfsvoering instaat en het exploitatierisico draagt.

Alleszins spreken noch de toezegging door verwerende partij van een investeringssubsidie van maximaal 300.000 euro (voor de bouw van de infobalie toerisme) of de betaling van de kosten voor de verwijdering van twee tanks plus vervuilde grond, waarvoor “alvast” een bedrag van 10.000 euro, zonder btw op de stadsbegroting wordt ingeschreven, noch het engagement van de stad om 273,74 m² kantoorruimte te huren, dat wezenlijk tegen. In het licht van het feit dat het geraamd budget van de bouwwerken “grosso modo” 8.000.000 euro, zonder btw, beloopt en van het feit dat de totale grondoppervlakte 2.570 m² bedraagt, zijn het louter bijkomstigheden.

21. De conclusie is dat het eerste middel, eerste onderdeel, ten onrechte ervan uitgaat dat de erfpachtovereenkomst als een overheidsopdracht voor aanneming van werken in de zin van artikel 5 van de overheidsopdrachtenwet te kwalificeren zou zijn en dat bijgevolg de opdracht overeenkomstig artikel 13 van de wet moest zijn gegund bij aanbesteding of offerteaanvraag en slechts in bepaalde gevallen bij onderhandelingsprocedure.

22. Ook het tweede, ondergeschikte, onderdeel van het middel volgens hetwelk tenminste de artikelen 5 en 13 van toepassing waren op de saneringswerken en de oprichting van een infobalie toerisme kan geen vernietiging verantwoorden. De betrokken werken en de oprichting van een infobalie vormen een uiterst miniem en accessoir onderdeel van het hoofdvoorwerp van de overeenkomst dat essentieel erin bestaat renovatiewerken te laten uitvoeren met als tegenprestatie het recht om ze te exploiteren. Dit

hoofdvoorwerp determineert het regime van toepassing op de meer vermelde saneringswerken en de oprichting van de infobalie toerisme.

23. Het middel is in zijn beide onderdelen ongegrond.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

24. Een tweede middel is genomen “uit de schending van art. 43 tot en met art. 55 EG-Verdrag en de hieruit afgeleide beginselen van gelijkheid en transparantie, art. 10 en 11 G.W., de beginselen van behoorlijk bestuur m.i.h.b. het gelijkheidsbeginsel, met toepassing van art. 159 G.W.”. Uiteengezet wordt dat in het bestek niet werd bepaald op grond van welke criteria de aanbestedende overheid de diverse offertes op hun inhoudelijke merites zou beoordelen teneinde de rangschikking te kunnen opstellen, dat het beoordelingskader dus aan de willekeur van de aanbestedende overheid werd overgelaten, dat zelfs indien de stukken die bijgebracht dienden te worden een indicatie geven van de gunningscriteria, die criteria niet voldoen aan het transparantiebeginsel zoals afgeleid uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. De gelijkheid der inschrijvers is niet gewaarborgd vermits de aanbestedende overheid pas na kennisname van de inhoud der offertes per inschrijver en op willekeurige grondslag haar kritieken heeft geformuleerd en een *ad hoc* rangschikking heeft opgesteld.

25. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster op dat het gebrek aan bij voorbaat vastgestelde gunningscriteria leidde tot een tekort aan een afdoende transparantie en tot de schending van de gelijke behandeling van de inschrijvers, zodanig dat een ongebreidelde keuzevrijheid en willekeur ontstond. Verwerende partij slaagt er volgens verzoekster niet in “aan te geven welke dan wel de objectieve criteria waren waaraan de offerten zouden worden getoetst, éénmaal de fase van de kwalitatieve selectie aan de hand van de selectiecriteria voorbij”.

26. Volgens de laatste memorie bestaat de essentie van het middel erin “aan te klagen dat de uitgesproken subjectieve beoordelingen die de overheid *post factum* maakt betreffende de invulling van het economisch project voor de Oude Vismijn op het ogenblik van de inschrijving op geen enkele wijze konden worden voorzien door de normaal zorgvuldige inschrijver die enkel over een info-bundel kon beschikken”.

Beoordeling

27. Het middel voert wezenlijk aan dat verwerende partij zich bij de beoordeling van de kandidaturen een onvoorwaardelijke keuzevrijheid heeft voorbehouden door niet in objectieve criteria te voorzien waaraan de offertes, eenmaal de fase van de kwalitatieve selectie voorbij, inhoudelijk getoetst zouden worden, zodat haar rangschikking willekeurig was.

28. Zoals de gegadigden uit de omschrijving van het voorwerp van de overeenkomst konden opmaken, betrof de overeenkomst het sluiten van een erfpacht met het oog op het verlenen van zakelijk rechten die de investering en exploitatie van de Oude Vismijn toelaten “op een wijze dat een meerwaarde wordt gegeven aan zowel het gebouwencomplex als aan de omgeving, zonder overlast voor de buurt en waarbij ook zo mogelijk een positieve uitstraling wordt gegeven aan de stad”.

Ook nog eens bij de uiteenzetting van de wijze waarop bij de keuze van een kandidaat te werk zou worden gegaan, werd uitdrukkelijk verduidelijkt dat voort onderhandeld zou worden “volgens rangschikking”, bij welke rangschikking “rekening gehouden [wordt] met het voorstel [dat] op basis van de ingediende stukken een meerwaarde vormt voor het gebouw, de binnenstad en Gent in het algemeen”.

29. “Aangezien het gebouw op verschillende wijzen kan ingevuld worden”, wenste verwerende partij om “zo weinig mogelijk beperkingen op te

leggen”. Om dan toch de meerwaarde van de ingediende voorstellen te kunnen beoordelen en tot een vergelijking en rangschikking van de kandidaten te kunnen komen, moesten de volgende stukken worden bijgevoegd:

- een visie op het concept van de voorgestelde invulling van de Oude Vismijn;
- een visie op de wijze van investering en financiering;
- een visie op de wijze van exploitatie;
- een en ander “uitgewerkt in de tijd”;
- een architecturale visie rekening houdende met het monumentale karakter van het gebouw;
- een ruwe schets van de invulling van het gebouw als uitwerking van het concept;
- een visie betreffende mobiliteit, rekening houdende met de aard van de invulling van de exploitatie.

Aldus deed verwerende partij voldoende kennen aan welke vereisten de aanvragen tot deelneming van de geïnteresseerde kandidaten inhoudelijk moesten voldoen en met welke elementen bij de beoordeling en vergelijking ervan zou worden rekening gehouden.

30. De aanvragen zijn ook effectief, stuk voor stuk, aan elk van de opgegeven punten getoetst geworden. Die toetsing van de meerwaarde resulteerde in een uitgeschreven en beargumenteerde bespreking van ieder voorstel wat elk vooropgesteld punt betrof.

Verzoekster besteedt er in haar verzoekschrift geen aandacht aan. Nochtans mocht van haar worden verwacht dat, voor zoveel zij van oordeel was dat de handelwijze van verwerende partij willekeur toelaat en niet objectief was, zij dit *in concreto* kon en zou hard maken aan de hand van de effectief uitgebrachte beoordeling. Die staving blijft overigens ook in de memorie van wederantwoord achterwege.

Het is pas nadat in het auditoraatsverslag werd opgemerkt dat verzoekster de criteria willekeur verwijt, doch nalaat “concreet aan te geven hoe het beoordelingsverslag gestalte gegeven heeft aan deze willekeur”, dat zij in de laatste memorie, en dus te laat, op de concreet uitgebrachte beoordeling ingaat.

31. In de gegeven omstandigheden is niet naar behoren aangetoond dat de bestreden beslissingen de in het middel aangevoerde vereisten van gelijkheid en transparantie schenden. Het is derhalve ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

32. In een derde middel voert verzoekster de schending aan van de leidraad van verwerende partij, van het *patere legem*-beginsel, van het vertrouwensbeginsel, van het gelijkheidsbeginsel en van het Europees transparantiebeginsel, doordat de bestreden beslissingen er kwamen na onderhandelingen die de vooropgestelde termijn van exclusief overleg met de eerste gerangschikte ver overschrijdt. Verzoekster licht toe dat de verwerende partij zich de bevoegdheid heeft toegemeten om, zonder hiertoe enige grondslag te vinden in de aankondiging van de opdracht en de daar omschreven procedure, de exclusieve onderhandelingstermijn met de eerst gerangschikte te verlengen. Hierdoor zijn de inschrijvers die tweede werden gerangschikt in hun rechtmatige verwachtingen bedrogen.

33. In de memorie van wederantwoord en de laatste memorie wijst verzoekster er op dat, in de visie van verwerende partij, de mogelijkheid om nog te onderhandelen met de andere gerangschikten enkel afhankelijk is van het afhaken van de eerste kandidaat en van diens beslissingsmacht, dat verwerende partij ervoor gekozen heeft op willekeurige basis de onderhandelingstermijn stelselmatig en met verkorting van de rechten van de andere geselecteerde inschrijvers te verlengen in het voordeel van de nv Vic, die zodoende over

faciliteiten beschikte waarover de andere inschrijvers niet konden beschikken, en dat verwerende partij de inspanningsverbintenis die zij krachtens de aankondiging had vooropgesteld door eigen toedoen heeft verlengd, waardoor de tweede gerangschikten niet de mogelijkheid hebben gekregen hun basisplannen en businessplan aan de prerogatieven van het bestuur aan te passen.

Beoordeling

34. Verzoekster voert zelf aan “dat het lastenboek het volgende stelt: ‘Er wordt naar gestreefd om binnen een periode van drie maanden de onderhandelingen met de eerste kandidaat te hebben afgerond. Indien er geen erfpachtovereenkomst kan gesloten worden met de eerste gerangschikte zal een nieuwe termijn van exclusiviteit worden opgestart met de tweede gerangschikte kandidaat, enz.’”.

Terecht merkt verwerende partij daaromtrent op dat niet blijkt dat zij er niet naar “gestreefd” heeft om binnen een periode van drie maanden de onderhandelingen af te ronden, noch dat zij moest hebben vastgesteld dat er geen erfpachtovereenkomst gesloten “kan” worden met de nv Vic.

De besproken termijn van drie maanden voor zogenaamde “exclusieve” onderhandelingen met de eerste gerangschikte is niet zo strikt bepaald dat hij niet kon, en binnen de grenzen van de redelijkheid mocht, worden verlengd -een eerste keer- vanwege de zomervakantie en -een tweede keer- om reden van de betrokkenheid van “derden, zoals bvb. Ahrom - Monumenten en Landschappen, NV Zeekanaal, ... waarbij de timing afhankelijk is van meerdere agenda’s”.

Dit wordt niet beslissend in het gedrang gebracht doordat verwerende partij in een brief van 10 augustus 2005 aan verzoekster meedeelde dat de “termijnen in de procedure werden opgenomen ter bescherming van de

kandidaten opdat zij -bij het niet lukken van de onderhandelingen- niet blijvend gebonden zouden zijn”.

35. Het blijkt niet dat verwerende partij van de besteksbepalingen is afgeweken en zo doende de in het middel aangevoerde regels heeft geschonden. Het middel is ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekster wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

De kosten van het verzoek tot tussenkomst, begroot op 125 euro, komen ten laste van verzoekster in tussenkomst.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 24 november 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest