

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 221.389 van 13 november 2012
in de zaak A. 206.661/XII-7106**

In zake:

1. de NV OPTIMA GROUP
2. de NV OPTIMA GLOBAL INVEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Elke Casteleyn
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AG STADSONTWIKKELINGSBEDRIJF GENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe, Nathanaëlle Kiekens en
Ian Arnouts
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partijen tot tussenkomst:

1. de NV BCS INVESTISSEMENT
2. de NV DMI VASTGOED
3. de NV WILLEMEN GENERAL CONTRACTOR
4. de NV DEMOCO
5. de NV IN ADVANCE
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 15 oktober 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de

beslissing die zou genomen zijn op 1 oktober 2012 waarbij de kandidatuurstellingen van kandidaat nr. 6, kandidaat nr. 9 en kandidaat nr. 1 zouden zijn weerhouden en waarbij in ieder geval de kandidaatstelling van [de nv Optima Group en de nv Optima Global Invest] voor de opdracht ‘Project Oude Dokken – Zone Handelsdok Oost – ‘Wonen aan de Schipperskaai’ niet werd weerhouden [...] met, aanvullend, op basis van de complexe administratieve rechtshandeling, de beslissing tot het buiten toepassing laten van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, zoals opgenomen in de beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij d.d. 21 december 2011”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 26 oktober 2012 hebben de nv BCS Investissement, de nv DMI Vastgoed, de nv Willemen General Contractor, de nv Democo en de nv In Advance gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 november 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Carlos De Wolf en Elke Casteleyn, die verschijnen voor verzoekende partijen, advocaten Nathanaëlle Kiekens en Ian Arnouts, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnen voor verwerende partij, en advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Het autonoom gemeentebedrijf AG Stadsontwikkelingsbedrijf Gent (hierna: AG SOB Gent) beoogt met het project “Oude Dokken” de ontwikkeling van een nieuw volwaardig stadsdeel, dat ter hoogte van de wijk Sluizeken-Tolhuis-Ham aangehecht wordt aan de historische woonkern van de stad Gent. Hiertoe wordt een “ontwikkelingsplan Oude Dokken” opgesteld, dat goedgekeurd wordt door de raad van bestuur van het AG SOB Gent op 25 mei 2011.

3.2. Voorgesteld wordt om te beginnen met de ontwikkeling van het gebied Handelsdok Oost, zijnde de Schipperskaai. Tevens wordt aangegeven dat het AG SOB Gent het gebied waarvan het eigenaar is niet zelf wenst te ontwikkelen, maar de ontwikkeling ervan aan een private partner wenst over te laten.

Op 21 december 2011 beslist de raad van bestuur van het AG SOB Gent om in het kader van voormeld project “Oude Dokken” dan ook een oproep te lanceren tot het verlenen van een opstalrecht te Gent, Oude Dokken, Zone Handelsdok Oost, Fase 1, en om het selectiedossier “Wonen aan de Schipperskaai” goed te keuren.

3.3. De oproep tot het verlenen van een opstalrecht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 25 januari 2012 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 27 januari 2012. De uiterste datum voor de indiening van de kandidaatstellingen is 16 april 2012.

3.4. Aan potentiële kandidaten wordt vervolgens een “selectiedossier Handelsdok Oost” bezorgd dat onder meer een aantal randvoorwaarden en ambitieniveaus omschrijft.

De randvoorwaarden volgen luidens het selectiedossier uit reglementaire voorschriften die, buiten het initiatief van het AG SOB Gent om, zonder meer van toepassing zijn op iedere ontwikkeling in het projectgebied. Het betreft onder meer het Vlaamse decretale kader, de stedenbouwkundige

voorschriften opgenomen in het gemeentelijk ruimtelijke uitvoeringsplan RUP 135 Oude Dokken, het goedgekeurde plan-MER Oude Dokken en het algemeen bouwreglement.

Daarnaast wenst het AG SOB Gent luidens het selectiedossier aan de private partners minimale ambitieniveaus mee te geven voor de invulling van de diverse projectonderdelen. Het betreft volgens het selectiedossier kwantitatieve of kwalitatieve benaderingen van diverse aspecten verbonden aan de ontwikkeling van een stadsdeel. In het selectiedossier worden meer bepaald vier ambitieniveaus omschreven:

- (1) het financiële voorstel,
- (2) de kwaliteit en diversiteit,
- (3) duurzaamheid op wijkniveau, inbegrepen de sanering van de bodem en de milieuaspecten,
- (4) projectaanpak.

In het selectiedossier wordt bepaald dat voormelde ambitieniveaus de volgende functies hebben:

- “• Ze zijn de concrete uitwerking van diverse beleidsdoelstellingen van de Stad Gent die gepaard moeten gaan met de verdere uitbouw van het stedelijk gebied;
- Ze beschrijven de wensen van het AG SOB naar de diverse invullingen die kunnen of zullen worden gegeven aan het project. In dit opzicht zijn het voor de private partners onontbeerlijke aanwijzingen en aandachtspunten bij de uitwerking van een voorstel;
- Ze vormen de toetssteen voor private voorstellen en offertes en zullen worden gehanteerd bij de beoordeling ervan. Naarmate de voorstellen de ambitieniveaus van het AG SOB en de stad Gent dichterbij benaderen, zal het voorstel hoger scoren. De ambitieniveaus zullen worden omgezet in toewijzingscriteria voor de tweede fase;
- Ze worden als ambitieniveau geformuleerd om de private partners nog voldoende ruimte te geven om naar eigen inschatting en invulling een privaat ontwikkelingsrisico aan te gaan en een optimum te zoeken dat een evenwichtig projectvoorstel als resultaat heeft”.

In het selectiedossier wordt uitdrukkelijk het volgende vermeld:

“De procedure beschreven in dit document wordt niet beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van de reglementering overheidsopdrachten.

De finaliteit van deze procedure is de realisatie, op eigen privaat risico en onder privaat bouwheerschap, van een privaat project, ingebed in publieke ruimtelijke voorwaarden (cf. RUP 135) eigen aan een stadsontwikkeling van deze schaal en afgezet tegen de ambities van het AG SOB als grondeigenaar. Deze ambities hebben betrekking op de realisatie van een kwalitatief en evenwichtig nieuw stadsdeel”.

Voorts blijkt uit het selectiedossier dat “om te vermijden dat er onnodige inspanningen worden gedaan of dat er onnodig buitensporige kosten worden gemaakt door geïnteresseerde kandidaten” de procedure uit drie fasen bestaat:

- “- 1e fase: Het AG SOB zal in een eerste fase, de selectiefase, valabele kandidaten selecteren. Aan de geïnteresseerden wordt in deze fase gevraagd aan te tonen dat zij over de noodzakelijke ervaring, financiële draagkracht, kennis, visie, enz. beschikken om het privaat project tot een goed einde te brengen op basis van onderhavig document, zijnde het selectiedossier. Deze elementen moeten het AG SOB toelaten om een rangschikking op te maken en om de drie (3) best gerangschikte kandidaten te selecteren.
- 2e fase: In de tweede fase, de toewijzingsfase, zullen de drie (3) geselecteerde kandidaten uit fase 1 uitgenodigd worden om op basis van een toewijzingsdossier een effectief ontwikkelingsvoorstel in te dienen en aan de onderhandelingen deel te nemen met betrekking tot ingediende stukken voor de tweede fase. Het opstalrecht zal worden verleend aan de private partner met het ontwikkelingsvoorstel dat, desgevallend na onderhandeling, het hoogste scoort op verschillende toewijzingscriteria.
- 3e fase: in de derde fase, onderhandelingsfase zal het AG SOB onderhandelen op basis van een onderhandelingsdossier om tot een samenwerkingsovereenkomst (SWO) en opstalovereenkomst met de gekozen kandidaat uit fase 2 te komen”.

Het selectiedossier omschrijft vervolgens de uitsluitingsgronden, de vereisten inzake de financiële en economische draagkracht van de kandidaat en inzake de technische bekwaamheid en de vereisten waaraan de visienota dient te voldoen die de kandidaat op straffe van onvolledigheid bij zijn kandidaatstelling moet voegen.

De selectiemethodiek wordt in het selectiedossier vervolgens toegelicht als volgt:

“1. De kandidaatstellingen zullen in eerste instantie worden beoordeeld naar de volledigheid ervan (vb. deelnemingsformulier, visienota zoals bepaald onder punt 6.4, etc.) Ook wordt geverifieerd of zij voldoen aan de formeel gestelde eisen, zoals onder meer het tijdig ingediend zijn, alsook de ondertekening door de bevoegde perso(o)n(en).

2. De kandidaatstellingen worden vervolgens getoetst aan de aanwezigheid van de verplichte basisdisciplines.

3. De kandidaatstellingen worden vervolgens getoetst aan de uitsluitingsgronden, meer bepaald worden de eigen verklaring(en) nagezien.

4. De kandidaten worden vervolgens beoordeeld op hun economische en financiële draagkracht aan de hand van de over te leggen gegevens.

Enkel de kandidaten die voldoen aan deze 4 bovenstaande eisen komen in aanmerking voor de rangschikking.

De weerhouden kandidaten worden vervolgens gerangschikt volgens hun technische deskundigheid en hun visie op het project:

5. Technische deskundigheid (30%): Met betrekking tot iedere basisdiscipline worden de weerhouden kandidaten beoordeeld op hun technische deskundigheid door de ervaring met de basisdisciplines (a.h.v. de referenties) na te gaan. Het AG SOB zal enkel met die referenties rekening houden die door hun aard, kwaliteit, omvang en/of complexiteit voldoende raakvlakken hebben met het beoogde project en die door hun graad van realisatie wezenlijk hebben kunnen bijdragen tot de ervaring van de kandidaat.

6. Visie (70%): Tenslotte wordt de visienota van de weerhouden kandidaten (zie punt 6.4) beoordeeld om te komen tot een selectie van kandidaten”.

3.5. Er volgt een uitgebreide vragen- en antwoordensessie. De vragen en antwoorden worden opgenomen in een document “Algemene verduidelijking betreffende het selectiedossier” dat aan de geïnteresseerde kandidaten wordt bezorgd.

3.6. Er worden 13 kandidaatstellingen ingediend.

3.7. In het verslag van de beoordelingscommissie van 28 september 2012 wordt voorgesteld om volgende 3 kandidaten te selecteren voor de volgende fase:

- Kandidaat 1: Willemen Real Estate - DMI Vastgoed nv - Willemen General Contractor nv - Democo nv - In Advance nv - Willemen Groep nv,
- Kandidaat 6: Van Roey Vastgoed - Vanhaerents nv - Re-Vive,
- Kandidaat 9: Wilma Project Development nv -Cohousingplatform vzw.

Het besluit van het verslag luidt als volgt:

“Er werden veel waardevolle kandidaturen ingediend, maar er kunnen slechts 3 kandidaten weerhouden worden die zich op alle criteria onderscheiden van de rest. De drie kandidaten die na deze eerste fase weerhouden worden zijn de drie kandidaten met de hoogste evaluatie, namelijk:

Uitstekend (90-100 punten)

Kandidaat nr. 6 (94/100)

Kandidaat nr. 9 (93/100)

Kandidaat nr. 1 (91/100)”.

Verzoekende partijen Optima Group nv en Optima Global Invest nv, kandidaat 10, worden niet gekozen voor de volgende fase van de procedure. Uit het beoordelingsverslag blijkt dat kandidaat 10 op een gedeelde laatste plaats staat, met 58/100 punten.

3.8. Op 1 oktober 2012 keurt het directiecomité van het AG SOB Gent het beoordelingsverslag goed en wordt beslist om voormelde drie kandidaten te selecteren voor de tweede fase.

3.9. Bij e-mail van 1 oktober 2012 en aangetekend schrijven van 1 oktober 2012, doch pas verzonden op 2 oktober 2012, deelt het AG SOB Gent aan verzoekende partijen mee dat hun kandidaatstelling niet werd geselecteerd bij de drie meest geschikte teams. Als bijlage wordt een kopie meegedeeld van het verslag van de beoordelingscommissie.

IV. Tussenkost

4. Verzoekende partijen in 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. Ontvankelijkheid van de vordering betreffende de beslissing van 21 december 2011

Exceptie

5. Verwerende partij werpt op dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid niet tijdig en dus niet ontvankelijk is in de mate dat zij gericht is tegen de beslissing van 21 december 2011 tot het buiten toepassing laten van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Zij wijst erop dat reeds in het selectiedossier van december 2011 op gemotiveerde wijze aangegeven wordt om welke reden de procedure niet beschouwd wordt als een overheidsopdracht.

Beoordeling

6. Ongeacht of de voorliggende gunningsprocedure al dan niet valt binnen het toepassingsgebied van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, dient de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de betrokken beslissing van 21 december 2011 in elk geval te worden verworpen.

Indien de visie van verzoekende partijen wordt gevolgd dat de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ te dezen van toepassing is, dient immers rekening te worden gehouden met artikel 65/23, §§ 1 en 3, van die wet, waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid “op straffe van niet ontvankelijkheid” dient te worden ingesteld binnen een termijn van vijftien dagen “vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang”. De voorliggende vordering is in dat geval niet

ontvankelijk in de mate dat deze gericht is tegen “de beslissing tot het buiten toepassing laten van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, zoals opgenomen in de beslissing van de raad van bestuur van verwerende partij d.d. 21 december 2011”. Aangenomen moet immers worden dat verzoekende partijen minstens van deze beslissing hebben kennis genomen aan de hand van het selectiedossier op grond waarvan zij hun kandidaatstelling uiterlijk tegen 16 april 2012 moesten indienen.

Maar zelfs indien de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zou zijn en aldus geen toepassing mag worden gemaakt van artikel 65/15 van de wet van 23 december 1993 – overeenkomstig welk artikel het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet is vereist en de verplicht te volgen procedure deze is van de schorsingsvordering bij uiterst dringende noodzakelijkheid –, dient de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid tegen de beslissing van 21 december 2011 eveneens te worden verworpen. Verzoekende partijen dienen in dat geval immers wel degelijk nog aan te tonen dat aan alle door artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State gestelde schorsingsvoorwaarden is voldaan. Zij dienen aldus niet enkel aan te tonen dat een ernstig middel voorhanden is die de vernietiging kunnen verantwoorden, maar ook dat er sprake is van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel en dat zij terecht een beroep deden op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, meer bepaald dat zij bij het instellen van de vordering met de vereiste spoed, diligentie en alertheid zijn opgetreden en dat een gewone schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren.

Ten aanzien van de beslissing van 21 december 2011 kunnen verzoekende partijen echter bezwaarlijk voorhouden dat zij met de vereiste spoed, diligentie en alertheid zijn opgetreden. In zoverre is de vordering niet ontvankelijk.

VI. De schorsingsvoorwaarden betreffende de beslissingen inzake de kandidaatstellingen

Algemeen

7. 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.

De vraag rijst of te dezen echter niet 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’, van toepassing is. Krachtens het reeds vermeld artikel 65/15 van die wet zou dan voor de schorsing het bewijs van een moeilijk te herstellen nadeel niet zijn vereist en zou de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de verplichte procedure zijn.

Verzoekende partijen lijken van dat standpunt uit te gaan, nu zij in een eerste onderdeel van het tweede middel aanvoeren dat de in het geding zijnde opdracht dient te worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht voor de aanneming van werken.

Aangezien aldus het antwoord op de vraag of de litigieuze gunningsprocedure al dan niet dient te worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht niet alleen bepalend is voor de beoordeling van de ernst van het tweede middel, doch ook van de toepasselijke procedure voor de Raad van State, is het gepast om eerst het eerste onderdeel van het tweede middel te onderzoeken waarin deze kwalificatie aan bod komt.

Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

8. Het tweede middel wordt door verzoekende partijen verwoord als volgt:

“Schending van de artikelen 1, 20 en 21 van de Wet van 24 december 1993, schending van de artikelen 23 en 75 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; schending van de artikelen 2, 28 en 66 tot en met 74 van de Richtlijn 2004/18/EG

Doordat Verwerende Partij de Opdracht in mededinging heeft gesteld door middel van een oproep tot kandidaten, waarbij uitdrukkelijk werd bepaald in het Selectiedossier dat de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing is;

Terwijl, op basis van een analyse van het voorwerp van de Opdracht voldoet aan de vier kenmerken van een overheidsopdracht, zoals gedefinieerd in artikel I, lid 2, sub a) en b) van Richtlijn 2004/18/EG, m.n.:
(i) een overheidsopdracht voor aanneming van diensten met aansluitend de uitvoering van aannemingwerken;
(ii) een overeenkomst te sluiten onder bezwarende titel tussen Verwerende Partij en de gekozen kandidaat;
(iii) de contractpartijen zijn een private partner en een aanbestedende overheid, Verwerende Partijen; en
(iv) de overeenkomst zal schriftelijk worden geformaliseerd onder de vorm van een samenwerkingsovereenkomst en een overeenkomst houdende het vestigen van een recht van opstal op onroerende goederen van Verwerende Partij;

Terwijl, zoals blijkt uit het Selectiedossier, en m.n. het kwantitatief (m.n. financieel) en het kwalitatief (m.n. duurzaamheid en architecturaal) niveau dat Verwerende Partij bij de uitvoering van de Opdracht wenst gerealiseerd te zien, de diensten en aansluitende aannemingswerken in het rechtstreeks economisch belang van Verwerende Partij zullen worden uitgevoerd (HvJ 25 maart 2010, nr. C-451/08);

Terwijl de Opdracht, zoals gestructureerd in het Selectiedossier, bovendien niet aansluit bij één van de gunningsprocedures, zoals thans voorzien in de vigerende Europese en Belgische wetgeving, m.n. de Richtlijn 2004/18/EG en derhalve onwettig is (HvJ 10 december 2009, C-299/08);

Terwijl bovendien, gegeven de aard van de Opdracht en de beoordelingsmethodiek, de vereiste van de anonimiteit bij de beoordeling van inzonderheid de visienota (70% van de waarde) de onpartijdigheid van

de besluitvorming dient te verzekeren en aldus een waarborg dient te vormen voor de objectiviteit van het onderzoek en de vergelijking van de ingediende visienota's (RvS 19 december 2003, nr. 126.667);

Zodat, bijgevolg, de artikelen 1, 20 en 21 van de Wet van 24 december 1993, de artikelen 23 en 75 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 alsmede de artikelen 2, 28 en 66 tot 74 van de Richtlijn 2004/18/EG geschonden zijn”.

In een “toelichting” worden dan eerst de bepalingen aangehaald van de artikelen 1, 20 en 21 van de voormelde wet van 24 december 1993 en van de artikelen 23 en 75 van “het koninklijk besluit van 8 januari 1996”, en voorts over een bladzijde in wezen nogmaals het hiervoor aangehaalde middel herhaald, met een verwijzing naar wat reeds “uitgebreid” is geschreven “onder randnummer 4.1.”. Bedoeld wordt een uiteenzetting van 19 bladzijden over de toepasselijkheid van de regelgeving overheidsopdrachten.

Excepties bij het middel

9. Verwerende partij werpt, zij het onder haar “voorafgaande opmerkingen”, op dat het selectiedossier een uitdrukkelijke akkoordverklaring met de procedure bevat (punt 5.2., blz. 52/80) en dat verzoekende partijen lopende de bevragsprocedure nooit enige bemerking of voorbehoud hebben gemaakt aangaande de gevoerde procedure. Om die reden zou dit onderdeel van de vordering laattijdig zijn. Ook tussenkomende partijen werpen een vergelijkbare exceptie op.

10. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om deze exceptie te onderzoeken en er uitspraak over te doen. Hierna zal immers blijken dat de vordering reeds wordt afgewezen op andere gronden.

Bespreking van het middel

11. In de eerste plaats dient een middel dat in een schorsingsvordering wordt aangebracht, om als ernstig te kunnen worden aangemerkt, dermate duidelijk te zijn dat het bij eerste lezing meteen aannemelijk is dat daarop

een nietigverklaring kan worden gesteund, zonder dat een doorgedreven onderzoek van het middel noodzakelijk is. In een schorsingsprocedure die zoals de huidige, dan nog is ingeleid bij uiterst dringende noodzakelijkheid, is zulks des te meer het geval, omdat het onderzoek van de Raad van State in die procedure uiterst snel moet kunnen verlopen.

Zoals terecht vanuit die optiek als problematisch aangemerkt door verwerende partij, incorporeerden verzoekende partijen te dezen in hun middel een verwijzing naar een uitvoerige, aan de middelenuiteenzetting voorafgaande tekst van twintig bladzijden betreffende de essentie van het middel, namelijk de rechtsvraag of de regelgeving inzake overheidsopdrachten toegepast had moeten worden. Dergelijke werkwijze, waarbij een middel op diffuse wijze wordt aangebracht, maakt het op zichzelf reeds moeilijk om nog te kunnen gewagen van een middel met een ernstig karakter. Die ernst moet immers in principe bij eerste lezing van het middel zelf kunnen blijken uit duidelijk aangewezen rechtmatigheidsgebreken, zonder dat moet worden teruggegrepen naar uitvoerige aan het middel voorafgaande teksten.

12. In het middel wordt ook schending aangevoerd van artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’. Verzoekende partijen zetten daar dan weer niet uiteen op welke wijze een dergelijke rechtstreekse schending van een richtlijnbevestiging waarvan niet wordt beweerd dat ze niet of niet volledig zou zijn omgezet door het aangehaalde wetsartikel, het middel vermag te ondersteunen. Verzoekende partijen bedoelen wellicht dat de door hen ingeroepen en geschonden geachte interne rechtsbepalingen in elk geval richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd.

13. Het is in elk geval meteen duidelijk dat verzoekende partijen, gelet op de voormelde tekst in hun verzoekschrift onder 4.1.2. “Definitie van het begrip ‘overheidsopdracht’” en de opbouw van hun middel voor hun stelling, dat de in het geding zijnde opdracht als een overheidsopdracht dient te worden gekwalificeerd, voor de interpretatie van de daarop te betrekken interne rechtsregels, steun zoeken in de Europeesrechtelijke context, namelijk in de

voornoemde richtlijn, in rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie, in een conclusie van een advocaat-generaal bij het Hof en in “de interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van overheidsopdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de Richtlijn inzake overheidsopdrachten vallen”.

14. Verwerende partij van haar kant werpt tegen dat in de algemene uiteenzetting er rechtsfiguren doorheen worden gehaald (prijsvraag, wedstrijdofferteaanvraag) en de voornoemde interpretatieve mededeling verkeerd wordt gelezen; voorts verwijst ook zij naar rechtspraak van het Hof van Justitie en merkt op dat voor de kwalificatie dient te worden nagegaan wat de eventuele impact is van “eisen” die worden gesteld aan de realisatie van het project, zowel vanuit de stedenbouwkundige randvoorwaarden, als vanuit de andere eisen (zoals politieke beleidsdoelstellingen en/of ambitieniveaus). Zij erkent dat de thans vigerende reglementering geen uitdrukkelijk antwoord biedt, doch voert aan dat de rechtspraak van het Hof van Justitie dienaangaande toch enige indicaties verstrekt, en concludeert dat op grond daarvan er geen sprake is van een overheidsopdracht. Om tot dezelfde slotsom te komen, verwijzen ook tussenkomenende partijen naar diverse arresten van het Hof van Justitie.

15. In haar advies ter terechtzitting besprak de auditeur de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie en van de Raad van State betreffende het in het geding zijnde kwalificatieprobleem.

Zij concludeerde onder meer

- dat, hoewel de wetgeving inzake overheidsopdrachten in beginsel niet van toepassing is op overeenkomsten waarbij de overheid goederen verkoopt of met zakelijke of persoonlijke rechten bezwaart zoals in geval van huur, opstal of erfpacht, uit de rechtspraak van het Hof van Justitie en de Raad van State niettemin lijkt te kunnen worden afgeleid dat dergelijke vastgoedtransacties in bepaalde gevallen toch als het gunnen van een overheidsopdracht moeten worden beschouwd;
- dat het feit dat de bestreden gunningsprocedure finaal formeel de goedkeuring van een opstalovereenkomst beoogt tussen verwerende partij en de gekozen private

partner, op zich dus niet lijkt uit te sluiten dat de overeenkomst toch als een overheidsopdracht zou kunnen worden gekwalificeerd;

- dat verzoekende partijen terecht lijken op te merken dat het stellen van ambitieniveaus verder lijkt te gaan dan de loutere uitoefening van regulerende bevoegdheden inzake stedenbouw zoals het geval was in de zaak die geleid heeft tot het arrest van het Hof van Justitie C-451/08, 25 maart 2010, *Helmut Müller GmbH*;

- dat anderzijds verzoekende partijen in de huidige stand van het geding, voorsnóg in gebreke blijven op concrete wijze aan te tonen dat er in het licht van voormelde rechtspraak van het Hof van Justitie sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel en de overeenkomst betrekking heeft op de uitvoering van werken;

- dat de loutere vermelding dat er sprake zou zijn van een realisatieverplichting en een rechtstreeks economisch belang “omdat uit het selectiedossier blijkt dat er door verwerende partij vier ambitieniveaus worden vooropgesteld”, zonder enige verdere concretisering, niet volstaat om in het kader van een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid de gunningsprocedure te herkwaltificeren als een overheidsopdracht;

- dat zulks eens te meer geldt nu blijkt dat het Hof van Justitie, in voormeld arrest *Helmut Müller GmbH*, en arrest C-306/08, 26 mei 2011, *Commissie t. Spanje*, lijkt uit te gaan van een engere interpretatie dan in het eerder gewezen arrest C-220/05, 18 januari 2007, *Auroux*;

- dat ook in de rechtsleer wordt opgemerkt dat het Hof van Justitie met het arrest *Commissie tegen Spanje*, de engere interpretatie zoals uiteengezet in het arrest *Helmut Müller GmbH* lijkt te hebben geconsolideerd: A. Brown merkt op dat het recht betreffende landontwikkelingsovereenkomsten complex en onzeker blijft en gebaat zou zijn bij een verdere verduidelijking op Europees en nationaal niveau (“The application of the EU procurement rules to land regeneration projects: further clarification from the Court of Justice in Commission v. Spain (C-306/08) concerning Valencian land-use regulations”, *P.P.L.R.* 2011, 185-190).

Het lijkt aldus niet uitgesloten dat nadere studie van het dossier tot de conclusie zou kunnen leiden dat de in het geding zijnde rechtsvraag slechts kan worden beantwoord conform het Europese recht, na prejudiciële vraagstelling aan het Hof van Justitie. Dergelijke prejudiciële vraagstelling lijkt echter

onverenigbaar met de door de wetgever gewilde spoedeisende behandeling, verbonden aan de opgelegde procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

16. Op grond van al hetgeen hiervoor is aangebracht, is de Raad van State niet bij machte om op het eerste gezicht en in het raam van een uiterst dringende procedure te beslissen dat verzoekende partijen reeds hebben aangetoond dat de in het geding zijnde gunningsprocedure dient te worden geherkwalificeerd als een procedure voor de aanneming van een overheidsopdracht.

Om te beslissen over de betrokken kwalificatie, zij het voorlopig, zouden immers daartoe door de Raad van State de concrete gegevens van de zaak moeten worden onderzocht vanuit en afgezet tegenover het hiervoor uiteengezette discours in rechte. Dit is, zoals gebleken, echter gekenmerkt door complexiteit en jurisdictionele onzekerheid en evenmin door verzoekende partijen met de nodige procedureel vereiste gestrengheid aangebracht, waardoor het middel zich niet leent tot het snelle onderzoek dat kan leiden tot een ernstig bevinden ervan.

Aldus lijkt evenmin te mogen worden aangenomen dat er sprake zou zijn van een schending van de overige in het middel aangehaalde bepalingen nu deze slechts gelden in geval van toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

17. Het ernstig karakter van het besproken middelonderdeel is aldus niet aangetoond.

Moeilijk te herstellen ernstig nadeel en hoogdringendheid

18. Zoals eerder werd vastgesteld is het antwoord op de vraag of de litigieuze gunningsprocedure al dan niet dient te worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht niet alleen bepalend voor de beoordeling van de ernst van het tweede middel, doch ook voor de na te leven vorm van schorsingsprocedure.

19. Voorgaande conclusie met betrekking tot het tweede middel impliceert dat verzoekende partijen niet lijken kunnen genieten van de toepassing

van de rechtsbescherming zoals geregeld in boek IIbis van de wet van 24 december 1993. Verzoekende partijen dienen dus wel degelijk nog aan te tonen dat aan alle schorsingsvoorwaarden van artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is voldaan. Zij dienen meer bepaald ook aan te tonen dat er sprake is van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel en dat zij terecht een beroep deden op de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, meer bepaald dat zij bij het instellen van de vordering met de vereiste spoed, diligentie en alertheid zijn opgetreden en dat een gewone schorsing te laat zou komen om het nadeel te weren.

20. Dienaangaande zetten verzoekende partijen in hun verzoekschrift het volgende uiteen:

“In de veronderstelling dat uw Raad, *per impossibile*, tot het besluit zou komen dat Verwerende Partij terecht van oordeel was dat de Opdracht niet valt onder het toepassingsgebied van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, dan is nog voldaan aan de vereiste wat betreft het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid.

Immers, vooreerst heeft Verzoekende Partij, binnen een termijn van 15 kalenderdagen volgend op de datum waarop zij kennis heeft genomen van de Bestreden Beslissing, onderhavig verzoekschrift bij uw Raad ingediend zodat zij dan ook op een diligente wijze heeft gehandeld.

Bovendien getuigt Verzoekende Partij ook van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel. Immers, als gevolg van de Bestreden Beslissing is Verzoekende Partij niet geselecteerd en wordt zij bijgevolg verder het recht ontzegd om aan de gunningsprocedure deel te nemen. Hierdoor zal Verzoekende Partij niet in de mogelijkheid zijn om, met het oog op het uitvoeren van de Opdracht, een offerte in te dienen, hetzij in het kader van de voorliggende procedure, hetzij, in de mate dat het tweede middel door uw Raad gegrond wordt bevonden, in het kader van een nieuwe gunningsprocedure die door Verwerende Partij zal moeten worden georganiseerd met het oog op het toewijzen van de Opdracht.

Enkel een schorsing door uw Raad kan aan dit nadeel verhelpen: in de mate dat de Opdracht wordt toegewezen aan één van de geselecteerde kandidaten zal het recht van Verzoekende Partij beperkt zijn tot een rechtsherstel bij equivalent, d.w.z. door middel van een schadevergoeding. Welnu, aangezien Verzoekende Partij is geëlimineerd in de selectiefase, zal zij, wat betreft het te leveren bewijs met het oog op het bekomen van een schadevergoeding, m.n. het verlies van een kans, zich in een zeer moeilijke rechtspositie bevinden. De bewijslast zal immers bijzonder zwaar zijn en, een vernietiging van de Bestreden Beslissing door uw Raad, zal uiteindelijk het door Verzoekende Partij geleden nadeel mogelijks niet kunnen verhelpen.

Om deze redenen voldoet het schorsingsverzoek van Verzoekende Partij dan ook aan de vereiste van het moeilijk te herstellen ernstig nadeel en de uiterst dringende noodzakelijkheid zoals deze door de rechtspraak van uw Raad zijn gesteld”.

21. Met betrekking tot de hier besproken beslissingen mag met verzoekende partijen worden aangenomen dat zij met de vereiste spoed, diligentie en alertheid zijn opgetreden aangezien hun bij e-mail van 1 oktober 2012 en aangetekend schrijven van 1 oktober 2012, doch pas verzonden op 2 oktober 2012, werd meegedeeld dat zij niet werden geselecteerd en zij bij aangetekend schrijven van 15 oktober 2012 huidige vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid hebben ingeleid.

Zij blijven daarentegen in gebreke aan te tonen dat een gewone schorsing onherroepelijk te laat zou komen om het aangevoerde nadeel te weren, welk nadeel verzoekende partijen leggen in het niet zelf kunnen uitvoeren van de opdracht. De beslissing heeft immers slechts betrekking op de eerste fase van de procedure waarbij drie kandidaten werden geselecteerd. Uit het selectiedossier blijkt dat er nog een tweede en derde fase, namelijk een toewijzingsfase en onderhandelingsfase dienen te worden doorlopen. Bovendien wordt in het selectiedossier als uitdrukkelijke voorwaarde tot aanvang van de toewijzingsfase gesteld dat het Gemeentelijk Ruimtelijk Uitvoeringsplan nr. 135 Oude Dokken uitvoerbaar is. Er wordt ook niet aangetoond dat er al een beslissing inzake de keuze van een private partner werd genomen of dat deze nakend is.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat niet is voldaan aan de uiterst dringende noodzakelijkheid, een van de door het voormelde artikel 17 gestelde voorwaarden, die cumulatief moeten zijn vervuld wil een vordering tot schorsing worden toegewezen. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid te verwerpen, wat de beslissingen inzake de kandidaatsstellingen betreft.

VII. Algemeen besluit.

22. De vordering dient in haar geheel te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken van de nv BCS Investissement, de nv DMI Vastgoed, de nv Willemen General Contractor, de nv Democo en de nv In Advance tot tussenkomst in het administratief kort geding worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 350 euro, elk voor de helft.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 625 euro, elk voor een vijfde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 13 november 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Bram Van Thillo

Dierk Verbiest