RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 222.437 van 12 februari 2013
in de zaak A. 192.078/XII-5777

In zake: de NV AANNEMINGEN JANSSEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te 9680 Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE EDEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Dirk De Keuster
kantoor houdend te 2970 Schilde
Eekhoornlaan 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 april 2009, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing tot het opstarten van een gunningsprocedure inzake overheidsopdrachten op basis van de selectieleidraad die werd goedgekeurd door [de gemeente Edegem] op 17 december 2008, met als voorwerp: 'Publiek-private samenwerking voor de ontwikkeling van een gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein'".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 193.438 van 19 mei 2009 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Auditeur Inge Vos 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 6 november 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Dirk De Keuster, die verschijnt voor de verwerende partij, 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. Op 17 december 2008 beslist de gemeenteraad van Edegem om een overheidsopdracht uit te schrijven, onder de vorm van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie van 20 januari 2009. De opdracht wordt aangekondigd als een opdracht van werken en als volgt omschreven:

> "Betreft een publiek-private samenwerking voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein.
> De beschrijving van de opdracht is opgenomen in een selectiedocument dat op eenvoudig verzoek gratis kan opgevraagd worden".

Ook wat betreft de selectievoorwaarden bevat de aankondiging een verwijzing naar het selectiedocument dat kan worden opgevraagd.

3.3. De selectieleidraad, die op 17 december 2008 eveneens door de gemeenteraad werd goedgekeurd, omschrijft overheen zeven bladzijden de "doelstelling van het project". Er wordt onder meer bepaald dat het bestek zal bestaan uit tenminste drie loten, namelijk:

> - lot 1: de ontwikkeling van het gemeentehuis aan de Kontichstraat 17-19 met inbegrip van het voormalige politiegebouw,
> - lot 2: de ontwikkeling van de Indika-site aan de Prins Boudewijnlaan, inclusief buitenaanleg,
> - lot 3: de ontwikkeling van het oud-gemeentehuis en de heraanleg van het gemeenteplein, inclusief de uitbating van een horecagelegenheid in het oud-gemeentehuis en de afbraak van het schoolhuis.

Voorts bepaalt de selectieleidraad dat met betrekking tot lot 3, de gemeente via het systeem van "Open Oproep" van de Vlaamse Bouwmeester een ontwerper zal selecteren en belasten met de opdracht om een architecturaal concept te ontwikkelen voor de inrichting van het gemeenteplein. De kandidaat zal dus voor lot 3 niet zelf moeten instaan voor het ontwerp, doch de geselecteerde ontwerper moeten opnemen in het bouwteam en indien nodig in de projectvennootschap. Het architecturaal concept zal dan in overleg tussen de kandidaten en de ontwerper moeten worden gerealiseerd.

Voorts wordt opgemerkt dat “het bestek aan de kandidaten [kan] opleggen om het gebouw gedurende een lange duurtijd te beheren en te onderhouden, zowel naar groot als klein onderhoud toe, met inbegrip van de informatica en de schoonmaak”.

Volgens de leidraad verwacht de gemeente Edegem van de kandidaat een totale oplossing: concept, bouw, onderhoud, financiering, informatica,... De opdracht vertoont volgens de selectieleidraad dan ook de kenmerken van een DBFM-contract (‘Design, Build, Finance en Maintenance’), met uitzondering van lot 3 waar de gemeente zelf verantwoordelijk is voor het aspect “design”.

In de selectieleidraad worden vervolgens de volgende selectiecriteria opgenomen:

> “V. Selectiecriteria
>
> 8. Een kandidatuur moet verplicht worden ingediend door een team bestaande uit een architect, een aannemer en een financiële instelling. Het verdient aanbeveling aan het team ook een uitbater toe te voegen voor de horeca.
>
> Het team is niet verplicht enige juridische vorm aan te nemen. Het team moet achteraf wel een projectvennootschap oprichten. Teamleden die op grond van deontologische regels geen aandeelhouder en/of bestuurder mogen zijn van een dergelijke vennootschap kunnen na een gemotiveerd verzoek vrij worden gesteld van participatie in de projectvennootschap.
>
> De architect, de aannemer en eventueel de horeca-uitbater mogen slechts deelnemen aan één team. Een financiële instelling mag aan meerdere teams participeren.
>
> 7. De aannemer, verplicht lid van het team, moet op het ogenblik van de gunning, hetzij erkend zijn, hetzij de bewijzen hebben geleverd dat hij voldoet aan de voorwaarden om erkend te worden voor de categorie D, klasse 8. Hiertoe dient hij ofwel het attest bij te voegen ofwel de bewijzen die worden vereist door artikel 3, §1, 2° van de wet van 20 maart 1991 (zie ook ministerieel besluit van 27 september 1991).
>
> 8. De economische en financiële draagkracht zal worden beoordeeld aan de hand van drie criteria, zijnde solvabiliteit, liquiditeit en rendabiliteit. Voor deze criteria moet de inschrijver bewijzen dat zij voldoende zijn om

de opdracht tot een goed einde te brengen. Elk teamlid moet, ieder voor zijn deel, dit bewijs leveren.

* Voor de solvabiliteit zal minstens de ratio van de ‘algemene schuldgraad’ worden gehanteerd (vreemd vermogen / totaal vermogen).
* Voor de liquiditeit zal minstens de ratio ‘liquiditeit in enge zin’ worden gehanteerd (vorderingen op ten hoogste één jaar & geldbeleggingen & liquide middelen / schulden op ten hoogste één jaar).
* Voor de rendabiliteit zal minstens de ratio ‘bruto rendabiliteit van het eigen vermogen na belastingen’ worden gehanteerd (cash-flow na belastingen / eigen vermogen).

Voor meer informatie kan worden verwezen naar het handboek ‘Bedrijfsfinanciering’ […].

De inschrijver moet deze ratio's berekenen voor alle teamleden aan de hand van de jaarrekeningen van de drie (3) laatste jaren. De jaarrekeningen moeten worden toegevoegd.

De inschrijver mag bijkomende informatie verstrekken door bijvoorbeeld te wijzen op een garantie van de moedervennootschap bij de bepaling van de solvabiliteit. In elk geval kan enkel rekening worden gehouden met bijkomende informatie indien deze worden gestaafd met bewijsstukken.
De gemeente Edegem behoudt zich het recht voor ook andere ratio's te bepalen alsmede de ratio's te herberekenen door correcties uit te voeren op de gegevens in de jaarrekeningen.

9. De vakbekwaamheid van elk team zal worden beoordeeld aan de hand van de volgende criteria :
* ervaring met het concept voor administratieve gebouwen in het algemeen en administratieve gebouwen voor lokale overheden in het bijzonder;
* ervaring met het concept van publieke ruimtes;
* ervaring met de bouw van administratieve ruimtes;
* ervaring met projecten in publieke en private samenwerking met lokale overheden
* ervaring met horeca
* organisatorische bekwaamheid
* technische bekwaamheid

Voor de eerste vier criteria moet een overzicht worden verstrekt van de gerealiseerde projecten in de afgelopen 5 jaar. Tevens mogen projecten in uitvoering worden vermeld. Er moet minstens één relevante ervaring worden aangetoond.

Voor de ervaring met horeca moet een overzicht verstrekt worden van de beroepsactiviteiten over de laatste drie jaar.

> Voor de organisatorische bekwaamheid moet de inschrijver aantonen hoe hij deze opdracht organisatorisch zal aanpakken. De onderscheiden verantwoordelijkheden en de coördinatie tussen de verschillende teamleden én hun onderaannemers moet worden aangeduid.
> De inschrijver dient hierover een nota op te stellen.
>
> Voor de technische bekwaamheid moet de inschrijver meedelen welke personen verantwoordelijk zijn voor het project. Hierbij moet één projectleider worden aangeduid. De CV's moeten worden bijgevoegd".

De aanvragen tot deelneming moeten krachtens de selectieleidraad ten laatste op maandag 6 april 2009 om 11u worden ingediend.

3.4. Op 10 maart 2009 richt de raadsman van verzoekende partij een brief aan verwerende partij waarin hij een aantal bezwaren uit; enerzijds wijst hij erop dat het toepassen van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in dit geval zou zijn gebeurd zonder deugdelijke wettelijke grondslag, anderzijds stipt hij aan dat door het hypothetisch uitbreiden van het voorwerp van de opdracht de mededinging op onwettige wijze beperkt zou worden door onwettige selectiecriteria.

De raadsman van verwerende partij beantwoordt deze brief met een niet-vertrouwelijk schrijven van 20 maart 2009:

> "1. [De gemeente Edegem] heeft tot doel, door middel van een project van Publiek-Private Samenwerking, een belangrijke infrastructurele impuls te realiseren. Zo beoogt [de gemeente Edegem] haar huidige administratieve huisvesting te vernieuwen in combinatie met de heraanleg van het gemeenteplein. Deze integratie is aangewezen omdat het bestaande administratief centrum en het oude gemeentehuis beide gelegen zijn aan het gemeenteplein. Het nieuwe administratieve centrum, het oude gemeentehuis en het gemeenteplein kunnen op die manier ruimtelijk op elkaar worden afgestemd.
> Daarenboven moet op hetzelfde moment een reorganisatie van de werking van de gemeentediensten worden doorgevoerd ten einde de nieuwe werkomgeving zo optimaal mogelijk te laten aansluiten bij een efficiënt en hedendaags organisatiemodel. Hierbij heeft [de gemeente Edegem] geopteerd voor een centralisatie, enerzijds van alle publiekdiensten op de bestaande locatie van het administratief centrum en anderzijds van de diensten die niet met het publiek in contact komen op de Indika-site. Beide panden betreffen moeilijke gebouwen. Zo stelt zich de vraag bij het huidige gemeentehuis of de basisstructuur kan worden behouden. De

Indika-site betreft een industrieel pand, met name een oude veiling, dat volledig moet worden verbouwd. De ontwikkeling van deze sites tot een efficiënte werkplek voor het personeel en een publiekvriendelijke ontmoetingsplaats voor de bevolking wordt onvermijdelijk een intensief en evolutief proces.
De ontwikkeling van twee nieuwe administratieve centra in combinatie met de gelijktijdige heraanleg van het plein zal een belangrijke meerwaarde voor de gemeente doen ontstaan. Dit betreft echter een belangrijke uitdaging die in het belang van de bevolking, binnen een korte tijdspanne moet worden uitgevoerd.
Een globale aanpak dringt zich dan ook op.

2. Als relatief kleine gemeente verkeert [de gemeente Edegem] in de onmogelijkheid om een volledige studie te maken over de uitvoering van de werken, enerzijds wegens de onvoldoende menselijke en materiële middelen waarover het beschikt; anderzijds wegens de noodzaak om studie en uitvoering van de werken voortdurend aan te passen naarmate ze vorderen waarbij één en ander te wijten is aan de complexiteit van het werk en de talrijke en belangrijke onbekende technische en organisatorische factoren die slechts bij de uitvoering aan het licht kunnen komen (zie onder meer het industrieel karakter van de Indika-site).
In de toekomst wil [de gemeente Edegem] zich bovendien volledig concentreren op haar kerntaken. Het onderhouden van gebouwen behoort daar niet toe. Dit onderhoud wordt om die reden aan de private partner overgedragen. Deze overdracht heeft tevens als positief gevolg dat de private partner wordt aangezet tot duurzaam bouwen.
Om die reden heeft [de gemeente Edegem] uitdrukkelijk geopteerd voor een publiek-private samenwerking waarbij de coördinatie (interface-risico) aan de private partner zal worden overgedragen. Dit wordt algemeen erkend als het voordeel van PPS.

3. De opdracht zal één globale opdracht betreffen en bestaan uit drie delen: de ontwikkeling van het Gemeentehuis aan de Kontichstraat; de ontwikkeling van de Indika-site en de ontwikkeling van het oude gemeentehuis met in begrip van de heraanleg van het nieuwe plein. Het begrip ‘lot’ moet in deze context begrepen worden als deel van de globale opdracht. Elk deel zal op zich een cluster aan werken, leveringen en diensten bevatten: namelijk het concept (architectuur - diensten), de bouw (werken), financiering (diensten) en onderhoud (diensten). De delen nrs. 1 en 2 zullen nadien nog moeten worden afgestemd op de integratie van de informatica. Voor deel nr. 3 wordt nog de exploitatie van de horeca in het vooruitzicht gesteld. Enkel voor deel nr. 3 wordt voor het concept een beroep gedaan op de Vlaamse Bouwmeester welke via een open oproep een ontwerper zal selecteren om een architecturaal concept te bepalen voor de heraanleg van het plein. De verdere uitwerking van het concept (onder meer de uitvoeringstekeningen) zullen tot de taken behoren van de private partner. Deze drie delen worden gelijktijdig uitgevoerd en zullen

derhalve voortdurend op elkaar worden afgestemd ten einde een geïntegreerde oplossing te kunnen bereiken.

Ik verwijs in dat verband naar pagina 10 van de selectieleidraad waarin het volgende wordt gestipuleerd:

> ‘De gemeente Edegem verwacht van de kandidaat met andere woorden een totale oplossing: concept, bouw, onderhoud, financiering, informatica, ... Deze opdracht vertoont dan ook de kenmerken van een DBFM-contract, zijnde Design, Build, Finance en Maintance (met uitzondering voor lot 3 waar de gemeente zelf verantwoordelijk is voor het aspect ‘design’).’

U vergist zich derhalve waar u stelt dat deze delen enkel het architecturaal concept en de infrastructuurwerken zouden omvatten. Zelfs indien een deel zou beperkt zijn tot de uitwerking van het concept en bouw betreft het nog steeds een complexe opdracht, gegeven de omstandigheden.
Het bestek zal dan ook een geheel bevatten van werken, leveringen en diensten. Hiermee wordt duidelijk geantwoord op uw uitdrukkelijke vraag […].
Ik wil hierbij nog opmerken dat een Selectieleidraad niet tot doel heeft het voorwerp van de opdracht exact te definiëren; wel om de selectiecriteria toe te lichten.

2. Op basis van de bovenstaande argumenten en de uitleg in de Selectieleidraad kan U niet in redelijkheid beweren dat deze opdracht geen complexe opdracht betreft die bestaat uit een aantal deelopdrachten, waarvoor het beroep op de onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking is verantwoord. Het feit dat de exacte invulling van een aantal onderdelen nog onzeker zou zijn bij de redactie van de Selectieleidraad, doet geenszins afbreuk aan de mogelijkheid een beroep te doen op de onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking, zoals bepaald in artikel 17, §3, 2° van de Overheidsopdrachtenwet; wel integendeel. Het wetsartikel bepaalt immers dat de onderhandelingsprocedure mogelijk is wanneer het gaat om diensten of werken waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen.
[De gemeente Edegem] zal dan ook een DBFM-overeenkomst sluiten met één private partner voor de drie delen. Dit type van overeenkomst wordt steeds toegewezen na een onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking.
De Gemeenteraad heeft het beroep op de onderhandelingsprocedure met voorafgaandelijke bekendmaking overigens uitvoerig formeel gemotiveerd. De selectieleidraad bevat eveneens een formele motivering.

3. [De gemeente Edegem] beschikt over beleidsvrijheid bij het bepalen van het voorwerp van de opdracht en de inhoud van de selectiecriteria.

De vraag naar relevante ervaring betreft een normale toepassing van de beoordeling van de technische bekwaamheid van de inschrijver in de selectiefase.
Het koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt dat er ministens drie kandidaten moeten worden geselecteerd.

4. Het gebruik van de onderhandelingsprocedure doet geen afbreuk aan de rechtsbescherming van de deelnemende ondernemingen. De beroepsprocedures zijn immers dezelfde."

3.5. Uit het proces-verbaal van de ontvangst van de aanvragen tot deelneming van 6 april 2009 blijkt dat vijf kandidaten een aanvraag hebben ingediend. Verzoekende partij blijkt geen aanvraag tot deelneming te hebben ingediend.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

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

In het auditoraatsverslag worden deze excepties op beredeneerde wijze verworpen.

In haar laatste memorie komt verwerende partij niet terug op de ontvankelijkheid van het beroep. Zij mag dan ook worden geacht in te stemmen met de bevindingen van het auditoraat en niet langer aan te dringen op de excepties.

Omdat zoals hierna zal blijken het enig middel niet gegrond is, ziet ook de Raad van State geen reden om ambtshalve de ontvankelijkheid aan een nader onderzoek te onderwerpen.

V. Onderzoek van het enige middel

Uiteenzetting van het middel

5. Verzoekende partij voert de schending aan van "het gelijkheidsbeginsel en van het daaruit volgend transparantiebeginsel, zoals vervat in de Europese richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten […], van het beginsel van de eerlijke mededinging".

Op grond van het gelijkheids- en transparantiebeginsel dient volgens verzoekende partij overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie het voorwerp van elke opdracht en de daarbij horende selectiecriteria bij de aanvang duidelijk te worden omschreven. Zij verwijst daarbij naar het arrest van het Hof van Justitie C-340/02 van 14 oktober 2004.

Tevens vloeit volgens verzoekende partij uit het proportionaliteits- en gelijkheidsbeginsel voort dat er een redelijke verhouding dient te bestaan tussen, enerzijds, de aard, omvang en complexiteit van de opdracht en, anderzijds, de vereisten inzake deelneming. Haar "essentiële wettigheidskritiek" is dan ook dat in de selectieleidraad de selectiecriteria worden vastgelegd, zonder dat het concrete voorwerp van de opdracht duidelijk is bepaald en afgelijnd. Aldus worden in de selectiecriteria reeds referenties en vereisten opgelegd die rechtstreeks verband houden met onderdelen waarvan nog niet vaststaat dat zij ook onderdeel zullen uitmaken van de uit te voeren opdracht. Op deze manier worden kleine en middelgrote gegadigden, waaronder – naar eigen zeggen – verzoekende partij zelf, door de vastgestelde selectiecriteria verhinderd een kandidatuur in te dienen, terwijl zij mogelijk wel over de bekwaamheidsvereisten beschikken om de uiteindelijk vastgestelde opdracht uit te voeren.

Daarnaast schendt de bestreden beslissing ook het beginsel van de eerlijke mededinging. Nu het voorwerp van de opdracht nog niet helemaal vastligt, doch anderzijds wel al selectiecriteria worden vastgesteld, is volgens verzoekende partij de kans reëel dat bepaalde geïnteresseerde kandidaten worden

uitgesloten op basis van het niet voldoen aan de in de selectieleidraad opgenomen selectiecriteria, niettegenstaande dat het eigenlijke voorwerp van de uit te voeren opdracht later beperkt kan blijven tot bijvoorbeeld loutere infrastructuurwerken, waarvoor verzoekende partij wel over passende referenties beschikt.

Ten slotte wijst verzoekende partij erop dat verwerende partij gebruik heeft gemaakt van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking met verwijzing naar artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 'betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten', terwijl de selectieleidraad geen concrete omschrijving van het voorwerp van de uit te voeren opdracht bevat.

6. In haar memorie van wederantwoord verwijst verzoekende partij bijkomend naar het arrest van het Hof van Justitie C-299/08 van 10 december 2009, evenals naar de conclusie van de advocaat-generaal bij dit arrest. In dit arrest zou het Hof van Justitie zijn eerdere rechtspraak hebben verfijnd en de door verzoekende partij in het enige middel aangevoerde wettigheidskritiek uitdrukkelijk hebben bevestigd. Het Hof van Justitie heeft in dit arrest uitdrukkelijk gesteld dat "in alle gevallen het voorwerp en de gunningscriteria van zowel de opdrachten voor projectdefiniëring als uitvoeringsopdrachten al bij het begin van de procedure [moeten] kunnen worden bepaald".

Voor zover er nog twijfel zou bestaan omtrent de toepasbaarheid van het arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 2004, heeft het arrest van 10 december 2009 volgens verzoekende partij elke twijfel weggenomen. De rechtspraak van het Hof van Justitie vereist, uitgaande van het transparantiebeginsel, dat het voorwerp van de opdracht duidelijk omlijnd is bij het opstarten van de gunningsprocedure.

Voorts merkt zij op dat verwerende partij, in de mate dat zij stelt dat het voorwerp van de opdracht wel degelijk duidelijk is uitgewerkt in de selectieleidraad, warm en koud blaast tegelijkertijd. Enerzijds geeft zij aan dat in het bestek de concrete bepalingen zullen worden opgenomen waarin het voorwerp van de opdracht verder wordt omlijnd, anderzijds voert zij aan dat de

selectieleidraad voldoende duidelijk was aangezien enkel de kerntaken in de selectiecriteria werden gereflecteerd.

De argumentatie van verwerende partij dat de onderhandelingsprocedure ertoe zou strekken om het voorwerp van de opdracht nader te verfijnen berust volgens verzoekende partij op een verkeerde lezing van artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993.

Indien de Raad van State het betoog van verzoekende partij niet zou kunnen bijvallen of indien hieromtrent nog twijfel zou bestaan, vraagt zij de Raad van State, in ondergeschikte orde, om vier prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie:

> "(i) Vereist artikel 2 van de 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 dat bij de bekendmaking van een overheidsopdracht door middel van een beperkte procedure, het voorwerp van de in mededinging gestelde opdracht duidelijk is omschreven en afgelijnd in de bekendmaking of in de naar aanleiding van de bekendmaking aan de geïnteresseerde kandidaten ter beschikking gestelde toelichtende documenten?
> (ii) Dient de sub I opgenomen vraag anders te worden beantwoord indien een aanbestedende overheid van oordeel is dat op wettige wijze toepassing kan worden gemaakt van de gunningsprocedure, bedoeld in artikel 30, I, b) van Richtlijn 2004/18/EG en kan een aanbestedende overheid bijgevolg tijdens de onderhandelingen het voorwerp van de uit te voeren opdracht alsnog definitief vastleggen, wijzigen en/of aanpassen zonder hierbij artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en/of het mededingingsbeginsel te schenden?
> (iii) Indien het antwoord op de sub I gestelde vraag inhoudt dat het voorwerp van de opdracht pas in de tweede fase van een beperkte gunningsprocedure definitief dient te worden bepaald of dat, in antwoord op de sub 2 gestelde vraag, een aanbestedende overheid in het kader van de in artikel 30, I, b) van Richtlijn 2004/18/EG bedoelde gunningsprocedure alsnog tijdens de onderhandelingen het voorwerp van de opdracht definitief kan vastleggen, wijzigen en/of aanpassen, kan de aanbestedende overheid met toepassing van artikel 45 tot 52 van Richtlijn 2004/18/EG de kwalitatieve selectiecriteria bij de bekendmaking van de opdracht vaststellen, uitgaande van de op dat tijdstip voorlopig omschreven opdracht?
> (iv) Kan een aanbestedende overheid de toepassing van de in artikel 30, I, b) van Richtlijn 2004/18/EG bedoelde gunningsprocedure

verantwoorden op basis van de budgettaire haalbaarheid van een globaal project?"

7. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat uit de door haar aangehaalde rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat in het kader van elke gunningsprocedure, dus ook een onderhandelingsprocedure met bekendmaking, het voorwerp van de opdracht reeds op voldoende wijze moet blijken uit de selectieleidraad en de aanvullende documenten die aan de inschrijvers worden bezorgd. Bij het opstarten van de gunningsprocedure moet het voorwerp van de opdracht duidelijk zijn omschreven en bepaald.

Hier is dit niet het geval: noch de selectieleidraad, noch het schrijven van de raadsman van verwerende partij van 20 maart 2009 hebben passende bekendheid gegeven aan het voorwerp van de opdracht. In het schrijven van 20 maart 2009 wordt zelfs toegegeven dat "een selectieleidraad niet tot doel heeft het voorwerp van de opdracht exact te definiëren, wel om de selectiecriteria toe te lichten".

Verzoekende partij beklemtoont haar "essentiële wettigheidskritiek" en vraagt dat verwerende partij toelichting zou geven over het verdere verloop van de gunningsprocedure en het voorwerp van de uiteindelijk afgesloten overeenkomst. Zij wijst er op dat zij heeft vernomen dat de opdracht zou zijn gegund en dat de uitvoering in januari 2012 zou zijn afgerond. Uit een presentatie die verwerende partij heeft gegeven zou reeds blijken dat, in tegenstelling tot wat in de selectieleidraad werd vooropgesteld, er geen financiële instelling deel uitmaakt van het gekozen bouwteam.

Wat betreft de schending van artikel 17, § 3, 2°, van de wet van 24 december 1993 doet verzoekende partij nog gelden dat deze bepaling beperkend moet worden geïnterpreteerd en geenszins verwerende partij het recht verleent om tijdens de onderhandelingen het voorwerp van de opdracht aan te passen. Zij benadrukt dat "niet de aanwending van de onderhandelingsprocedure als gunningsprocedure [door haar] wordt betwist, maar wel de wijze waarop verwerende partij, met aanwending van haar ruime discretionaire bevoegdheid, concrete invulling heeft gegeven aan deze gunningsprocedure".

Ten slotte dringt zij nog aan op het stellen van de voorgestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.

Beoordeling

8. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie, onder meer de twee door verzoekende partij vermelde arresten, blijkt dat zowel het beginsel van gelijke behandeling als het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel vereist dat het voorwerp van elke opdracht en de gunningscriteria ervan duidelijk moeten worden omschreven en dat hieraan een passende bekendmaking moet worden verleend.

9. Er bestaat evenwel een fundamenteel verschil tussen de voorliggende gunningsprocedure en de procedures die hebben geleid tot de door verzoekende partij aangehaalde arresten *Commissie tegen Frankrijk* van 14 oktober 2004 (C-340/02) en 10 december 2009 (C-299/08).

In tegenstelling tot wat het geval was in voormelde arresten van het Hof van Justitie betreft de huidige onderhandelingsprocedure met bekendmaking immers de gunning van één en dezelfde opdracht die ook in zijn geheel vooraf werd bekendgemaakt, terwijl de procedure voor het plaatsen van opdrachten voor projectdefiniëring, die door het Hof van Justitie in voormeld arrest C-299/08 van 10 december 2009 werd veroordeeld, gericht is op het gunnen van meerdere opdrachten van verschillende aard, te weten, enerzijds opdrachten voor projectdefiniëring en, anderzijds, een of meer uitvoeringsopdrachten, waarbij laatstgenoemde opdrachten worden toegekend in aansluiting op een oproep tot mededinging die uitsluitend openstaat voor de opdrachtnemers van eerstgenoemde opdrachten. Het zijn enkel voormelde opdrachten voor projectdefiniëring die door het Hof van Justitie strijdig worden geacht met het transparantiebeginsel.

De voorliggende opdracht staat daarentegen van meet af aan open voor alle potentiële gegadigden die aan de in de selectieleidraad gestelde vereisten voldoen en die betrekking hebben op de diverse onderdelen van de opdracht. Er is dan ook geen sprake van een eerste opdracht die tot doel heeft om

het voorwerp en de gunningscriteria van de latere uitvoeringsopdrachten te definiëren zoals het geval was bij de door het Hof van Justitie veroordeelde Franse “marchés de définition”. De omschrijving van het voorwerp in de selectieleidraad is ook geenszins beperkt tot een loutere verwijzing naar de “ontwikkeling” van een welbepaalde site.

Overigens blijkt uit de definitie van het begrip overheidsopdrachten van werken in de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004 ‘betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten’ en in de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ dat een opdracht van werken betrekking kan hebben zowel op het ontwerp als de uitvoering van werken.

10. Artikel 44.2 van de richtlijn 2004/18/EG en de artikelen 16, 42 en 68 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ vereisen niettemin dat de inlichtingen en de minimumeisen inzake draagkracht en bekwaamheden verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Hieruit volgt dat ook in geval van onderhandelingsprocedure met bekendmaking het voorwerp van de opdracht reeds op voldoende wijze moet blijken uit de selectieleidraad en aanvullende documenten die aan de geïnteresseerde kandidaten worden bezorgd opdat zou kunnen worden nagegaan of aan voormelde vereisten is voldaan.

11.1. In de aankondiging van de litigieuze opdracht wordt opgemerkt dat het een publiek-private samenwerking betreft voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein. In de aankondiging wordt vermeld dat de beschrijving van de opdracht is opgenomen in het selectiedocument.

De selectieleidraad ‘Publiek private samenwerking voor de ontwikkeling van het gemeentehuis, de Indika-site, het oud-gemeentehuis, het schoolhuis en de heraanleg van het gemeenteplein’ verduidelijkt de doelstelling van het project uitvoerig overheen zeven bladzijden. Gelet op de in het

feitenrelaas van dit arrest aangehaalde bepalingen van de selectieleidraad kan dan ook worden vastgesteld dat verwerende partij in de selectieleidraad reeds passende bekendheid heeft gegeven aan het voorwerp van de opdracht en dit voldoende duidelijk heeft omschreven.

11.2. Uit de bepalingen van de selectieleidraad blijkt voldoende duidelijk dat de opdracht, naast het concept en de bouw, tevens betrekking heeft op financiering. Zo wordt uitdrukkelijk gesteld dat de opdracht de kenmerken vertoont van een DBFM-contract en wordt tevens bepaald dat de kandidatuur verplicht moet worden ingediend door een team bestaande uit een architect, een aannemer en een financiële instelling.

Daarnaast blijkt uit de omschrijving van lot 3 in de leidraad tevens dat dit lot ook de uitbating van een horecafunctie zal omvatten.

Uit de vermelding "De gemeente Edegem verwacht van de kandidaat een totale oplossing: concept, bouw, onderhoud, financiering, informatica, …" blijkt dat de opdracht ook onderhoud en informatica omvat. Daarnaast wordt in de selectieleidraad wel ook gesteld dat "het bestek aan de kandidaten kan opleggen om het gebouw gedurende een lange duurtijd te beheren en te onderhouden, zowel naar groot als klein onderhoud toe, met inbegrip van de informatica en de schoonmaak".

In de mate dat al zou kunnen worden aangenomen dat deze laatste bepaling onduidelijkheid creëert over de – beperkte – vraag of ook onderhoud en informatica in de opdracht vervat zitten, wordt vastgesteld dat verwerende partij enige onduidelijkheid die hierover mogelijk in hoofde van verzoekende partij zou kunnen rijzen, heeft weggenomen door voormeld schrijven van haar raadsman van 20 maart 2009, welk schrijven dateert van ruim vóór de uiterlijke datum voor de indiening van aanvragen tot deelneming. In dit schrijven bevestigt verwerende partij immers dat de uiteindelijk in het bestek opgenomen opdracht daadwerkelijk het geheel van werken, leveringen en diensten zal omvatten dat in de selectieleidraad is opgenomen.

In tegenstelling tot wat verzoekende partij betoogt, blijkt verwerende partij dus wel degelijk reeds van bij aanvang standpunt te hebben ingenomen over de essentiële onderdelen van de opdracht.

Het voorgaande belet niet dat één en ander nader wordt uitgewerkt in het bestek dat er immers toe strekt de voorwaarden voor de gunning en de uitvoering van de opdracht te omschrijven.

12.1. Vervolgens rijst de vraag of de gestelde selectievoorwaarden verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Inzake de selectiecriteria schrijft de selectieleidraad voor dat een kandidatuur verplicht moet worden ingediend door een team bestaande uit een architect, een aannemer en een financiële instelling. Daarnaast verdient het luidens de selectieleidraad aanbeveling om aan het team ook een uitbater voor de horeca toe te voegen, doch dit is niet verplicht.

Voorts dient de aannemer te beschikken over een erkenning categorie D, klasse 8.

Over de economische en financiële draagkracht stelt de selectieleidraad dat deze zal worden beoordeeld aan de hand van drie criteria zijnde solvabiliteit, liquiditeit en rendabiliteit.

Voorts bepaalt de selectieleidraad de criteria aan de hand waarvan de vakbekwaamheid van elk team zal worden beoordeeld, alsook de wijze waarop de teamleden hun vakbekwaamheid kunnen aantonen.

12.2. Verzoekende partij blijft in gebreke op concrete wijze aan te tonen welke van deze selectievereisten geen verband zouden houden met het voorwerp van de opdracht, dan wel niet in verhouding zouden staan tot het voorwerp van de opdracht. De Raad van State ziet alleszins niet hoe dit zonder meer het geval zou zijn.

Verzoekende partij meent dat de selectievoorwaarden tevens ervaring vereisen inzake aspecten waarvoor het allerminst zeker is dat deze daadwerkelijk ook in het uiteindelijke voorwerp van de opdracht begrepen zullen zijn. Zoals reeds werd opgemerkt blijkt verwerende partij in de selectieleidraad, zoals bijkomend nog verduidelijkt in het schrijven haar raadsman van 20 maart 2009, reeds passende bekendheid gegeven te hebben aan het voorwerp van de opdracht.

Overigens bevatten de selectievoorwaarden als dusdanig geen specifieke vereisten inzake ervaring met onderhoud en informatica. Eenvoudige lectuur van de selectieleidraad leert dat slechts "ervaring" wordt vereist inzake ontwerp (concept), bouw, PPS-projecten met lokale overheden en ervaring met horeca. Verzoekende partij leidt uit het feit dat in het schrijven van 20 maart 2009 bevestigd wordt dat de opdracht tevens betrekking heeft op diensten inzake onderhoud en informatica, dan ook ten onrechte af dat de selectieleidraad specifieke "ervaring" inzake onderhoud en informatica voorschrijft.

13. Volgens verzoekende partij houden de bepalingen van de selectieleidraad een positieve discriminatie in ten aanzien van grotere ondernemingen. Zij verwijst in dat verband naar de conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie in de zaak C-299/08 waarin deze volgens verzoekende partij uitdrukkelijk aangeeft dat procedures zoals de voorliggende procedure, wel degelijk een voorselectie beogen die onverenigbaar is met de strekking van de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

De opmerkingen van de advocaat-generaal blijken slechts betrekking te hebben op de litigieuze "marchés de définition" zoals opgenomen in de Franse 'Code des marchés publics'. Voordien werd reeds uiteengezet dat dergelijke procedure fundamenteel verschilt van de voorliggende onderhandelingsprocedure met bekendmaking. Aangezien er te dezen geen sprake is van afzonderlijke opdrachten, vindt er als dusdanig ook geen "voorselectie" plaats.

Overigens blijkt verzoekende partij zelf over de in de selectieleidraad vereiste erkenning klasse 8, categorie D te beschikken, zodat zij bezwaarlijk als kleine onderneming kan worden beschouwd.

14. Vervolgens voert verzoekende partij nog aan dat de bestreden beslissing ook het beginsel van de eerlijke mededinging zou schenden. Door het feit dat het voorwerp van de opdracht nog niet helemaal vastligt, doch anderzijds wel selectiecriteria worden vastgelegd, is volgens verzoekende partij de kans reëel dat bepaalde geïnteresseerde kandidaten worden uitgesloten op basis van het niet voldoen aan de in de selectieleidraad opgenomen selectiecriteria, niettegenstaande het feit dat het eigenlijke voorwerp van de uit te voeren opdracht later beperkt kan blijven tot bijvoorbeeld loutere infrastructuurwerken waarvoor verzoekende partij wel over passende referenties zou beschikken.

Voordien werd reeds opgemerkt dat verwerende partij in de selectieleidraad, zoals bijkomend nog verduidelijkt in het schrijven van haar raadsman van 20 maart 2009, al passende bekendheid blijkt te hebben gegeven aan het voorwerp van de opdracht.

Nergens blijkt dat het eigenlijke voorwerp van de uit te voeren opdracht later beperkt kan blijven tot bijvoorbeeld infrastructuurwerken. Integendeel blijkt verwerende partij in haar schrijven van 20 maart 2009 uitdrukkelijk te hebben bevestigd dat de uiteindelijk in het bestek opgenomen opdracht daadwerkelijk het geheel van werken, leveringen en diensten zal omvatten dat in de selectieleidraad is opgenomen.

Er valt dan ook niet in te zien hoe bepaalde geïnteresseerde kandidaten zouden worden uitgesloten door de selectieleidraad.

15. Ten slotte de vraag van verzoekende partij om vier prejudiciële vragen voor te leggen aan het Hof van Justitie.

Artikel 267 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie bepaalt:

> "Het Hof van Justitie van de Europese Unie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen
> a) over de uitlegging van de Verdragen,
> b) over de geldigheid en de uitlegging van de handelingen van de instellingen, de organen of de instanties van de Unie,
> Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der lidstaten, kan deze instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen.
> Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof te wenden.
> Indien een dergelijke vraag wordt opgeworpen in een bij een nationale rechterlijke instantie aanhangige zaak betreffende een gedetineerde persoon, doet het Hof zo spoedig mogelijk uitspraak".

Voormelde verplichting wat betreft rechterlijke instanties waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, belet evenwel niet dat deze rechterlijke instanties alsnog bevoegd zijn om te oordelen over het belang van een verzoek tot prejudiciële beslissing voor de oplossing van het geschil.

Aangezien de eerste drie voorgestelde prejudiciële vragen uitgaan van de hiervoor niet aanvaarde premisse dat het voorwerp van de opdracht niet afdoende duidelijk werd omschreven in de selectieleidraad en de aan de geïnteresseerde kandidaten ter beschikking gestelde toelichtende documenten en aldus een niet aanvaard uitgangspunt hebben, zijn ze niet relevant voor de oplossing van het geschil en dienen ze niet te worden gesteld.

In haar laatste memorie blijkt verzoekende partij niet langer aan te dringen op de grief die aan de vierde prejudiciële vraag ten grondslag ligt, nu zij zelf opmerkt dat "niet de aanwending van de onderhandelingsprocedure als gunningsprocedure [door haar] wordt betwist, maar wel de wijze waarop verwerende partij, met aanwending van haar ruime discretionaire bevoegdheid, concrete invulling heeft gegeven aan deze gunningsprocedure".

16. Het enig middel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 12 februari 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert Van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Bram Van Thillo,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Bram Van Thillo **Dierk Verbiest**