RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 239.938 van 23 november 2017
in de zaak A. 217.956/XII-8060

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

tegen:

de DIENSTVERLENENDE VERENIGING HAVILAND
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

1. de NV MG REAL ESTATE
2. de NV MG INVEST
3. de NV SASAELLA

"samen handelend onder de benaming 'MG REAL ESTATE'"
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jos Mertens en Bettina Poelemans
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem
MG Building II
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 februari 2016, strekt tot de nietigverklaring van "de beslissing van verwerende partij zonder (gekende) datum, maar meegedeeld met een aangetekende brief van 17 december 2015, waarbij beslist werd om voorlopig enkel met MG Real Estate verdere besprekingen te

zullen voeren en waarbij beslist werd om slechts verder te berichten zodra er een beslissing is genomen over de sluiting van de overeenkomst en slechts op dat ogenblik de gemotiveerde beslissing te bezorgen in het kader van een bevragings-procedure betreffende het project Meise-Westrode volgens bevragingsdocument uitgaande van de Intercommunale Haviland, gevestigd te 1731 Zellik (Asse), Brusselsesteenweg 617, houdende oproep voor het opzetten van een samen-werking voor de commerciële ontwikkeling door een private partner van een hoogwaardig en duurzaam bedrijventerrein Westrode te Meise (DIR-2014-SP-marktbevraging Meise Westrode)".

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 233.570 van 21 januari 2016 werd de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend en de tussenkomende partijen hebben een memorie ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 september 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evi Mees, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Jochen Vranckx, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Uschi Steurs, die *loco* advocaat Bettina Poelemans verschijnt voor de tussenkomende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont heeft een 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. De dienstverlenende vereniging Haviland besluit met het oog op de commerciële ontwikkeling door een private partner van een aantal terreinen gelegen in Meise, waarvan zij eigenaar is, een bevraging te organiseren.

Het voorwerp van de bevraging is te bepalen met welke private partner een samenwerking zal worden aangegaan en onder welke voorwaarden, teneinde te komen tot een hoogwaardig en duurzaam bedrijventerrein.

3.2. In het bevragingsdocument “DIR-2014-SP-marktbevraging” wordt bepaald dat de contracterende overheid het voordeligste voorstel kiest op grond van twee criteria, zijnde, enerzijds, het financieel kader (50%) en, anderzijds, het plan van aanpak (50%).

Wat de procedure betreft, wordt in dat document bepaald dat de contracterende overheid uit de ingediende voorstellen die voor beoordeling in aanmerking komen, de best geklasseerde of geklasseerden zal kiezen op grond van de voormelde beoordelingscriteria, die ten slotte zullen worden uitgenodigd om deel te nemen aan één of meer onderhandelingsrondes. Indien meer dan één deelnemer voor onderhandelingen wordt aangehouden, zal de contracterende overheid de voor onderhandelingen geselecteerde deelnemers informeren omtrent pro en contra van hun voorstel en eventueel verzoeken om bijkomende voorstellen te formuleren die het voorwerp kunnen uitmaken van nieuwe besprekingen. Nadat de deelnemers, waarmee werd onderhandeld, de gelegenheid hebben gekregen om een bijgewerkt voorstel in te dienen, beslist de contracterende overheid op grond van de voormelde beoordelingscriteria. Vervolgens wordt onderhandeld met de overgebleven deelnemer, teneinde de nodige overeenkomsten te kunnen finaliseren.

3.3. Drie kandidaten, waaronder de verzoekende partij, dienen een voorstel in op 4 juni 2014.

Het directiecomité van 12 juni 2014 neemt kennis van deze voorstellen en keurt “de verdere aanpak naar grondige analyses” goed.

De “resultaten van de analyse en een voorstel van verdere aanpak” worden nader toegelicht op het directiecomité van 21 augustus 2014. Onder meer keurt het directiecomité het voorstel goed om met elke deelnemer een toelichtingsgesprek te organiseren, waarbij het voorstel nader kan worden toegelicht en besproken.

Bij aangetekende brief van 8 september 2014 worden aan de deelnemers algemene en specifieke verduidelijkingen gevraagd. Zij worden tevens uitgenodigd voor een toelichtingsgesprek op 6 oktober 2014.

Het verslag van dat toelichtingsgesprek wordt aan de deelnemers opgestuurd waarbij hen een aantal bijkomende vragen worden gesteld waarop opnieuw door de deelnemers wordt gereageerd.

3.4. Op het directiecomité van 27 november 2014 neemt het directiecomité kennis van “de eerste analyse van de ingediende biedingen, zoals toegelicht en verduidelijkt”. Het directiecomité gaat akkoord om, teneinde een degelijke vergelijking te kunnen maken, elk van de drie deelnemers uit te nodigen voor een bijkomende onderhandelingsronde, die dan eventueel het voorwerp zal uitmaken van nieuwe besprekingen.

Bij brief van 12 januari 2015 wordt aan de deelnemers meegedeeld dat zij nog in aanmerking komen voor nadere toelichting en dat een onderhandelingsmoment zal worden georganiseerd, om de kans te bieden verduidelijking aan te brengen aan hun voorstel. Ten slotte worden specifieke vragen ter aanvulling en verduidelijking gesteld.

De verschillende deelnemers bezorgen hun bijkomende informatie op 3 februari 2015.

3.5. Op 2 april 2015 neemt het directiecomité kennis van de analyse van de drie kandidaten door het projectteam en beslist de voorstellen van de verzoekende partij en de MG Real Estate – de derde kandidaat wordt in deze fase uitgesloten – in aanmerking te nemen voor een volgende – derde – onderhandelingsfase.

Bij aangetekende brief van 17 april 2015 worden de drie deelnemers op de hoogte gebracht van deze beslissing.

Bij aangetekende brief van 28 mei 2015 vraagt de verwerende partij aan de twee overgebleven deelnemers om een antwoord te geven op een aantal vragen bij het plan van aanpak en bij het financieel kader. Voorts wordt een verfijning van de beoordelingscriteria meegedeeld. Er wordt gevraagd om concrete antwoorden te formuleren vóór 26 juni 2015.

Hierop wordt door de twee overgebleven deelnemers geantwoord bij brieven van 24 en 25 juni 2015.

Bij aangetekende brief van 13 oktober 2015 worden een aantal finale vragen overgemaakt en worden beide deelnemers verzocht een definitieve bieding, een BAFO, in te dienen tegen 26 oktober 2015. Benadrukt wordt dat de BAFO het voorwerp zal uitmaken “van de ultieme beoordeling en vergelijking”.

Beide deelnemers dienen een definitief voorstel in.

3.6. Op het directiecomité van 26 november 2015 wordt vastgesteld dat de gedane voorstellen niet vergelijkbaar zijn, zodat nog geen beoordeling kan worden opgesteld. Met het oog op de vergelijkbaarheid van de biedingen, beslist het directiecomité om de beoordelingsmethodiek, wat het financieel criterium betreft, nader te verfijnen en daarbij uit te gaan van een aantal assumpties.

De beide deelnemers worden hiervan bij aangetekende brief van 27 november 2015 op de hoogte gebracht. Er wordt verduidelijkt dat Haviland niet verwacht dat er een impact zal zijn op de inhoud van hun voorstellen. Mocht

dit toch het geval zijn, wordt verzocht dit nader toe te lichten en te motiveren. Er wordt een antwoord verwacht tegen vrijdag 4 december 2015.

Met e-mailberichten van 30 november 2015 en van 2 december 2015 wordt door de beide overgebleven deelnemers bijkomende verduidelijking omtrent een aantal punten gevraagd. Deze verduidelijking wordt door de verwerende partij aan beide deelnemers verstrekt.

Bij brieven van 3 december 2015 respectievelijk 4 december 2015 maken de nv Brasschaat Financial Holding en MG Real Estate hun antwoorden over aan de verwerende partij.

3.7. Op 16 december 2015 beslist het directiecomité akkoord te gaan met het gemotiveerde voorstel van het projectteam om de contract-onderhandelingen op te starten “enkel met MG Real Estate”, deze laatstgenoemde uit te nodigen om over een definitieve samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen, en de verzoekende partij te berichten dat “voorlopig niet met hen wordt onderhandeld en dat zij kennis zullen krijgen van de beslissing tot sluiting van de overeenkomst zodra deze is genomen”.

Bij die beslissing is een nota van 16 december 2015 met drie bijlagen gevoegd, die evenwel als vertrouwelijke stukken werden neergelegd. Uit de inzage van de vertrouwelijke nota blijkt dat het gaat om de beoordeling van de BAFO’s die elk een bepaalde score toegekend krijgen voor, enerzijds, het gunningscriterium van het plan van aanpak, en, anderzijds, het financieel kader. Voor de motivering van deze scores wordt verwezen naar de bijlage 2, respectievelijk de bijlage 3 van deze nota. Aangezien MG Real Estate de beste score verkrijgt, wordt besloten dat het de voorkeur verdient enkel de contract-onderhandelingen met MG Real Estate te voeren met het oog op een globale samenwerkingsovereenkomst.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij aangetekende brief van 17 december 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij het volgende mee:

> "Bij deze kunnen wij u meedelen dat Haviland in het kader van de bovenvermelde procedure voorlopig enkel met MG Real Estate verdere besprekingen zal voeren.
> Wij zullen u berichten van zodra in dit dossier een beslissing is genomen over de sluiting van de overeenkomst. Wij zullen u dan ook de gemotiveerde beslissing bezorgen".

Bij aangetekende brief van dezelfde datum deelt de verwerende partij aan MG Real Estate mee dat zij "voorlopig enkel met uw onderneming verdere besprekingen zal voeren" en dat indien deze "toelaten om tot een globale overeenkomst te komen, […] ter zake een – formeel gemotiveerde – beslissing [zal] worden genomen die ook aan de andere kandidaat zal worden meegedeeld".

3.8. Bij e-mailbericht en aangetekende brief van 21 december 2015 vraagt de verzoekende partij, via haar raadsman, de motieven op van de besluitvorming.

Bij e-mailbericht en aangetekende brief van 24 december 2015 antwoordt de verwerende partij het volgende:

> "Voorts kunnen wij u bevestigen dat er nog geen beslissing is genomen inzake de keuze van de private partner. De brief die ter zake werd uitgestuurd kadert precies in de voorbereiding van de verdere besluitvorming ter zake. Van zodra er hieromtrent een beslissing is genomen, zal de gemotiveerde beslissing aan uw cliënt worden overgemaakt. Het staat uw cliënt dan uiteraard vrij om hiertegen al dan niet een beroep (in kort geding of ten gronde) in te dienen".

Zij wijst er tevens op dat de openbaarmaking van de beoordeling van de ingediende voorstellen, de besprekingen zou kunnen schaden en dat hetzelfde geldt indien de besprekingen die thans zullen worden gevoerd niet succesvol zouden kunnen worden afgerond en alsnog met de verzoekende partij onderhandelingen zouden worden opgestart.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partij en de tussenkomende partijen werpen op dat de bestreden beslissing een louter voorbereidende beslissing is, die de rechtstoestand van de verzoekende partij niet wijzigt. Er worden enkel voorlopig met de tussenkomende partijen besprekingen gevoerd, maar er is nog geen definitieve beslissing genomen. Eenmaal een definitieve beslissing is genomen, zal die worden betekend aan de betrokkenen, waaronder de verzoekende partij, waarna beroep mogelijk is. Het behoort zeker tot de mogelijkheid dat de besprekingen met de tussenkomende partijen niets opleveren en dat alsnog onderhandelingen worden aangevat met de verzoekende partij. De verzoekende partij is geenszins definitief uit de boot gevallen.

5. De verzoekende partij repliceert in de memorie van wederantwoord:

> "De bestreden beslissing is een administratieve rechtshandeling die zelf rechtsgevolgen sorteert en die onmiddellijk en rechtstreeks nadeel berokkent aan de verzoekende partij. Dit is ook duidelijk aangetoond in het verzoekschrift van verzoekende partij (verzoekschrift p. 15 randnummer 16 ev.)
> Het bevragingsdocument bevat geen bepaling inzake stand-by positie of wachtkamer […], zodat minstens op grond van het bevragingsdocument en de daarin opgenomen procedure betreffend het verloop van de bevraging (hoofdstuk 5 p. 9/11 en p. 10/11) redelijkerwijze niet mag worden verwacht dat verzoekende partij nog enige kans heeft om verder in de onderhandelingen/ besprekingen betrokken te worden, zoals de e-mail van 24 december 2015, in strijd met de bevragingsprocedure, tracht te doen geloven.
> In tegenstelling tot wat wordt beweerd is de beslissing niet louter voorbereidend maar beïnvloedt zij definitief de rechtspositie van verzoekende partij. In dat geval gaat het om een onmiddellijk aanvechtbare beslissing (zie bv. RvS 27 juni 2013, nr. 121.103, THV NV KAIROS en NV WDP HOLDING met betrekking tot de beslissing om enkel met een concurrerende groep onderhandelingen op te starten). Bovendien gaat het om een complexe rechtshandeling op grond waarvan de benadeelde zich onmiddellijk vermag te keren tegen een niet louter voorbereidende voorbeslissing die de eindbeslissing onafwendbaar beïnvloedt (RvS 6 december 1994, nr. 50.584, Dredging International NV).
> In dit verband dient erop gewezen te worden dat de beoordeling van de bevraging zou gebeuren na het indienen van de BAFO's […], zodat de

rangschikking reeds vastligt, ongeacht of er effectief tot sluiting van het contract zal worden overgegaan met de preferentiële bieder.
Aangezien het gaat om een transactie met grensoverschrijdend belang, dient er ook rekening gehouden te worden met de verplichting om de rechten die voortvloeien uit het Unieverdrag rechtstreeks te kunnen afdwingen voor het bevoegd rechtscollege, desgevallend in kort geding met inachtname van het doelmatigheidsbeginsel. Dit impliceert dat er gelijkwaardigheid moet in rekening gebracht worden tussen de vordering tot schorsing betreffende de bestreden bevragingsbeslissing en een vordering tot schorsing op grond van de overheidsopdrachten-reglementering. Het Hof van Justitie bevestigt in zijn rechtspraak dat de benadeelde onmiddellijk moet optreden indien hij zich wenst te beroepen op rechtsherstel in natura, eerder dan te wachten tot wanneer de eindbeslissing in het kader van de complexe rechtshandeling tot stand is gekomen (HvJ, C-230/02, Grossmann Air Service; zie eveneens HvJ 12 maart 2015, C-538/13, eVigilo ltd, ro. 50, waaruit blijkt dat de rechtsbeschermingsrichtlijnen ertoe strekken om de daadwerkelijke naleving van de Unievoorschriften te waarborgen inzake plaatsing van overheidsopdrachten, in het bijzonder in een stadium waarin de schendingen nog ongedaan kunnen gemaakt worden).
Er kan niet redelijkerwijze betwist worden dat de bevragingsprocedure met het oog op het vinden van een partner voor de verwezenlijking van een bedrijventerrein een dermate belangrijke opdracht is dat zij moet worden geacht een grensoverschrijdend karakter te hebben mede gelet op de financiële omvang van de biedingen terzake. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zijn er weldegelijk objectieve criteria die kunnen duiden op het bestaan van een grensoverschrijdend belang, bijvoorbeeld het aanzienlijk bedrag van de betrokken opdracht (HvJ 11 december 2014, nr. C-113/13, Azienda sanitaria locale n. 5 ‘Spezzino’, overw. 49 en de aldaar aangehaalde rechtspraak; HvJ 16 april 2015, nr. C-278/14, Enterprise Focused Solutions, overw. 20).
De loutere omstandigheid dat het terzake niet om een overheidsopdracht zou gaan, doet geen afbreuk aan de toepassing van de Verdrags-beginselen, zoals ingeroepen in het middel. De naleving van de Verdrags-beginselen op zeer belangrijke opdrachten zoals deze die het voorwerp uitmaakt van de bestreden beslissing, en die een grensoverschrijdend karakter hebben, moet kunnen afgedwongen worden voor de rechter en bijgevolg bij voorkeur in een stadium waar de schending van de Verdragsbeginselen nog ongedaan gemaakt kan worden, dit alles op grond van het parallellisme tussen de rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten en deze bij de gunning van grensoverschrijdende opdrachten die geen overheidsopdracht zouden zijn […].
Verzoekende partij heeft dan ook geen enkele andere keuze dan onmiddellijk op te treden tegen de niet louter voorbereidende voorbeslissing, nu deze beslissing de eindbeslissing onafwendbaar beïnvloedt, zoals bedoeld in het hoger aangehaalde principearrest Dredging International NV van Uw Raad, waarin het principe van de toepassing van de complexe rechtshandeling bij overheidsopdrachten

werd aanvaard, zonder dat zou moeten aangenomen worden dat dat principe beperkt is tot de materie van de overheidsopdrachten, wel integendeel.
Verzoekende partij verwijst uitdrukkelijk naar stuk 37 van het administratief dossier, waarin zij na tussenkomst van het arrest van Uw Raad in de procedure bij uiterst dringende noodzaak in een aangetekend schrijven van 27 januari 2016 gewezen heeft op de rechtsgevolgen van de onwettigheid van de genomen niet louter voorbereidende voorbeslissing ten aanzien van de eindbeslissing, aangezien zulks de rechtsgeldigheid van het verdere verloop van de bevragingsprocedure in zijn wettigheid zal aantasten.
Precies omdat Haviland deze rechtsgevolgen niet heeft betwist, heeft zij in antwoordschrijven van 29 januari 2016 bevestigd dat er hoe dan ook een vrijwillige standstill zal worden in acht genomen van zodra zou worden beslist over de toewijzing van het project en nadat daaromtrent een gemotiveerde beslissing zal worden ter kennis gebracht aan verzoekende partij, teneinde verzoekster toe te laten haar rechten te laten gelden in een nieuw administratief kort geding (zie stuk 38 administratief dossier).
Bijgevolg is het redelijkerwijze niet voor betwisting vatbaar dat [d]e thans bestreden beslissing de eindbeslissing onafwendbaar zal beïnvloeden, zodat er zonder meer voldaan is aan de leer van de complexe rechtshandeling.
De exceptie zoals opgeworpen door verwerende en tussenkomende partijen is dan ook volledig ongegrond.”

6. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat zij wel degelijk een beroep heeft ingediend tegen een aanvechtbare griefhoudende beslissing. Zij benadrukt dat er geen enkel verschil te ontwaren is tussen de huidige bestreden beslissing en diegene die tot het arrest nr. 121.103 van 27 juni 2003 heeft geleid en dat in het voormelde arrest wel degelijk wordt aangenomen dat een beslissing, waarin louter werd aangegeven dat de onderhandelingen worden opgestart met één inschrijver, vatbaar was voor een beroep tot schorsing bij de Raad van State. De Raad van State heeft wel degelijk aanvaard dat tegen een dergelijke beslissing een beroep kan worden ingesteld. Uit de feiten van de zaak die tot dat arrest leidde, zoals opgesomd in het arrest zelf, blijkt ook dat het lang nog niet zeker was dat er een overeenkomst zou worden gesloten, dat de onderhandelingen nog lopende waren en dat de “deadline” die werd voorgehouden door de aanbestedende overheid geenszins bindend was aangezien deze volgens de noden van de onderhandelingen telkenmale werd verschoven. In essentie is er, aldus de verzoekende partij, geen enkel verschil te ontwaren met de

bestreden beslissing in de huidige procedure. Ook uit andere rechtspraak van de Raad van State – Raad van State 14 juni 2016, nr. 235.071 en Raad van State 17 mei 1995, nr. 53.251– kan worden afgeleid dat een griefhoudende beslissing niet alleen wordt begrepen als een beslissing die tot uitsluiting van een bepaalde kandidaat beslist, doch ook tot het louter voortzetten van de procedure met één bepaalde kandidaat.

Voorts merkt de verzoekende partij nog het volgende op aangaande het voorlopig karakter van de besprekingen en het feit dat de bestreden beslissing van 17 december 2015 gewag maakt van het woord “voorlopig”. Het feit dat de besprekingen met één bepaalde kandidaat een voorlopig karakter hebben, betekent enkel dat er nog geen eindbeslissing met betrekking tot de bevragingsprocedure voorhanden blijkt te zijn, wat de verwerende partij bevestigt in haar e-mailbericht van 21 februari 2017 aan het auditoraat. Er werd wel degelijk met de bestreden beslissing een beslissing genomen om de besprekingen voort te zetten met de tussenkomende partijen, vooruitlopend op de eind-beslissing nopens de keuze. Of in de bestreden beslissing nu het woord “voorlopig” of niet zou zijn vermeld, heeft niet het minste belang, aangezien dat woord op overbodige wijze bevestigt dat nog besprekingen worden gevoerd in afwachting van een eindbeslissing, maar weldegelijk uitsluitend met de tussenkomende partijen.

De verzoekende partij wijst er tevens op dat de Raad van State in het arrest van 21 januari 2016 nr. 233.570 in huidige zaak niet heeft overwogen dat de bestreden beslissing geen voor vernietiging aanvechtbare akte zou zijn, ofschoon daarover reeds debat is gevoerd geweest in de schorsingsprocedure. De Raad van State heeft de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzaak verworpen op grond van het motief dat aan de tweede schorsingsvoorwaarde – de uiterst dringende noodzakelijkheid – niet voldaan zou zijn, aangezien er volgens de Raad op dat ogenblik geen volstrekte noodzaak aanwezig was om reeds onmiddellijk tot schorsing over te gaan.

Concluderend komt het de verzoekende partij als een raadsel voor hoe kan worden aangenomen dat er nog geen voorbeslissing voorhanden is, die niet louter voorbereidend is. De beslissing om te onderhandelen in

exclusiviteit met de tussenkomende partijen, is vanzelfsprekend gesteund op de analyses die reeds gemaakt zijn door de verwerende partij van de BAFO's en op grond waarvan een rangschikking is gemaakt. Zonder rangschikking kunnen geen verdere onderhandelingen plaatsvinden. Anders oordelen zou betekenen dat de in de bevragingsdocumenten aangekondigde werkwijze geheel vrijblijvend zou zijn, hetgeen op gespannen voet zou staan met het *patere legem* beginsel.

Zij verwijst ten slotte nog naar rechtsleer waarin wordt bevestigd dat een voorbeslissing aanvechtbaar is wanneer het bevragings-document geen bepaling bevat inzake standby-positie of wachtkamer en naar rechtspraak van de Raad van State waarbij de aanvechtbaarheid in deze omstandigheden steevast wordt bevestigd.

7. De verwerende partij repliceert in de laatste memorie op haar beurt nog dat de feiten in de arresten waar de verzoekende partij nog of opnieuw naar verwijst in de laatste memorie, niet vergelijkbaar zijn met die van de huidige zaak.

Wat de feiten betreft die tot het arrest nr. 121.103 van 27 juni 2003 hebben geleid, werd in de bestreden beslissing expliciet opgemerkt dat de "intentie-overeenkomst met Alcatel geen ruimte laat voor mogelijk bijkomend overleg met de twee meest gerede kandidaten". In die zaak werd er, gelet op een strikte timing, voor gekozen om slechts met één partij onderhandelingen te voeren en werd er dus ook geen ruimte voorzien voor een eventueel bijkomend overleg met de tweede kandidaat. De bestreden beslissing hield in die zaak in dat de tweede kandidaat op definitieve wijze aan de kant werd geschoven en dat er geen mogelijkheid meer was voor de tweede kandidaat dat hij alsnog bij de onderhandelingen zou worden betrokken.

Ook wat de feiten in het arrest nr. 53.251 betreft, hield de beslissing van de overheid om na het voeren van onderhandelingen met twee kandidaten één van beide partijen te selecteren om verdere onderhandelingen te voeren, de uitsluiting van de andere kandidaat in. De feiten in arrest nr. 235.071 zijn volgens haar al helemaal niet vergelijkbaar, nu in die zaak beroep werd ingesteld tegen de beslissing waarbij de kandidatuur van een kandidaat in het

kader van een sollicitatieprocedure niet in aanmerking werd genomen en hem bijgevolg de toegang tot de verdere procedure werd geweigerd. Ook in die zaak had het niet in aanmerking nemen van de kandidatuur van verzoekende partij tot gevolg dat deze definitief niet meer in aanmerking kwam voor de benoeming in kwestie.

Dit is volgens de verwerende partij juist in de huidige zaak niet het geval: “er wordt enkel voorlopig verder onderhandeld met MG Real Estate, zonder dat dit een uitsluiting van verzoekende partij met zich meebrengt”; “[h]et is immers nog steeds mogelijk dat verwerende partij de onderhandelingen met MG Real Estate zou stopzetten en vervolgens de onderhandelingen met verzoekende partij zou kunnen opstarten. In ieder geval staat het niet vast dat met MG Real Estate een overeenkomst zal worden gesloten.”

Het loutere gegeven dat in het bevragingsdocument geen bepaling inzake een standby-positie of wachtkamer zou zijn opgenomen, doet hieraan volgens de verwerende partij geen afbreuk. Zij benadrukt hiertoe dat het niet om een overheidsopdracht gaat en dat trouwens ook in het kader van een overheidsopdracht wordt aanvaard dat de aanduiding van een voorkeurbieder niet betekent dat de andere overblijvende kandidaten definitief worden uitgesloten.

Ten slotte verwijst zij nog naar het arrest nr. 165.959 van 14 december 2006 van de Raad van State waarin werd geoordeeld dat de loutere beslissing om enkel met een bepaalde kandidaat te onderhandelen geen aanvechtbare voorbeslissing is die op zich reeds het voorwerp van een vernietigingsprocedure kan uitmaken.

8. De tussenkomende partijen zijn ook de mening toegedaan dat de feiten in deze zaak zeer verschillend zijn van de feiten in de zaken waar de verzoekende partij nog naar verwijst in haar laatste memorie. Zij benadrukken tevens dat in tegenstelling tot de zaak die leidde tot het arrest nr. 121.103 er door de aanbestedende overheid beslist was om definitief met één bepaalde inschrijver verder onderhandelingen te voeren, in de huidige zaak “de verwerende partij enkel besliste om voorlopig enkel met tussenkomende partijen verdere

besprekingen te voeren, en waarbij verwerende partij expliciet bevestigde dat er nog geen beslissing is genomen inzake de keuze van de private partner".

Ook het arrest nr. 235.071 van 14 juni 2016 kan volgens hen niet dienstig worden ingeroepen: "Die zaak betreft immers de beslissing om een kandidatuur in het kader van een sollicitatieprocedure niet in aanmerking te nemen. In dat arrest werd trouwens beslist dat, hoewel de beslissing om de kandidatuur niet in aanmerking te nemen een aanvechtbare voorbeslissing is, de verzoekende partij in die zaak geen actueel belang meer had nu hij de uiteindelijke benoeming van een derde niet heeft aangevochten."

Dit geldt eveneens voor het arrest nr. 53.251 van 17 mei 1995: "die zaak betrof immers de indiening van een kandidatuur/aanvraag tot deelneming in het kader van een opdracht voor de bouw van 4 kustmijnenvegers, waarbij de kandidatuur van de verzoekende partij werd afgewezen en enkel de kandidatuur van een andere partij werd weerhouden voor verdere onderhandeling en afsluiting van de raamopdracht. In die zaak werd de verzoekende partij in het kader van selectie dus uitgesloten, en werd slechts de andere kandidaat geselecteerd om verdere onderhandelingen te voeren."

Wat ten slotte het arrest nr. 185.407 van 15 juli 2008 betreft, wijst zij erop dat "in die zaak niet alleen de voorbeslissing, om de verzoekende partij als tweede te rangschikken en exclusief onderhandelingen aan te gaan met de tussenkomende partijen, maar ook de eindbeslissing, waarbij het project werd toegewezen aan de tussenkomende partijen, samen werden aangevochten", wat volgens haar "dus anders dan wat in onderhavige zaak aan de orde is, waar zelfs nog geen beslissing inzake de keuze van de private partner is".

Beoordeling

9. Het beroep heeft als voorwerp de beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 om in het kader van de oproep voor het opzetten van een samenwerking voor de commerciële ontwikkeling door een private partner van een hoogwaardig en duurzaam bedrijventerrein te Westrode in

Meise “de contractonderhandelingen enkel met MG Real Estate op te starten […] teneinde een definitieve samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen”.

Deze beslissing werd genomen na diverse onderhandelingsrondes, aanvankelijk nog met drie deelnemers, vervolgens enkel met de verzoekende partij en de tussenkomende partijen waarna een “ultieme” beoordeling en vergelijking door het projectteam van de BAFO’s van de twee overgebleven kandidaten – die zij moesten indienen tegen 26 oktober 2015 – volgde. De verwerende partij wees er in de uitnodiging daartoe van 13 oktober 2015 uitdrukkelijk op dat deze BAFO’s het voorwerp zullen uitmaken van een “ultieme beoordeling en vergelijking”. Dit impliceert – en dit blijkt ook uit de feiten – dat daarna geen “verdere onderhandelingen” meer zullen plaatsvinden met beide kandidaten of één van hen maar wél dat, na de beoordeling en vergelijking van de BAFO’s, enkel nog “contractonderhandelingen” zullen volgen met de kandidaat die de beste score behaalt.

Bijgevolg kan de verzoekende partij worden bijgevallen dat de voormelde beslissing waarin wordt beslist exclusief “contractonderhandelingen” aan te gaan met de tussenkomende partijen, griefhoudend is voor de verzoekende partij, met dadelijke rechtsgevolgen, en aldus een aanvechtbare rechtshandeling. De eventualiteit dat “indien de besprekingen […] niet succesvol zouden kunnen worden afgerond e[r] alsnog met de verzoekende partij onderhandelingen zouden worden opgestart”, zoals de verwerende partij aan de verzoekende partij meedeelt in haar antwoord van 17 december 2015, doet geen afbreuk aan de vaststelling dat overeenkomstig de beschreven procedure in het bevragingsdocument een “ultieme” beslissing werd genomen over de BAFO’s “op grond van voormelde beoordelingscriteria” waarna zal worden “onderhandeld met de overgebleven deelnemer, teneinde de nodige overeenkomsten te kunnen finaliseren”.

Die beslissing behelst wel degelijk een definitief nadelig gevolg voor de verzoekende partij, aangezien haar offerte als tweede wordt gerangschikt en de offerte van de tussenkomende partijen als “beste”. Op grond van het bevragingsdocument dat in geen “wachtkamerprincipe” voorziet zodat de vraag mag worden gesteld in hoeverre de verwerende partij in de hier bestreden beslissing dit wel mocht vooropstellen, mag worden aangenomen dat de

verzoekende partij in de hier geschetste omstandigheden eigen aan de zaak, geen actuele kans heeft op deelname aan de overeenkomst.

De omstandigheid dat er nog geen definitieve beslissing is tot toewijzing van het project aan de tussenkomende partijen, wat de verwerende partij bevestigt in haar e-mailbericht van 17 februari 2017, doet hieraan geen afbreuk. De verzoekende partij kan evenmin worden verweten dat zij niet mede een nog onbestaande eindbeslissing aanvecht. Haar actueel belang kan dus niet om die reden in vraag worden gesteld.

Er dient ook te worden gewezen op het bijzondere feit dat het directiecomité op de vergadering van 5 december 2013 “de doorlooptijd” vanaf de publicatie tot een eventuele overeenkomst met een private partner, raamde op “maximum 36 weken”, termijn die thans reeds ruim overschreden is. Aldus maakt de verwerende partij nog minder aannemelijk dat er later nog met de verzoekende partij zou kunnen worden onderhandeld en een akkoord gesloten.

Ten slotte mag hierbij worden overwogen dat, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak, de rechtsbescherming het best wordt gediend door de bestreden beslissing als een aanvechtbare rechtshandeling te aanzien.

De exceptie wordt verworpen.

10. Aangezien het auditoraatsverslag beperkt is tot het onderzoek van de verworpen exceptie, dient het debat te worden heropend en het onderzoek te worden voortgezet.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. Het door de auditeur-generaal aangestelde lid van het auditoraat wordt ermee belast het onderzoek van de zaak voort te zetten.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**