

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.152 van 18 maart 2021
in de zaak A. 227.082/XII-8913**

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 Daan Willems
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen :

1. de NV MG REAL ESTATE
2. de NV MG RE INVEST
3. de NV SASAELLA
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Jos Mertens
kantoor houdend te 9051 Sint-Denijs-Westrem (Gent)
Westrem Building II,
Kortrijksesteenweg 1144 G
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 december 2018, strekt tot de vernietiging van “de beslissing van verwerende partij van 22 oktober 2018 [...] om de lopende bevraging in verband met de verkoop van gronden te Meise-

Westrode stop te zetten en een mandaat te verlenen om nieuwe scenario's te onderzoeken met als doel een optimale ontwikkeling én verkoop van het industrie- en reservegebied”.

II. Verloop van de rechtspleging

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

De tussenkommende partijen hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 21 maart 2019. De tussenkommende partijen hebben een memorie ingediend.

Auditeur Frederic Eggermont 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 23 februari 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Evi Mees, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat David D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederic Eggermont 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. De dienstverlenende vereniging Haviland (hierna: Haviland) besluit met het oog op de commerciële ontwikkeling 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 onder punt ‘4.E. Beoordelingscriteria’ bepaald dat de contracterende overheid het voordeligste voorstel kiest op grond van de volgende criteria: het financieel kader (50%) en het plan van aanpak voor de realisatie van een hoogwaardig en duurzaam bedrijventerrein (50%). Daarbij behoudt zij zich echter het recht voor “om een voorstel dat, eventueel na onderhandelingen, onvoldoende blijkt, niet aan te houden”.

Wat de procedure betreft, wordt in punt ‘5. Verloop van de bevraging’ het volgende bepaald:

“[...]”

Uit de ingediende voorstellen, die na een positieve beoordeling voor verdere beoordeling in aanmerking komen, zal de contracterende overheid op grond van de hierboven vermelde beoordelingscriteria de best geklasseerde of geklasseerden selecteren, die uitgenodigd zullen worden voor één of meerdere onderhandelingsrondes.

Indien meer dan één deelnemer voor onderhandelingen wordt aangehouden, zal de contracterende overheid de voor onderhandelingen geselecteerde deelnemers informeren omtrent de sterke en zwakke punten van het ingediende voorstel, en desgevallend verzoeken om bijkomende voorstellen die desgevallend het voorwerp kunnen uitmaken van verdere besprekingen. Nadat de deelnemers, waarmee aldus werd onderhandeld,

de gelegenheid hebben gekregen om een bijgewerkt voorstel in te dienen, beslist de contracterende overheid op basis van de hieronder voormelde beoordelingscriteria. Met de vervolgens aangehouden deelnemer zal verder worden onderhandeld teneinde alle nodige overeenkomst(en) te kunnen finaliseren.

Het is het voornemen van Haviland om alle deelnemers op transparante wijze in kennis te stellen van het resultaat cq. het verloop van de bevraging.

Partijen zullen als resultaat van de onderhandelingen een samenwerkingsovereenkomst aangaan, waarbij de aard en draagwijdte van de aan te gane verbintenissen, evenals de rechten en verplichtingen tijdens de realisatie van de opdracht zullen worden beschreven.”

Punt ‘7. Wederzijdse verbintenissen tijdens de bevraging’ luidt:

“Door het indienen van een voorstel aanvaardt de deelnemer de invulling van de bevragingsprocedure zoals in onderhavig bevragingsdocument beschreven.

Indien een deelnemer in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en bij voorkeur per aangetekende post binnen de 7 dagen na ontvangst van dit bevragingsdocument, bekend te maken bij Haviland met een omschrijving van de redenen.

Het organiseren van de marktbevraging en de deelname eraan, houdt geen verplichting in hoofde van Haviland om zich juridisch te verbinden. Uit de deelname aan de marktbevraging kunnen door de deelnemers geen rechten geput worden op een toekomstig project of contract.

De deelname aan de marktbevraging wordt niet vergoed.

Haviland behoudt zich het recht voor om, waar nodig en wenselijk, de bevraging te wijzigen, aan te vullen, of nader te precisieren. Eventuele wijzigingen en/of aanvullingen en/of preciseringen van de bevraging zullen tijdig ter kennis worden gebracht van de deelnemers.

Haviland behoudt zich het recht voor om ten allen tijde de marktbevraging stop te zetten (inzonderheid wanneer er geen perspectief zou zijn dat dit tot gunstige resultaten aanleiding kan geven) of op te schorten. Hierbij kan ze steeds rekening houden met de uitkomst cq. gevolgen van evt. administratieve of gerechtelijke procedures.”

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

Het directiecomité van Haviland neemt op 12 juni 2014 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.

Met een 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. Het directiecomité van Haviland neemt op 27 november 2014 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.

Met een 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 van Haviland kennis van de analyse van de drie kandidaten door het projectteam en beslist de voorstellen van de verzoekende partij en de tussenkomende partijen – samen handelend onder de benaming ‘MG Real Estate’ – in aanmerking te nemen voor een volgende – derde – onderhandelingsfase. De derde kandidaat wordt in deze fase uitgesloten.

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

Met een 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.

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

Met een aangetekende brief van 13 oktober 2015 worden een aantal finale vragen overgemaakt en worden beide deelnemers verzocht om 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, als volgt:

“Het directiecomité beslist akkoord te gaan met de beoordelingsmethodiek voor de analyse van de financiële voorstellen (= 50% van de totale beoordeling) :

- 1/3 van de beoordeling op basis van de ‘upfront’ betaling of onvoorwaardelijk
- 1/3 van de beoordeling op basis van de ontwikkeling van de 44 ha industriegrond
- 1/3 van de beoordeling op basis van de ontwikkeling van de 34 ha reserve-industriegebied gefaseerd in de tijd en opgenomen in een overeenkomst

In functie van een maximale vergelijkbaarheid zal Haviland beslissen om uit te gaan van volgende assumpties:

- De te verwerven gronden zijn pachtvrij
- De te verwerven gronden zijn niet aangetast door een verontreiniging, met uitzondering van de mogelijke verontreiniging ter hoogte van het oude tankstation. De mogelijke sanering komt niet ten laste van Haviland die hiervoor niet zal kunnen worden aangesproken.

Het Directiecomité beslist eveneens om in dit traject ervoor te zorgen dat de aanpak van de bidders niet resulteert in een werkwijze waarbij de ontwikkeling van het industriegebied de ontwikkeling van het reservegebied hypothekeert”.

Nadat de beide deelnemers hiervan op de hoogte werden gebracht, reageert de verzoekende partij met de mededeling dat zij verwonderd is over de opsplitsing in drie delen, omdat haar voorstel is gesteund op de realisatie van de volledige zone. De verwerende partij bevestigt bij brief van 1 december 2015 dat het financieel criterium de volledige zone betreft. De verzoekende partij laat bij brief van 3 december 2015 weten dat haar BAFO van 26 oktober 2015 niet wordt gewijzigd wegens de mededeling inzake het financieel criterium.

3.7. Op 16 december 2015 beslist het directiecomité van Haviland akkoord te gaan met het gemotiveerde voorstel van het projectteam om de contractonderhandelingen op te starten “enkel met MG Real Estate”.

Bij die beslissing is een nota van 16 december 2015 met drie bijlagen gevoegd. Bijlage 1 betreft de beoordelingsmethodiek bepaald in het directiecomité van 26 november 2015, bijlage 2, de gemotiveerde beoordeling van het plan van aanpak, en bijlage 3, de gemotiveerde beoordeling van het financieel kader.

Uit deze nota blijkt het volgende resultaat van de beoordeling van de BAFO's:

- Beoordeling van het plan van aanpak

De scores voor beide inschrijvers bedragen:

- Brasschaat Financial Holding: 35 punten
- MG Real Estate: 42,5 punten

Voor de motivering van deze score wordt verwezen naar bijlage 2 van deze nota.

- Beoordeling van de financiële voorstellen

De scores voor beide inschrijvers bedragen:

- Brasschaat Financial Holding: 36,6 punten
- MG Real Estate: 50 punten

Voor de motivering van deze score wordt verwezen naar bijlage 3 van deze nota.

- Besluit

De totaalscores van beide inschrijvers bedragen:

- Brasschaat Financial Holding: 71,6 punten
- MG Real Estate: 92,5 punten

Uit deze analyse blijkt dat MG Real Estate de beste score verkrijgt. Bijgevolg is het aangewezen om de contractonderhandelingen enkel met MG Real Estate te voeren. Gelet op het puntenverschil en op de zeer goede kwaliteit van het voorstel van MG Real Estate is het niet zinvol om met beide inschrijvers verder onderhandelingen te voeren, maar is het integendeel aangewezen enkel met MG Real Estate te onderhandelen met het oog op een globale samenwerkingsovereenkomst.”

3.8. Met een 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”.

Met een 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”.

3.9. De verzoekende partij stelt tegen de voormelde beslissing een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in, die wordt verworpen bij arrest nr. 233.570 van 21 januari 2016.

Zij stelt vervolgens een vordering tot nietigverklaring in. In het arrest nr. 239.938 van 23 november 2017 wordt geoordeeld dat de voormelde beslissing griefhoudend is voor de verzoekende partij, met dadelijke rechtsgevolgen, en aldus een aanvechtbare rechtshandeling, waarna het debat wordt heropend en het onderzoek van de zaak wordt voortgezet.

3.10. Met een brief van 25 januari 2018 laat MG Real Estate weten dat de tussenkomst van dit arrest van de Raad van State een nieuwe ontwikkeling is, waardoor de situatie essentieel anders wordt en waardoor het volgens haar niet langer mogelijk is om in deze omstandigheden over te gaan tot het sluiten van een definitieve samenwerkingsovereenkomst. Zij besluit dan ook om de onderhandelingen met Haviland inzake dit dossier te beëindigen, gelet op het risico “dat de beslissing van het directiecomité van Haviland van 16 december 2015 om de contractonderhandelingen enkel met MG Real Estate op te starten [...] teneinde een definitieve samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen”, als niet rechtsgeldig zal worden beschouwd.

3.11. Op 1 maart 2018 beslist het directiecomité van Haviland als volgt:

“Het directiecomité gaat akkoord met het juridisch advies van Stibbe, herneemt integraal de overwegingen en bevindingen die er in zijn vervat, en beslist:

- De overwegingen en bevindingen die in het advies van Stibbe van 9 februari zijn vervat bij te treden en als integraal hernomen te beschouwen;
- MG Real Estate niet langer te beschouwen als voorkeursbieder;
- Aan MG Real Estate en BFH mee te delen dat de gevoerde onderhandelingen met MG Real Estate niet tot een akkoord hebben

kunnen leiden, en dat bijgevolg beslist w[er]d dat MG Real Estate niet langer voorkeursbieder is;

- Brasschaat Financial Holding uit te nodigen voor een gesprek ten einde na te gaan of zij bereid is om op basis van een nader te overleggen ontwerp van overeenkomst en binnen een redelijke termijn een bindend bod uit te brengen;
- Motivering over te maken aan de Raad van State door het bureau Stibbe
- Motivering over te maken aan BFH en MG Real Estate door Haviland.”

3.12. Bij brieven van 8 maart 2018 wordt de voornoemde beslissing meegedeeld aan de verzoekende partij en de tussenkomende partijen.

3.13. Met een op 12 maart 2018 ter post aangetekende brief meldt de verwerende partij aan de Raad van State:

“Op 1 maart 2018 heeft het directiecomité van Haviland beslist om MG Real Estate niet langer te beschouwen als voorkeursbieder en aan MG Real Estate en Brasschaat Financial Holding mee te delen dat de gevoerde onderhandelingen met MG Real Estate niet tot een akkoord hebben kunnen leiden. Deze beslissing en de kennisgeving ervan aan zowel MG Real Estate alsook aan Brasschaat Financial Holding voegen wij toe als bijlage bij dit schrijven. Voorts heeft het directiecomité van Haviland beslist om Brasschaat Financial Holding uit te nodigen voor een gesprek teneinde na te gaan of zij bereid is om op basis van een nader voor te leggen ontwerp van overeenkomst en binnen een redelijke termijn een bindend bod uit te brengen.”

3.14. Bij arrest nr. 241.503 van 17 mei 2018 oordeelt de Raad van State dat het beroep tot nietigverklaring tegen de beslissing van verwerende partij waarbij beslist werd om voorlopig enkel met MG Real Estate verdere besprekingen te zullen voeren niet-ontvankelijk is, omdat het vereiste actueel belang bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing niet meer voorhanden is.

3.15. Op het directiecomité van Haviland van 7 juni 2018 wordt de stand van zaken weergegeven van de gesprekken die Haviland op 30 maart en 18 mei 2018 met de verzoekende partij heeft gevoerd. Er wordt vastgesteld dat voor de verzoekende partij alle elementen aanwezig zijn om een bieding te kunnen formuleren. In het licht hiervan wordt de verzoekende partij op 12 juni

2018 door de verwerende partij uitgenodigd om “een duidelijke en onvoorwaardelijke bieding uit te brengen”.

Met een aangetekende brief van 27 juni 2018 antwoordt de verzoekende partij onder meer als volgt:

“[...]

Aangezien de bevragingsprocedure in de stand waarin deze zich bevindt uitgeput zou zijn met de BAFO's die de beide inschrijvers hebben ingediend, kunnen er geen tweede BAFO's gevraagd worden. [...]

[Zij] is bijgevolg van oordeel dat er enkel maar kan verwezen worden naar de BAFO zoals overgemaakt met een aangetekende schrijven van 22 oktober 2015, waarvan bijgaand nogmaals kopie [...]. Voor zover als nodig bevestigt [zij] de geldigheid van die BAFO.

[...]

[Zij] verzoekt Haviland dan ook om verdere uitvoering te geven aan de beslissing van 1 maart 2018 van het directiecomité teneinde te beslissen over het aan [haar] te verstrekken statuut van voorkeursbieder, waarna de onderhandelingen zouden kunnen aangevat worden, in de termen van het arrest van de Raad van State van 23 november 2017 ‘met de overgebleven deelnemer, teneinde de nodige overeenkomsten te kunnen finaliseren’.”

3.15. De Raad van Bestuur van Haviland beslist op 22 oktober 2018 om de lopende bevraging stop te zetten en deze beslissing ter kennis te brengen van MG Real Estate en de verzoekende partij. Zij beslist tevens om aan het directiecomité opdracht te geven om, rekening houdend met onder meer de strategische visienota Beleidsplan Ruimte Vlaanderen, nieuwe scenario's te onderzoeken met als doel een optimale ontwikkeling én verkoop van het industrie- en reservegebied.

Dit is de bestreden beslissing.

De motivering ervan luidt:

“[...]

5. Verdere besluitvorming na het schrijven van BFH van 27 juni 2018

In het licht van dit schrijven van BFH van 27 juni 2018 en het eerdere verloop van de bevragingsprocedure zijn er een drietal mogelijke pistes die door Haviland bewandeld kunnen worden:

1) Een eerste piste bestaat erin om in te gaan op de vraag van BFH en haar het statuut van voorkeursbieder toe te kennen opdat enkel nog met BFH

nadere onderhandelingen worden gevoerd en er op basis van een geoptimaliseerde offerte tot toewijzing aan BFH kan worden overgegaan.

2) De tweede piste bestaat erin om zowel BFH als MG Real Estate op basis van het bestaande ontwerp van overeenkomst (en de hierin opgenomen termijnen) opnieuw de kans te geven een aangepaste BAFO-offerte in te dienen. Op basis van de ingediende BAFO-offertes (die zowel qua financieel voorstel als qua plan van aanpak nader geoptimaliseerd kunnen worden) zou dan in voorkomend geval een nieuwe beslissing tot aanduiding van een voorkeursbieder kunnen worden genomen.

3) Een derde piste bestaat erin om de opdracht stop te zetten, nieuwe scenario's te onderzoeken en mogelijks een nieuwe bevraging uit te schrijven.

De eerste piste wordt bepleit door BFH maar houdt echter belangrijke juridische risico's in :

- Deze piste staat in eerste instantie haaks op de eerdere besluitvorming van 1 maart 2018 van het directiecomité van Haviland. Deze strekte er immers enkel toe om MG Real Estate niet langer als voorkeursbieder aan te duiden, maar niet om MG Real Estate uit te sluiten van verdere deelname aan de procedure. Voor Haviland is er geen gegronde reden om hiervan af te wijken.

Uit het arrest van de Raad van State nr. 239.938 van 23 november 2017 vloeit alvast niet voort dat BFH als voorkeursbieder moet worden aangeduid of dat er, indien Haviland dit wenselijk acht, geen nieuwe BAFO's meer zouden kunnen worden uitgevraagd. In dit arrest heeft de Raad van State immers enkel geoordeeld dat de beslissing waarin wordt beslist exclusief contractonderhandelingen met MG Real Estate aan te gaan, een aanvechtbare rechtshandeling is en werd over de zaak ten gronde geen enkele uitspraak gedaan.

- Inmiddels heeft de Raad van State in het arrest nr. 241.503 van 17 mei 2018 geoordeeld dat het beroep tot nietigverklaring ingesteld door BFH onontvankelijk is. Aangezien deze procedure voor de Raad van State nu wegvalt, kan niet worden uitgesloten dat MG Real Estate toch nog interesse zou kunnen tonen in de ontwikkeling van het bedrijventerrein. Mochten exclusief onderhandelingen met BFH worden opgestart gevolgd door een beslissing tot toewijzing aan BFH, is de kans reëel dat er een procedure door MG Real Estate zou worden opgestart, waarbij MG Real Estate zou kunnen argumenteren dat zij, nu de procedure voor de Raad van State niet meer aanhangig is, ook voor een dergelijke prijs tot aankoop van de gronden willen overgaan.

- Het is niet duidelijk of de aangepaste offerte van BFH op financieel vlak zou beantwoorden aan de verwachtingen van Haviland.

Zo lag de prijs die door BFH werd opgegeven in oktober 2015 reeds een stuk lager dan die van MG Real Estate en rijst de vraag of een prijs van drie jaar geleden, gelet op de evolutie op de vastgoedmarkt, nog wel een correcte prijs is anno einde 2018. Dit geldt des te meer nu er geen indicaties zijn in welke mate deze prijs nog zou worden aangepast na de aanduiding als voorkeursbieder. Na de aanduiding als voorkeursbieder is er immers nog weinig stimulans voor BFH om haar prijs alsnog aan te passen. Door de aanduiding als voorkeursbieder zou Haviland immers al erkend hebben dat de offerte voldoende interessant is om ze als voorkeursbieder te beschouwen. Minstens dreigt dit een impact te hebben op de afdwingbaarheid van de contractuele verbintenissen.

Er is evenmin zekerheid dat snel een akkoord over het ontwerp van overeenkomst zou kunnen worden bereikt. Uit het schrijven van 27 juni 2018 blijkt dat BFH ook hier een en [ander] in vraag stelt. De kans is dan ook reëel dat Haviland wordt meegesleurd in lange onderhandelingen zonder zekerheid dat op het einde van de rit het door Haviland gewenste resultaat wordt bereikt.

Haviland beschikt dan ook over goede redenen om BFH niet als voorkeursbieder aan te duiden.

De tweede piste vertoont op het eerste zicht minder juridische risico's in zoverre zowel BFH als MG Real Estate een nieuwe kans krijgen om in de thans gekende omstandigheden (cfr. arrest nr. 241.503 van 17 mei 2018) een aangepaste bieding te doen. Dit zou des te meer gerechtvaardigd zijn nu de eerder opgegeven prijzen reeds dateren van oktober 2015, zodat het zich bij een verderzetting van de lopende procedure in het licht van de evoluties op de vastgoedmarkt eigenlijk wel opdringt om nieuwe prijzen te vragen.

Anderzijds verdient ook deze piste niet de voorkeur van Haviland en wel omwille van volgende redenen:

- Gelet op het schrijven van 27 juni 2018 is de kans reëel dat BFH zal vasthouden aan haar bieding van 2015. Zolang haar het statuut van voorkeursbieder niet wordt verleend, is zij immers van oordeel dat geen tweede BAFO kan worden gevraagd.
- Het is geheel onduidelijk of MG Real Estate nog een nieuwe BAFO zou indienen.
- Gelet op het gegeven dat BFH van mening is dat geen nieuwe BAFO's kunnen worden uitgevraagd en gelet op de reeds eerder gevoerde gerechtelijke procedures voor de Raad van State, bestaat ook in dit scenario een reële kans op hernieuwde aanvechting met andermaal de nodige vertraging van de verkoop van de gronden tot gevolg.

Gelet op het lange verloop van de huidige procedure, de verschillende gerechtelijke procedures die voor de Raad van State werden gevoerd en de bestaande juridische risico's bij piste 1 en 2, is Haviland van mening dat een stopzetting van de lopende bevraging zich opdringt.

Het dient te dezen benadrukt te worden dat het tot de discretionaire bevoegdheid van Haviland behoort om tot de stopzetting van de lopende procedure over te gaan. Uit het eerdere verloop van de procedure zoals hierboven beschreven vloeit voort dat hiervoor correcte en pertinente motieven voorliggen.

Het voordeel van de stopzetting van de lopende bevraging bestaat erin dat Haviland over de vrijheid beschikt om op basis van de opgedane ervaring en kennis uit het verleden een nieuwe strategie te ontwikkelen. Tussen de opstart van de bevraging in 2014 en vandaag is er reeds een beter begrip van de ontwikkelingsmogelijkheden voorhanden. Anderzijds zijn bepaalde externe omgevingsfactoren (marktontwikkeling, Beleidsplan Ruimte Vlaanderen, Betonstop,...) dusdanig gewijzigd dat een nieuwe denkoefening inzake de ontwikkeling van Meise Westrode zich opdringt.

Haviland is thans van mening dat de beste oplossing erin bestaat om alle scenario's te onderzoeken inzake duurzame ontwikkeling van het industrie- en reservegebied met het oog op de grootste kans tot realisatie en/of verkoop van het industrie- en reservegebied. In dat kader moet mandaat aan het directiecomité worden gegeven om, rekening houdend met onder meer de strategische visienota Beleidsplan Ruimte Vlaanderen, nieuwe scenario's te onderzoeken met als doel een optimale ontwikkeling én verkoop van het industrie- en reservegebied".

IV. Regelmatigheid van de rechtspleging

4. Bij beschikking nr. 965 van 21 maart 2019 zijn de nv MG Real Estate, de nv MG RE Invest en de nv Sasaella, "samen handelend onder de benaming 'MG Real Estate'" toegestaan in het debat tussen te komen.

Overeenkomstig artikel 53, tweede lid, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 'tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State' dient de memorie in tussenkomst te worden ingediend binnen een termijn van 60 dagen, die ingaat op het ogenblik van de kennisgeving van de beschikking die de tussenkomst toelaat.

De nv MG Real Estate, de nv MG RE Invest en de nv Sasaella hebben de beschikking van 21 maart 2019 ontvangen op 29 maart 2019.

De met een op 29 mei 2019 ter post aangetekende brief verstuurde memorie is laattijdig en wordt uit het debat geweerd.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. De verwerende partij werpt in haar memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan belang op, nu de verzoekende partij niet alle motieven op grond waarvan tot de stopzetting werd besloten, aanvecht. Zij wijst erop dat geen enkel van de vijf middelen gericht is tegen het motief dat erin bestaat dat een stopzetting de beste mogelijkheid biedt om op grond van de opgedane ervaring een nieuwe en aangepaste strategie te ontwikkelen, mede in het licht van de gewijzigde factoren. Nu dit motief niet werd aangevochten, meent zij dat zelfs bij een eventueel gegrond bevinden van al de annulatiemiddelen, de bestreden beslissing zelfs dan nog steeds door een niet aangevochten motief verantwoord blijft, zodat het beroep van de verzoekende partij niet tot de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan leiden.

6. De verzoekende partij betwist in de memorie van wederantwoord dat niet alle motieven van de bestreden stopzettingsbeslissing zouden zijn aangevochten. Zij benadrukt dat uit de bestreden beslissing zelf en hoe de motivering daarin is opgebouwd blijkt dat de passage inzake het zogenaamd voordeel van de stopzetting zelf geen motief voor de stopzetting uitmaakt, of minstens geen determinerend motief. Het enige en werkelijke stopzettingsmotief van de bestreden beslissing is volgens de verzoekende partij het feit dat zij haar eerste BAFO heeft herbevestigd in plaats van een nieuwe BAFO in te dienen.

Voorts doet de verzoekende partij onder meer nog gelden dat, zelfs indien zou worden aangenomen dat niet alle motieven van de

stopzettingsbeslissing werden aangevochten, zulks enkel en alleen een effect kan hebben op het belang bij het vierde middel en niet op het belang bij het annulatieberoep, aangezien de overige middelen immers betrekking hebben op de onrechtmatige wijze waarop de bevragsingsprocedure werd uitgevoerd, waardoor zij nooit dezelfde kansen heeft gekregen als MG Real Estate en bijgevolg losstaan van de motieven die de verwerende partij heeft menen te mogen hanteren bij de beslissing tot stopzetting van de bevragsingsprocedure.

7. In de laatste memorie blijft de verwerende partij erbij dat het vijfde (positieve) motief, met betrekking tot de ontwikkeling van een nieuwe strategie ten gevolge van gewijzigde omstandigheden, een autonome juridische overweging is die aan de bestreden beslissing ten grondslag ligt en niet wordt aangevochten door de verzoekende partij. Die reden is geenszins een gevolg en de draagwijdte ervan is wel degelijk determinerend.

Beoordeling

8. Uit de bestreden beslissing tot stopzetting van de lopende bevraging blijkt dat die is genomen “[g]elet op het lange verloop van de huidige procedure, de verschillende gerechtelijke procedures die voor de Raad van State werden gevoerd en de bestaande juridische risico’s bij piste 1 en 2”, die vooraf in de beslissing worden uiteengezet.

Het nadien vermelden dat het voordeel van de stopzetting erin bestaat dat de verwerende partij over de vrijheid beschikt om een nieuwe strategie te ontwikkelen betreft geen motief dat, op zich en los van alle voorgaande motieven, de bestreden beslissing tot stopzetting kan verantwoorden en als een determinerend motief kan worden beschouwd.

9. De exceptie is ongegrond.

VI. Onderzoek van de middelen

10. Er wordt vastgesteld dat de verzoekende partij een groot aantal van haar kritieken bij elk van de middelen telkens opnieuw herhaalt, doch daarbij de schending aanvoert van telkenmale andere bepalingen en beginselen.

Het is passend om eerst het eerste en vierde middel samen te onderzoeken, die (dezelfde) kritieken bevatten op de motieven van de bestreden beslissing, doch bekeken, enerzijds, in het licht van het gelijkheidsbeginsel en, anderzijds, in het licht van de motiveringsplicht.

Nadien worden het tweede, derde en vijfde middel samen onderzocht, waarin de verzoekende partij in essentie de mogelijkheid om een bijkomende BAFO te vragen aanvecht, in het licht van (de onwettigheid van) het bevragingsdocument.

A. Eerste en vierde middel, samen genomen

Uiteenzetting van de middelen

Eerste middel

11. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet ondergeschikt minstens het materieel motiveringsbeginsel, van het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

De verzoekende partij klaagt in dit middel in essentie aan dat zij op een geheel andere wijze werd behandeld dan haar concurrent MG Real Estate en niet dezelfde kansen heeft gekregen om een samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen en te sluiten met de verwerende

partij, in het bijzonder werd een grotere soepelheid getoond ten aanzien van MG Real Estate dan ten aanzien van haar.

Uit punt 5 van het bevragsdocument, zoals nader uitgelegd in het arrest van de Raad van State van 23 november 2017, nr. 239.938, volgt dat de ingediende BAFO's reeds het voorwerp hebben uitgemaakt van een "ultieme beoordeling en vergelijking", waarna enkel nog "contractonderhandelingen" mogelijk zijn.

MG Real Estate werd ook op die manier behandeld: zij werd aangewezen als voorkeursbieder, er werden jarenlange exclusieve contractonderhandelingen gevoerd en zij werd niet verplicht een nieuwe BAFO in te dienen. Nadat de onderhandelingen met MG Real Estate zijn afgesprongen, werd de verzoekende partij uitgenodigd om te overleggen omtrent een ontwerp van overeenkomst, waarbij zij een rechtmatige verwachting had dat dat overleg op dezelfde wijze zou gebeuren als bij MG Real Estate. Zij werd echter op een geheel andere manier behandeld: zij werd niet aangewezen als voorkeursbieder, met haar werden geen exclusieve onderhandelingen gevoerd, de onderhandelingen werden onderworpen aan een tijdslimiet van amper "4 tot 6 weken" en er werd haar gevraagd om een nieuwe BAFO in te dienen (in strijd met het bevragsdocument) en wanneer zij vroeg om op dezelfde wijze te kunnen onderhandelen, werd beslist de procedure stop te zetten.

Volgens de verzoekende partij kan niet worden betwist dat MG Real Estate en zijzelf zich in vergelijkbare situaties bevonden, aangezien beiden hebben deelgenomen aan de bevragsprocedure, niet uitgesloten werden, geselecteerd werden, een BAFO hebben ingediend en hebben bevestigd de BAFO te handhaven, waarna zij beiden – op verschillende tijdstippen – werden uitgenodigd voor onderhandeling.

De werkwijze van de verwerende partij wekt volgens de verzoekende partij de indruk dat de kandidatuur van MG Real Estate zonder

aanwijsbaar objectief motief gunstiger werd bekeken dan deze van de verzoekende partij, ofschoon MG Real Estate haar interesse heeft verloren. Zij verwijst hieromtrent naar het arrest van de Raad van State van 28 juni 1991, nr. 37.387, waarin “exact dezelfde situatie” als diegene die te dezen aan de orde is, heeft veroordeeld.

De verzoekende partij acht het ongeloofwaardig, zoals er in de bestreden beslissing van wordt uitgegaan, dat, gelet op de beëindiging van de vernietigingsprocedure met het arrest nr. 241.503 van 17 mei 2018, MG Real Estate opeens opnieuw “interesse zou kunnen tonen in de ontwikkeling van het bedrijventerrein”. De vrees dat, als er exclusieve onderhandelingen zouden worden opgestart met de verzoekende partij, MG Real Estate dan een procedure voor de Raad van State zou opstarten, maakt volgens haar geen objectieve en redelijke motivering uit voor het verschil in behandeling. Die vrees mist volgens haar ook feitelijke grondslag, nu MG Real Estate niet meer van zich heeft laten horen sinds zij op 25 januari 2018 heeft aangegeven de onderhandelingen met de verwerende partij te willen stopzetten, en ook niet na het arrest van de Raad van State van 17 mei 2018, nr. 241.503.

Volgens de verzoekende partij kan ook een eventueel prijsverschil tussen beide biedingen geen verschil in behandeling rechtvaardigen. Zij benadrukt dat zij geen enkel voorbehoud heeft geformuleerd omtrent de strekking van de onderhandelingen en aldus open stond om te onderhandelen over zowat alles, met inbegrip van een actualisering van de prijs. Zij betwist dat het toekennen van het statuut van voorkeursbieder een impact zou kunnen hebben op de onderhandelingen inzake de prijs en dat daaruit een verminderde afdwingbaarheid van de contractuele verbintenissen zou kunnen volgen, bewering die de verwerende partij niet eens degelijk motiveert of toelicht in de bestreden beslissing. De verzoekende partij betwist voorts dat de vraag of een prijs van drie jaar geleden nog wel een correcte prijs is anno 2018 een reden vermag te zijn om haar anders te behandelen dan MG Real Estate. Daarbij wijst

zij erop dat de onderhandelingen met deze laatste ook ruim twee jaar lang hebben geduurd, met haar BAFO van 2015 als uitgangspunt.

Het motief in de bestreden beslissing dat het aanwijzen van de verzoekende partij als voorkeursbieder “haaks [staat] op de eerdere besluitvorming van 1 maart 2018” die er enkel toe strekte “om MG Real Estate niet langer als voorkeursbieder aan te duiden, maar niet om MG Real Estate uit te sluiten van verdere deelname aan de procedure” is volgens de verzoekende partij onterecht. De beslissing om het voorkeursbiederstatuut van MG Real Estate in te trekken houdt volgens haar geen verbod in op het toekennen van het voorkeursbiederstatuut aan de verzoekende partij, wel integendeel.

De bewering dat er geen zekerheid zou bestaan over het feit dat snel een akkoord over een ontwerp van overeenkomst zou worden bereikt, is volgens de verzoekende partij evenmin een objectieve reden om het verschil in behandeling te verantwoorden. De verwerende partij heeft immers ruim twee jaar lang met MG Real Estate onderhandeld zonder dat er enige zekerheid bestond dat tot een akkoord zou worden gekomen, en er is geen enkele reden waarom de verzoekende partij niet over minstens evenveel tijd zou mogen beschikken.

Het motief, aangevoerd in de bestreden beslissing, dat het tot de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij behoort om de lopende procedure stop te zetten, betekent volgens de verzoekende partij nog niet dat die bevoegdheid willekeurig mag worden uitgeoefend, zonder de bepalingen van het bevragingsdocument of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur na te leven. Wanneer de overheid voor zichzelf een beleidslijn uitstippelt, namelijk door de wijze waarop zij MG Real Estate op grond van het bevragingsdocument heeft behandeld, mag zij niet willekeurig van die beleidslijn afwijken. Overeenkomstig het bevragingsdocument, zo vervolgt zij, mag de verwerende partij de procedure enkel stopzetten, “wanneer er geen perspectief zou zijn dat dit tot gunstige resultaten aanleiding kan geven”, wat de verwerende partij onmogelijk kon weten nu zij met de verzoekende partij slechts vier tot zes weken

had uitgetrokken en met wie zij geen (exclusieve) onderhandelingen heeft willen voeren, terwijl zij dat wél uitgebreid gedurende meer dan twee jaar lang heeft gedaan met MG Real Estate, en dan nog heeft MG Real Estate zelf het initiatief genomen om de onderhandelingen stop te zetten. Zij wijst ook op de clause in het bevragsdocument dat de verwerende partij enkel rekening kan houden met de uitkomst of gevolgen van effectief gevoerde administratieve of gerechtelijke procedures terwijl er tijdens de onderhandelingen met de verzoekende partij geen enkele administratieve of gerechtelijke procedure (meer) hangende was en er ook geen enkele redelijke vrees voor nieuwe procedures bestond.

De verzoekende partij besluit dat de verwerende partij het gelijkheidsbeginsel manifest heeft geschonden door haar tijdens de onderhandelingen op een geheel ander manier te behandelen dan haar concurrent MG Real Estate, dat deze verschillende behandeling niet evenredig is met het doel, “met name een duurzame ontwikkeling van het te verkopen bedrijventerrein bewerkstelligen, hetgeen immers ook zonder stopzetting van de procedure mogelijk was geweest”, dat “er geen deugdelijke en aanvaardbare motieven zijn opgenomen in het bestreden besluit voor het verschil in behandeling” en dat de verwerende partij “geen consistent en redelijk beleid heeft gevoerd, met name door twee concurrenten voor de ontwikkeling van eenzelfde bedrijventerrein manifest verschillend te behandelen en daarbij een duidelijke voorkeur te laten blijken voor de concurrent van verzoekende partij, zelfs wanneer er alleen onderhandelingen met verzoekende partij aan de gang waren en haar concurrent geen enkele interesse meer vertoonde voor het ontwikkelingsproject”.

Daardoor heeft de verwerende partij zich volgens de verzoekende partij niet gedragen als een normaal voorzichtig en zorgvuldig handelend bestuur, met respect voor de belangen van de rechtsonderhorige, terwijl dit ten aanzien van MG Real Estate wel werd getoond.

12. De verzoekende partij betwist in de memorie van wederantwoord op de eerste plaats dat zij geen belang bij het middel zou hebben,

zoals de verwerende partij opwerpt in de memorie van antwoord, en herhaalt de strekking van haar eerste middel, dat zij thans betitelt als “Haviland heeft verzoekende partij niet gelijk behandeld t.o.v. haar concurrent”. Zij benadrukt dat zij “de kans [wilde] om exclusieve onderhandelingen te voeren met Haviland, d.w.z. zonder de constante mogelijkheid dat MG Real Estate opeens zou terugkomen van nooit weggeweest, zoals thans trouwens blijkt uit het feit dat zij het nodig heeft gevonden om tussen te komen in onderhavige procedure. Dit is een prerogatief dat aan MG Real Estate werd gegeven, zodat niet kan worden ingezien waarom verzoekende partij geen recht heeft op exact dezelfde behandeling”. Tevens bevestigt zij dat, indien de verwerende partij haar onmiddellijk het statuut van voorkeursbieder had gegeven, dan wél een aanpassing van het financieel bod in het kader van de onderhandelingen zou kunnen zijn besproken. Aangezien haar aldus een waarborg is ontnomen, heeft zij wel belang overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Zij wijst erop dat dit ook uitdrukkelijk werd erkend door de Raad van State, waarbij, enerzijds, in het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938, werd geoordeeld dat de beslissing tot toekenning van het statuut van voorkeursbieder aan MG Real Estate wel degelijk griefhoudend was en rechtsgevolgen creëerde voor de verzoekende partij, en, anderzijds, in het arrest van 17 mei 2018 met nr. 241.503 werd bevestigd dat, slechts na beëindiging van het statuut van voorkeursbieder van MG Real Estate, de verzoekende partij opnieuw de mogelijkheid had om in aanmerking te komen voor de opdracht tot commerciële ontwikkeling van het kwestieuze bedrijventerrein.

De verzoekende partij betwist dat zij onvoldoende diligent zou zijn geweest om voor haar rechten en belangen op te komen, en benadrukt dat zij werkelijk alles heeft gedaan om haar belangen én de mogelijkheid om in aanmerking te komen voor de opdracht tot commerciële ontwikkeling van het kwestieuze bedrijventerrein te vrijwaren. Zij heeft meermaals herhaald en bevestigd dat zij haar prijszetting zou optimaliseren, doch uiteraard op

voorwaarde dat zij een gelijke behandeling zou krijgen als haar concurrent, MG Real Estate.

Ten gronde betwist zij dat de beslissing van het directiecomité van 1 maart 2018, met de daarin opgenomen redenen, het verschil in behandeling zou kunnen rechtvaardigen.

Het getuigt volgens de verzoekende partij van onredelijkheid en zelfs van rechtsmisbruik om én een optimalisatie van de prijszetting én een aankoopbelofte te eisen, bovendien te verwachten dat zij de tussen de verwerende partij en MG Real Estate onderhandelde overeenkomst zonder slag of stoot zou aanvaarden om dan binnen vier à zes weken alles rond te krijgen en dan nog zowel aan haar als aan MG Real Estate te vragen om een nieuwe bindende BAFO in te dienen op grond van een definitieve tekst van de verkoopovereenkomst.

De verzoekende partij betwist ook de beweerde risico's verbonden aan het aanwijzen van de verzoekende partij als voorkeursbieder. Zij herinnert eraan dat het lange onderhandelingstraject met MG Real Estate niet haar fout is en er daarenboven voldoende garantie was op een aanvaardbaar financieel voorstel. De verzoekende partij had herhaaldelijk aangegeven dat financiële optimalisatie tijdens de exclusieve contractonderhandelingen mogelijk was en dat zij tijdens die onderhandelingen een interessant voorstel zou doen.

Evenzeer wijst zij erop dat het risico dat MG Real Estate een eventuele gunning aan de verzoekende partij zou hebben kunnen aanvechten, altijd een risico is voor het bestuur, zowel in het kader van een bevragsprocedure als in het kader van een aanbestedingsprocedure bijvoorbeeld en dus evenmin een rechtsgeldige reden kan zijn om verzoekende partij anders te behandelen dan haar rechtstreekse concurrent.

De verzoekende partij betwist voorts dat de door de verwerende partij gehanteerde werkwijze binnen het bevragsdocument zou vallen, dat zou

toelaten dat, indien een aanwijzing als voorkeursbieder wordt beëindigd, de onderhandelingen worden hernomen en bijkomende voorstellen kunnen worden gevraagd, aangezien in dat geval vereist is dat aan alle deelnemers wordt gevraagd om een bijgewerkt voorstel en er enkel een “bijkomend voorstel” werd gevraagd van de verzoekende partij, doch niet van MG Real Estate. Evenmin werd het bevragingsdocument gewijzigd en is er ook niet voldaan aan de voorwaarden van het bevragingsdocument om een wijziging aan de bevragingsprocedure door te voeren.

In het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938, heeft de Raad van State, aldus de verzoekende partij, wel degelijk uitspraak gedaan over de gevolgde én te volgen procedure, zoals deze blijkt uit het bevragingsdocument: “Meer bepaald heeft Uw Raad geoordeeld dat de eventualiteit dat ‘indien de besprekingen niet succesvol zouden kunnen worden afgerond e[r] alsnog met de verzoekende partij onderhandelingen zouden worden opgestart’ geen afbreuk doet aan de vaststelling dat overeenkomstig de beschreven procedure in het bevragingsdocument een ‘ultieme’ beslissing werd genomen over de BAFO’s. Uw Raad heeft eveneens vastgesteld dat Haviland exclusieve contractonderhandelingen voert op grond van de BAFO’s.”

Voor de verzoekende partij is het aldus duidelijk dat er wel degelijk werd afgeweken van de formeel vastgelegde bevragingsprocedure.

De verzoekende partij merkt ook nog op dat een aantal redenen die nu naar voren worden gebracht in de memorie van antwoord, niet aan bod kwamen in de bestreden beslissing, namelijk dat de verwerende partij bij de beoordeling van de prijszetting een doorslaggevend belang heeft gehecht aan de prijszetting voor perceel 1, omdat enkel dit perceel 1 “op korte termijn zal kunnen worden ontwikkeld” of “zich op korte en middellange termijn tot verkoop leent”, terwijl zij deze opsplitsing tussen perceel 1 en perceel 2 nooit voorheen kenbaar heeft gemaakt. De verzoekende partij benadrukt dat indien zij van in het begin had geweten dat de verwerende partij eigenlijk alleen maar van de

realiseerbaarheid van perceel 1 uitging en dus niet zozeer geïnteresseerd was in de totaalprijzen voor percelen 1 en 2 samen, zij natuurlijk een andere prijszetting kon aanbieden in haar BAFO.

Voorts meent zij dat de mogelijke interesse van MG Real Estate na de beëindiging van haar statuut van voorkeursbieder al evenmin een geldig motief is voor de verschillende behandeling. Zij begrijpt evenmin de relevantie van de opmerking van de verwerende partij dat de meeste tijd werd besteed, niet aan de eigenlijke onderhandelingen, maar aan de aftoetsing van perspectieven inzake het verkrijgen van de nodige vergunningen met de bevoegde overheden en de verzameling van alle (notariële) informatie opdat tot verkoop zou kunnen worden overgegaan, en meent dat deze “nog steeds componenten [zijn] van de exclusieve onderhandelingen met MG Real Estate”. Zij benadrukt hierbij dat zij trouwens nooit heeft gezegd dat met haar een jarenlange onderhandeling nodig zou zijn.

13. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat de verwerende partij op het ogenblik van het nemen van de bestreden beslissing niet eens wist of het voorstel van verzoekende partij al dan niet voldoende zou zijn, maar desalniettemin de procedure heeft stopgezet, zonder de reeds geïnitieerde onderhandelingen zelfs maar een kans te geven; dat de verwerende partij ook niet willekeurig tot de stopzetting van de lopende procedure mag beslissen, wat zij volgens de verzoekende partij wél heeft gedaan doordat zij de verzoekende partij verschillend en nadeliger heeft behandeld dan MG Real Estate. Zij herhaalt tevens dat de verwerende partij er zich van had moeten vergewissen dat er geen perspectief meer bestond op gunstige resultaten en dat de verwerende partij op grond van haar handelwijze en inzonderheid ingevolge het vroegtijdig afbreken van de onderhandelingen met haar niet kon weten of er perspectieven waren om tot gunstigere resultaten te komen. Zij herhaalt tevens dat de stopzettingsclausule van het bevragsingsdocument, waarin staat opgenomen dat rekening mag worden gehouden met “de uitkomst cq. Gevolgen” van administratieve of gerechtelijke procedures, enkel toelaat om rekening te houden

met effectief gevoerde administratieve of gerechtelijke procedures. Zij betwist dat het tijdsverloop met als gevolg dat de verwerende partij zich moet kunnen beraden over de uitgangspunten van het project, waaronder het maatschappelijk draagvlak en de waarde-evolutie van het betrokken bedrijventerrein, een motief kan zijn voor de stopzettingsbeslissing, nu dit een gevolg is van de bestreden beslissing en de verwerende partij wél ruim twee jaar lang heeft onderhandeld met MG Real Estate, met diens BAFO van 2015 als uitgangspunt, zodat zij niet inziet waarom er niet evengoed zou kunnen worden onderhandeld met de verzoekende partij, met diens BAFO van 2015 als uitgangspunt.

Voorts blijft zij erbij dat de Raad van State in het arrest van 23 november 2017 met nr. 239.938 wel degelijk uitspraak heeft gedaan over de gevolgde én te volgen procedure.

Ook blijft de verzoekende partij erbij dat, net zoals in het arrest van de Raad van State van 28 juni 1991, nr. 37.387, werd vastgesteld dat de redenen voor het uitschrijven van een nieuwe opdracht niet zwaar genoeg doorwogen om de indruk weg te nemen dat zonder aanwijsbaar objectief motief de kandidatuur van de concurrent gunstiger werd bekeken dan die van de verzoekende partij, ook *in casu* de redenen voor de stopzetting niet voldoende blijken om de indruk weg te nemen dat de deelneming van MG Real Estate over het algemeen gunstiger werd behandeld dan die van de verzoekende partij.

De verzoekende partij ziet de relevantie niet in van de eventualiteit van de aangehouden interesse in hoofde van MG Real Estate en meent dat, indien de verwerende partij met zekerheid wist dat MG Real Estate nog geïnteresseerd was op het ogenblik van de bestreden beslissing dit zonder meer aantoont dat zij de bevragingsprocedure heeft stopgezet om alsnog de kans te kunnen bieden aan MG Real Estate om in het kader van een nieuwe procedure te kunnen meedingen naar de ontwikkeling van het bedrijventerrein, hetgeen volledig overeenstemt met de situatie die voorhanden was in het voormelde arrest van de Raad van 28 juni 1991, nr. 37.387.

Zij herhaalt dat de toekenning van het statuut van voorkeursbieder in hoofde van verzoekende partij voor haar geen recht creëert op het binnenhalen van de samenwerkingsovereenkomst, zodat in de bestreden beslissing ten onrechte wordt aangenomen dat zij dan niet meer zou zijn gestimuleerd om een geoptimaliseerd voorstel te doen tijdens de onderhandelingen, en dat in het licht van het gelijkheidsbeginsel het niet meer dan normaal is dat de onderhandelingen met haar op exact dezelfde wijze en met dezelfde waarborgen, gesteund op het bevragsdocument, worden georganiseerd als dat het geval was bij MG Real Estate.

De verzoekende partij ziet niet in welke onmogelijke situatie de verwerende partij zich zou hebben bevonden op het ogenblik van de bestreden beslissing en daar wordt ook in de bestreden beslissing zelf geen melding van gemaakt.

Zij betwist dat de verwerende partij, toen zij de tussenkomen partijen aanwees als voorkeursbieder, niet voor ogen zou hebben gehad om enige definitieve beslissing te nemen; dergelijke aanname zou ingaan tegen het arrest van 23 november 2017 met nr. 239.938, waarbij werd geoordeeld dat overeenkomstig de beschreven procedure in het bevragsdocument een “ultieme” beslissing werd genomen over de BAFO’s op grond van de beoordelingscriteria waarna zou worden onderhandeld met de overgebleven deelnemer.

Zij besluit dat doordat de verwerende partij van de verzoekende partij eist dat zij alsnog een nieuwe BAFO zou indienen en daartoe beslist bij directiecomitébesluit van 7 juni 2018, nadat de Raad van State in het arrest van 17 mei 2018 vaststelde dat de exclusieve contractonderhandelingen met MG Real Estate werden beëindigd zodat de verzoekende partij opnieuw in aanmerking kwam voor het binnenhalen van de opdracht, de verwerende partij het gelijkheidsbeginsel schendt, want een dergelijke eis werd niet verlangd van de concurrent MG Real Estate, met wie er exclusieve contractonderhandelingen

werden aangevat op grond van de BAFO, zonder een tweede BAFO te eisen; “de vergelijking met de zaak [...] RvS 28 juni 1991, nr. 37.387 [...] gaat dan ook wel degelijk op, aangezien alle elementen van het dossier in deze op samenhangende en met elkaar overeenstemmende wijze leiden tot de vaststelling dat de verwerende partij nog altijd de voorkeur wenste te geven aan de concurrent MG Real Estate boven verzoekende partij, ofschoon eerstgenoemde duidelijk had laten verstaan geen interesse meer te vertonen.”

Vierde middel

14. De verzoekende partij voert in een vierde middel, naast de schending van de in het eerste middel aangevoerde bepalingen en beginselen, ook de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

Samengevat betoogt zij dat de stopzettingsbeslissing niet steunt op deugdelijke motieven en op een zorgvuldige feitenangarig. Zij betwist opnieuw de juistheid van de motivering dat het toekennen van het statuut van voorkeursbieder aan de verzoekende partij een impact kon hebben op de onderhandelingen inzake de prijs of dat daaruit een verminderde afdwingbaarheid van de contractuele verbintenissen zou kunnen volgen. Tevens herhaalt zij dat zij niet inziet waarom er niet evengoed met haar zou kunnen worden onderhandeld, met haar BAFO van 2015 als uitgangspunt.

Zij wijst erop dat te dezen de verwerende partij de begunstigde is van de uiteindelijk overeen te komen prijs, in tegenstelling tot een aanbestedende overheid die de offerteprijs moet betalen, zodat het nog maar de vraag is of louter budgettaire redenen kunnen worden ingeroepen om zomaar een gunningsprocedure stop te zetten. Bovendien, zo herhaalt zij, kan de verwerende partij onmogelijk weten of zelfs nog maar voorhouden dat er geen adequaat financieel voorstel door de verzoekende partij zal worden gedaan en er aldus geen perspectieven meer zouden zijn om tot gunstigere resultaten te komen, zoals het bevragsingsdocument vereist vooraleer tot een stopzetting mag worden beslist. Zij

benadrukt tevens nogmaals dat er tijdens de onderhandelingen met haar geen enkele administratieve of gerechtelijke procedure (meer) hangende was en er ook geen enkele redelijke vrees voor nieuwe procedures bestond.

De verzoekende partij acht het ook ongeloofwaardig dat MG Real Estate opeens opnieuw “interesse zou kunnen tonen in de ontwikkeling van het bedrijventerrein” en de vrees van de verwerende partij ongefundeerd dat, als er exclusieve onderhandelingen zouden worden opgestart met haar, MG Real Estate dan een procedure voor de Raad zou opstarten. Deze vrees wordt, zo vervolgt zij, ook tegengesproken door de feiten en is geen deugdelijk motief voor de stopzetting van de bevragingsprocedure.

Zij herhaalt dat de beslissing om het statuut van voorkeursbieder van MG Real Estate in te trekken vanzelfsprekend geen automatisch verbod inhoudt op het haar toekennen van het statuut voorkeursbieder en dit integendeel strijdig is met de werkelijke draagwijdte van het bevragingsdocument, zoals bevestigd door de Raad. Ook bestaat er volgens haar geen enkele reden waarom zij niet over minstens evenveel tijd zou mogen beschikken als haar concurrent om een deal met het bestuur te bewerkstelligen.

Zij besluit dat “de bestreden beslissing bol [staat] van foute en op niets gesteunde hypothesen, veronderstellingen en vermoedens – kortom, giswerk en speculatie –, in strijd met de uitdrukkelijke verklaringen van verzoekende partij, op grond waarvan niet tot stopzetting van de bevragingsprocedure kon worden overgegaan”.

15. De verzoekende partij repliceert in de memorie van wederantwoord nog dat de verwijzing in de memorie van antwoord naar “de gewijzigde context, budgettaire evoluties (bijv. besparingen of wegvallen van subsidies) of gewijzigde behoeften van de aanbestedende overheid”, of nog, naar “het gebrek aan voldoende concurrentie, wegens onvoldoende inschrijvers”, met verwijzing naar het arrest van de Raad van State van 22 januari 2019,

nr. 243.455, inzake een gebrek aan voldoende concurrentie in het kader van een concurrentiedialoog, een *a posteriori* motivering betreft die niet voorkomt in de bestreden beslissing. Zij herhaalt hierbij onder meer dat de beslissing om een mandaat te geven aan het directiecomité om “een nieuwe strategie” te ontwikkelen een van de stopzettingsbeslissing afsplitsbare en niet-aanvechtbare beslissing uitmaakt, die geen rechtsgevolgen creëert, zodat ook de motieven verbonden aan deze niet-aanvechtbare beslissing van geen tel zijn voor de stopzettingsbeslissing. Zij bekritiseert ook opnieuw de reden van het loutere tijdsverloop gelinkt aan het motief van een nieuwe strategie.

Samengevat, betoogt de verzoekende partij dat de verwerende partij haar kritiek op de motieven van de stopzettingsbeslissing niet betwist. Bijkomend wenst zij er nog op te wijzen dat wat de verwerende partij thans in de memorie van antwoord schrijft over de opsplitsing tussen perceel 1 en perceel 2, zij nooit voorheen kenbaar heeft gemaakt in haar besluitvorming, ook niet in het bestreden besluit. Zo is er in de bestreden stopzettingsbeslissing geen sprake van een zogenaamd “voortschrijdend inzicht dat allicht enkel perceel 1 op korte termijn zal kunnen worden ontwikkeld” en de verwerende partij legt trouwens niet uit waarom “geenszins kan worden gerekend op de realisatie van perceel 2”, wat dus de achterliggende reden blijkt te zijn voor de beslissing tot het geven van een mandaat aan het directiecomité, die in het bestreden besluit enkel wordt gemotiveerd met cryptische begrippen zoals “een beter begrip van de ontwikkelingsmogelijkheden”, “een nieuwe denkoefening inzake de ontwikkeling van Meise Westrode”, of nog, “alle scenario’s onderzoeken inzake duurzame ontwikkeling”.

16. In de laatste memorie herhaalt en benadrukt de verzoekende partij nogmaals dat de mogelijkheid om zich te kunnen beraden over de uitgangspunten van het project geen stopzettingsmotief op zich was, zodat het onderzoek naar de optimale ontwikkeling en verkoop van het project wel degelijk los moet worden gezien van de beslissing tot stopzetting. Zij wijst erop dat ook in

het bestreden besluit zelf met geen woord gerept wordt over het herbekijken van de uitgangspunten van het project of enige optimalisatie.

Zij blijft er tevens bij dat de verwerende partij geen toepassing heeft gemaakt van de clausule van het bevragingsdocument om een voorstel dat, eventueel na onderhandelingen, onvoldoende blijkt, niet aan te houden, aangezien zij in het bestreden besluit schrijft dat het “niet duidelijk” is of de aangepaste offerte van de verzoekende partij op financieel vlak zou voldoen en zij dus niet wist bij het nemen van de bestreden beslissing of het voorstel van de verzoekende partij al dan niet voldoende zou zijn. Zij besluit dat “elke verwijzing naar het recht dat de verwerende partij zich zogenaamd had voorbehouden volgens de bevragingsdocumenten om de marktbevraging stop te zetten ‘inzonderheid wanneer er geen perspectief zou zijn dat dit tot gunstige resultaten aanleiding kan geven’, waarbij zij ‘steeds rekening kan houden met de uitkomst cq. gevolgen van eventuele administratieve of gerechtelijke procedures’, [...] geen steun [vindt] in de gegevens van het administratief dossier”. De vergelijking met het arrest van de Raad van State van 28 juni 1991, nr. 37.387, ligt volgens haar voor de hand.

Beoordeling

Wat de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel betreft

17. Het gelijkheidsbeginsel houdt in dat een ongelijke behandeling van vergelijkbare gevallen – of een gelijke behandeling van niet-vergelijkbare gevallen – verboden is, tenzij daarvoor een objectieve en redelijke verantwoording bestaat.

Wanneer de schending van het gelijkheidsbeginsel wordt aangevoerd, komt het aan de verzoekende partij toe voldoende concrete elementen aan te brengen die het mogelijk maken te onderzoeken of zij inderdaad ongelijk behandeld wordt ten aanzien van anderen die in een gelijke of minstens

gelijkaardige situatie verkeren. Zij moet daarbij, op de eerste plaats, de vergelijkbaarheid aantonen van haar eigen situatie met die van anderen en vervolgens aantonen waarom de verschillende behandeling daarvan een discriminatie uitmaakt.

18. Te dezen faalt de verzoekende partij aan te tonen dat zij zich op het moment van de bestreden beslissing in een vergelijkbare situatie bevond als MG Real Estate ten tijde van de beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 om deze laatste aan te wijzen als voorkeursbieder.

19. De verzoekende partij gaat bij de ontwikkeling van haar grieven voorbij aan het onderscheid dat bestaat tussen de verschillende fasen van de bevragingsprocedure zoals beschreven in punt ‘5. Verloop van de bevraging’ van het bevragingsdocument, in het bijzonder tussen, enerzijds, de fase van de (gewone) onderhandelingen met één of meer best geklasseerde deelnemers die op grond van de beoordelingscriteria worden uitgenodigd voor één of meerdere onderhandelingsrondes, en, anderzijds, de fase van de contractonderhandelingen die met “de vervolgens aangehouden deelnemer” plaatsvinden na een beslissing over het “bijgewerkt voorstel”, eveneens op grond van de beoordelingscriteria.

De beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 om met MG Real Estate exclusieve contractonderhandelingen te starten, was het resultaat van een marktbevraging waaraan aanvankelijk drie deelnemers deelnamen, er vervolgens twee werden geselecteerd – de verzoekende en de tussenkomende partijen – waarmee werd onderhandeld, die vervolgens allebei een “bijgewerkt voorstel” of een BAFO indienden, en die vervolgens het voorwerp uitmaakten van een beoordeling en beslissing om de BAFO van MG Real Estate op grond van de beoordelingscriteria als het voordeligste voorstel aan te houden.

Uit die beslissing blijkt dat de verwerende partij het voorstel van de verzoekende partij, wat het financieel criterium betreft, aanzienlijk lager

quoteerde dan dat van MG Real Estate (36,60 op 50 tegenover 50 op 50 voor MG Real Estate), en wat het plan van aanpak betreft, ‘goed’ tegenover ‘zeer goed’. Vastgesteld werd dat “voor de totaliteit van de ontwikkeling” het bod van MG Real Estate hoger ligt dan dat van de verzoekende partij. Wat het onderscheid tussen perceel 1 en 2 betreft, werd al met een brief van 28 mei 2015 – nader uiteengezet in het verslag van het directiecomité van 26 november 2015 – kennis gegeven van een verfijning van de beoordelingsmethodiek in het licht van gewijzigde omstandigheden.

Met andere woorden, de bij de beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 “vervolgens aangehouden deelnemer” of voorkeursbieder werd aldus aangewezen op grond van de ingediende bijgewerkte voorstellen. De verzoekende partij werd echter, in tegenstelling tot MG Real Estate, niet meer “aangehouden” na de beoordeling van de BAFO’s omdat haar voorstel aanzienlijk minder goed werd beoordeeld dan dat van MG Real Estate.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, bestaat er overeenkomstig het bevragsdocument geen verplichting voor de verwerende partij om de verzoekende partij het statuut van voorkeursbieder te geven in geval de uiteindelijk, op grond van de bijgewerkte voorstellen, overgebleven deelnemer vooralsnog beslist de contractonderhandelingen met de verwerende partij niet te finaliseren. Integendeel, de verwerende partij behoudt er zich het recht voor “om een voorstel dat, eventueel na onderhandelingen, onvoldoende blijkt, niet aan te houden” (onder punt ‘4.E. Beoordelingscriteria’) alsook om “ten allen tijde de marktbevraging stop te zetten (inzonderheid wanneer er geen perspectief zou zijn dat dit tot gunstige resultaten aanleiding kan geven)” (onder punt ‘7. Wederzijdse verbintenissen tijdens de bevraging’).

Het bevragsdocument staat er bijgevolg niet aan in de weg dat, overeenkomstig punt 5 van het bevragsdocument, de (gewone) onderhandelingen “met één of meer best geklasseerde deelnemers” worden hernomen in het kader waarvan de verwerende partij desgevallend kan

“verzoeken om bijkomende voorstellen die desgevallend het voorwerp kunnen uitmaken van verdere besprekingen”. De omstandigheid dat niet ook opnieuw aan MG Real Estate om een “bijgewerkt voorstel” is gevraagd, doet daar op zich geen afbreuk aan, en wordt overigens eveneens in de bestreden beslissing verantwoord.

Vanaf de voornoemde beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 bevonden de beide kandidaten zich niet meer in een vergelijkbare situatie, zodat de premisse waarop de verzoekende partij steunt om een schending van het gelijkheidsbeginsel aan te voeren, faalt.

20. De overwegingen in de te dezen voorgaande arresten van de Raad van State waar de verzoekende partij naar verwijst, nopen niet tot een ander besluit.

De Raad van State heeft in het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938, geoordeeld dat de beslissing van het directiecomité van 16 december 2015 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 luidens dat arrest 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”.

Deze overwegingen kunnen niet op een dergelijke wijze worden geïnterpreteerd dat er, indien de contractonderhandelingen met de aangehouden deelnemer niet slagen, er geen andere keuze zou overblijven dan de

verzoekende partij op haar beurt aan te wijzen als voorkeursbieder om exclusieve contractonderhandelingen mee aan te gaan.

In het arrest van de Raad van State van 17 mei 2018, nr. 241.503, wordt weliswaar overwogen dat de verzoekende partij “de mogelijkheid [heeft] om in aanmerking te komen voor de opdracht”, doch na eerst te hebben vastgesteld dat de verwerende partij haar had uitgenodigd “voor een gesprek teneinde na te gaan of zij bereid is om op basis van een nader voor te leggen ontwerp van overeenkomst en binnen een redelijke termijn een bod uit te brengen”.

De voornoemde arresten van de Raad van State gaan niet in op de hypothese dat na het afbreken van de contractonderhandelingen met de gekozen deelnemer, enkel nog een BAFO van de andere kandidaat overblijft die niet de beste score verkreeg. Daarbij kwam niet aan de orde de vraag of die onderhandelingen vanaf dan enkel nog konden geschieden met het statuut van voorkeursbieder, en evenmin de vraag of de verwerende partij daarbij al dan niet een nieuwe BAFO mocht vragen.

21. Enige vergelijking ten slotte met het arrest nr. 37.387 van 28 juni 1991 van de Raad van State gaat niet op. In die zaak overweegt de Raad van State dat “al de opgegeven argumenten voor een nieuwe offerteaanvraag samengenomen, vooralsnog niet blijkt dat er een geldige reden was om in plaats van aan verzoekster op basis van de gehouden offerteaanvraag de levering toe te wijzen, haar dat voordeel te onthouden en, door een nieuwe offerteaanvraag uit te schrijven aan haar concurrenten een nieuwe kans te gunnen”, terwijl uit het gunningsverslag bleek dat de offerte van de verzoekende partij het meest gunstig werd beoordeeld; het betreft dus niet “exact dezelfde situatie als degene die in casu aan de orde is”.

22. De vaststelling dat de verzoekende partij in gebrek blijft aan te tonen dat zij zich in een vergelijkbare situatie bevond als MG Real Estate,

volstaat om de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel, en hiermee verbonden het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel te verwerpen.

Wat de aangevoerde schending van de motiveringsplicht betreft

23. Voor zover de verzoekende partij in het eerste en vierde middel onder de noemer van de schending van de formele, minstens materiële motivering, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag, nog kritiek voert op de (andere) motieven die in de bestreden beslissing worden vermeld, wordt deze kritiek hierna beoordeeld.

24. In de bestreden beslissing wordt gesteld dat een aanwijzing van de verzoekende partij als voorkeursbieder een erkenning zou inhouden dat die offerte voldoende interessant is. Voor zover de verzoekende partij betwist dat een dergelijke aanwijzing een impact kon hebben op de onderhandelingen inzake de prijs of dat daaruit een verminderde afdwingbaarheid van de contractuele verbintenissen zou kunnen volgen, blijft zij in gebreke deze vaststelling van de bestreden beslissing te weerleggen. Voor zover zij aanvoert dat zij zou hebben aangegeven dat financiële optimalisatie tijdens de exclusieve contractonderhandelingen mogelijk was en dat zij tijdens die onderhandelingen een interessant voorstel zou doen, blijkt dit niet uit het dossier, en is zulks in ieder geval strijdig met de bevragingsprocedure luidens hetwelk contractonderhandelingen worden gevoerd op grond van een (in principe niet meer te wijzigen) “bijgewerkt voorstel” of BAFO.

De omstandigheid dat de verwerende partij de begunstigde is van de uiteindelijk overeen te komen prijs, in tegenstelling tot een aanbestedende overheid die de offerteprijs moet betalen, belet niet dat redenen van financiële aard mogen worden ingeroepen om een gunningsprocedure stop te zetten en dat de verwerende partij een beter financieel voorstel mag nastreven. De verzoekende partij maakt niet aannemelijk dat exclusieve contractonderhandelingen met haar,

waarbij haar BAFO van 2015 als uitgangspunt wordt genomen, aan de verwerende partij enig perspectief zou bieden op betere resultaten.

Bovendien is overeenkomstig het bevragsdocument de mogelijkheid van stopzetting niet beperkt tot het geval dat er geen perspectief zou zijn op gunstige resultaten, maar wordt uitdrukkelijk ook verwezen naar “de uitkomst cq. gevolgen van evt. administratieve of gerechtelijke procedures”, zoals in de bestreden beslissing is gebeurd.

25. Uit de feiten blijkt dat MG Real Estate de bijna afgeronde contractonderhandelingen heeft beëindigd ingevolge de tussenkomst van het arrest van de Raad van State van 23 november 2017, nr. 239.938, “gelet op het risico dat de beslissing van het directiecomité van Haviland van 16 december 2015 om de contractonderhandelingen enkel met MG Real Estate op te starten [...] teneinde een definitieve samenwerkingsovereenkomst te onderhandelen, als niet rechtsgeldig zal worden beschouwd”. De in de bestreden beslissing geopperde hypothese dat “aangezien deze procedure voor de Raad van State nu wegvalt, [...] niet [kan] worden uitgesloten dat MG Real State toch nog interesse zou kunnen tonen in de ontwikkeling van het bedrijventerrein”, is aldus niet ongeloofwaardig, zoals de verzoekende partij beweert. Zij wijst trouwens zelf op “de constante mogelijkheid dat MG Real Estate opeens zou terugkomen van nooit weggeweest”, wat volgens de verzoekende partij blijkt uit haar tussenkomst in onderhavige procedure, en waarmee zij haar eigen bewering dat dit ongeloofwaardig zou zijn, zelf tegenspreekt.

26. Wat de verwijzing in de bestreden beslissing naar “de verschillende gerechtelijke procedures die voor de Raad van State werden gevoerd” betreft, wordt vastgesteld dat de omstandigheid dat thans geen procedures meer lopende zijn, niet belet dat de verwerende partij rekening mag houden “met de uitkomst cq. gevolgen van evt. administratieve of gerechtelijke procedures”, zoals in het bevragsdocument is bepaald, die inderdaad “effectief” zijn gevoerd.

27. Wat het motief betreft dat er geen zekerheid is dat met de verzoekende partij snel een akkoord zou kunnen worden bereikt, valt niet in te zien waarom de verwerende partij geen rekening zou mogen houden met het feit dat de tijd inmiddels niet heeft stilgestaan. De verwerende partij had, zoals blijkt uit het bevragsdocument, een snelle realisatietijd van het project voor ogen, hoewel projecten met een langere doorlooptijd niet werden uitgesloten. Dat de contractonderhandelingen met MG Real Estate lang hebben aangesleept, mede gelet op de tijd nodig voor de vergunningsaanvragen bij de bevoegde overheden en de verzameling van alle (notariële) informatie nodig voor de verkoop, en uiteindelijk zijn afsprongen, gelet op de procedure door de verzoekende partij aangespannen tegen de beslissing om MG Real Estate als voorkeursbieder aan te duiden, belet niet dat de verwerende partij zich nadien opnieuw zou mogen beraden over de uitgangspunten van het project, waaronder het maatschappelijk draagvlak en de waarde-evolutie van het betrokken bedrijventerrein.

Conclusie

28. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de verwerende partij de in het eerste en vierde middel aangevoerde bepalingen en beginselen zou hebben geschonden door de lopende bevraging te hebben stopgezet.

29. Het eerste en het vierde middel zijn niet gegrond.

B. Tweede, derde en vijfde middel, samen genomen.

Uiteenzetting van de middelen

Tweede middel

30. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel, de

artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, ondergeschikt minstens het materieel motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheids-, redelijkheids- en rechtszekerheidsbeginsel, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij betoogt dat de verwerende partij de procedure zoals voorgeschreven in het bevragingsdocument en zoals geïnterpreteerd door de Raad van State in het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938, ten aanzien van de verzoekende partij niet heeft gevolgd. De verwerende partij heeft haar gevraagd om een tweede BAFO in te dienen, terwijl het bevragingsdocument, na de ultieme beslissing over de eerste BAFO niet voorziet in de indiening van navolgende BAFO's.

De verzoekende partij benadrukt daarbij dat de verwerende partij, ofschoon zij zichzelf in het bevragingsdocument het recht had voorbehouden “om, waar nodig en wenselijk, de bevraging te wijzigen, aan te vullen, of nader te preciseren” – clause waarvan zij de wettigheid betwist in het vijfde middel – geen beroep heeft gedaan op die wijzigingsbevoegdheid en dus nooit het bevragingsdocument noch de bevragingsprocedure heeft gewijzigd, aangezien dit nooit ter kennis werd gebracht van de deelnemers aan de bevragingsprocedure.

De verzoekende partij meent aldus dat de verwerende partij de procedure, die zij zichzelf aldus had opgelegd in het bevragingsdocument en die zij tot bindende beleidslijn heeft gemaakt in haar optreden ten aanzien van MG Real Estate, hetgeen is bevestigd geweest in het arrest van de Raad van 23 november 2017, nr. 239.938, ook op die manier op verzoekende partij had moeten toepassen.

31. In haar memorie van wederantwoord betitelt de verzoekende partij het tweede middel als “Haviland heeft de spelregels van de bevragingsprocedure geschonden door een tweede BAFO te eisen van

verzoekende partij”. Zij blijft erbij dat het gelijkheidsbeginsel te dezen vereist dat, “wanneer er met de ene deelnemer (de voorkeursbieder) niet tot contractsluiting kon worden overgegaan, de overgebleven deelnemer(s) dezelfde behandeling en kansen dienen te krijgen als de voorkeursbieder.”

Tevens betwist zij dat na beëindiging van het voorkeursbiederstatuut van MG Real Estate, er simpelweg wordt teruggekeerd naar de fase van de onderhandelingen, wat volgens haar in strijd is met het bevragingsdocument inzake de onderhandelingen. Zij merkt op dat zelfs in dat geval de verwerende partij de bevragingsprocedure niet heeft nageleefd, die immers voorschreef dat alle geselecteerde deelnemers dienen te worden geïnformeerd omtrent de sterke en zwakke punten van het ingediende voorstel en dienden te worden verzocht om bijkomende voorstellen, nu de verwerende partij alleen aan de verzoekende partij heeft gevraagd om een bijkomend voorstel in te dienen. Dit klemmt volgens haar des te meer “omdat Haviland in de memorie van antwoord blijft volhouden dat MG Real Estate nooit interesse in het project heeft verloren, zodat niet kan worden ingezien waarom MG Real Estate dan niet opnieuw om een bijkomend voorstel werd gevraagd.”

De verzoekende partij blijft er ook bij dat het arrest van de Raad van 23 november 2017, nr. 239.938, uiterst relevant en dienstig is: de in dat arrest bevestigde definitieve beoordeling van de BAFO's, impliceert dat, wanneer de contractonderhandelingen met de eerste deelnemer afspringen, de tweede gerangschikte, namelijk zijzelf, evenzeer recht had om als nieuwe voorkeursbieder op grond van haar als tweede gerangschikte BAFO contractonderhandelingen aan te gaan “die, zoals verzoekende partij duidelijk genoeg had aangegeven, desgewenst ook de prijs zouden behelst hebben”.

Het feit dat het niet gaat om een formele overheidsopdrachtenprocedure, maar om een ‘transparante marktbevraging’, doet volgens haar niets af aan het voorgaande en zij benadrukt dat de ingeroepen beginselen van behoorlijk bestuur ook in dat geval van toepassing zijn.

Zij herhaalt dat zij nooit in kennis is gesteld van enige wijziging van de bevragingsprocedure. De verwerende partij toont ook niet dat aan de toepassingsvoorwaarden van de mogelijkheid tot wijziging van de bevragingsprocedure is voldaan. De verwerende partij heeft dan ook volgens haar de bevragingsprocedure noch de algemene beginselen nageleefd, hetgeen zij ook erkent.

32. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij bij haar standpunt dat de verwerende partij op grond van het *patere-legem*-beginsel verplicht was om de bevragingsprocedure, die zij op een welbepaalde manier had geïnterpreteerd en toegepast op de tussenkomen partij, op dezelfde wijze of minstens op gelijkwaardige wijze diende toe te passen op haar.

Zij herhaalt en benadrukt dat in het arrest van 23 november 2017 zeer uitdrukkelijk werd geoordeeld dat een “ultieme” beslissing werd genomen over de BAFO’s, waaruit zij afleidt dat geen ruimte bestond voor nieuwe BAFO’s, en dat dit volledig “overeenkomstig de beschreven procedure in het bevragingsdocument” was.

De verzoekende partij blijft erbij dat de verwerende partij, die, gelet op haar in ondergeschikte orde aangevoerde repliek, dat ook erkent, haar eigen spelregels met de voeten heeft getreden, in zoverre zij ten opzichte van haar iets verlangd heeft, wat zij niet verlangd heeft ten aanzien van MG Real Estate, namelijk dat er eerst een tweede BAFO zou worden ingediend, alvorens contractonderhandelingen aan te gaan met de verzoekende partij.

Derde middel

33. De verzoekende partij voert in een derde middel, naast de schending van de in het tweede middel aangevoerde bepalingen en beginselen, ook de schending aan van het gezag van gewijsde van het arrest van de Raad van State van 23 november 2017, nr. 239.938.

Zij doet gelden dat de bestreden beslissing indruist tegen de motieven en overwegingen van dit arrest – en dus het gezag van gewijsde ervan schendt – door over te gaan tot stopzetting van de bevragingsprocedure om reden dat de verzoekende partij geen nieuwe BAFO heeft ingediend maar haar initiële BAFO van 22 oktober 2015 heeft herbevestigd met verzoek om over te gaan tot onderhandelingen.

In de bestreden beslissing wordt volgens haar onterecht beweerd dat uit het voornoemde arrest “alvast niet voort[vloeit] dat [...] geen nieuwe BAFO’s meer zouden kunnen worden gevraagd”, of nog, dat de Raad van State enkel zou hebben geoordeeld “dat de beslissing waarin wordt beslist exclusief contractonderhandelingen met MG Real Estate aan te gaan, een aanvechtbare rechtshandeling is en [...] [er] over de zaak ten gronde geen enkele uitspraak [werd] gedaan”.

De verzoekende partij meent dat zij onterecht werd verzocht “een duidelijke en onvoorwaardelijke bieding” uit te brengen, terwijl uit het bevragingsdocument, zoals geïnterpreteerd door de Raad van State in het voormelde arrest, blijkt dat de voorgeschreven en dus de enige mogelijke gang van zaken de volgende was: de kandidaten dienen één BAFO in, die aan een ultiem oordeel van het bestuur wordt onderworpen, waarna slechts de contractonderhandelingen worden aangevat, “ook in de hypothese dat de onderhandelingen met MG Real Estate zouden mislukken en de verwerende partij alsnog verzoekende partij zou uitnodigen om in onderhandeling te treden, hypothese die zich inmiddels ook effectief heeft voorgedaan.”

34. De verzoekende partij repliceert in de memorie van wederantwoord nog dat een zeer flexibel procedureverloop geen vrijgeleide mag zijn voor de overheid om de rechtsonderhorigen op willekeurige wijze te behandelen en dat enige flexibiliteit dus niet betekent dat de verwerende partij haar eigen bevragingsprocedure niet langer diende na te leven, zoals correct

geïnterpreteerd door de Raad van State in het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938.

Zij benadrukt dat het punt dat zij in het derde middel wil maken is dat de Raad van State heeft geoordeeld dat de verwerende partij reeds een “ultieme beoordeling en vergelijking” van de BAFO’s heeft gemaakt, zodat zij ook het reeds ultiem beoordeelde en vergeleken bod van verzoekende partij als uitgangspunt had moeten hanteren voor de contractonderhandelingen, zonder dat er nog een bijkomende BAFO kon of mocht worden gevraagd.

35. In de laatste memorie benadrukt de verzoekende partij nog dat de mogelijkheid om een voorstel niet aan te houden “na onderhandelingen”, ingevolge het arrest van de Raad van State van 23 november 2017, nr. 239.938, en op grond van het *patere legem*-beginsel, enkel bestaat na het voeren van exclusieve onderhandelingen, zoals dat het geval was bij MG Real Estate. “De verwerende partij [diende] rekening [...] te houden met de beslissing van Uw Raad dat aan de BAFO’s niet meer kon worden getornd. Deze beslissing heeft gezag van gewijsde ten aanzien van de verwerende partij, die zich daaraan had dienen te houden.”

Vijfde middel

36. De verzoekende partij voert in een vijfde middel, naast de schending van de in het tweede middel aangevoerde bepalingen en beginselen, ook de schending aan van het transparantiebeginsel en zij vraagt de toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van een clause in het bevragingsdocument.

Zij meent dat de bestreden beslissing de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag ontbeert en stelt dat de clause in het bevragingsdocument om “waar nodig en wenselijk, de bevraging te wijzigen, aan te vullen of nader te preciseren” met toepassing van artikel 159 van de Grondwet,

buiten toepassing dient te worden gelaten, gelet op het ontbreken van absolute minimale waarborgen, zoals kennisgeving, uitbrengen van een formeel erratum en herstart van de procedure. De verplichting tot het indienen van een bijkomende BAFO die aan een bijkomende beoordeling van de verwerende partij dient te worden onderworpen, op straffe van uitsluiting van de onderhandelingen en zelfs stopzetting van de bevragingsprocedure, is volgens haar gebeurd op grond van een onwettige bepaling van het bevragingsdocument.

37. In haar memorie van wederantwoord verwijst de verzoekende partij bij wijze van analogie nog naar artikel 38 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 ‘tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten’, dat vereist dat een wijzigingsclausule tevens de voorwaarden van wijziging moet bevatten, alsook naar het verbod om in het kader van onderhandelingsprocedures te onderhandelen over de gunningscriteria. Zij merkt daarbij op dat “ondertussen [...] na kennisname van de memorie van antwoord genoegzaam [is] gebleken dat verwerende partij als determinerend motief om de stekker uit de bevragingsprocedure te trekken de gunningscriteria heeft gedenatureerd”.

38. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij nog dat zij in haar vijfde middel heeft aangevoerd dat de wijzigingsclausule niet-transparant is ten aanzien van alle inschrijvers, zijzelf inbegrepen: zij werd nooit in kennis gesteld van enige wijziging van de bevragingsprocedure, noch kon zij genieten van de absolute minimale waarborgen van het transparantiebeginsel, namelijk een kennisgeving, het uitbrengen van een formeel erratum en een herstart van de procedure. Zij meent dat haar belang om de niet-toepasselijkheid/onwettigheid van de wijzigingsclausule in te roepen, redelijkerwijze niet in twijfel kan worden getrokken.

Beoordeling

39. Uit de bevravingsprocedure zoals beschreven in punt ‘5. Verloop van de bevraving’ van het bevravingsdocument blijkt dat de contracterende overheid op grond van de beoordelingscriteria beslist aan welk “bijgewerkt voorstel” of BAFO zij de voorkeur geeft en dat “met de vervolgens aangehouden deelnemer [...] verder [zal] worden onderhandeld teneinde alle nodige overeenkomst(en) te kunnen finaliseren”.

Het bevravingsdocument regelt niet expliciet de situatie waarbij de contractonderhandelingen met de “vervolgens aangehouden deelnemer” afspringen.

De verwerende partij betoogt in haar memorie van antwoord dat zij zich teruggeplaatst zag in de fase van de (gewone) onderhandelingen.

De beslissing van het directiecomité van de verwerende partij van 1 maart 2018 om, nadat de contractonderhandelingen met MG Real Estate waren afgesprongen, de verzoekende partij uit te nodigen voor een gesprek teneinde na te gaan “of zij bereid is om op basis van een nader voor te leggen ontwerp van overeenkomst en binnen een redelijke termijn een bindend bod uit te brengen”, wat zij vervolgens heeft gedaan bij brief van 8 maart 2018, situeert de verwerende partij aldus in een nieuwe fase van onderhandelingen, voorafgaand aan de BAFO-fase en aan het aanwijzen van een voorkeursbieder.

40. Zoals reeds is beoordeeld hiervoor bij de beoordeling van het eerste middel in het kader van de vraag of er in hoofde van de aanbestedende overheid een plicht bestond om de verzoekende partij aan te wijzen als voorkeursbieder, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk op grond van welke bepaling of beginsel het de verwerende partij verboden was om haar een tweede BAFO te vragen, en aldus terug te keren naar de fase van de gewone onderhandelingen.

In de bestreden beslissing wordt terecht vastgesteld dat de Raad van State in het arrest van 23 november 2017, nr. 239.938, enkel heeft geoordeeld dat de beslissing waarin wordt beslist exclusief contractonderhandelingen met MG Real Estate aan te gaan, een aanvechtbare rechtshandeling is en dat er over de zaak ten gronde geen enkele uitspraak werd gedaan.

Anders dan de verzoekende partij het ziet, heeft de Raad van State zich in voornoemd arrest niet uitgesproken over de thans voorliggende situatie, in het bijzonder over de vraag of de verwerende partij na het afspringen van de contractonderhandelingen met de voorkeursbieder, nadien nog een tweede BAFO aan de verzoekende partij mocht vragen.

De verzoekende partij toont aldus niet aan dat de bestreden beslissing indruist tegen de overwegingen van het arrest van de Raad van State, van 23 november 2017, nr. 239.938 en dus het gezag van gewijsde ervan schendt.

41. In zoverre er al sprake zou zijn van een wijziging van de bevragingsprocedure, door haar een bijkomende BAFO of bindend bod te vragen, maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat zij belang heeft bij het middel dat ertoe strekt de buitentoepassing van de clause uit het bevragingsdocument te verklaren. Zij werd immers wél op de hoogte gebracht van die beweerde wijziging, aangezien haar een bijkomend bod werd gevraagd. De verzoekende partij maakt niet duidelijk, en al zeker niet aannemelijk hoe de omstandigheid dat geen formeel erratum werd gepubliceerd en dat de procedure niet werd heropgestart, haar heeft benadeeld.

42. Het tweede, derde en vijfde middel zijn niet gegrond.

C. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

43. In de memorie van wederantwoord ontwikkelt de verzoekende partij een nieuw zesde middel. Zij voert daarin de schending aan van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, de beoordelingscriteria van de bevragingsprocedure, de beoordelingsmethodiek zoals bevestigd bij besluit van het directiecomité van 26 november 2015, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, en de ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag.

Zij licht toe dat luidens de memorie van antwoord de bestreden stopzettingsbeslissing moet worden begrepen in het licht van het verschil in prijszetting voor perceel 1 op grond van de BAFO's.

Volgens de beoordelingsmethodiek bepaald in het bevragingsdocument zouden de BAFO's worden beoordeeld op grond van de volgende criteria: het financieel kader (50%) en het plan van aanpak voor de realisatie van een hoogwaardig en duurzaam bedrijventerrein (50%). Bij besluit van het directiecomité van 26 november 2015 wordt beslist een beoordelingsmethodiek vast te leggen, wat het criterium prijs betreft, waarbij rekening zou worden gehouden met 1/3 van de beoordeling op grond van de “upfront” betaling of onvoorwaardelijk, 1/3 op grond van de ontwikkeling van de 44 ha industriegrond, en 1/3 op grond van de ontwikkeling van de 34 ha reserve-industriegebied.

De verzoekende partij herhaalt haar eerder standpunt dat in het arrest van de Raad van State van 23 november 2017, nr. 239.938 de ingediende BAFO's als ijkpunt werden bevestigd, waarna geen verdere onderhandelingen meer konden worden gevoerd. Aldus mocht volgens de verzoekende partij van haar niet “worden verlangd dat zij als het ware een tweede BAFO zou indienen,

ofschoon het dat precies is wat verwerende partij wenste, zijnde een ‘prijzetting (voor perceel 1)’ die verzoekende partij zgn. ‘substantieel zou aanpassen (lees: verhogen) vooraleer contractonderhandelingen met BFH op te starten’”.

Door thans voor het eerst duiding te geven omtrent de werkelijke motieven van de stopzetting, zijnde “de weigering van BHF om ter zake enige duidelijk engagement aan te gaan”, wat “mede bijgedragen heeft tot de beslissing om de bevragingsprocedure stop te zetten”, heeft de verwerende partij te kennen gegeven dat het haar enkel te doen was om de financiële bieding, uitsluitend met betrekking tot perceel 1, en zonder acht te slaan op het beoordelingscriterium ‘plan van aanpak’. Pas nu heeft zij ondubbelzinnig te kennen gegeven dat perceel 2 haar niet meer interesseerde, ofschoon in de beoordelingsmethodiek werd bevestigd dat de financiële bieding voor perceel 2 nog steeds voor 1/3 van de beoordeling voor dat beoordelingscriterium bleef gelden. Hiermee heeft de verwerende partij, volgens de verzoekende partij, zowel haar eigen opgelegde beoordelingscriteria als haar eigen beoordelingsmethodiek gedenatureerd.

Volgens de verzoekende partij vermag de eis te worden uitgebreid bij wijze van een nieuw middel, wanneer de grief redelijkerwijze niet eerder kon worden ontwikkeld, wat te dezen het geval is, aangezien pas voor het eerst in de memorie van antwoord de werkelijke reden voor de stopzetting wordt benoemd.

44. In de laatste memorie herhaalt de verzoekende partij dat de verwerende partij niet plots perceel 1 primordiaal mocht achten, zoals blijkt uit haar memorie van antwoord, zonder miskenning van de twee beoordelingscriteria en hun wegingsfactoren. Zij merkt ten slotte nog op dat zij dergelijke grief zoals geformuleerd in de memorie van wederantwoord, “pas na kennisname van de tot dan toe onthouden gegevens van het administratief dossier inzake de denaturatie van de beoordelingscriteria, wegingsfactoren en beoordelingsmethodiek” kon formuleren.

Beoordeling

45. Het nieuw middel is gesteund op de omstandigheid dat de werkelijke reden voor de stopzetting voor het eerst in de memorie van antwoord zou zijn verduidelijkt.

Deze beweerdelijk nieuwe motieven die de verzoekende partij ontwaart in het verweer van de verwerende partij, zijn – zoals de verzoekende partij overigens zelf stelt – niet uitdrukkelijk geformuleerd in de bestreden beslissing.

Uit de beoordeling van de voorgaande middelen is gebleken dat de bestreden stopzettingsbeslissing is gesteund op in feite en in rechte deugdelijke motieven. De verzoekende partij toont niet aan dat uit de overweging, in de memorie van antwoord, dat allicht enkel perceel 1 op korte termijn zal kunnen worden ontwikkeld, wat volgens haar “mede bijgedragen heeft tot de beslissing om de bevragingsprocedure stop te zetten”, moet worden afgeleid dat de verwerende partij haar beoordelingsmethodiek of de beoordelingscriteria zou hebben gewijzigd.

46. Het nieuw middel is ontvankelijk, minstens ongegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 450 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Pierre Barra,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest