

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 250.704 van 27 mei 2021
in de zaak A. 233.523/XII-9079**

In zake: de BV DTMS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pieter Jongbloet
kantoor houdend te 3010 Leuven
Oude Diestsesteenweg 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ASSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Albert
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolvengracht 38, bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de BV SWALDO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2600 Antwerpen-Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. Sabine APPELMANS
3. Jessie DEVROYE
4. Michael BONNEWIJN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 2221 Heist-op-den-Berg
Dorpsstraat 91
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 26 april 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Asse dd. 29 maart 2021, houdende verlening van een recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite aan de kandidaat met de meest voordelige regelmatige offerte, rekening houdende met de in het bestek vermelde gunningscriteria, nl. Sabine Appelmans, Michaël Bonnewijn en Jessie Devroye, en houdende besluit tot het afsluiten van een authentieke akte recht van erfpacht met een op te richten vennootschap, bestaande uit de in artikel 2 vermelde personen”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van 6 mei 2021 hebben enerzijds de bv Swaldo en anderzijds Sabine Appelmans, Jessie Devroye en Michael Bonnewijn gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 18 mei 2021, om 10.30 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Jongbloet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Albert, die verschijnt voor de verwerende partij, advocaat Lisa Van Besouw, die *loco* advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters verschijnt voor de eerste tussenkomende partij, en advocaat Konstantijn Roelandt, die verschijnt voor de tweede, de derde en de vierde tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 gemeenteraad van de gemeente Asse beslist op 18 januari 2021 om een deel van de Asphaltcosite in erfpacht te geven.

Artikel 2 van het voormelde besluit luidt:

“Het in artikel 1 vermelde recht van erfpacht wordt verleend onder de volgende voorwaarden:

- Bestemming: aanleg & uitbating padelvelden, zowel indoor als outdoor, volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën; er dienen minstens zes padelvelden aangelegd te worden, alsook een clubhuis. De uitbating dient een aanvang te nemen uiterlijk in 2024.

- De bestemming kan niet gewijzigd worden tenzij mits voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de gemeente.
- Duur: 50 jaar
- Erfpachtvergoeding: min 2.400 euro per jaar (geïndexeerd).
- Alle belastingen, taksen, kosten, uitgaven die het voorwerp belasten of zullen belasten n.a.v. het bestaan, gebruik of exploitatie ervan, alsook alle kosten van nutsvoorzieningen zijn uitsluitend ten laste van de erfpachter.
- Alle onderhoud, herstellingen en vervangingen zijn ten laste van de erfpachter.
- Einde erfpacht: de gemeente wordt eigenaar van de door de erfpachter opgerichte constructies, van alle wijzigingen en verbeteringen, waarbij de prijs wordt betaald van de actuele waarde op het einde van de erfpacht. Dit geldt niet bij vroegtijdige beëindiging door ontbinding van de erfpachtovereenkomst wegens niet-nakoming ervan in hoofde van de erfpachter.
- Het recht van de erfpacht, alsook de uitbating kan niet worden overgedragen of vervreemd tenzij na voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de gemeente.
- De erfpachter verbindt er zich toe om in het kader van de uitbating van de padelvelden het Nederlandstalig karakter van de gemeente Asse te eerbiedigen en te bevorderen.
- De uitbating dient te gebeuren volgens de modaliteiten vermeld in de offerte van de erfpachter en het gunningsbesluit.”

3.2. Volgens dat besluit wordt de erfpachter gekozen met een “open en onvoorwaardelijke biedprocedure, die voldoende openbaar wordt gemaakt”.

De procedure tot het aanstellen van de erfpachter is onderworpen aan het bestek “Erfpacht padelvelden Asphaltcosite Asse”.

3.3. In het Bulletin der Aanbestedingen van 26 januari 2021 wordt de procedure bekendgemaakt als “Aankondiging van een opdracht”, “Uitnodiging tot indienen offerte - Aanstellen erfpachter padelvelden Asphaltcosite Asse - Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking”. Daarbij wordt het vakje “Diensten” aangevinkt en verwezen naar de CPV-code 70332200, die beheer van niet-residentieel vastgoed betreft.

3.4. De volgende drie gunningscriteria worden bepaald in het voormelde gemeenteraadsbesluit, in de aankondiging en in het bestek :

- 1) Geboden erfpachtvergoeding (10 punten);
- 2) Visie: voorgestelde aanpak van uitvoering/invulling erfpacht (40 punten) en
- 3) Maatschappelijk verantwoorde uitbating: de kandidaat dient aan te tonen hoe de uitbating in overeenstemming zal zijn met de door de gemeente Asse vastgestelde beleidsdoelstellingen en speerpunten. De kandidaat dient hierbij ook invulling te geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen (50 punten).

3.5. Achttien kandidaten dienen een dossier in waarvan er dertien regelmatig worden bevonden en beoordeeld worden aan de hand van de gunningscriteria.

In het verslag van nazicht worden de dertien regelmatige offertes gerangschikt in functie van de beoordeling van de gunningscriteria. De eerste vier gerangschikte zijn deze van:

- 1) Sabine Appelmans, Michael Bonnewijn en Jessie Devroye: 84,86 punten;
- 2) de bv Swaldo: 84,58 punten;
- 3) Valerie Claeys: 81,89 punten en

4) Gorik Vanderreken, Axel Plas, Machteld Plas & Marijke Bosteels: 80,89 punten.

3.6. Op 29 maart 2021 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse om het verslag van nazicht goed te keuren en het recht van erfpacht te verlenen aan Sabine Appelmans, Michael Bonnewijn en Jessie Devroye, waarbij de authentieke akte zal worden gesloten met een op te richten vennootschap tussen de voormelde drie personen.

Artikel 4 van dit besluit luidt :

“De in artikel 3 vermelde akte recht van erfpacht zal de voorwaarden bevatten, zoals bepaald in het gemeenteraadsbesluit van 18 januari 2021 (Padelvelden Asphaltcosite – modaliteiten verlenen recht van erfpacht). Het inschrijvingsdossier van de in artikel 2 vermelde personen zal aan de akte recht van erfpacht gehecht worden en er aldus integraal van deel uitmaken.”

Het verslag van nazicht wordt tot integraal deel verklaard van deze bestreden beslissing.

Bij e-mailbericht van 6 april 2021 wordt aan de verzoekende partij meegedeeld dat het recht van erfpacht wordt verleend aan een andere kandidaat. Bij dit e-mailbericht wordt de bestreden beslissing gevoegd met inbegrip van het verslag van nazicht. De beslissing wordt eveneens bij aangetekende brief van 13 april 2021 meegedeeld.

IV. Tussenkoms

4. Sabine Appelmans, Jessie Devroye en Michael Bonnewijn zijn de begunstigen van de bestreden beslissing. Zij hebben er manifest belang bij dat de vordering wordt afgewezen.

De bv Swaldo is de als tweede gerangschikte kandidaat en wenst de kritiek die de verzoekende partij richt tegen de beoordeling van haar offerte te

weerleggen. Bijgevolg moeten deze beide verzoeken tot tussenkomst worden ingewilligd.

V. Schorsingsvoorwaarden

5.1. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

5.2. De verzoekende partij dient de huidige vordering tot schorsing in bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Zij beroept zich daartoe in hoofddeorde op de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet). Krachtens artikel 15 van die wet is dan voor de schorsing het bewijs van spoedeisendheid niet vereist en zou de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de verplichte procedure zijn. Zij meent dat het sluiten van een overeenkomst waarbij de overheid een aan haar toebehorend goed in erfpacht geeft niet van de toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving is uitgesloten indien de oorzaak van de overeenkomst wel degelijk een werk, levering of dienst is ten behoeve van de overheid-erfpachtgever.

5.3. Uit het hiernavolgend onderzoek blijkt dat de middelen die door de verzoekende partij in haar verzoekschrift worden aangevoerd niet ernstig zijn. Aldus is in elk geval niet voldaan aan de voorwaarde om tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing te mogen besluiten, namelijk het voorhanden zijn van een ernstig middel dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden, voorwaarde gesteld in de beide voormelde procedureregelingen.

Bijgevolg is er geen noodzaak om te onderzoeken of de verzoekende partij zich met betrekking tot het voorliggende beroep tot schorsing terecht beroept op de rechtsbeschermingswet, dan wel of de verzoekende partij doet blijken van de vereiste uiterst dringende noodzakelijkheid zoals bedoeld in artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

VI. Onderzoek van de middelen

6. Voorafgaandelijk aan de uiteenzetting van haar eerste vier middelen merkt de verzoekende partij op dat zij er daarbij van uitgaat dat de overheidsopdrachtenregelgeving van toepassing is op de bestreden beslissing, niettegenstaande de andersluidende vermelding in het bestek.

Het is bijgevolg gepast om op de eerste plaats te onderzoeken of de litigieuze vastgoedtransactie al dan niet dient te worden gekwalificeerd als een overheidsopdracht.

A. De kwalificatie van de vastgoedtransactie

Standpunt van de verzoekende partij

7. Te dezen voert de verzoekende partij aan dat een beslissing tot toekenning van een zakelijk recht op een onroerend goed wel degelijk onder de toepassing valt van de overheidsopdrachtenwetgeving wanneer de overheid in verregaande mate haar wil oplegt aan de toekomstige houder van het zakelijk recht en daarbij eenzijdig vastlegt hoe het project moet worden ontwikkeld en veel verder gaat dan het onder de aandacht brengen van stedenbouwkundige of andere juridische perken die verbonden zijn aan het te ontwikkelen gebied. De verzoekende partij meent dat dit *in casu* ook het geval is.

Zij doet voorts gelden dat de opdracht van de gemeente Asse weliswaar kadert in de realisering van de bestemming in het RUP Asphaltco maar de oorzaak van de te sluiten overeenkomst gaat volgens de verzoekende partij verder aangezien er veel andere ontwikkelingen mogelijk zijn dan padelvelden. Verplicht wordt opgelegd dat een complex van padelvelden moet worden

aangelegd met zowel indoor- als outdoorterreinen met de verplichte bouw en exploitatie van een clubhuis en dit volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën. In de gunningscriteria wordt voorts uitdrukkelijk verwezen naar de vooropgestelde beleidsdoelstellingen en -speerpunten die in de exploitatie ter harte moeten worden genomen zodat de houder van het zakelijk recht zal moeten bijdragen aan de realisering van het gemeentelijk beleid op het vlak van het Vlaamse karakter, mobiliteit, integratie, inburgering en innovatie.

De aangeboden canon blijkt volgens de verzoekende partij bij de beoordeling van de offertes van minder belang zodat “de wijze waarop het zakelijk recht wordt ingevuld voor de gunnende overheid van onnoemelijk hoger belang is dan het louter financiële voordeel dat [de verwerende partij] als louter contracterende overheid uit de erfpacht puurt”. Zij benadrukt ten slotte dat de eenzijdig opgelegde randvoorwaarden aldus veel verder gaan dan de conformiteit aan de geldende bestemmings- en inrichtingsvoorschriften via de welke de gemeente haar beleidsdoelstellingen wenst te realiseren.

Beoordeling

8. In beginsel is de overheidsopdrachtenregelgeving niet van toepassing op de toekenning van een zakelijk recht zoals te dezen het verlenen aan private personen van een recht van erfpacht op een onroerend goed dat toebehoort aan de overheid. Het betreft dan in beginsel immers geen opdracht voor het uitvoeren van werken, leveringen of diensten ten behoeve van de overheid.

9. De verwerende partij heeft te dezen bij de keuze van de erfpachter de overheidsopdrachtenregelgeving ook niet willen toepassen, zoals zij uitdrukkelijk aldus aangaf in het bestek met betrekking tot de openbiedprocedure:

“De inschrijver wordt er op gewezen dat de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is.”

10. De scheidingslijn tussen een vastgoedtransactie die de overdracht of de vestiging van een zakelijk recht met zich meebrengt, en een overheidsopdracht of een concessie is echter niet meteen eenvoudig te trekken. Het

onderzoek van de betrokken kwalificatie brengt met zich mee dat de concrete gegevens van de zaak moeten worden onderzocht vanuit en afgezet tegenover verscheidene aanknopingspunten in de regelgeving en rechtspraak.

Van een verzoekende partij die in een dergelijke context van de Raad van State verlangt dat deze zich in het kader van het snelle onderzoek waartoe een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid noopt, zich buigt over een dergelijke herkwalificatie van een vastgoedtransactie, mag dus worden verwacht dat zij met een voldoende helderheid de aanknopingspunten uiteenzet op grond waarvan een minstens voorlopige herkwalificatie van de vastgoedtransactie zich noodzaakt.

De aanwending van de procedure van uiterst dringende noodzakelijkheid, die uitzonderlijk is, beperkt de uitoefening van de rechten van verdediging en het onderzoek van de zaak tot een strikt minimum. Daaruit volgt dat in een dergelijke procedure de beoordeling van de vordering en de eventuele schorsing enkel kunnen steunen op wat duidelijk op het eerste gezicht blijkt uit de processtukken en het administratief dossier.

11. Overeenkomstig artikel 2, 17°, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ wordt onder een overheidsopdracht verstaan: de overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten.

De partijen betwisten niet dat de verwerende partij een aanbestedende overheid is in de zin van de voormelde wet en dat er een schriftelijke overeenkomst zal worden gesloten.

De verwerende partij lijkt evenwel geen vergoeding, weze het pecuniair, weze het in natura, toe te kennen aan de gekozen erfpachter voor de aanleg en de uitbating van de padelvelden en het clubhuis.

Bovendien, indien er al sprake zou zijn van een uitvoering van werken of diensten ten behoeve van de verwerende partij, moet in ieder geval worden vastgesteld dat het exploitatierisico ervan volledig bij de gekozen erfpachter lijkt te liggen.

De verwerende partij kent weliswaar een gebruiksrecht toe op de grond waarop de padelvelden zullen komen en het clubhuis zal worden opgericht, maar hiertegenover staat dat de gekozen erfpachter hiervoor een jaarlijkse erfpachtvergoeding betaalt.

12. De verzoekende partij lijkt nergens uitdrukkelijk te verklaren of de voorliggende transactie volgens haar als een overheidsopdracht voor werken dan wel voor diensten moet worden beschouwd. Uit de verwijzingen die de verzoekende partij zelf opneemt in haar verzoekschrift naar rechtsleer en rechtspraak lijkt te mogen worden afgeleid dat zij van oordeel is dat de voorliggende transactie moet worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken.

In artikel 2, 18°, van de voormelde wet wordt een overheidsopdracht voor werken omschreven als de overheidsopdracht die betrekking heeft op een van de volgende voorwerpen:

- “a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I bedoelde werkzaamheden;
- b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk;
- c) het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk.”

Een werk is daarbij, volgens de omschrijving in artikel 2, 19°, van dezelfde wet, “het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”. De partijen lijken niet te betwisten dat de aanleg van de padelvelden en het clubhuis met betrekking tot de aard van de werken in die omschrijving zouden kunnen worden ingepast.

De discussie lijkt dan ook beperkt tot de vraag of en in welke mate de overeenkomst betrekking heeft op de uitvoering van dergelijke werken ten behoeve van de verwerende partij.

13.1. De verwerende partij is van oordeel dat er geen sprake van is dat zij werken laat uitvoeren die voldoen aan specifieke door de aanbestedende dienst gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn. De verzoekende partij daarentegen lijkt te menen dat de vereisten die door de verwerende partij aan de inschrijvers worden opgelegd omtrent de uit te voeren werken voldoende zijn om te oordelen dat de verwerende partij de gekozen erfpachter belast met de uitvoering van werken.

13.2. Een essentieel gegeven om een vastgoedconstructie als de voorliggende te mogen kwalificeren als een overeenkomst voor de uitvoering van werken in de zin van de overheidsopdrachtenregelgeving lijkt de vereiste, dat de werken voldoen aan de behoeften en nauwkeurig door de aanbestedende dienst omschreven eisen, dat blijkt dat deze een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk en er in hoofde van de ondernemer een juridisch afdwingbare verplichting bestaat om de werken op die door de aanbestedende dienst bepaalde manier uit te voeren.

14. De door de verwerende partij in deze zaak opgelegde vereisten lijken eerder beperkt, hoewel ze specifiek het voorwerp van de werken vastleggen, namelijk de aanleg van minstens zes padelvelden en de oprichting van een clubhuis.

De verzoekende partij voert aan dat deze verplichte ontwikkeling verder lijkt te gaan dan de loutere bevoegdheid van de verwerende partij inzake ruimtelijke ordening en de bestemming als zone voor openbaar nut en recreatie die zij in het ruimtelijk uitvoeringsplan aan de site Asphaltco in het kader van die bevoegdheid geeft.

De verwerende partij stelt echter geen nadere vereisten voor de oprichting van het clubhuis en de aanleg van de velden dient enkel te gebeuren “volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën”.

Het gegeven dat de verwerende partij bij de beoordeling van de ontwerpen aan de hand van het tweede gunningscriterium rekening heeft gehouden met de visie en de voorgestelde aanpak en invulling van de erfpacht waarbij deze geenszins nader werden omschreven in het bestek, lijkt niet van aard erop te wijzen dat de werken dienen te worden uitgevoerd conform door de verwerende partij vastgestelde eisen. Zulks lijkt eerder aan te geven dat de werken worden uitgevoerd volgens de door de inschrijver aan zichzelf opgelegde eisen waarmee het bestuur is akkoord gegaan. Er blijkt ook niet dat de plannen van de gekozen erfpachter nog nader werden aangepast in functie van onderhandelingen met de verwerende partij.

Daarnaast dient te worden vastgesteld dat er weinig aanwijzingen zijn waaruit zou blijken dat de verwerende partij de eindverantwoordelijkheid wenst te behouden wat de aanleg en de exploitatie van het padelcomplex betreft. Met de verwerende partij dient integendeel te worden vastgesteld dat de verwerende partij zich geen controle van de werken heeft voorbehouden.

Ook met betrekking tot de latere uitbating lijken de opgelegde vereisten eerder beperkt en worden er geen vereisten opgelegd met betrekking tot bijvoorbeeld de te hanteren tarieven, toegang voor inwoners van de gemeente, openingsuren van de club, noch is er in enig controlemechanisme voorzien voor de verwerende partij op de uitbating. De erfpachter dient volgens het bestek wel mee invulling te geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Daarnaast werden de inschrijvers beoordeeld op de mate waarin hun project in overeenstemming is met de beleidsdoelstellingen en -speerpunten van de gemeente zoals bekendgemaakt op de website van de gemeente en dient de erfpachter het Nederlandstalig karakter van de gemeente te eerbiedigen en te bevorderen. De vraag is of deze randvoorwaarden verder gaan dan wat de gemeente bijvoorbeeld ook bij een domeinconcessie zou opleggen.

Betreffende de afdwingbaarheid van de uitvoering van de werken moet worden vastgesteld dat zowel in de gemeenteraadsbeslissing van 18 januari 2021 als in het bestek, waarvan de inschrijver volgens het bestek door de indiening van zijn offerte onvoorwaardelijk de inhoud heeft aanvaard, werd

bepaald dat de uitbating uiterlijk een aanvang dient te nemen in 2024 zodat de werken dan lijken te moeten zijn uitgevoerd. Met de verwerende partij moet echter worden vastgesteld dat er in het bestek geen sancties zijn bepaald.

15. Op grond van het voorgaande blijkt *prima facie* niet dat de verzoekende partij meteen aannemelijk maakt dat de in het geding zijnde procedure voor de toekenning van een recht van erfpacht dient te worden geherkwalificeerd als een procedure voor de plaatsing van een overheidsopdracht. Aangezien de verzoekende partij in haar verzoekschrift aangeeft dat zij de eerste vier middelen aanvoert in de veronderstelling dat de voorliggende vastgoedconstructie als een overheidsopdracht moet worden beschouwd, volstaat deze vaststelling om de eerste vier middelen in het kader van een uiterst dringende procedure te verwerpen als niet ernstig.

B. Vijfde middel

Uiteenzetting van het middel

16. In een vijfde middel voert de verzoekende partij de schending aan van het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel als algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’.

Zij acht deze bepalingen en beginselen geschonden:

“Doordat, middels het bestreden besluit wordt besloten de gekozen kandidaat een opdracht te gunnen voor de bouw en exploitatie van een padelveldencomplex op een terrein eigendom van de tegenpartij, die volgens de bestemmingsvoorschriften van het voor dit terrein toepasselijke RUP Asphaltco bestemd zijn als zone voor openbaar nut en recreatie, En doordat de keuze van de kandidaat aan wie deze opdracht wordt verleend, door de gemeente is gebeurd op basis van publieke oproep tot het insturen van kandidaturen, waarbij werd aangekondigd dat de opdracht zou worden toegewezen aan de hand van een aantal criteria, waaronder ‘visie – voorgestelde aanpak’ en ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ die echter in de publieke oproep helemaal niet worden gespecificeerd en opzettelijk erg vaag en algemeen werden gehouden en die de tegenpartij perfect de gelegenheid bieden om onafgezien van het aantal en de aard van

de ingediende offertes de opdracht toe te wijzen aan de kandidaat aan wie zij de opdracht ab initio wenste toe te wijzen,

En doordat, het bestreden besluit, waarbij de opdracht aan de gekozen kandidaat werd toegewezen erg weinig concreet, tegenstrijdig en partijdig is gemotiveerd door sommige offertes als vaag en algemeen te betitelen terwijl uit [haar] offerte [...] helemaal geen vaagheid en algemeenheid blijkt, het verantwoorden van positieve beoordelingen gebeurt aan de hand van elementen die niet als gunningscriteria worden opgegeven (deelname bekende persoonlijkheden, ondersteuning van de lokale economie) en niet verifieerbare motieven (al dan niet veel extra's bij het clubhuis),
[...]

Terwijl [...] de overheid die de gunningscriteria voor een te begeven opdracht uitschrijft dit [moet] doe[n] op een wijze dat de ingeschreven kandidaten een gelijke kans hebben de opdracht toebedeeld te krijgen in die zin dat deze criteria de mogelijkheid waarborgen op daadwerkelijke mededinging

En terwijl, in toepassing van het gelijkheidsbeginsel daarom deze gunningscriteria vergezeld moeten gaan van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen in welke mate de offertes aan de gunningscriteria voldoen,
[...]

En terwijl [de] formele motiveringsplicht inhoudt dat de betrokkene uit de motivering van het gunningsbesluit kan opmaken om welke concrete, precieze en met de opgegeven gunningscriteria verband houdende motieven de gunnende overheid de te begeven opdracht aan de gekozen kandidaten toeweest,

En terwijl, ter verantwoording van de gunning van de te begeven opdracht aan de gekozen kandidaat in het bestreden besluit motieven worden gehanteerd, zoals de ondersteuning die de ingestuurde offerte biedt voor de lokale economie, de deelname aan de toekomstige exploitatie van een bekende sportpersoonlijkheid, en het voorzien van extra's met betrekking tot het clubhuis, die geen enkel verband houden met de in de uitgeschreven opdracht opgegeven gunningscriteria,

En terwijl, ter verantwoording van de lage quotering die [de verzoekende partij] werd gegeven op het gunningscriterium 'maatschappelijk verantwoorde uitbating' wordt gesteld dat [haar] offerte [...] voor wat betreft dit criterium 'soms vaag en weinig concreet blijft' zonder precies aan te duiden op welke precieze punten naar het oordeel van de gunnende overheid de offerte van beroeper voor dit gunningscriterium 'vaag en algemeen' is gebleven,

En terwijl, ter verantwoording van de maximumscore die de gekozen kandidaat voor het gunningscriterium 'maatschappelijk verantwoorde uitbating' stelt dat er in de offerte veel aandacht wordt besteed aan specifieke doelgroepen, sociale cohesie en specifieke doelgroepen, zonder dat in de motivering de vaagheid en het gebrek aan concrete invulling wordt vastgesteld, niettegenstaande dat uit deze offerte blijkt dat deze met betrekking tot integratie enkel stelt dat de gekozen kandidaat 'bereid is om

te participeren' in integratiebevorderende initiatieven, 'bereid is te overleggen' met het OCMW om 1 persoon aan te werven in het kader van arbeidstraject begeleiding, dat men 'graag in dialoog gaat' met geïnteresseerde organisaties om een initiatief uit te werken gelijkaardig aan 'In Asse gekruid' waarmee klaarblijkelijk wordt verwezen naar een niet nader gespecificeerd programma op Ring-TV, men 'alles in het werk zal stellen' om een inclusieve club te zijn, waarvoor men zich 'heeft ingeschreven in een cursus', men met betrekking tot inburgering stelt 'contact te zullen opnemen' met het sociaal huis om een initiatief met het oog op inburgering verder uit te werken. En men met betrekking tot senioren stelt dat de gemeentelijke sportdienst en de seniorenwandelclubs 'welkom zijn' het clubhuis te gebruiken als 'uitvalsbasis voor de wandelingen',

En terwijl, niet anders kan worden vastgesteld dat niet de offerte van [de verzoekende partij] maar wel de offerte van de gekozen kandidaat in vaagheid en algemeenheid uitblinkt,,

En terwijl, rekening houdende hiermee niet opgaat de lage score die [de verzoekende partij] wordt toebedeeld met betrekking tot maatschappelijk verantwoorde exploitatie (onder meer) [te] motiveren onder verwijzing naar de (soms) vage en weinig concrete invulling van dit gunningscriterium, en de vage en weinig concrete invulling die de gekozen kandidaat aan dit gunningscriterium heeft verleend niet bij de beoordeling te vermelden, teneinde de maximumscore die deze kandidaat voor dit criterium werd verleend te kunnen verantwoorden."

Beoordeling

17. In dit middel voert de verzoekende partij diverse kritieken aan, die zijzelf niet meteen duidelijk van elkaar onderscheidt.

18.1. De eerste kritiek, die als een eerste onderdeel zou kunnen worden beschouwd, heeft betrekking op de criteria die in het bestek werden aangekondigd op grond waarvan de erfpachter zou worden gekozen. Het criterium "visie" en het criterium "maatschappelijk verantwoorde uitbating" zouden in de publieke oproep niet worden gespecificeerd en zouden opzettelijk vaag en algemeen worden gehouden zodat de verwerende partij de opdracht zou kunnen gunnen aan wie ze *ab initio* verkoos.

18.2. Op de eerste plaats moet worden opgemerkt dat de verzoekende partij voorafgaand aan het indienen van haar kandidatuur geen enkele opmerking maakte omtrent de vaagheid van de criteria in het bestek. Deze criteria lijken haar

dus niet te hebben verhinderd om te begrijpen wat van haar werd verwacht bij het opstellen van haar kandidatuur en welke elementen zij daarin bijgevolg diende toe te lichten op grond waarvan haar project beoordeeld zou worden.

Voorts maakt de verzoekende partij niet aannemelijk dat de door de verwerende partij bekendgemaakte en gehanteerde criteria voor de keuze van de erfpachter aanleiding zouden hebben gegeven tot een ongelijke behandeling van de kandidaten. Met het tweede criterium “visie” werd aan de kandidaten de ruimte gegeven om een eigen creatieve invulling te geven aan het padelcomplex. Bij de beoordeling werd vervolgens rekening gehouden met onder meer het aantal padelvelden waarin wordt voorzien, hoe deze worden ingeplant, of de best beschikbare technieken worden toegepast, de visuele en functionele aspecten van het clubhuis en de gebruikte materialen. Hierbij dient te moeten in rekening worden gebracht dat het te dezen geen gunning van een overheidsopdracht lijkt te betreffen maar het verlenen van een erfpacht waarbij de gemeente kiest voor het ontwerp dat haar het meest aanspreekt qua kwalitatieve invulling zonder dat zij zeer gedetailleerde eisen wenste op te leggen. Het loutere feit dat daarbij een zeer ruime vrijheid werd gegeven aan de kandidaten toont op zich niet aan dat de offertes hieromtrent niet objectief met elkaar werden vergeleken of dat bij de keuze van de kandidaat het principe van de gelijke behandeling niet zou zijn gerespecteerd. De verzoekende partij toont niet *in concreto* aan dat er bij de beoordeling in functie van de visie met bepaalde elementen op ongelijke wijze werd omgegaan bij de diverse kandidaatstellingen of dat er geen redelijke verantwoording kan worden gegeven voor elementen die bij de beoordeling positief werden gewaardeerd. Het door de verzoekende partij gesuggereerde favoritisme lijkt dan ook niet aangetoond.

Met betrekking tot het derde criterium “maatschappelijk verantwoorde uitbating” werd in het bestek uitdrukkelijk verwezen naar de beleidsdoelstellingen en -speerpunten van de gemeente zoals die werden bekendgemaakt op de website van de gemeente en werd aangegeven dat de kandidaten hierbij ook invulling dienden te geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen. De beleidsdoelstellingen en beleidsspeerpunten betreffen volgens de website van de gemeente “Koning Fiets” (het vooropstellen van zwakke weggebruikers) – “Uiteraard Vlaams” (het

aanmoedigen van het gebruik van het Nederlands) – “Samen Sterker” (aandacht voor wie extra zorg nodig heeft, vrijwilligersbeleid,) – “Klasse van Asse” (betrekken van de lokale economie) – “Echt Slim” (aandacht voor digitalisering), “duurzaamheid en energiebesparende maatregelen”, “groen en milieu”, “afvalbeleid en netheid”, “veiligheid en hartveilig (AED)”, “samen inburgeren”, “integratie”, “diversiteit en gelijke kansen”, “sociale cohesie en het bevorderen gemeenschapsleven”, “integraal ouderenbeleid”, “ouder-kinderactiviteiten”, “sportpromotie en evenementen”, “lokale economie”, “Fair Trade”, “gezondheid”, “talent”, “kindvriendelijk”, “kenbaar maken aanbod”. Deze beoordelingselementen werden dus op transparante wijze meegedeeld aan de kandidaten en op het eerste gezicht werd beoordeeld in welke mate deze elementen aan bod kwamen in de ingediende kandidaatsstellingen. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat het zorgvuldigheidsbeginsel of het gelijkheidsbeginsel werden geschonden door de wijze waarop de beoordelingselementen aan de kandidaten werden kenbaar gemaakt en gehanteerd bij de beoordeling.

19.1. Een tweede kritiek, die als een tweede onderdeel van het middel kan worden beschouwd, heeft betrekking op de beoordeling van de offerte van de verzoekende partij waarbij de verwerende partij ten onrechte zou hebben geoordeeld dat haar offerte vaag en algemeen was. Daarnaast zouden voor andere offertes dan weer beoordelingselementen betrokken zijn die geen enkel verband houden met de opgegeven gunningscriteria zoals de deelname van bekende persoonlijkheden en de ondersteuning van de lokale economie of die niet verifieerbaar zijn zoals al dan niet veel extra's bij het clubhuis.

19.2. Op de eerste plaats moet daarbij worden opgemerkt dat de verzoekende partij weliswaar aanvoert dat in de bestreden beslissing ten onrechte zou worden geoordeeld dat haar offerte vaag en algemeen was met betrekking tot de beleidsdoelstellingen en beleidsspeerpunten maar zij weerlegt deze kritiek op geen enkele wijze aan de hand van concrete elementen uit haar offerte. Uit haar offerte blijkt integendeel en op het eerste gezicht niet apert dat de verzoekende partij een uitgebreide toelichting omtrent de elementen van maatschappelijk verantwoorde uitbating in haar offerte zou hebben opgenomen. Minstens lijkt de toelichting van de gekozen erfpachter van de beleidsdoelstellingen en beleidsspeerpunten van de gemeente in zijn offerte op het eerste gezicht

uitgebreider uitgewerkt. Niettegenstaande de verzoekende partij in haar verzoekschrift beweert dat de invulling die de gekozen erfpachter hieraan geeft niet concreet zou zijn, somt zij zelf een heel aantal initiatieven op uit diens offerte die alvast op het eerste gezicht veel concreter zijn dan de vrij summiere opsomming van acties die de verzoekende partij zelf in haar offerte opnam. De verzoekende partij geeft echter geen enkele toelichting welke acties zij dan zelf concreet heeft voorgesteld in haar offerte en deze springen bij een eerste prima-facielezing van haar offerte in ieder geval ook niet onmiddellijk in het oog.

Voorts werd in het verslag van nazicht bij de beoordeling van het derde gunningscriterium “maatschappelijk verantwoorde uitbating” onder meer de ondersteuning van de lokale economie en de betrokkenheid van een bekende Vlaming bij het project, mee in aanmerking genomen voor een positieve beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijver.

De verzoekende partij kan in dat verband *prima facie* niet worden bijgevalen waar zij stelt dat de aandacht voor de lokale economie geen beoordelingselement mag zijn dat kan worden betrokken op de in de uitgeschreven opdracht opgegeven gunningscriteria.

Het voormelde derde criterium, zoals blijkt uit de omschrijving ervan in het bestek, verlangt immers van de kandidaten dat zij een maatschappelijk verantwoorde uitbating voorstellen en dat de uitbating in overeenstemming zal zijn met de door de gemeente Asse vastgestelde beleidsdoelstellingen en -speerpunten, waaronder ‘Klasse van Asse’ (betrekken van de lokale economie). Zo hebben diverse inschrijvers in hun offerte aandacht voor bijvoorbeeld lokale leveranciers.

Aangaande de betrokkenheid van een bekende Vlaming bij het project, welk element onder meer bij de offerte van de gekozen erfpachter als een positief beoordelingselement werd beschouwd, wijst de verwerende partij er op het eerste gezicht terecht op dat in het bestek onder meer werd gevraagd om aandacht te hebben voor de sportdoelstelling van de gemeente om zoveel mogelijk inwoners aan het sporten te krijgen. Dat de verwerende partij in het kader daarvan de betrokkenheid van bekende figuren bij de beoordeling van de offertes betrok en als een positief element waardeerde, lijkt niet in strijd met de in het bestek

aangekondigde gunningscriteria en beoordelingselementen. Zo werd voor de offerte van de gekozen erfpachter de specifieke communicatie jegens ouderen die via Sabine Appelmans zal worden gevoerd en het feit dat zij geniet van een (inter)nationaal netwerk en zo Asse op de “padelkaart” kan zetten positief beoordeeld. De verwerende partij lijkt daarbij terecht te hebben mogen veronderstellen dat de betrokkenheid van bekende sportpersoonlijkheden binnen padel ertoe kan leiden dat meer mensen de sport wensen te beoefenen en aldus een gunstige invloed kan hebben op de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Dit element van betrokkenheid van bekende sporters werd ook bij enkele andere kandidaturen waarbij bekende sporters betrokken waren positief geëvalueerd.

Betreffende de extra's met betrekking tot het clubhuis die bij de offerte van de gekozen erfpachter positief werden beoordeeld, meent de verzoekende partij dat deze niet verifieerbaar zouden zijn en geen verband zouden houden met de voor de opdracht opgegeven gunningscriteria. Het lijkt nochtans evident dat de verwerende partij bij de beoordeling van een criterium als de visie omtrent de aanleg van de padelvelden en het clubhuis rekening mag houden met bijkomende faciliteiten die door de kandidaten in hun ontwerp worden opgenomen met betrekking tot het clubhuis, zoals onder meer extra speelzones en faciliteiten om sportmatchen te volgen. Hiervan wordt ook melding gemaakt in het gunningsverslag zodat niet valt in te zien wat de verzoekende partij bedoelt met haar opmerking dat het om niet verifieerbare motieven zou gaan.

20. Het vijfde middel is niet ernstig.

VII. Besluit

21. Geen van de middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid dient dan ook te worden verworpen.

BESLISSING

1. De verzoeken tot tussenkomst van de bv Swaldo en van Sabine Appelmans, Jessie Devroye en Michael Bonnewijn tot tussenkomst worden ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest