

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 252.073 van 9 november 2021  
in de zaken A. 233.709/XII-9088 (I)  
A. 234.185/XII-9117 (II)**

In zake: I. + II.  
de BV SWALDO  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten Joris Wouters en Christophe Lenders  
kantoor houdend te 2600 Antwerpen  
Borsbeeksebrug 36,  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

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

---

*I. Voorwerp van de vordering*

1. In de zaak A. 233.709 strekt de vordering, ingesteld op 21 mei 2021, tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse van 29 maart 2021 om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan Sabine Appelmans, Michael Bonnewijn en Jessie Devroye, en niet aan de bv Swaldo, en om de authentieke akte van het recht van erfpacht te sluiten met een op te richten vennootschap bestaande uit de voormelde drie personen.

In de zaak A. 234.185 strekt de vordering, ingesteld op 28 juli 2021, tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Asse van 21 juni 2021 om het recht van erfpacht

‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan Sabine Appelmans, Michael Bonnewijn en Jessie Devroye en niet aan de bv Swaldo, en om de authentieke akte van het recht van erfpacht te sluiten met een op te richten vennootschap bestaande uit de voormelde drie personen.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

2. De verwerende partij heeft in beide zaken een nota ingediend.

Eerste auditeur Ines Martens heeft in beide zaken een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 oktober 2021.

Staatsraad Patricia De Somere heeft in beide zaken verslag uitgebracht.

Advocaat Joris Wouters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Sofie Albert, die verschijnt voor de verwerende 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.

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”.

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)
- 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 (voor meer info hierover: <https://www.asse.be/bbc>). 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 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 vijf 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;
- 4) Gorik Vanderreken, Axel Plas, Machteld Plas & Marijke Bosteels: 80,89 punten;
- 5) de bv DTMS: 65,87 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 ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan Sabine Appelmans, Michael Bonnewijn en Jessie Devroye, waarbij de authentieke akte zal worden gesloten met een op te richten vennootschap bestaande uit de voormelde drie personen.

Dat is de bestreden gunningsbeslissing in de zaak A. 233.709.

3.7. De derde respectievelijk de vijfde gerangschikte inschrijver dienen tegen dezelfde beslissing een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid in bij de Raad van State. Het verzoek tot tussenkomst van huidige verzoekster in die zaken wordt ingewilligd. Beide vorderingen tot schorsing worden verworpen bij arresten van 21 mei 2021, nrs. 250.653 en 250.704.

3.8. Naar aanleiding van een klacht bij de toezichthoudende overheid, ingediend door een niet gekozen deelnemer aan de plaatsingsprocedure, deelt de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant bij brief van 28 mei 2021 aan de verwerende partij mee dat krachtens artikel 41, tweede lid, 11°, van het Vlaamse decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ niet het college van burgemeester en schepenen bevoegd is voor de gunning van de erfpacht maar wel de gemeenteraad.

Op 21 juni 2021 beslist de gemeenteraad van de gemeente Asse om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ 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.

Dat is de bestreden gunningsbeslissing in de zaak A. 234.185.

#### *IV. Samenvoeging*

4.1. Verzoekster heeft twee gelijkaardige vorderingen tot schorsing van de tenuitvoerlegging ingediend tegen twee beslissingen met een zelfde inhoud doch in eerste instantie genomen door het college van burgemeester en schepenen, en nadien door de gemeenteraad van de gemeente Asse. De verwerende partij stelt ter zitting uitdrukkelijk dat zij de eerste beslissing handhaaft.

4.2. Met het oog op een goede rechtsbedeling worden de twee zaken samengevoegd.

#### *V. Schorsingsvoorwaarden*

5. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

#### *VI. Spoedeisendheid*

##### *Standpunt van verzoekster*

6. Na een algemeen betoog zet verzoekster in beide zaken het volgende uiteen wat de voorwaarde van de spoedeisendheid betreft:

“In deze is de vereiste spoedeisendheid zonder meer voorhanden. Verzoekende partij nam deel aan de openbare biedingsprocedure georganiseerd door verwerende partij. Deze gunningsprocedure die resulteerde in het toekennen van de erfpacht aan de Begunstigde is evenwel behept met onwettigheden. Gelet op het feit dat verzoekende partij ten onrechte als tweede gerangschikte werd en de Begunstigde niet

de meest voordelige bieding heeft ingediend, is verzoekende partij gerechtigd de Opdracht toegekend te krijgen en uit te voeren. Door de bestreden beslissing wordt dit onmogelijk gemaakt.

Nu er geen wachttermijn geldt zoals bij de wetgeving Overheidsopdrachten, kan verwerende partij onmiddellijk overgaan tot het verlijden van de authentieke erfpachtake met de Begunstigde. Eens de authentieke akte is gesloten, zal verzoekende partij op geen enkele manier nog in aanmerking kunnen komen voor het aangaan van de erfpacht op de Asphaltcosite en in de mogelijkheid worden gesteld om de door haar beoogde padelvelden (zie de offerte van verzoekende partij) uit te baten en dit gedurende een periode van 50 jaar. Uiteraard heeft dit alles onherroepelijke schadelijke gevolgen voor verzoekende partij. De kans om een interessante uitbating van padelvelden [aan] te gaan, wordt haar definitief ontnomen (waarbij er vanuit moet worden gegaan dat er slechts over 50 jaar een nieuwe kans zal komen en de Asphaltcosite op dat ogenblik niet meer in dezelfde toestand zal verkeren zoals op heden het geval is en waardoor verzoekende partij haar aangeboden ontwerp niet meer zal kunnen realiseren). [Een vernietiging van de bestreden beslissing die gebeurlijk tussenkomt nadat de erfpachtake is gesloten, laat deze erfpachtake in principe onverlet.]

Een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing zal voor verzoekende partij enkel nog morele genoegdoening bieden, maar zal niet kunnen voorkomen dat verzoekende partij voor een voldongen feit wordt geplaatst van een authentieke akte die wordt verleden waardoor verzoekende partij definitief buiten spel wordt gezet om zelf nog de erfpacht aan te gaan voor een periode van 50 jaar en de padelvelden op de Asphaltcosite uit te baten. Dan staat het derhalve vast dat verzoekende partij onomkeerbaar haar kans op uitvoering/uitbating verliest. Indien enkel een vernietiging zou tussenkomen, waarbij rekening moet gehouden worden met de duur van de annulatieprocedure, kan verwerende partij alsnog zonder meer overgaan tot het verlijden van de authentieke akte van het recht van erfpacht [waarbij er geen mogelijkheden zijn om de uitvoering van deze overeenkomst nog te verhinderen].

Een spoedige oplossing dringt zich op. De onwettige toestand dient zo snel mogelijk te worden stopgezet.

[...]

Verzoekende partij maakt meer dan aannemelijk dat tijdens de duur van een annulatieprocedure onherroepelijke schadelijke gevolgen tot stand zullen komen die slechts kunnen worden vermeden door de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing. Dit onomkeerbaar nadeel rechtvaardigt dan ook dat verzoekende partij uw Raad bij spoedeisendheid om de schorsing van de bestreden beslissing vraagt. [Het feit dat verzoekende partij later desgevallend nog een schadevergoeding zou kunnen bekomen, doet geen afbreuk aan de spoedeisendheid. Verzoekende partij heeft deelgenomen aan de mededingingsprocedure om daadwerkelijk tot uitbating te kunnen overgaan voor een periode van 50 jaar en niet om een schadevergoeding te bekomen. Het is dan ook deze mogelijkheid tot uitbating die verzoekende partij nastreeft en die enkel gevrijwaard kan worden door een schorsing van de bestreden beslissing.]”

Verzoekster benadrukt voorts nog dat de verwerende partij zo snel als mogelijk zal overgaan tot het verlijden van de akte, wat zij afleidt uit een aantal feiten. Ter zitting legt zij een beschikking van 29 september 2021 van de kortgeding kamer van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel neer, waarbij de verwerende partij, op vordering van verzoekster, wordt verboden om verdere uitvoering te geven aan de thans bestreden beslissingen en de authentieke akte van erfpacht te verlijden tot op het ogenblik dat de Raad van State zich heeft uitgesproken over de huidige vorderingen tot schorsing.

### *Beoordeling*

7. Verzoekster betwist niet dat te dezen noch de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’, noch de wet van 17 juni 2016 ‘inzake de concessieovereenkomsten’ van toepassing is, en zij bijgevolg evenmin een beroep kan doen 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), in het bijzonder op artikel 15 ervan krachtens hetwelk de Raad van State de uitvoering van een gunningsbeslissing (weliswaar bij dringende noodzakelijkheid) kan schorsen “zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist”.

Bijgevolg zijn op de voorliggende vordering tot schorsing de gemeenrechtelijke schorsingsvoorwaarden van toepassing, zoals uiteengezet in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waaronder de voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring.

Overeenkomstig artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State moet het verzoekschrift “een uiteenzetting van de feiten [bevatten] die, volgens de indiener ervan, de spoedeisendheid verantwoorden die ter ondersteuning van dit verzoekschrift wordt ingeroepen”. Hetzelfde is te lezen in artikel 8, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 5 december 1991 ‘tot

bepaling van de rechtspleging in kort geding voor de Raad van State'. Dit houdt in dat het aan een verzoekende partij toekomt aan de zaak eigen, specifieke gegevens bij te brengen die *in concreto* aantonen dat de zaak spoedeisend is, gelet op de gevolgen van een - voortdurende - tenuitvoerlegging van het bestreden besluit.

De spoedeisendheid “zal worden vastgesteld wanneer de verzoeker het resultaat van [de] procedure [ten gronde] niet kan afwachten om zijn beslissing te verkrijgen, op straffe zich in een toestand te bevinden met onherroepelijke schadelijke gevolgen” (memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 januari 2014 ‘houdende hervorming van de bevoegdheid, de procedureregeling en de organisatie van de Raad van State’, *Parl. St. Senaat*, 2012-13, nr. 5-2227/1, 13).

8. Het betoog van verzoekster komt in wezen hierop neer dat met een schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing zou kunnen worden vermeden dat de authentieke akte wordt verleden, waardoor zij niet definitief een kans op een “interessante uitbating van padelvelden” zou verliezen. Zij benadrukt dat zij heeft deelgenomen om daadwerkelijk tot uitbating te kunnen overgaan en niet om een schadevergoeding te verkrijgen.

Waar de rechtsbeschermingswet erop gericht is een inschrijver zoveel mogelijk de kans te bieden om de opdracht of concessie alsnog zelf uit te voeren, is evenwel in een dergelijke bescherming bij het verlenen van een recht van erfpacht, zoals te dezen, niet voorzien.

In die omstandigheden lijkt het louter aanvoeren van een (al dan niet) definitief verlies van een kans om de padelvelden zelf uit te baten, niet te volstaan om aan te tonen dat de zaak spoedeisend is. Het verlies van die kans lijkt dan eerder te moeten worden beschouwd als een risico dat inherent is aan iedere deelname aan een mededingingsprocedure. Verzoekster verliest immers geen recht van erfpacht, maar krijgt er geen toegewezen.

Verzoekster benadrukt weliswaar dat die kans haar definitief wordt ontnomen omdat het recht van erfpacht wordt verleend voor vijftig jaar en de site op dat ogenblik niet meer in dezelfde toestand zal verkeren, doch zij toont te dezen niet aan waarom deze “uitbating” voor haar zo belangrijk of uniek is dat het niet verkrijgen ervan dermate ernstige schadelijke gevolgen zou hebben dat die de spoedeisendheid zou kunnen verantwoorden. Met de verwerende partij wordt vastgesteld dat verzoekster reeds padelvelden uitbaat op een andere locatie, en zij niet motiveert waarom het verkrijgen van de erfpacht voor het aanleggen en exploiteren van de bijkomende padelvelden op deze locatie essentieel is voor het voortbestaan van haar bedrijvigheid.

9. Er wordt dan ook geen spoedeisendheid aangetoond.

10. Er is niet voldaan aan één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn opdat een vordering tot schorsing kan worden toegewezen.

#### *VI. Kosten*

11. Wat de vraag van de verwerende partij in beide zaken betreft om de kosten, met inbegrip van een rechtsplegingsvergoeding ten belope van 840 euro, ten laste van de verzoekende partij te leggen, wordt zij eraan herinnerd dat de bijdrage in de betaling van de kosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding, wordt bepaald in het arrest waarin uitspraak wordt gedaan over het met hetzelfde verzoekschrift ingestelde beroep tot nietigverklaring.

### **BESLISSING**

**1. De zaken nrs. A. 233.709 en A. 234.185 worden gevoegd.**

**2. De Raad van State verwerpt de vorderingen.**

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

Patricia De Somere  
bijgestaan door

Silja Doms,

**De griffier**

**Silja Doms**

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

**De voorzitter**

**Patricia De Somere**