

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 259.754 van 16 mei 2024
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 het beroep

1. In de zaak A. 233.709 strekt het beroep, ingesteld op 21 mei 2021, tot de nietigverklaring 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 S.A., M.B. en J.D., en niet aan de bv Swaldo, en om de authentieke akte inzake 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 het beroep, ingesteld op 28 juli 2021, tot de nietigverklaring van de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Asse van 21 juni 2021 om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan S.A., M.B. en J.D. en niet aan de bv Swaldo, en

om de authentieke akte inzake het recht van erfpacht te sluiten met een op te richten vennootschap bestaande uit de voormelde drie personen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 252.073 van 9 november 2021 zijn de zaken A.233.709 en A.234.185 samengevoegd en zijn de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen verworpen.

De verzoekende partij heeft in beide zaken een verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Geert Van Engelgem, die *loco* advocaten Joris Wouters en Christophe Lenders 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 andersluidend 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.

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

3.2. De procedure tot het aanstellen van de erfpachter is onderworpen aan het bestek ‘Erfpacht padelvelden Asphaltcosite Asse’.

De relevante bepalingen van het bestek luiden als volgt:

“2. Voorwerp van de erfpacht

Een deel van de Asphaltcosite, ten kadaster gekend als Asse, tweede afdeling, sectie B, deel van nr. 465/Y, met een oppervlakte van ca. 45 are. 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 bestemming kan niet gewijzigd worden tenzij mits voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de gemeente Asse.

De uitbating dient een aanvang te nemen uiterlijk in 2024.

3. Beschrijving van de erfpacht

3.1. Duur

De erfpacht wordt aangegaan voor een duur van 50 jaar.

3.2. Erfpachtvergoeding

De jaarlijkse erfpachtvergoeding (canon) bedraagt minstens 2.400,00 euro.

De erfpachtvergoeding zal jaarlijks worden aangepast aan de kosten van het levensonderhoud (gezondheidsindex).

3.3-3.6. [...]

4. Offerte

[...]

De inschrijver dient gebruik te maken van het bijgevoegde inschrijvingsformulier.

[...]

Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de bijhorende opdrachtdocumenten en de invulling van de plaatsingsprocedure zoals deze in het bestek beschreven is en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn.

Indien een inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post binnen zeven kalenderdagen na ontvangst van het bestek, bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de reden.

Er is geen publieke opening van de offertes.

De inschrijver wordt erop gewezen dat de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is. De erfpacht wordt toegekend na oproep tot mededinging. De gemeente Asse zal bij de gunning van deze erfpacht wel alle beginselen van behoorlijk bestuur naleven.

5. Gunning

De erfpachter wordt gekozen via een open en onvoorwaardelijke biedprocedure.

De erfpacht zal gegund worden aan de inschrijver met de meest voordelige offerte, rekening houdend met de volgende gunningscriteria:

- 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).

Na de gunning zal er een authentieke erfpachtakte worden afgesloten tussen de gemeente Asse en de inschrijver aan wie de erfpacht wordt gegund. De authentieke erfpachtakte zal verleden worden voor de burgemeester van de gemeente Asse.”

Bij het bestek is nog het in punt 4 bedoelde inschrijvingsformulier gevoegd.

3.3. De biedprocedure wordt elektronisch aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 26 januari 2021, op de e-Notification applicatie van het e-Procurement platform van de Belgische overheid. Dat gebeurt met een formulier met als opschrift: ‘Aankondiging van een opdracht. Richtlijn 2014/24/EU’. In een koplijn en in het veld II.1.1 wordt de inhoud van de aankondiging samengevat als volgt: “Uitnodiging tot indienen offerte - Aanstellen erfpachter padelvelden Asphaltcosite Asse - Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking”.

In het veld 11.2.4, ‘Beschrijving van de aanbesteding’, wordt de inhoud van de punten 2, 3 en 5 van het bestek overgenomen.

De velden II.2.10 en II.2.11 gaan respectievelijk over varianten en opties. De verwerende partij heeft bij de vraag of daarin voorzien wordt, telkens “neen” aangevinkt :

II.2.10) Inlichtingen over varianten Varianten worden geaccepteerd ☐ ja ☒ neen
II.2.11) Inlichtingen over opties Opties ☐ ja ☒ neen Beschrijving van opties:

3.4. Achttien kandidaten dienen een dossier in.

Volgens het verslag van nazicht zijn vijf van die offertes onregelmatig. De overige dertien offertes, waaronder die van de verzoekende partij, worden regelmatig bevonden en vervolgens beoordeeld aan de hand van de gunningscriteria.

In de eindrangschikking behalen S.A. en partners 84,86/100. De verzoekende partij staat als tweede gerangschikt, met 84,58/100. De derde gerangschikte volgt op 81,89/100.

Op het gunningscriterium ‘geboden erfpachtvergoeding’ behalen S.A. en partners 0,86/10 en de verzoekende partij 4,58/10.

Op het gunningscriterium ‘visie’ behalen S.A. en partners 34/40 en de verzoekende partij 40/40. Die scores steunen op de volgende beoordeling:

	S.A. en partners	Verzoekende partij
Indoor padelvelden	3: optie overkapping, met afneembare zijwanden OF sporthal.	7: met verschuifbare zeiloverdekking.
Outdoor padelvelden	5 of 6	3
Totaal aantal padelvelden (minstens zes)	8 of 9	10
Clubhuis	Cafetaria met zonneterras en keuken, sanitair (kleedkamers, douches, toiletten), vergaderzaal en polyvalente ruimte.	Kantinegebouw met keuken, polyvalente ruimte, kleedkamers en sanitair.
Best beschikbare technieken	OK Structuur volgens de normen van de Internationale Padel Federatie. Kunstgras van topkwaliteit 'Tennis Elite'.	OK
Aanpak van uitvoering	Uitbating via een op te richten vennootschap. S.A. Padel School via een vzw.	Uitbating via vennootschap.
Naam	Padel Club Asse.	Wordt gekozen door de inwoners van Asse.
Andere	Natuurlijke tribune rond de 2 showcourts. Groene speelzone voor kinderen. Polyvalente ruimte van 50 m ² die voor verschillende sporten en ontspanningsdoeleinden kan gebruikt worden. Verhuur van materiaal wordt voorzien. Petanqueterreinen kunnen aangelegd worden. Integratie Street Workout op de site.	Er wordt een 'aftakking' van de Finse piste voorzien die de lopers dwars over het dak van het clubhuis zal leiden. Speelzone voor kinderen. Krachtmuur voor fitness. Polyvalente ruimte.
Conform RUP Asphaltcosite: .Kroonlijsthoogte: 12,5 m (ev. 15,5 m) .Vloeroppervlakte: max. 1000 m ² .Zo veel mogelijk waterdoorlatende verharding	OK OK Fundering met drainage. Maximum aan waterdoorlatende verharding.	 Waterdoorlatende klinkers voor de verhardingen rond en tussen de velden.
Algemene motivering	Het aantal velden is gemiddeld (geen overdimensionering). Zowel het clubhuis als de site bevatten veel extra's. De inplantingszone is goed benut. De site is mooi ingegroend.	Er worden tov de andere kandidaten veel velden voorzien, waarvan 7 indoor, wat een pluspunt is. Het aantal velden staat wel in verhouding tot de erfpachtsite. Het clubhuis en de site bevatten veel extra's.

		Architecturale meerwaarde door integratie atletiekpiste op dak. De link met de Finse piste en het binnenplein van de Asphaltcosite is een pluspunt. Luchtig en zeer knap ontwerp. Mooie groenruimte in het midden met tribune. Is 1 van de weinige kandidaten die het niveauverschil van het terrein uitspeelt.
--	--	---

Op het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ behalen de gekozen inschrijvers 50/50 en de verzoekende partij 40/50. Die scores steunen op de volgende beoordelingen, gegroepeerd rond de clusters “Beleidsspeerpunten”, “Beleidsdoelstellingen” en “Sport voor iedereen”, en uitmondend in een “Algemene motivering”:

Beleidsspeerpunten	S.A. en partners	Verzoekende partij
Uiteraard Vlaams	1 x per trimester krijgt een coach ‘Samen Inburgeren’ de mogelijkheid om met 1 tot 3 inburgeraars te komen padellen aan gereduceerd tarief, waarbij materiaal gratis ter beschikking wordt gesteld. De vergaderzaal kan ter beschikking worden gesteld voor een café Combinne-sessie. Boest-inspiratiepakket. Voorleesmomenten met Leesfee.	Communicatie gebeurt enkel in het Nederlands. Gebruik van pictogrammen en eenvoudige communicatie om de site toegankelijk te maken voor anderstaligen.
Samen sterker	Samenwerking met lokale verenigingen en organisaties om het sportaanbod voor kinderen uit te breiden. De Padelschool wil ism het Huis van het Kind elk jaar 2 kansarme jongeren de kans geven om kosteloos een padeltrainersopleiding te volgen bij Tennis Vlaanderen.	
Klasse van Asse	In het clubhuis, de vergaderzaal en de polyvalente ruimte kunnen creatievelingen workshops aanbieden. Clubs of verenigingen kunnen de vergaderzaal	

	gebruiken.	
Echt slim	Gratis wifi in clubhuis. Automatische lichtsturing, alsook buitenlampen met bewegingsmelder. Contactloze betalingen.	
Koning Fiets	Veilige fietsenstalling met een oplaadpunt voor elektrische fietsen. Leden worden aangemoedigd om per fiets te komen.	Fietshub die voor iedereen toegankelijk is: fietsenstalling aangevuld met gereedschap voor kleine herstellingen, een verkoopautomaat voor binnenbanden, toestel om bandendruk te controleren en op te pompen + een gedeeltelijk afgeschermd plek waar vuile fietsen afgespoten en gereinigd kunnen worden. Laadpunt voor elektrische fietsen.

Beleidsdoelstellingen	S.A. en partners	Verzoekende partij
Duurzaamheid / energiebesparende maatregelen	Led-verlichting met automatische sturing. Zonnepanelen, zonneboiler. Regenwaterput voor toiletten en buitenwatergebruik. Er wordt maximaal ingezet op gebruik van recyclagematerialen. Zuinig waterverbruik door sensor gestuurde kranen.	Zonnecellen in het glas van de luifel en van het glas aan de uiteinden van de overkappingsstructuren van de padelvelden. Circulair bouwen, o.a. via hout.
Groen/milieu	Inheemse bomen, struiken en heggen.	Groendak met buffer voor hemelwater, dat gebruikt kan worden in de fietshub, onderhoud, toiletten, beplanting. Groene ruimtes met planten en bomen die hun blad en/of bloesems nooit verliezen.
Afvalbeleid/Netheid	Duurzaam afvalbeheer; zo weinig mogelijk wegwerp of plastic in de cafetaria.	Afval wordt gesorteerd en gerecycleerd. Het gebruik van wegwerpmaterialen wordt vermeden. Geen gebruik van materialen voor eenmalig gebruik in de kantine.
Veiligheid/hartveilig (AED)	Camerabewaking.	
Samen inburgeren / integratie / diversiteit / gelijke kansen	Groenonderhoud gebeurt door Amab. Samenwerking met lokale instanties om sportmogelijkheden te bieden aan kansarme jongeren. Aansluiting bij de UIT-pas. Aanwerving van 'artikel 60'er'.	UIT-pas. Aandacht voor inclusiviteit.

Sociale cohesie / bevorderen gemeenschapsleven	Meet & Play. Afterwork, ghostpadel, padelreis naar Spanje.	
Integraal ouderenbeleid	Seniorenactiviteiten worden voorzien.	
Ouder/kinderactiviteiten	Vader/Moederdag. Kinderactiviteiten worden aangeboden.	
Sportpromoties en -evenementen	Initiatie, Start2Padel, lessen. Toernooien (incl. internationale toernooien), interclubs. Exhibitie-match topspelers en BV's. Appelbabbel : 1 x per kwartaal worden gratis appels van lokale telers ter beschikking gesteld bij een babbelmoment.	Toernooien voor Assese verenigingen. Organisatie van verjaardagsfeestjes. Jeugdkampen en stages.
Lokale economie	Voor de bouw en de uitbating van de club wordt bij voorkeur een beroep gedaan op lokale partners en leveranciers.	Samenwerking met lokale producenten en leveranciers, met respect voor de principes van de korte keten.
Fair trade		In de kantine zal er een Fair Trade uitbating zijn.
Acties rond gezondheid		
Acties rond talent	S.A. Padel School.	Padel Academy Sportaculair.
Kindvriendelijk	Groene speelzone voor kinderen. Kinderhoek in de cafetaria met boeken en spelletjes.	Speelzone met speelelementen.
Kenbaar maken aanbod		
Digitalisering	Gratis wifi in clubhuis. Reservatiesysteem van Tennis Vlaanderen. Whatsappgroepen. Contactloze betalingen.	

Sport voor iedereen	S.A. en partners	Verzoekende partij
Tarieven	Marktconforme tarieven (niet verduidelijkt). Laagdrempelig lidmaatschap (niet verduidelijkt).	Elke persoon die zich lid maakt, krijgt het eerste uur gratis. Tarieven zijn niet meegedeeld.
Sportclubondersteuning		
Scholen	Sport Na School-pas met voordeeltarief. Scholen uit Asse kunnen een gratis pakket uren krijgen voor sportdagen.	Organisatie van schoolsportdagen.
Samenwerken met verenigingen, organisaties en bedrijven		
Ouderen/jongeren/kinderen	Kinder- en jeugdkampen. Kinderactiviteiten.	

	Seniorenactiviteiten. 2 x per jaar gratis een Play for Life coachingsessie voor de senioren uit Asse met ambassadrice S.A. 1 x per trimester een padelmoment voor senioren aan gereduceerd tarief en met gratis sportmateriaal.	
Assenaren		
G-sport	1 buitenterrein voldoet aan de G-sport-normen en is rolstoeltoegankelijk. Toilet voor andersvaliden. De volledige club en domein zijn integraal toegankelijk.	De site, het clubhuis, en alle padelterreinen zijn integraal toegankelijk voor rolstoelgebruikers.
Andere	Yoga, Tai Chi wordt voorzien. S.A. als bekende Assenaar en populaire sportpersoonlijkheid geniet van een (inter)nationaal netwerk en zij kan Asse also op de 'padelkaart' zetten.	De kleedkamers, douches en toiletten zijn ook toegankelijk voor de gebruikers van de Finse piste.

Algemene motivering	S.A. en partners	Verzoekende partij
	<p>De uitbating is in zeer grote mate in overeenstemming met de beleidsspeerpunten en -doelstellingen.</p> <p>Er is veel aandacht voor duurzaamheid, energiebesparende maatregelen, groen, afvalbeleid.</p> <p>Er is veel aandacht voor specifieke doelgroepen, sociale cohesie en het gemeenschapsleven.</p> <p>De kandidaat weet welk aanbod er is (goede voorbereiding).</p> <p>De kandidaat neemt voldoende maatregelen om meer inwoners aan het sporten te krijgen, incl. G-sport. De tarieven zijn marktconform, maar niet verduidelijkt.</p> <p>Voldoende extra's bovenop padel, dat wel de hoofdzaak blijft.</p> <p>Aandacht voor lokale economie.</p> <p>De figuur van S.A. is een pluspunt.</p>	<p>De uitbating is in voldoende mate in overeenstemming met de beleidsspeerpunten en -doelstellingen, al komen sommige weinig of niet aan bod of zijn ze vaag en weinig concreet.</p> <p>De communicatie in het Nederlands en het gebruik van pictogrammen voor anderstaligen zijn positief.</p> <p>De fietshub is een pluspunt.</p> <p>Voldoende aandacht voor duurzaamheid, energiebesparende maatregelen, groen en afvalbeleid.</p> <p>Aandacht voor lokale economie, de korte keten en Fair Trade.</p> <p>Er is aandacht voor doelgroepen, incl. G-sport.</p> <p>De kandidaat neemt een beperkt aantal maatregelen om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Tarieven zijn niet meegedeeld.</p> <p>De samenwerking met verenigingen e.d. wordt louter vermeld, dit wordt 'bekeken'.</p>

		Pluspunt dat kleedkamers, douches en toiletten toegankelijk zijn voor de gebruikers van de Finse piste.
--	--	---

3.5. Op 29 maart 2021 keurt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Asse het verslag van nazicht goed en beslist het om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan S.A. en partners. De authentieke akte zal worden gesloten met een op te richten vennootschap bestaande uit de drie partners.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 233.709.

Met een e-mailbericht van 8 april 2021 wordt aan de verzoe-kende partij meegedeeld dat het recht van erfpacht werd verleend aan een andere kandidaat. Bij dit e-mailbericht wordt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen gevoegd, met inbegrip van het verslag van nazicht. De beslissing wordt ook nog meegedeeld met een aangetekende brief van 13 april 2021.

3.6. Twee inschrijvers, die respectievelijk als derde en als vijfde gerangschikt zijn, dienen tegen de beslissing van 29 maart 2021 bij de Raad van State een vordering in tot schorsing van de tenuitvoerlegging ervan bij uiterst dringende noodzakelijkheid. De huidige verzoe-kende partij komt in de twee zaken tussen.

De vorderingen tot schorsing worden verworpen respectievelijk bij arrest nr. 250.653 van 21 mei 2021, en bij arrest nr. 250.704 van 27 mei 2021.

3.7. Ondertussen hebben twee andere inschrijvers een klacht ingediend bij de toezichthoudende overheid, de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant.

Met brieven van respectievelijk 16 april en 3 mei 2021 deelt de gouverneur aan de klagers mee dat hij geen schending ziet van de betrokken

regelgeving of van de beginselen van behoorlijk bestuur, en dat hij daarom geen toezichtsmaatregel zal nemen. Wel deelt hij mee dat hij de verwerende partij op een aantal punten zal wijzen, met de vraag om hieraan in de toekomst aandacht te besteden.

Die punten komen aan bod in een schrijven van de gouverneur van 28 mei 2021. De gouverneur meldt vooreerst dat de aankondiging van de opdracht op het overheidsopdrachtenplatform e-Notification duidelijker had moeten vermelden dat de betrokken opdracht niet onderworpen was aan de regelgeving inzake overheidsopdrachten; ook de velden in verband met opties en varianten konden duidelijker zijn. Voorts vraagt de gouverneur aandacht voor de beoordelingsmethodiek inzake de gunningscriteria. Met het oog op de transparantie zou die beter reeds in het bestek vermeld zijn geweest. Ten slotte stelt de gouverneur vast dat de toewijzing van de erfpachtopdracht op grond van artikel 41, tweede lid, 11°, van het decreet van 22 december 2017 ‘over het lokaal bestuur’ behoort tot de bevoegdheid van de gemeenteraad, en niet tot die van het college van burgemeester en schepenen. Hij vraagt dan ook uitdrukkelijk om de toewijzingsbeslissing aan de gemeenteraad voor te leggen.

3.8. Gevolg gevend aan de vraag van de gouverneur, legt het college van burgemeester en schepenen de toewijzingsbeslissing aan de gemeenteraad voor.

Op 21 juni 2021 beslist de gemeenteraad om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan S.A. en partners. De gemeenteraad herhaalt dat de authentieke akte zal worden gesloten met een op te richten vennootschap tussen de drie partners.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 234.185.

3.9. Ondertussen heeft de verzoekende partij op 21 mei 2021 bij de Raad van State een vordering ingesteld tot schorsing van de tenuitvoerlegging en

tot nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 maart 2021 (zaak A. 233.709).

Op 28 juli 2021 stelt zij ook een vordering in tot schorsing van de tenuitvoerlegging en tot nietigverklaring van de beslissing van de gemeenteraad van 21 juni 2021 (zaak A. 234.185).

3.10. Op 6 augustus 2021 stelt de huidige verzoekende partij bij de voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel een vordering in kort geding in, gericht tegen de huidige verwerende partij. Zij vordert dat de voorzitter aan de verwerende partij verbod zou opleggen om uitvoering te geven aan de beslissingen van het college van burgemeester en schepenen en de gemeenteraad, en om de authentieke akte van erfpacht te verlijden, totdat de Raad van State over de thans voorliggende zaken (A. 233.709 en A. 234.185) uitspraak zal hebben gedaan.

Bij beschikking van 29 september 2021 verklaart de voorzitter de vordering ontvankelijk en gegrond. Hij verbiedt de verwerende partij om uitvoering te geven aan de beslissing van het college van burgemeester en schepenen en/of de gemeenteraad, en om de authentieke akte verlijden, totdat de Raad van State zich uitgesproken zal hebben over de vorderingen tot schorsing in de twee thans voorliggende zaken.

3.11. Bij arrest nr. 252.073 van 9 november 2021 oordeelt de Raad van State dat de vorderingen tot schorsing (zaken A. 233.709 en A. 234.185) niet spoedeisend zijn. De vorderingen worden dan ook verworpen.

3.12. Op 1 februari 2022 wordt de erfpachtakte verleden door de burgemeester van de gemeente Asse.

De akte wordt op 3 februari 2022 overgeschreven op het kantoor Rechtszekerheid te Asse.

IV. Ontvankelijkheid van de beroepen

A. Belang

Exceptie opgeworpen door de verwerende partij

4. De verwerende partij werpt een exceptie van onontvankelijkheid van de beroepen op, gegrond op het feit dat het materieel belang van de verzoekende partij is teloorgegaan in de loop van het geding.

Zij wijst erop dat de erfpachtaakte werd verleend op 1 februari 2022 en dat die akte op 3 februari 2022 werd overgeschreven op het kantoor Rechtszekerheid te Asse. Door het verlijden van de akte en de overschrijving ervan maakt de verzoekende partij geen kans meer om zelf de erfpachtovereenkomst te sluiten en de padelvelden uit te baten. Een gebeurlijke vernietiging van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 maart 2021 of van de beslissing van de gemeenteraad van 21 juni 2021 laat het bestaan van de burgerlijke overeenkomst onverlet.

Zij merkt ook nog op dat het belang bij het onwettig horen verklaren van een beslissing, om de toekenning van een schadevergoeding te vergemakkelijken, niet beschouwd wordt als een voldoende belang.

Beoordeling

5. Luidens artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan een annulatieberoep als bedoeld in artikel 14, § 1, van de voormelde wetten, voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang.

Een verzoeker beschikt over dit rechtens vereiste belang indien twee voorwaarden vervuld zijn: hij dient door de bestreden administratieve rechtshandeling een persoonlijk, rechtstreeks, zeker, actueel en wettig nadeel te

lijden en de eventueel tussen te komen nietigverklaring van die rechtshandeling moet hem een direct en persoonlijk voordeel verschaffen, hoe miniem ook.

6. De verzoekende partij is door de administratieve eindbeslissing in de procedure tot het verlenen van een erfpacht voorbijgegaan. Zij ontleent daaraan tenminste een gekwalificeerd moreel belang.

Dit belang blijft door een nietigverklaring van die rechtshandeling gediend, ook al werd die handeling intussen gevolgd door een overeenkomst en ook al zou die overeenkomst ondertussen zijn uitgevoerd. Niet de erfpachtovereenkomst (of de daaropvolgende authentieke akte) is voorwerp van het voorliggende beroep – wat trouwens zou ontsnappen aan de rechtsmacht van de Raad van State –, maar wel de eraan voorafgaande afsplitsbare administratieve rechtshandeling om de erfpacht te verlenen aan de gekozen inschrijvers. Om het belang van de verzoekende partij bij het bestrijden van een dergelijke afsplitsbare rechtshandeling te beoordelen, is de omstandigheid dat intussen overeenkomsten tot stand zijn gekomen en die zelfs al uitgevoerd werden – met alle feitelijke gevolgen van dien – niet pertinent.

7. De exceptie kan niet aangenomen worden.

B. Vatbaarheid van de bestreden beslissing van het college van burgemeester en schepenen voor een beroep tot nietigverklaring

Standpunt van de partijen

8. In haar verslag werpt de met het onderzoek van de zaak belaste auditeur op dat het beroep in de zaak A.233.709, dat gericht is tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 maart 2021, onontvankelijk is, op grond dat de bestreden beslissing geen voor beroep vatbare handeling is.

Volgens de auditeur moet die beslissing immers worden beschouwd als een voorstel tot toewijzing van de erfpacht. Dat voorstel zou

nadien door de gemeenteraad zijn goedgekeurd. Een voorstel is geen voor vernietiging vatbare handeling.

9. In haar laatste memorie betwist de verzoekende partij dat het slechts om een voorstel van beslissing gaat. Zij wijst erop dat nergens in de beslissing van het college van burgemeester en schepenen gewag wordt gemaakt van een “voorstel” dan wel van enige bevoegdheid ter zake van de gemeenteraad. Zij meent dat zij dan ook ervan uit mocht gaan dat het college van burgemeester en schepenen deze beslissing kon nemen.

Volgens haar is de beslissing van de gemeenteraad veeleer een bekrachtiging van de beslissing van het college, aangezien beide beslissingen een identieke verwoording bevatten. In de beslissing van de gemeenteraad wordt ook uitdrukkelijk verwezen naar de beslissing van het college. Hieruit blijkt volgens de verzoekende partij dat de gemeenteraad geen eigen onderzoek heeft gevoerd en dat hij de erfpacht toewijst op grond van hetzelfde verslag dat het college zich eigen gemaakt had. De vordering tegen de beslissing van het college is volgens haar dus wel degelijk ontvankelijk.

10. In haar laatste memorie gedraagt de verwerende partij zich op dit punt naar de wijsheid van de Raad van State.

Beoordeling

11. Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, doet de bestreden beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 29 maart 2021 zich voor als een ‘beslissing’, en niet slechts als een ‘voorstel’ van beslissing die door de gemeenteraad moet worden genomen.

Het is pas nadat de gouverneur op 28 mei 2021 de verwerende partij erop gewezen heeft dat de toewijzing van een erfpachtopdracht behoort tot de bevoegdheid van de gemeenteraad, dat die aangelegenheid aan de gemeenteraad is voorgelegd.

In de consideransen van het bestreden besluit van de gemeenteraad van 21 juni 2021 wordt verwezen naar de “beslissing” van het college van burgemeester en schepenen. Er wordt echter ook gesteld dat de gemeenteraad zijn beslissing neemt “op voorstel” van het college. In het dispositief van het besluit van de gemeenteraad wordt bepaald dat tegemoetgekomen wordt “aan de vraag van Toezicht om de goedkeuringsbeslissing te laten goedkeuren door de gemeenteraad” (artikel 3), waarna de gemeenteraad beslist dat het recht van erfpacht wordt verleend aan de gekozen inschrijvers (artikel 4).

12. Uit de chronologie van de besluitvorming blijkt dat de beslissing van het college van burgemeester en schepenen, die oorspronkelijk bedoeld was als een uitvoerbare beslissing, nadien vervangen is door een beslissing van de gemeenteraad. De gemeenteraad heeft zijn beslissing genomen op voorstel van het college, maar wel na een eigen onderzoek. Aldus is de beslissing van de gemeenteraad in de plaats gekomen van die van het college.

De bestreden beslissing van het college van burgemeester en schepenen heeft aldus niet langer uitwerking. Zij kan thans niet meer het voorwerp uitmaken van een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring.

Het beroep in de zaak A. 233.709 is derhalve onontvankelijk geworden.

V. Onderzoek van de middelen

13. De middelen worden hierna onderzocht in zoverre ze gericht zijn tegen de beslissing van de gemeenteraad van 21 juni 2021 (zaak A. 234.185).

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

14.1. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, de artikelen 2

en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’ (hierna: motiveringswet) en de materiële en de formele motiveringsplicht,

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing de offerte van de Begunstigde aanmerkt als de meest voordelige offerte en de erfpacht met de Begunstigde wil afsluiten; Dat de offerte van verzoekende partij als tweede is gerangschikt met een score van 0,28 punten minder dan de Begunstigde; Dat uit de bestreden beslissing blijkt dat het aanbod van de Begunstigde hoogst onzeker en niet eenduidig is; Dat dit zowel geldt voor het aantal padelvelden als voor de uitvoeringsmogelijkheden voor de indoor padelvelden; Dat de offerte van de Begunstigde twee uitvoeringsmogelijkheden bevat voor de indoor padelvelden: een tentstructuur of een sporthal; Dat het onduidelijk is waartoe de Begunstigde zich heeft verbonden en welk aanbod van de Begunstigde door verwerende partij is beoordeeld in het kader van de beoordeling en vergelijking van de offertes; doordat de Begunstigde zich derhalve op deze wijze een discriminerend voordeel toekende ten opzichte van de inschrijvers die geen verschillende uitvoeringsmogelijkheden aanboden; en doordat de offerte van verzoekende partij niet als eerst nuttig gerangschikte, regelmatige offerte werd aangemerkt die overeenstemt met de voorwaarden van de Opdracht en aan wie de Opdracht kan worden toegekend;

Terwijl de bekendmaking bij de Opdracht bepaalt dat varianten en opties niet zijn toegelaten zodat verwerende partij offertes die wel varianten of opties bevatten niet kan aanvaarden; Dat het bestek melding maakt van een onvoorwaardelijke biedprocedure waarbij door de inschrijvers een eenduidig aanbod moest worden gedaan onder meer inzake de invulling van de site; Dat de beoordeling en vergelijking van de offertes enkel kan geschieden op basis van een duidelijke offerte zonder voorbehoud, opties en varianten en inhoudende een duidelijke verbintenis van de inschrijver tot realisatie van hetgeen hij heeft aangeboden; Dat het alleszins duidelijk moet zijn welk aanbod van de Begunstigde de verwerende partij nu precies heeft beoordeeld; Dat de offerte van de Begunstigde niet mocht worden aanvaard; Dat de verwerende partij de gelijkheid van [de] inschrijvers heeft geschonden door toe te laten dat de Begunstigde een offerte indiende waarvan het aanbod niet duidelijk was en waarbij dit aanbod bestaat uit verschillende opties en varianten; Dat in de bestreden beslissing door verwerende partij op geen enkele manier wordt gemotiveerd welk aanbod van de Begunstigde zij beoordeeld heeft; Dat alleszins geenszins vaststaat dat de Begunstigde de meest voordelige offerte heeft ingediend;

Zodat de bestreden beslissing de in het middel aangehaalde wetsbepalingen en beginselen schendt”.

14.2. In de toelichting bij het middel wijst de verzoekende partij erop dat in het bestek bepaald wordt dat de erfpachter wordt gekozen “via een open en onvoorwaardelijke biedprocedure”. De inschrijvers dienden dus een onvoorwaardelijk bod te doen, rekening houdend met de gunningscriteria. Zij dienden in te schatten welke erfpachtvergoeding zou worden aangeboden voor welke invulling van de site. Enkel door een eenduidig en onvoorwaardelijk bod is de gelijkheid van de inschrijvers gevrijwaard en kunnen de aanbiedingen met elkaar vergeleken worden. Daarom is het niet mogelijk dat een aanbod wordt geformuleerd dat opties, varianten of voorbehouden bevat. In de aankondiging van de biedprocedure in het Bulletin der Aanbestedingen is trouwens duidelijk aangegeven dat het gebruik van opties en varianten verboden is.

De gekozen inschrijvers hebben echter een aanbod gedaan waarin een aantal opties of varianten voorkomen: er is geen vast aantal outdoor padelvelden (“5 of 6”), en voor de indoor padelvelden wordt er, naast de overkapping (tentstructuur), een variatie aangeboden (“volwaardig indoorterrein”, dit wil zeggen sporthal). Daarnaast bevat hun aanbod ook een aantal andere vrijblijvende mogelijkheden (aanleg van petanqueterreinen en integratie van Street Workout op de site). Het is derhalve niet duidelijk, en onzeker, wat de gekozen inschrijvers effectief hebben aangeboden.

De verzoekende partij daarentegen heeft een duidelijk aanbod gedaan met een welbepaald aantal velden, en zonder de verwerende partij de keuze te laten tussen een tentstructuur of een sporthal. Door de offerte van de gekozen inschrijvers in aanmerking te nemen en gunstig te beoordelen, heeft de verwerende partij het mogelijk gemaakt dat de gekozen inschrijvers zich een discriminerend voordeel kunnen verschaffen ten opzichte van de verzoekende partij. Daardoor heeft de verwerende partij gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Door in strijd met het bestek een offerte te aanvaarden waarin opties en varianten voorkomen en waarin meerdere mogelijkheden voorzien worden, zonder dat de gekozen inschrijvers zich verbinden tot een welbepaalde oplossing, heeft de verwerende partij ook het beginsel *patere legem* geschonden.

Ten slotte blijkt uit de bestreden beslissing niet welke van de door de gekozen inschrijvers aangeboden mogelijkheden werkelijk in overweging zijn genomen. De verzoekende partij meent dat het bijgevolg niet duidelijk is wat de verwerende partij in de bestreden beslissing uiteindelijk heeft beoordeeld als aanbod. Daarmee heeft de verwerende partij ook de formele motiveringsplicht geschonden.

15. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij op het verweer van de verwerende partij.

15.1. Zij verduidelijkt in de eerste plaats dat zij zich niet beroept op enige bepaling van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, maar wel op algemene rechtsbeginselen en beginselen van behoorlijk bestuur, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*.

15.2. In verband met het verbod van varianten en offertes voert zij vervolgens aan dat de opdrachtdocumenten in hun geheel gelezen moeten worden. Het is onjuist en misleidend te stellen, zoals de verwerende partij doet, dat in het bestek geen bepaling is opgenomen volgens welke in de offerte geen verschillende uitvoeringswijzen zouden mogen worden voorgesteld voor de inrichting van een bepaald deel van het padelcomplex. De door de verwerende partij gedane aankondiging is immers duidelijk: opties en varianten zijn niet toegelaten. De verzoekende partij benadrukt dat bij de bekendmaking in het Bulletin der Aanbestedingen op e-Notification vanwege de aanbesteder een actie op het platform is vereist om de mogelijkheid van varianten en opties al dan niet aan te duiden. Op die wijze heeft de verwerende partij er zelf voor gekozen om de systematiek van de varianten en opties in haar opdracht te implementeren. Indien zij opties en varianten wou aanvaarden, dan had zij gewoon kunnen aankruisen dat varianten en opties toegelaten waren. Uit de samenlezing van het bestek, dat niet bepaalt dat varianten en opties toegelaten zijn, en de aankondiging, waarin een verbod op opties en varianten is aangevinkt, volgt dat varianten en opties verboden zijn.

In verband met de bepaling in het bestek dat het gaat om een “onvoorwaardelijke” biedprocedure, voert de verzoekende partij aan dat hiermee

een mededingingsprocedure bedoeld werd “waarin iedereen een eenduidig aanbod zou formuleren en zonder dat daaraan voorwaarden waren verbonden”. De verwerende partij wenste een aanbod te krijgen dat na goedkeuring zou worden uitgevoerd, zonder dat dan nog een discussie gevoerd moest worden over bepaalde voorwaarden die aan de offerte verbonden zouden zijn. De inschrijvers moesten hun beste bod doen, rekening houdend met de gunningscriteria. Zij dienden daarbij in te schatten welke erfpachtvergoeding zou worden aangeboden voor welke invulling van de site, om zo tot een optimaal aanbod te komen. In het licht van het gelijkheidsbeginsel en de vergelijkbaarheid van de offertes gaat het niet op om een aanbod te doen met mogelijke opties en varianten waarbij het niet duidelijk is waartoe de inschrijver zich precies verbindt.

15.3. In verband met het gelijkheidsbeginsel merkt zij op dat het niet ter zake doet dat zij 40/40 behaalde voor het gunningscriterium ‘visie’, aangezien het gelijkheidsbeginsel van openbare orde is. Het is bovendien niet uitgesloten dat de begunstigden met 34/40 teveel punten hebben gekregen.

Zij merkt voorts op dat de doorslaggevende factor niet zit bij het gunningscriterium ‘visie’, maar bij het gunningscriterium ‘prijs’ (*sic*). Indien de verzoekende partij had geweten dat varianten en opties toegestaan waren, dan had zij een betere offerte kunnen indienen. Het aantal padelvelden dat men daadwerkelijk gaat realiseren, heeft immers een invloed op de prijs. Hetzelfde geldt voor de overkapping dan wel een sporthal. De begunstigden hadden een eenduidig aanbod moeten formuleren waarbij een duidelijke prijs werd geboden voor een welbepaalde uitvoering.

16.1. In haar laatste memorie gaat de verzoekende partij nogmaals in op het verbod van varianten en opties, en op de aangevoerde schending van het beginsel *patere legem*.

Zij wijst erop dat de gekozen inschrijvers aan een voorstel op basis van het bestek nog alternatieve uitvoeringsvoorstellen hebben toegevoegd, én die uitdrukkelijk benoemd hebben als varianten en opties. Er kan dan moeilijk besloten worden dat er te dezen geen sprake zou zijn van niet-toegelaten varianten en opties. Overigens wordt het begrip ‘variant’ in het Van Dale Groot

Woordenboek van de Nederlandse taal gedefinieerd als een “vorm die enigszins afwijkt van de gewone, andere versie”. Minstens het “optie”-aanbod van de gekozen inschrijvers met afneembare zijwanden of sporthal moet als een afwijking van hun basisvoorstel beschouwd worden.

De verzoekende partij herhaalt dat geen varianten of opties toegelaten waren. Dat heeft de verwerende partij zo aangegeven in haar aankondiging. Er kan niet *post factum* aangenomen worden dat zij, door het aanvinken in de aankondiging dat geen varianten en opties toegelaten zijn, louter de bedoeling had om de regeling inzake varianten en opties van de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing te verklaren. De verwerende partij heeft zelf ervoor gekozen om de opdracht in de markt te zetten met een aankondigings-formulier dat voldoende mogelijkheden bood om verduidelijkingen aan te brengen. Ook in het bestek waren verduidelijkingen mogelijk. De verwerende partij kon opties en varianten toelaten, maar zij heeft nagelaten dit te doen. Die nalatigheid mag niet ertoe leiden dat de gekozen inschrijvers bevoordeeld worden doordat hun aanbod, dat bestaat uit meerdere alternatieven, aanvaard wordt.

Het karakter van de onvoorwaardelijke biedprocedure versterkt volgens de verzoekende partij wel degelijk het verbod op varianten en opties. Bovendien bevat het bestek nog een andere “onvoorwaardelijke” clause. In punt 4 wordt immers uitdrukkelijk bepaald dat de inschrijvers “onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de bijhorende opdrachtdocumenten”, dus tevens de aankondiging, aanvaarden, en dat zij daardoor gebonden zijn. Ook uit die bepaling blijkt dus het onvoorwaardelijk karakter van de bieding.

Ten slotte doet de omstandigheid dat in de opdrachtdocumenten geen sanctie is bepaald voor het geval dat in de offerte in verschillende uitvoeringswijzen of extra elementen wordt voorzien, geen afbreuk aan het feit dat het wel degelijk problematisch is dat verschillende uitvoeringswijzen worden aangeboden.

16.2. De verzoekende partij gaat ook in op de aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel.

Zij voert aan dat voor het vaststellen van een schending van het gelijkheidsbeginsel niet vereist is dat zij aan de hand van een concreet variantvoorstel aannemelijk maakt dat zij een andere offerte zou hebben ingediend, met alternatieve uitvoeringsmogelijkheden, indien zij geweten zou hebben dat varianten en opties mogelijk waren. Het volstaat dat zij de kans heeft verloren om alternatieve uitvoerings- of conceptwijzen uit te werken, terwijl de gekozen inschrijvers deze kans wel hebben gekregen. Zij herinnert eraan dat het puntenverschil in de eindrangschikking tussen haar offerte en die van de gekozen inschrijvers slechts 0,28 punten bedraagt. Elke verbetering in haar aanbod kon dus een beslissende invloed hebben.

De verzoekende partij wijst er voorts op dat zij op het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ maar liefst tien punten moest goedmaken op de gekozen inschrijvers (40/50 tegenover 50/50). Zij voert aan dat de uitbating onlosmakelijk verbonden is met de uitvoering en de invulling van de erfpacht. De invloed van het discriminerend voordeel beperkt zich dus niet louter tot het gunningscriterium ‘visie’. Met opties had zij de kans om bijkomende elementen te voorzien die een positieve invloed konden uitoefenen op de speerpunten, relevant voor het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’.

Het discriminerend voordeel bestaat erin dat de mogelijkheid om varianten en opties voor te stellen is geboden aan de gekozen inschrijvers, maar niet aan de andere inschrijvers.

Er zou volgens de verzoekende partij niet opgeworpen kunnen worden dat aan de inschrijvers een aanzienlijke ruimte werd gegeven om een offerte uit te werken, en dat de verwerende partij dan in de vergelijking van de offertes rekening kon houden met de mate van detaillering en de mate van zekerheid over wat er effectief zou worden gerealiseerd. Niet elke inschrijver heeft immers varianten of opties ingediend. De vergelijking van de offertes kwam daardoor wel degelijk in het gedrang, gelet op het gebrek aan evenwaardige offertes.

16.3. De verzoekende partij stelt ten slotte nog vast dat uit de omgevingsvergunning die de gekozen inschrijvers inmiddels hebben gekregen, blijkt dat de uiteindelijke invulling die zij aan de site geven, aanzienlijk verschilt van die welke zij in het kader van de mededingingsprocedure hebben voorgesteld. De verzoekende partij nodigt de Raad van State uit het ontwerp gevoegd bij de aanvraag van een omgevingsvergunning te vergelijken met het plan dat de gekozen inschrijvers bij hun offerte hebben gevoegd. Er zijn geen wezenlijke gelijkenissen meer. Zo bevindt het clubhuis zich op een andere plaats. Naar de verzoekende partij heeft vernomen, is zelfs beslist dit clubhuis niet te bouwen vanwege een gebrek aan financiële middelen.

Beoordeling

Over het beginsel patere legem quam ipse fecisti

17. In zoverre het middel de schending aanvoert van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, steunt het op het uitgangspunt dat uit de samenzetting van het bestek en de aankondiging van de erfpacht op de e-Notification applicatie van het e-Procurement platform volgt dat geen varianten en opties zijn toegestaan. De gekozen inschrijvers zouden in strijd hiermee een aantal alternatieve uitvoeringsmogelijkheden voorgesteld hebben. Door hun offerte desalniettemin te aanvaarden, zou de verwerende partij gehandeld hebben in strijd met het aangehaalde beginsel.

18. De bestreden beslissing heeft betrekking op de toewijzing van een erfpacht. Dit betekent dat aan de erfpachthouder het recht gegeven wordt om de site te exploiteren volgens zijn inzichten, mits inachtneming van de vereisten die in het bestek worden bepaald.

Die vereisten worden bepaald in punt 2 van het bestek. Volgens die bepaling bestaat de bestemming van de erfpacht in de aanleg en de uitbating van padelvelden, “zowel indoor als outdoor”, “volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën”. Er dienen “minstens zes padelvelden” en “een clubhuis” aangelegd te worden. Meer specificaties zijn in het bestek niet terug te vinden.

In punt 4 van het bestek wordt bepaald dat de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is. Dit wordt door de verzoekende partij ook niet betwist.

Volgens punt 5 wordt de erfpacht gegund op basis van drie gunningscriteria: de geboden erfpachtvergoeding (10 punten), de visie op het project, dit wil zeggen de voorgestelde uitvoering en invulling van de erfpacht (40 punten); de maatschappelijk verantwoorde uitbating, dit wil zeggen de overeenstemming met de algemene “beleidsdoelstellingen” van de verwerende partij, haar “speerpunten” en haar sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen (50 punten).

De voorgaande gegevens zijn ook opgenomen in de aankondiging van de biedprocedure op de e-Notification applicatie.

19. Terecht merkt de verwerende partij op dat uit het bestek volgt dat aan de inschrijvers een ruime vrijheid wordt gelaten om een invulling te geven aan de door haar gewenste bestemming van de site als een terrein voor padelvelden. Er zijn inderdaad slechts drie zaken waarin de offertes van de inschrijvers moeten voorzien: er moeten minstens zes velden zijn, er moeten zowel indoor als outdoor velden zijn, en er moet een clubhuis worden opgericht. Voor het overige staat het aan de inschrijvers om hun visie op de inrichting en de exploitatie van de padelterreinen te geven, en om daarbij zoveel mogelijk aan te sluiten bij de beleidsdoelstellingen van de verwerende partij.

Uit de gunningscriteria blijkt voorts dat de verwerende partij haar keuze voor een offerte hoofdzakelijk zou baseren op de mate waarin die offerte haar zou aanspreken op het vlak van kwalitatieve invulling en uitbating, en zou bijdragen tot het verwezenlijken van haar beleidsdoelstellingen. In veel mindere mate zou de verwerende partij ook rekening houden met de hoogte van de erfpachtvergoeding die de inschrijver bereid was te betalen.

Al deze elementen wijzen erop, zoals terecht door de verwerende partij wordt aangevoerd, dat het feit dat de gekozen inschrijvers in “5

of 6” outdoor padelvelden voorzien (en dus in totaal 8 of 9 velden), en voor de drie indoor velden voorzien in één optie met een tentstructuur en een andere optie met volwaardige indoor terreinen, niet in strijd is met het bestek. Het bestek vroeg immers om de aanleg van minstens zes padelvelden, en voor de aanleg en de uitbating ervan volstond het dat dit zou gebeuren volgens de best beschikbare en betaalbare technologieën. De hiervoor vermelde bepalingen van het bestek maken het mogelijk om een “visie” uiteen te zetten, waarin niet alle onderdelen van de uitvoering en de invulling van de erfpacht reeds gedetailleerd uitgewerkt zijn. Zoals de verwerende partij aanvoert, was dit te dezen des te meer zo, nu het gaat om een erfpacht over 50 jaar: vertrekkend vanuit een bepaalde visie, en aansluitend bij de beleidsdoelstellingen van de verwerende partij, moet de erfpachthouder de mogelijkheid behouden om wijzigingen aan te brengen in de uitbating van de terreinen, onder meer om te blijven beantwoorden aan de vraag van de gebruikers.

Dezelfde redenering kan toegepast worden in verband met de vermelding in de offerte van de gekozen inschrijvers dat petanqueterreinen aangelegd kunnen worden en dat de Street Workout geïntegreerd kan worden op de site. Zelfs indien het slechts zou gaan om “eventualiteiten”, zoals door de verzoekende partij wordt aangevoerd, dan nog gaat het om voorstellen die deel uitmaken van de visie van de betrokken inschrijvers op de invulling van de erfpacht.

De Raad van State stelt overigens vast dat uit het administratief dossier blijkt dat nog andere inschrijvers een offerte hebben ingediend waarin sprake is van mogelijke opties en alternatieven. Het is dus niet zo dat alleen de gekozen inschrijvers het bestek zo begrepen hebben dat dit ruimte bood voor zogenaamde varianten en opties.

20. Tegen die interpretatie voert de verzoekende partij in de eerste plaats aan dat in de aankondiging van het project, via het formulier “Aankondiging van een opdracht” op de applicatie e-Notification, werd aangevinkt dat varianten en opties niet toegelaten zijn. Hieruit volgt volgens haar dat de inschrijvers een “eenduidig” aanbod moesten doen, waarbij het duidelijk

was waartoe zij zich zouden verbinden. Alternatieven of vrijblijvende mogelijkheden zouden niet toegestaan zijn.

Dat bepaalde vakken in de velden over varianten en opties in de aankondiging aangevinkt zijn, komt door de keuze van de verwerende partij om de erfpachtprocedure aan te kondigen op de e-Notification applicatie van het e-Platform. De verwerende partij legt een uittreksel uit de handleiding e-Notification voor openbare aankopers voor. Daaruit blijkt dat een aanbestedende overheid bij het klaarmaken van een aankondiging gevraagd wordt om na de vraag “Aanvaard u varianten?” een vakje al dan niet aan te vinken. Vinkt zij het vakje aan, dan wordt aangekondigd dat varianten zijn toegestaan (“ja” op het scherm dat zichtbaar is voor ondernemingen); vinkt zij het vakje niet aan, dan wordt aangekondigd dat varianten niet zijn toegestaan (“neen” op het bedoelde scherm). Ervan uitgaand dat de regeling inzake varianten en opties helemaal niet van toepassing was, heeft zij kennelijk ervoor geopteerd om niets aan te vinken, met dus als gevolg dat voor de lezer van de aankondiging het woord “neen” verschijnt.

Zoals door de gouverneur van de provincie Vlaams-Brabant in zijn schrijven van 28 mei 2021 aan de verwerende partij opgemerkt, hebben de vakjes over varianten en opties voor verwarring gezorgd, en had de verwerende partij bijkomende informatie kunnen geven. Niettemin blijft het een feit dat in punt 4 van het bestek duidelijk bepaald is dat de wetgeving overheidsopdrachten niet van toepassing is. Dit impliceert dat de in die wetgeving vervatte regeling met betrekking tot varianten en opties (zie de artikelen 2, 53° en 54°, en 56 van de wet overheidsopdrachten 2016) te dezen niet relevant is. Bij de toekenning van een erfpacht als de voorliggende is trouwens niet duidelijk wat varianten en opties wel zouden kunnen betekenen, aangezien de verwerende partij geen welbepaald eindproduct heeft bepaald waarvoor alternatieven voorgesteld zouden kunnen worden of waaraan bijkomende elementen toegevoegd zouden kunnen worden.

De wijze waarop de velden II.2.10 en II.2.11 in de aankondiging op het e-Platform zijn ingevuld, leidt dus niet tot de conclusie dat alternatieven of bijkomende elementen in de offerte uitgesloten zijn.

21. De verzoekende partij voert in de tweede plaats aan dat in het bestek wordt bepaald dat de erfpachter wordt gekozen via een biedprocedure die “onvoorwaardelijk” is. Volgens haar betekent dit dat de inschrijvers een onvoorwaardelijk bod moeten doen, zonder mogelijke opties of varianten.

Punt 5 van het bestek bepaalt dat de erfpachter wordt gekozen via een “open en onvoorwaardelijke biedprocedure”. Het is dus de biedprocedure die beschreven wordt als open en onvoorwaardelijk. Er wordt niet bepaald dat de offertes onvoorwaardelijk moeten zijn. Volgens de verwerende partij wordt met het open en onvoorwaardelijk karakter van de biedprocedure bedoeld dat alle geïnteresseerden zich kunnen inschrijven, zonder dat bijzondere voorwaarden de mededinging beperken. Zij verwijst daarvoor overigens naar de omschrijving van een onvoorwaardelijke aanbidding in een tekst van de Europese Commissie (mededeling van de Commissie betreffende staatssteunelementen bij de verkoop van gronden en gebouwen door openbare instanties, PB nr. C 209 van 10 juli 1997, p. 3).

De uitleg die de verwerende partij aan de term “onvoorwaardelijk” geeft, strookt met de tekst van punt 5. Er is daarentegen niets dat toelaat om de kwalificatie ‘onvoorwaardelijk’ te verbinden met de offertes van de inschrijvers.

Punt 5 van het bestek leidt dus niet tot de conclusie dat alternatieve uitvoeringswijzen of optionele elementen in een offerte uitgesloten zijn.

22. Uit het voorgaande volgt dat, in zoverre in het middel een schending wordt aangevoerd van het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, op grond dat de verwerende partij een offerte in aanmerking genomen heeft die strijdig zou zijn met het bestek, het niet aangenomen kan worden.

Over de andere in het middel ingeroepen beginselen

23.1. In zoverre in het middel een schending wordt aangevoerd van het gelijkheidsbeginsel, steunt het op de omstandigheid dat het aanbod van de gekozen inschrijvers “onzekerheden, verschillende mogelijkheden, niet toegelaten varianten (uitvoeringsmogelijkheden) en opties bevat”, terwijl de offerte van de verzoekende partij voorziet in “een welbepaald aantal velden waarbij verwerende partij geen keuzevrijheid heeft tussen een gebeurlijke tentstructuur of een sporthal”. Volgens de verzoekende partij heeft de verwerende partij, door de offerte van de gekozen inschrijvers in aanmerking te nemen, het mogelijk gemaakt dat dezen zich een discriminerend voordeel verschaffen ten opzichte van de verzoekende partij.

Voor de beoordeling van dit onderdeel van het middel wordt ervan uitgegaan dat uit het gelijkheidsbeginsel volgt, ten eerste, dat de offertes aan dezelfde eisen moeten voldoen, en ten tweede, dat ze op dezelfde manier beoordeeld moeten worden. Hierna wordt onderzocht of aan die twee eisen is voldaan.

23.2. In verband met de eisen die in het bestek worden bepaald, herhaalt de Raad van State dat alle inschrijvers een offerte moesten indienen waarin zij hun visie op de inrichting van de padelvelden zouden geven, met inachtneming van de bestemming die in punt 2 van het bestek is bepaald. Elk van de inschrijvers heeft in zijn offerte toegelicht in hoeveel outdoor en indoor padelvelden hij voorziet, hoe die ingeplant zouden worden, hoe het clubhuis er zou uitzien, en hoe hij de site zou uitbaten.

Zoals de verwerende partij terecht opmerkt, bevond elk van de inschrijvers zich ten tijde van het opstellen van de offertes in een gelijke positie. Er is in dit opzicht geen sprake van een ongelijke behandeling.

23.3. In verband met de beoordeling van de offertes, moet vooreerst opgemerkt worden dat uit het administratief dossier blijkt dat de ruimte die aan de inschrijvers werd gegeven, ertoe leidde dat sommige inschrijvers, zoals de verzoekende partij, een offerte indienden met duidelijk omschreven voorstellen, terwijl andere inschrijvers, zoals de gekozen inschrijvers, een offerte indienden waarin bepaalde elementen duidelijk waren uitgewerkt en andere elementen eerder onder de vorm van mogelijkheden en alternatieven waren weergegeven.

Die verscheidenheid aan offertes heeft de verwerende partij echter niet belet om de offertes met elkaar te vergelijken. Bij de beoordeling van de offertes kon de verwerende partij immers rekening houden met de mate van detaillering en de mate van zekerheid over wat er effectief zou worden gerealiseerd.

Uit het verslag van nazicht blijkt dat de verwerende partij ook effectief op die manier te werk gegaan is. Zo wordt daarin met betrekking tot de offerte van één van de inschrijvers overwogen dat de plannen voor het gebouw nogal vaag zijn en er weinig echte keuzes gemaakt worden, wat dan geleid heeft tot een lagere score voor het ontwerp.

Voorts wordt in de “algemene motivering” voor de beoordeling van de offertes op het gunningscriterium ‘visie’ geconcludeerd, in verband met de offerte van de gekozen inschrijvers, dat het aantal door hen voorgestelde velden “gemiddeld” is, en worden hun opties voor de indoor velden (overkapping of sporthal) niet als een pluspunt vermeld. Daartegenover staat de conclusie in verband met de offerte van de verzoekende partij, volgens welke “veel velden [worden] voorzien, waarvan 7 indoor, wat een pluspunt is”. De scores van 34/40 voor de offerte van de gekozen inschrijvers en 40/40 voor die van de verzoekende partij doen, in het licht van de aangehaalde conclusies, niet blijken van enige discriminatie.

23.4. De conclusie uit het voorgaande is dan ook dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat de gekozen inschrijvers zich een discriminerend voordeel hebben toegekend door optioneel in een bijkomend outdoor terrein en een sporthal te voorzien.

24. In zoverre in het middel een schending wordt aangevoerd van het transparantiebeginsel, maakt het niet duidelijk waarin die schending zou bestaan.

In zoverre is het middel onontvankelijk.

25. In zoverre in het middel nog een schending wordt aangevoerd van de materiële en de formele motiveringsverplichting, steunt de grief op het feit

dat uit het verslag van nazicht niet afgeleid zou kunnen worden welke mogelijkheden en welke alternatieven in het aanbod van de gekozen inschrijvers door de verwerende partij zijn beoordeeld.

Uit het verslag van nazicht blijkt evenwel dat voor de beoordeling van de offerte van de gekozen inschrijvers op het gunningscriterium ‘visie’ uitgegaan is van een aanbod van 5 of 6 outdoor terreinen en een tentstructuur of een sporthal voor de indoor terreinen. Zoals hiervoor overwogen, kon de verwerende partij daarbij rekening houden met de mate van detaillering en de mate van zekerheid over wat er effectief zou worden gerealiseerd (zie overweging 23.3, hiervoor).

In het verslag van nazicht worden ook de redenen opgegeven op grond waarvan de verwerende partij tot een score van 34/40 voor de offerte van de gekozen inschrijvers is gekomen.

De motieven die in het verslag van nazicht worden gegeven, zijn voorts van die aard dat ze de betrokken beoordeling kunnen dragen. Ze worden ook niet tegengesproken door de stukken van het dossier. Aan de materiële motiveringsplicht is derhalve eveneens voldaan.

Over de effectieve wijze van inrichten van de site door de gekozen inschrijvers

26. In de laatste memorie voert de verzoekende partij aan dat de gekozen inschrijvers bij de aanvraag van een omgevingsvergunning een inplantingsplan hebben gevoegd, waaruit blijkt dat dit, wat het clubhuis betreft, afwijkt van de situering ervan op het plan dat zij bij hun offerte hebben gevoegd. De verzoekende partij voegt eraan toe dat zij vernomen heeft dat de gekozen inschrijvers bij gebrek aan financiële middelen zelfs beslist zouden hebben om het clubhuis niet te bouwen.

Het volstaat in dit verband op te merken dat deze bijkomende grief te maken heeft met de implementatie van de erfpacht. Dat is een kwestie die geen invloed heeft op de wettigheid van de beslissing om de erfpacht aan de gekozen inschrijvers toe te kennen.

Overigens merkt de verwerende partij terecht op dat het plan gevoegd bij de offerte slechts een “visie” op de uitbating inhoudt. De concrete uitwerking kan daarvan verschillen, mits aan de in het bestek bepaalde vereisten voldaan blijft.

Conclusie

27. Het middel kan niet aangenomen worden.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

28. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële en de formele motiveringsplicht,

“Doordat de verwerende partij in de bestreden beslissing de offerte van de Begunstigde aanmerkt als de meest voordelige offerte en de erfpacht met de Begunstigde wil afsluiten; Dat aan de Begunstigde een totaalscore van 84,86 punten werd gegeven en aan verzoekende partij een totaalscore van 84,58 punten; Dat er derhalve sprake is van een zeer beperkt verschil van 0,28 punten; Dat de Begunstigde van verwerende partij vooral veel punten toebedeeld kreeg in het kader van het derde gunningscriterium ‘Maatschappelijk verantwoorde uitbating’; Dat de Begunstigde voor dit criterium een score van 50/50 punten ontving terwijl verzoekende partij slechts een score van 40/50 punten toebedeeld kreeg; Dat verwerende partij de beoordeling van de offertes in het licht van het derde gunningscriterium evenwel doorvoerde op basis van niet vooraf gekende ‘Beleidsdoelstellingen’ van verwerende partij zoals onder meer ‘duurzaamheid, groen/milieu, afvalbeleid/netheid, veiligheid/hartveilig (AED), samen inburgeren/integratie/diversiteit/gelijke kansen, sociale cohesie/bevorderen gemeenschappen, integraal ouderenbeleid, ouder-kinderactiviteiten, sportpromotie en evenementen, lokale economie, fair trade, acties rond gezondheid, acties rond talent, kindvriendelijk, kenbaar maken aanbod, digitaliseren, andere, Sport voor iedereen, scholen, samenwerken met verenigingen/organisaties/bedrijven, ouderen/jongeren/kinderen, Assenaren, G-Sport, ...’; Dat verwerende partij bij de beoordeling van de offertes in het licht van het derde gunningscriterium bovendien een aantal elementen uit de offerte van de [verzoekende partij] genegeerd heeft en derhalve niet mee in rekening heeft gebracht, waardoor verzoekende partij is benadeeld; Dat verwerende partij geenszins motiveert waarom de offerte van de Begunstigde voor wat betreft het derde gunningscriterium maar liefst 10 punten meer moest krijgen dan de offerte van verzoekende partij; Terwijl het bestek voorziet dat het derde gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ zou beoordeeld worden op basis van ‘vastgestelde beleidsdoelstellingen en speerpunten’ en dat verwerende partij verwijst naar de website <https://www.asse.be/bbc> waarbij wordt gesteld ‘dat de kandidaat hierbij tevens invulling dient te geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen’; Dat de vermelde website in het bestek de vijf ‘Beleidspeerpunten’ van verwerende partij inderdaad aangeeft, te weten:

Koning Fiets, Uiteraard Vlaams, Samen Sterker, Klasse Van Asse en Echt Slim; Dat verwerende partij ingevolge het patere legem-beginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel de in het bestek aangegeven uitgangspunten en beoordelingskader diende te respecteren bij de beoordeling van de offertes; Dat verwerende partij derhalve niet zomaar voor het eerst in de fase van de beoordeling van de offertes bijkomende beoordelingselementen mocht hanteren waarvan de inschrijvers voorafgaandelijk geen kennis hadden; Dat verwerende partij bovendien rekening moest houden met de volledige inhoud van de offerte van verzoekende partij en derhalve tevens de daarin vermelde positieve elementen mee in rekening moest nemen en niet mocht negeren; Dat verwerende partij er verder toe gehouden was de toegekende scores [en] het puntenverschil tussen de offerte van verzoekende partij en die van de Begunstigde van 10 op 50 punten te motiveren en te verantwoorden”.

In het middel kunnen drie onderdelen onderscheiden worden. Die onderdelen worden hierna achtereenvolgens besproken.

Eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

29. In de toelichting bij het eerste onderdeel voert de verzoekende partij aan dat het bestek in verband met het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ verwijst naar de “beleidsdoelstellingen en speerpunten” van de verwerende partij, waarover meer informatie gevonden kan worden op een bepaalde internetpagina van de gemeente, en naar de “sportbeleidsdoelstelling” om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Op de bedoelde internetpagina worden vijf “grote speerpunten” vermeld (Koning Fiets, Uiteraard Vlaams, Samen Sterker, Klasse Van Asse en Echt Slim). Daarnaast wordt op die pagina ook verwezen naar de “Meerjarenplanning 2020-2025”, een document van 191 bladzijden “met tabellen waar per jaar (in een kolom) investeringen van vorige boekjaren zijn uiteengezet per onderwerp”. De internetpagina bevat geen verdere uitleg over de “beleidsdoelstellingen”. Het is voor het eerst in het verslag van nazicht dat de verwerende partij een reeks elementen opsomt die verbonden zijn met “beleidsdoelstellingen” (16 met name genoemde doelstellingen, plus “Andere”) en “sport voor iedereen” (zeven met name genoemde doelstellingen, plus “Andere”).

Indien de verzoekende partij had geweten dat de aandacht ook zou gaan naar die bijkomende beoordelingselementen, dan zou zij een andere en daarop meer afgestemde offerte hebben ingediend.

Voorts stelt de verzoekende partij vast dat de inhoud van het beleidsspeerpunt ‘Samen sterker’ overlapt met de elementen ‘Samen inburgeren/integratie/diversiteit/gelijke kansen’, ‘Sociale cohesie/ bevorderen gemeenschapsleven’, ‘Integraal ouderenbeleid’, en ‘Ouder-kinderactiviteiten’ in de beleidsdoelstellingen. Die elementen worden aldus twee keer in hetzelfde gunningscriterium beoordeeld. Inschrijvers die slechter scoren voor deze elementen, worden derhalve twee maal “gestraft” voor eenzelfde aanbod.

30. In haar memorie van antwoord merkt de verwerende partij vooreerst op dat de zogenaamde vaagheid van het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ de verzoekende partij niet heeft verhinderd om te begrijpen wat van haar werd verwacht bij het opstellen van haar offerte en welke elementen zij diende toe te lichten. Haar kritiek is louter een kritiek achteraf.

Voorts wijst zij erop dat de in het bestek bedoelde “beleidsdoelstellingen” en “speerpunten” van de gemeente Asse voldoende duidelijk zijn. Dit neemt niet weg dat de inschrijvers over een bepaalde vrijheid beschikken bij het motiveren op welke wijze de uitbating in overeenstemming zal zijn met die beleidsdoelstellingen en speerpunten. Daarnaast kan elke inschrijver ook een eigen invulling geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen.

Uit het verslag van nazicht blijkt dat de offertes zijn beoordeeld op basis van de vijf speerpunten die op de in het bestek aangegeven website konden worden gevonden. Daarnaast zijn bij de beoordeling van de offertes de beleidsdoelstellingen gehanteerd die terug te vinden zijn in het op dezelfde website beschikbaar gemaakte meerjarenplan van de gemeente. De verwerende partij geeft enkele voorbeelden van beleidsdoelstellingen, actieplannen en acties (“duurzaam energiebeleid”, “samen inburgeren”, “lokale economie”) die in het meerjarenplan voorkomen en waarnaar ook verwezen wordt in het verslag van

nazicht. Volgens haar kan elk van de in het verslag van nazicht gehanteerde beleidsdoelstellingen teruggevonden worden in het meerjarenplan. “Het is dus allerm minst zo dat de verwerende partij gunningscriteria gehanteerd heeft welke niet vooraf bekend gemaakt zijn.”

De verwerende partij benadrukt voorts dat de speerpunten en beleidsdoelstellingen geen afzonderlijke gunningscriteria vormen. Zij werden enkel gehanteerd bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’.

Die speerpunten en beleidsdoelstellingen zijn ook niet verrassend. Als kandidaten volgens het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ moeten aantonen hoe de uitbating in overeenstemming zal zijn met de door de verwerende partij vastgestelde beleidsdoelstellingen en speerpunten, en hoe zij invulling geven aan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen, dan kan van een voorzichtig en redelijk inschrijver verwacht worden dat hij in zijn offerte de volgende zaken aanhaalt: duurzaamheid en energiebesparende maatregelen; groen en milieu; samen inburgeren, integratie, diversiteit en gelijke kansen; het bevorderen van het gemeenschapsleven; integraal ouderenbeleid; ouder-kinderactiviteiten; sport-promotie en evenementen. Elk van de inschrijvers heeft het bedoelde gunningscriterium ook op die wijze geïnterpreteerd.

Zelfs indien niet alle beleidsdoelstellingen vooraf bekendgemaakt geweest zouden zijn, zou zulks de onwettigheid van de bestreden beslissing niet per definitie tot gevolg hebben. De artikelen 66 en 81 van de wet overheidsopdrachten 2016, op grond waarvan elk van de gunningscriteria in de opdrachtdocumenten bekendgemaakt moet worden, zijn niet van toepassing op de procedure voor het verlenen van een zakelijk recht. Weliswaar is het gelijkheidsbeginsel van toepassing, maar bij het opstellen van hun offerte beschikten alle inschrijvers over dezelfde informatie, namelijk het bestek en de webpagina waarnaar verwezen werd. Zij bevonden zich dus in een gelijke positie. Dat niet alle beleidsdoelstellingen die bij de beoordeling van het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ werden betrokken, bekendgemaakt zouden

zijn (*quod non*), heeft de begunstigden van de erfpacht geen discriminerend voordeel opgeleverd.

Evenmin is het transparantiebeginsel geschonden, aangezien de opdracht bekendgemaakt werd via het Bulletin der aanbestedingen.

31. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij vooreerst op dat haar niet verweten kan worden dat zij vóór het indienen van haar offerte geen kritiek uitgeoefend heeft op het bestek. Zij ging immers ervan uit dat de gunningscriteria zoals opgenomen in het bestek, de enige waren. Zij stelt thans echter vast dat de verwerende partij vage nieuwe elementen toevoegt aan haar beoordeling, welke oorspronkelijk niet ter kennis waren gebracht aan de verzoekende partij. Zij kan daarop nog geldig kritiek uitoefenen.

Zij erkent voorts dat de vijf speerpunten die de verwerende partij zou hanteren voor de beoordeling van de offertes op het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ duidelijk opgesomd zijn op de website, onder één hoofding. Dit is daarentegen niet het geval voor de andere beoordelingselementen, die talrijk in aantal zijn en “overal verspreid op de website”. Van een normaal zorgvuldige kandidaat kon niet verwacht worden dat deze op de hoogte was van de lijst van beoordelingselementen die in het verslag van nazicht aan bod zouden komen en die “her en der op de website zijn geplaatst”. De verwerende partij heeft een gunningscriterium geformuleerd dat dermate vaag is dat haar beoordelingsruimte niet enkel ruim, maar zelfs arbitrair is.

De verzoekende partij voert aan dat het transparantiebeginsel inhoudt “dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd in de aankondiging van de opdracht of in het bestek, opdat [...] alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en deze op dezelfde manier kunnen interpreteren”. Dit beginsel is van toepassing in het voorliggende geval, nu de verwerende partij een klassiek bestek met gunningscriteria hanteert.

32. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat het bestek verwijst, naast de “speerpunten”, naar de “beleidsdoelstellingen”, maar dat de verwerende partij heeft nagelaten te verduidelijken met welke beleidsdoelstellingen zij precies rekening zou houden. De website inzake de meerjarenplanning waarnaar het bestek verwijst, bevat “maar liefst 13 documenten” waarin het beleid wordt uitgestippeld. Het is manifest onredelijk dat de verwerende partij “uit een lijst van 13 documenten en honderden actieplannen *post factum* een aantal doelstellingen selecteert waarop elke offerte wordt beoordeeld, zonder dat de inschrijvers daarvan voorafgaandelijk op de hoogte waren”.

De verzoekende partij haalt in dit verband de beschikking aan van de voorzitter van de Nederlandstalige rechtbank van eerste aanleg te Brussel van 29 september 2021, die in de voorliggende zaak geoordeeld heeft dat de in het verslag van nazicht gehanteerde “onderliggende criteria”, verbonden met de “beleidsdoelstellingen”, niet vooraf aan de inschrijvers bekendgemaakt waren, zodat dezen hun offerte hierop konden afstemmen.

De verzoekende partij blijft erbij dat het geenszins voorzienbaar was welke beleidsdoelstellingen uit de omvangrijke lijst van het meerjarenplan zouden worden betrokken bij de beoordeling. De verwerende partij heeft zichzelf in de beoordeling een arbitraire beoordelingsbevoegdheid toegekend.

De verzoekende partij licht nog toe dat de beleidsdoelstellingen die zij in haar offerte heeft vernoemd, in de eerste plaats verwijzen naar de speerpunten en de koppeling ervan aan de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen van de Verenigde Naties, aangezien deze speerpunten en ontwikkelingsdoelstellingen het meest duidelijk zijn voor de inschrijvers. Zij mocht redelijkerwijze ervan uitgaan dat de beoordeling tot die elementen beperkt zou zijn. Minstens kon zij niet voorzien dat de verwerende partij plots allerhande bijkomende beoordelingselementen zou hanteren.

33. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij dat de verzoekende partij overdrijft waar zij het heeft over “maar liefst een lijst van 13 documenten” op haar website. De helft van de bedoelde documenten is

gepubliceerd na de opmaak van het bestek en na de indiening van de offertes. De overige documenten zijn veelal delen van één document.

De verwerende partij herhaalt dat alle doelstellingen zijn opgenomen in het meerjarenplan. Het stond de inschrijvers bovendien vrij hierover bijkomende inlichtingen in te winnen.

Beoordeling

34. In het onderdeel voert de verzoekende partij in essentie aan dat de elementen waarmee de verwerende partij rekening zou houden bij de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’, niet op een voldoende duidelijke wijze in het bestek bepaald zijn. Het is volgens de verzoekende partij pas voor het eerst in het verslag van nazicht dat de verwerende partij duidelijk gemaakt heeft welke die elementen zijn. De verzoekende partij zou daardoor niet in de mogelijkheid geweest zijn om haar offerte op die elementen af te stemmen.

35. Het onderdeel doet aldus de vraag rijzen of de verzoekende partij op basis van de informatie vervat in het bestek en in de documenten waarnaar het bestek verwijst, een eerlijke en een gelijke kans heeft gekregen om in haar offerte een wijze van uitbating voor te stellen die haar zou toelaten daarvoor een zo hoog mogelijke score te behalen.

Die vraag moet beantwoord worden in het licht van de in het middel ingeroepen beginselen van gelijkheid en niet-discriminatie, en van het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Die beginselen dient een overheid in acht te nemen, onder meer wanneer zij handelt in het kader van het toekennen van een erfpacht aan één inschrijver, met uitsluiting van andere inschrijvers.

Het beginsel van gelijke behandeling vereist onder meer dat alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen, en impliceert dus dat voor hen allen dezelfde voorwaarden gelden.

De transparantieplichting houdt onder meer in, zonder noodzakelijkerwijs te vereisen dat de procedure van een openbare aanbesteding wordt gevolgd, dat de toewijzende overheid aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid waarborgt, zodat de erfpacht voor mededinging openstaat en de toewijzingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst. Het transparantiebeginsel impliceert aldus dat alle voorwaarden en modaliteiten van de erfpacht duidelijk, precies en ondubbelzinnig worden geformuleerd, opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en ze op dezelfde manier kunnen interpreteren, en anderzijds, de toewijzende overheid in staat is om daadwerkelijk na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken procedure van toepassing zijn.

Wanneer de toewijzende overheid ervoor opteert om, zoals te dezen, vooraf toewijzingscriteria bekend te maken, dan moeten die objectief en niet-discriminerend zijn. Gelet op het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, stellen aldus bekendgemaakte criteria een grens aan de uitoefening van de beoordelingsbevoegdheid van de betrokken overheid en beletten ze dat die bevoegdheid op een willekeurige wijze zou worden uitgeoefend.

36. Zoals bij de beoordeling van het eerste middel is overwogen, volgt te dezen uit het bestek dat aan de inschrijvers een ruime vrijheid wordt gelaten om aan de uitbating van de padelterreinen een bepaalde inhoud te geven (zie overweging 19, hiervoor). Het wordt aan hen overgelaten om uiteen te zetten hoe de voorgestelde uitbating in overeenstemming zal zijn met de door de verwerende partij vastgestelde “beleidsdoelstellingen en speerpunten” en met de “sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen”. De mate van overeenstemming met de bedoelde speerpunten en beleidsdoelstellingen moet het aldus mogelijk maken om de meerwaarde van de offertes te beoordelen en om ze met elkaar te vergelijken in het kader van het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’.

36.1. Voor meer informatie over de bedoelde “beleidsdoelstellingen en speerpunten” verwijst het bestek naar een bepaalde website van de verwerende

partij. Die website heeft betrekking op de beleids- en beheerscyclus van de gemeente.

Eén onderdeel daarvan heeft specifiek betrekking op de “beleidsspeerpunten”. Daarop worden vijf speerpunten vermeld, met een beknopte toelichting: Koning Fiets, Uiteraard Vlaams, Samen Sterker, Klasse van Asse en Echt Slim. Daaraan wordt toegevoegd dat deze speerpunten werden “afgetoetst” aan de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen van de Verenigde Naties. In een afbeelding wordt geïllustreerd hoe elk van de speerpunten gekoppeld kan worden aan één of meer van die ontwikkelingsdoelstellingen. De verzoekende partij erkent dat de vijf speerpunten voldoende duidelijk omschreven zijn, en dat zij zich daarnaar, en naar de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen, heeft kunnen richten.

Haar kritiek richt zich in het bijzonder op de beleidsdoelstellingen, andere dan de specifiek genoemde sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Om die beleidsdoelstellingen te kennen, moet op de genoemde webpagina geklikt worden op een link naar de “Meerjarenplanning 2020-2025”. De betrokken webpagina bevat een aantal documenten die samen het meerjarenplan 2020-2025 vormen, alsmede documenten die te maken hebben met latere aanpassingen van dat plan. Op het ogenblik dat de bestreden beslissingen werden genomen (respectievelijk 29 maart 2021 en 21 juni 2021) waren twee aanpassingen van het plan bekendgemaakt.

Het meerjarenplan bestaat uit een strategische nota en een aantal documenten die samen een financiële nota vormen. Die twee nota's zijn aangevuld met documenten die een toelichting vormen of die achtergrondinformatie bevatten. Volgens de verwerende partij waren de in het bestek bedoelde beleidsdoelstellingen terug te vinden in één van die documenten, met name het “Overzicht doelstellingen, actieplannen en acties”. Dat overzicht bevatte in zijn oorspronkelijke versie 191 pagina's. Het is naar die versie dat de verzoekende partij refereert, zodat de Raad van State ook van die versie zal uitgaan voor het onderzoek van het eerste onderdeel van het middel. De Raad stelt echter vast dat op 1 juni 2021 reeds een nieuwe versie van dat overzicht gepubliceerd was, die 261 pagina's bevatte.

Het bedoelde overzicht van 191 pagina's bevat een opsomming van verscheidene tientallen "beleidsdoelstellingen" (BD), "actieplannen" (AP) en "acties", in een volgorde die niet meteen van een zichtbare logica doet blijken. Uit het overzicht kan bijvoorbeeld niet afgeleid worden of de opsomming gebeurt in een indeling die de vijf hiervoor genoemde speerpunten volgt. De beleidsdoelstellingen worden geïdentificeerd onder een code (bijvoorbeeld BD-GR-016 of BD-AB-015) en een opschrift (bijvoorbeeld Ruimtelijke ordening of Dienst Communicatie). De beschrijving van de beleidsdoelstellingen, de actieplannen en de acties bestaat telkens uit een opsomming van verwachte ontvangsten en uitgaven, voor elk van de jaren 2020 tot 2025, voor exploitatie, investeringen en financiering. Bij sommige van de beleidsdoelstellingen, actieplannen en acties is er ook een woordelijke uitleg over de inhoud ervan. Het lijkt in dit overzicht te gaan om beleidsdoelstellingen waarin prioritaire actieplannen en acties kaderen.

Daarnaast is op de website ook een document te vinden met als opschrift 'Beleidsdoelstellingen overzicht', bestaande uit 10 pagina's, dat een loutere opsomming geeft van tientallen andere beleidsdoelstellingen, actieplannen en acties, gegroepeerd onder de vijf hiervoor genoemde speerpunten. Het lijkt in dit overzicht te gaan om beleidsdoelstellingen waarin géén prioritaire actieplannen of acties kaderen.

Uit een analyse van de codes gebruikt voor de beleidsdoelstellingen die in de twee voornoemde documenten worden opgesomd, kan worden afgeleid dat zij alle ondergebracht kunnen worden onder één van de volgende beleidsdomeinen: algemeen bestuur (BD-AB), algemene financiering (BD-AF), grondgebiedzaken (BD-GR), maatschappelijk welzijn (BD-MW), veiligheid (BD-VE), vrije tijd en onderwijs (BD-VO) en OCMW (BDO).

36.2. Het bestek bevat geen nadere toelichting in verband met de "sportbeleidsdoelstelling" om meer inwoners aan het sporten te krijgen. Hiervoor is er ook geen verwijzing naar een website.

37. Uit de offertes – vertrouwelijke stukken die de Raad van State heeft kunnen inzien – blijkt dat de inschrijvers zich in meerdere of mindere mate gericht hebben op de speerpunten en de beleidsdoelstellingen.

In het verslag van nazicht wordt onder de ‘algemene motivering’ gesteld dat de door de verzoekende partij voorgestelde uitbating “in voldoende mate in overeenstemming [is] met de beleidsspeerpunten en -doelstellingen, al komen sommige weinig of niet aan bod of zijn ze vaag en weinig concreet”. Er wordt ook gesteld dat “de kandidaat [...] een beperkt aantal maatregelen [neemt] om meer inwoners aan het sporten te krijgen”. De Raad van State stelt vast dat de visie op de uitbating in de offerte beschreven wordt volgens een structuur die niet aansluit bij die van de speerpunten; er is in de offerte ook geen verwijzing naar beleidsdoelstellingen die voorkomen in het voornoemde “Overzicht doelstellingen, actieplannen en acties”.

Van de offerte van de gekozen inschrijvers wordt in het verslag van nazicht gesteld dat de voorgestelde uitbating “in zeer grote mate in overeenstemming [is] met de beleidsspeerpunten en -doelstellingen”. Voorts wordt gesteld dat “de kandidaat [...] voldoende maatregelen [neemt] om meer inwoners aan het sporten te krijgen”. De Raad van State stelt vast dat de gekozen inschrijvers de uiteenzetting in hun offerte over de maatschappelijk verantwoorde uitbating structureren rond de vijf speerpunten, waarbij de duurzame ontwikkelingsdoelstellingen gekoppeld worden aan één van die speerpunten. Er wordt echter niet uitdrukkelijk verwezen naar beleidsdoelstellingen die in het hiervoor genoemde “Overzicht doelstellingen, actieplannen en acties” worden vermeld.

38. In het verslag van nazicht van de offertes worden, voor de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’, in verband met de “beleidsdoelstellingen” de volgende beoordelingselementen gehanteerd:

- Duurzaamheid / energiebesparende maatregelen
- Groen / milieu
- Afvalbeleid / netheid
- Veiligheid / hartveilig (AED)
- Samen inburgeren / integratie / diversiteit / gelijke kansen

- Sociale cohesie / bevorderen gemeenschapsleven
- Integraal ouderenbeleid
- Ouder-kinderactiviteiten
- Sportpromotie en evenementen
- Lokale economie
- Fair Trade
- Acties rond gezondheid
- Acties rond talent
- Kindvriendelijk
- Kenbaar maken aanbod
- Digitalisering
- Andere.

In verband met “Sport voor iedereen”, wat kennelijk overeenstemt met de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen, worden in het verslag van nazicht de volgende beoordelingselementen gehanteerd:

- Tarieven
- Sportclubondersteuning
- Scholen
- Samenwerken met verenigingen, organisaties, bedrijven
- Ouderen / jongeren / kinderen
- Assenaren
- G-sport
- Andere.

39. Het onderzoek van de offertes door de verwerende partij bestaat erin dat zij voor elk van de regelmatige offertes heeft nagegaan in hoeverre de offerte beantwoordt aan de hiervoor genoemde beoordelingselementen.

39.1. In verband met de beleidsdoelstellingen, andere dan de sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen, moet vastgesteld worden dat geen enkele van de beoordelingselementen, met uitzondering van de lokale economie, als zodanig is terug te vinden in het

“Overzicht beleidsdoelstellingen, actieplannen en acties” of in enig ander document op de website waarnaar het bestek verwijst. Het bedoelde overzicht, dat 191 pagina’s telt, is een document dat in de eerste plaats in inkomsten en uitgaven voorziet. Daarin komen in verspreide orde wel allerlei beleidsdoelstellingen voor, maar die zijn in zo algemene bewoordingen gesteld dat het niet duidelijk is in welke mate het gaat om doelstellingen die, in de optiek van de verwerende partij, relevant geacht kunnen worden voor de litigieuze padelterreinen. De Raad van State neemt aan dat het daardoor voor de inschrijvers, op basis van de loutere verwijzing naar de website, evenmin duidelijk was wat zij moesten doen of laten om zoveel mogelijk “in overeenstemming” te zijn met de beleidsdoelstellingen.

De onduidelijkheid van de beleidsdoelstellingen waarnaar in het bestek wordt verwezen, leidde aldus tot een bijna onbeperkte vrijheid van de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes in het kader van het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’. Door het aan de inschrijvers over te laten om ernaar te gissen welke “beleidsdoelstellingen [...] van de gemeente zoals die werden bekendgemaakt op de website” de verwerende partij relevant zou vinden, en dus wat de verwerende partij in hun offerte als aantrekkelijk zou beschouwen, bood het bestek onvoldoende waarborgen tegen een willekeurige en discriminerende beoordeling van de offertes.

39.2. De “sportbeleidsdoelstelling om meer inwoners aan het sporten te krijgen” is op zich op een voldoende duidelijke manier omschreven in het bestek.

De in het verslag van nazicht in verband met die doelstelling gehanteerde beoordelingselementen zijn ook pertinent.

Of die beoordelingselementen ook voldoende voorzienbaar waren voor de inschrijvers, kan te dezen buiten beschouwing gelaten worden. Het verschil tussen de totaalscore voor de offerte van de gekozen inschrijvers en die van de verzoekende partij is immers miniem (0,28 punten). In die omstandigheden volstaat de vaststelling dat het bestek in verband met de (algemene) beleidsdoelstellingen en de verwijzing naar de website onvoldoende

waarborgen bood tegen een willekeurige en discriminerende beoordeling van de offertes (overweging 39.1, hiervoor), om te concluderen dat de procedure voor het toekennen van de erfpacht in haar geheel onvoldoende waarborgen bood.

40. In zoverre in het onderdeel de schending wordt ingeroepen van het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, is het gegrond.

Tweede en derde onderdeel

Beknopte uiteenzetting van de onderdelen

41. In het tweede onderdeel oefent de verzoekende partij kritiek op de wijze waarop haar offerte en die van de gekozen inschrijvers worden beoordeeld.

In het derde onderdeel voert de verzoekende partij aan dat de “algemene motivering” voor de beoordeling op het gunningscriterium ‘maatschappelijk verantwoorde uitbating’ geenszins verantwoordt waarom er een verschil van 10 punten is tussen de offerte van de verzoekende partij (40/50) en die van de gekozen inschrijvers (50/50).

Beoordeling

42. Gelet op de conclusie in verband met het eerste onderdeel, is het niet nodig om nader in te gaan op het tweede en het derde onderdeel.

VI. Kosten

Standpunt van de partijen

43. De verzoekende partij vordert de verwijzing van de verwerende partij in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, in de twee zaken.

Specifiek in verband met de zaak A. 233.709 voert de verzoekende partij in haar laatste memorie aan dat, in geval van onbevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen en de daaruit voortvloeiende onontvankelijkheid van haar beroep tegen diens beslissing (eerste bestreden beslissing), zij geenszins gehouden kan zijn tot betaling van de kosten van die procedure, minstens niet tot betaling van de rechtsplegingsvergoeding aan de verwerende partij. Zij voert in het bijzonder aan dat de verwerende partij “zelf verantwoordelijk is voor de opmaak en communicatie van de onbehoorlijke

beslissing”. De beslissing van het college werd haar immers bezorgd met de melding dat tegen “dit besluit” een beroep tot vernietiging kon worden ingesteld bij de Raad van State. Van de verzoekende partij kon en mocht niet worden verwacht dat zij daaraan voorbij zou gaan en geen beroep tot nietigverklaring zou indienen.

De verzoekende partij verwijst ook naar de schorsingsprocedures ingeleid door twee andere inschrijvers, gericht tegen dezelfde beslissing van het college van burgemeester en schepenen. In die zaken, die hebben geleid tot de arresten nr. 250.653 van 21 mei 2021 en nr. 250.704 van 27 mei 2021, is door geen van de partijen opgeworpen dat het college onbevoegd zou zijn om de bestreden beslissing te nemen.

44. In haar laatste memorie voert de verwerende partij aan dat er twee beroepen tot nietigverklaring zijn ingediend en dat in de twee procedures verweer is gevoerd. Zij vordert voor elk van de procedures de verwijzing van de verzoekende partij in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding. Zij wijst erop dat zij in elk van de procedures procedurestukken heeft moeten opstellen en neerleggen.

Wat het bedrag van de rechtsplegingsvergoeding betreft, vordert zij in elk van de zaken het basisbedrag vermeerderd met 20 %, gelet op het feit dat het inleidend verzoekschrift telkens zowel een beroep tot nietigverklaring als een vordering tot schorsing bevatte.

Beoordeling

45. Het beroep van de verzoekende partij in de zaak A. 233.709 wordt onontvankelijk verklaard, op grond dat het gericht is tegen een handeling die niet langer uitwerking heeft.

Omdat de verwerende partij zelf de schijn heeft gewekt dat het om een uitvoerbare beslissing ging, waartegen een beroep tot nietigverklaring kon worden ingesteld, is het passend om haar te verwijzen in de kosten.

Ook in de zaak A. 234.185, waarin het beroep gegrond verklaard wordt, past het de verwerende partij in de kosten te verwijzen. De omstandigheid dat het eerste middel ongegrond verklaard is, doet hieraan geen afbreuk.

BESLISSING

- 1. De Raad van State verwerpt het beroep in de zaak A. 233.709.**
- 2. De Raad van State vernietigt de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente Asse van 21 juni 2021 om het recht van erfpacht ‘padelvelden Asphaltcosite’ te verlenen aan S.A., M.B. en J.D., en om de authentieke akte inzake het recht van erfpacht te sluiten met een op te richten vennootschap bestaande uit de voormelde drie personen.**
- 3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vorderingen tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en de beroepen tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 800 euro, een bijdrage van 80 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 1540 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.**

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Paul Lemmens