

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.043 van 30 november 2017
in de zaak A. 223.654/XII-8455**

In zake: de NV BOPRO SUSTAINABLE INVESTMENT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

SOGENT,
autonoom gemeentebedrijf van de stad Gent,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Patrick Devers en John Devers
kantoor houdend te 9000 Gent
Kouter 71-72
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 november 2017, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 19 oktober 2017 van het directiecomité van Sogent waarbij de toetsing aan de formele vereisten en minimale selectiecriteria zoals terug te vinden in het Selectiedossier 2017/05 ‘PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise’ werd goedgekeurd” en tengevolge waarvan de kandidaatstelling van de nv Bopro Sustainable Investment niet aan de beoordelingscommissie zou worden voorgelegd.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend en daarnaast een correctieve nota.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 23 november 2017, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Barteld Schutyser en Hans Plancke, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat John Devers, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De verwerende partij beslist op 22 maart 2017 om een procedure in drie fasen (selectiefase, toewijzingsfase en onderhandelingsfase) te starten voor het kiezen van een private partner waarmee een samenwerkingsovereenkomst zal worden gesloten voor het toekennen van een zakelijk recht en de ontwikkeling van een woonproject in een deel van de zogenoemde “Ecowijk Gantoise”.

De verwerende partij past daarbij de regelgeving inzake de overheidsopdrachten niet toe.

3.2. De selectieprocedure wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 23 maart 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 25 maart 2017.

3.3. Het verloop van de selectieprocedure wordt geregeld door een selectiedossier. Inzake de bekwaamheid van de kandidaten bepaalt het selectiedossier het volgende:

“11.4.1. Algemeen

De technische en/of beroepsbekwaamheid van de Kandidaat wordt aangetoond door middel van een Overzicht Referentieprojecten aan de hand van referentiefiches (maximum 5 pagina s A4 per referentiefiche) van de leden van de Kandidaat.

Sogent zal slechts met deze referenties rekening houden die door hun aard, kwaliteit, omvang en/of complexiteit relevant zijn, dit wil zeggen voldoende raakvlakken hebben met het voorliggende Project en die door hun graad van realisatie wezenlijk hebben kunnen bijdragen tot de ervaring van de Kandidaat.

- alle referenties moeten betrekking hebben op ervaring in de laatste tien jaar;
- alle referenties zijn gesitueerd op Europees grondgebied;
- de Kandidaat dient zich te houden aan het maximum opgelegd aantal referenties. De Initiatiefnemer kan geen rekening houden met bijkomende referenties.

De ervaring dient intrinsiek aanwezig te zijn bij diegene die de desbetreffende ervaring in de vorm van een referentie inroept. De ervaring kan tevens worden aangetoond door opgedane ondervindingen in teamverband en/of via onderaanneming. Indien de ervaring niet werd opgedaan in teamverband of via onderaanneming, dan spreken we over autonome ervaring.

Op de referentiefiches dient duidelijk te worden aangeduid of het om autonome ervaring, dan wel om ervaring opgedaan in teamverband en/of via onderaanneming gaat.

Sogent is bevoegd de opgegeven referenties te controleren. Het kan dit onder meer doen door plaatsbezoeken, navraag of door attesten, waaruit blijkt dat de referentie regelmatig en naar tevredenheid is verlopen, op te vragen, hetzij bij de Kandidaat, hetzij rechtstreeks aan de opdrachtgevers. Voor zover nodig, kan sogent zich laten bijstaan door externe raadgevers.

11.4.2. Referenties

(a) Referenties projectontwikkelaar

De projectontwikkelaar, zoals voorgesteld in de teamvoorstelling, moet afdoende ervaring aantonen met het aansturen van ontwerp, financiering, realisatie en uitgifte van woningbouw met eventueel buurtondersteunende

functies aan de hand van drie en slechts drie referenties van relevante woonprojecten in een denses bebouwde omgeving.

Referenties die ervaring aantonen dat deze ontwikkeling uitgesproken ecologisch, duurzaam en innovatief is gelden als pluspunt.

Minstens één van de referenties is een mix van eengezinswoningen en meergezinswoningen, minstens één van de referenties is volledig gerealiseerd, opgeleverd en verkocht en/of verhuurd zijn en minstens één van de referenties moet een omvang hebben van minstens 60 wooneenheden.”

3.4. De nv Bopro Sustainable Investment (hierna: nv BSI) dient op 5 mei 2017 een kandidaatstelling in.

3.5. Op 19 oktober 2017 stelt de verwerende partij een selectieverslag op. In dit verslag wordt besloten om de nv BSI niet te selecteren omdat deze niet voldoet aan de formele vereisten en minimale selectievoorwaarden inzake bekwaamheid meer bepaald wat de “projectreferenties projectontwikkeling” betreft.

3.6. Vervolgens beslist het directiecomité van de verwerende partij op 19 oktober 2017, verwijzend naar het selectieverslag, om de nv BSI niet te selecteren.

Dit is de thans bestreden beslissing.

3.7. Met een aangetekend schrijven van 20 oktober 2017 brengt de verwerende partij de nv BSI op de hoogte van haar niet-selectie. De volgende motivering wordt haar meegedeeld:

“Conform het Selectiedossier moet de projectontwikkelaar, zoals voorgesteld in de teamvoorstelling, afdoende ervaring aantonen. Deze ervaring moet intrinsiek aanwezig zijn bij diegene die de desbetreffende ervaring in de vorm van een referentie inroept. De betreffende ervaring mag ook in teamverband of als onderaannemer opgedaan zijn.

BSI nv (hierna ook BSI genoemd), die als de projectontwikkelaar wordt voorgesteld in de teamvoorstelling van Kandidaat 4, dient drie referenties projectontwikkeling in

o Barbarahof te Leuven

- o Zuid-Zweden te Brussel
- o EKLA te Sint-Jans-Molenbeek

Geen enkele referentie betreft echter een referentie zoals door BSI als projectontwikkelaar zelf uitgevoerd, noch in teamverband en/of via onderaanneming zoals toegelaten in het selectiedossier (p. 61/101).

De drie toegevoegde referenties betreffen projecten van een derde projectontwikkelaar (BPI — Batipont immobilier nv voor Barbarahof en Zuid-Zweden) en Inclusio als ‘eindinvesteerder’ voor project EKLA. Voor dit laatste project wordt aldus geen projectontwikkelaar aangeduid.

Derhalve beroept BSI zich voor de relevante beroepservaring onder de vorm van de referenties projectontwikkeling op de technische bekwaamheid van een derde.

Niettegenstaande de bijgevoegde verbintenis van de derden tot ter beschikking stellen van diens technische bekwaamheid aan BSI, toont BSI niet aan intrinsiek over de gevraagde ervaring te beschikken. Er wordt niet aangetoond dat de gevraagde ervaring Intrinsiek aanwezig is bij het lid van de kandidaat dat zich als projectontwikkelaar aandient, zijnde BSI nv. Er wordt verwezen naar het selectiedossier, p. 61/101: [...]

Aldus beantwoordt BSI als projectontwikkelaar niet aan de gevraagde ervaring met het aansturen van ontwerp, financiering, realisatie en uitgifte van woningbouw met eventueel buurtondersteunende functies aan de hand van drie en slechts drie referenties van relevante woonprojecten in een dens bebouwde omgeving.

Het is, tot slot, van geen belang voor deze op te geven referenties, met name ‘projectreferenties projectontwikkelingen’, dat een aan een onderaannemer binnen deze kandidatuur gelieerde onderneming hierin heeft opgetreden (BPI/CFE IMMO trad op als projectontwikkelaar en CFE Group voor realisatie bij het project Barbara hof; BPI trad op als projectontwikkelaar en CFE Group - met oa MBG - als aannemer bij het project Zuid-Zweden). In het kandidaatstellingsdossier van Kandidaat 4 is o.m. MBG — CFE Bouw Vlaanderen nv als onderaannemer opgenomen.

Uw kandidatuurstelling zal dan ook niet voorgelegd worden aan de beoordelingscommissie”.

IV. Schorsingsvoorwaarden

4.1. De verzoekende partij heeft de huidige vordering tot schorsing ingediend bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Zij beroept zich daartoe op de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de

rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies' (hierna: wet van 17 juni 2013). Het project had immers volgens haar als een overheidsopdracht moeten worden aangemerkt, hetgeen zij ook in haar eerste middel aanvoert.

4.2. De verwerende partij doet in haar nota gelden dat wel degelijk de gemeenrechtelijke schorsingsvoorwaarden van toepassing zijn vervat in artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, en niet deze uit de wet van 17 juni 2013, aangezien het in het geding zijnde project geen overheidsopdracht betreft.

Beoordeling

5. Het antwoord op de vraag of de litigieuze gunningsprocedure dient te worden gekwalificeerd als betrekking hebbend op een overheidsopdracht, is bepalend voor de toepasselijkheid van de in de voormelde wet van 17 juni 2013 vervatte schorsingsprocedure, die afwijkt van de gemeenrechtelijke, maar ook voor de beoordeling van het ernstig karakter van het eerste middel.

Mocht dit middel ernstig worden bevonden wat de voormelde kwalificatie betreft, dan kan krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet van 17 juni 2013 de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid, zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist, en wordt overeenkomstig artikel 15, tweede lid, van die wet de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

6. Het is bijgevolg gepast om in de eerste plaats het eerste middel te onderzoeken, om te beoordelen of het ernstig is en of het de nietigverklaring van de bestreden beslissing kan verantwoorden.

V. Onderzoek van het eerste middel

Standpunt van de partijen

7.1. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in het eerste middel onder meer de schending aan van artikel 3, 1° en 2°, samen genomen met artikel 5, tweede lid, 9 en 37, § 2, van de wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’ (hierna: wet van 15 juni 2006) en artikel 74 van het koninklijk besluit ‘plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren’ van 15 juli 2011 (hierna: koninklijk besluit Plaatsing), en van de materiële motiveringsplicht.

Zij vat het middel zelf als volgt samen:

“De uitvoering van het Project ‘Ecowijk Gantoise’ door een private partner betreft in werkelijkheid een overheidsopdracht. Dit Project wordt evenwel door aanbestedende overheid Sogent niet als overheidsopdracht geplaatst. De bestreden beslissing is onwettig, omdat (i) deze wordt genomen in het kader van een gunningsprocedure die niet volgens de bepalingen van de overheidsopdrachtenreglementering verloopt, en (ii) BSI in het bijzonder zich niet kon beroepen op verschillende rechten als kandidaat, waarvan zij in het kader van een overheidsopdracht wel van zou kunnen genieten. Een concreet voorbeeld daarvan is het recht om een beroep te doen op de draagkracht van een derde entiteit voor het voldoen aan kwalitatieve selectiecriteria. Die mogelijkheid, die het voorwerp uitmaakt van artikel 74 van het K.B. Plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juni 2011, werd door Sogent immers uitdrukkelijk uitgesloten.”

7.2. In de eerste plaats doet de verzoekende partij in haar toelichting gelden dat het project een overheidsopdracht voor werken betreft. Zij wijst erop dat overeenkomstig artikel 3, 1°, van de wet van 15 juni 2006 een overheidsopdracht (i) een overeenkomst onder bezwarende titel is (ii) die wordt gesloten tussen één of meer aannemers, leveranciers of dienstverleners en één of meer aanbestedende overheden of overheidsbedrijven, en (iii) die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten. Het kwestieuze project bezit volgens de verzoekende partij deze constitutieve elementen van een overheidsopdracht.

Het project betreft volgens de verzoekende partij een overeenkomst onder bezwarende titel om de volgende reden:

“De prestatie van Sogent aan de private partner betreft (i) het verlenen van een zakelijk recht, en (ii) de mogelijkheid om bij derden inkomsten te verwerven, in casu via de verkoop en/of de verhuur van woningen. Deze laatste [...] prestatie door de overheid werd uitdrukkelijk door het Hof van Justitie in de zaak Auroux bevestigd.

De tegenprestatie van de private partner ten aanzien van Sogent bestaat uit verschillende elementen:

- De private partner zal ten eerste een prijs voor het zakelijk recht aan Sogent betalen. In de prijszetting - die binnen een competitieve gunningsprocedure tot stand komt - zal vanzelfsprekend rekening worden gehouden met het feit dat op de site een woonproject zal worden gebouwd, waarvan de wooneenheden aan particulieren zullen worden verhuurd of verkocht. De meerwaarde van de verwezenlijking van het project voor de waarde van het zakelijk recht, zal reeds in de prijs voor het zakelijk recht zijn verrekend. Alleen al op deze manier geniet Sogent een direct economisch voordeel uit de realisatie van het Project. Dit komt immers op hetzelfde neer als ‘de economische voordelen die de aanbestedende dienst zal kunnen halen uit (...) de toekomstige overdracht van het werk’ uit het arrest Helmut Müller. Voor zover Sogent na de verwezenlijking van het Project aan de private kopers van de wooneenheden grondposities zal verkopen [...], zal zij ook op dat ogenblik van een economische meerwaarde gerealiseerd door het Project, verrekend in de verkoopprijs van de grondpositie, kunnen genieten.
- Behoudens de prijs voor het zakelijk recht geniet Sogent het voordeel van de herontwikkeling van de Gantoise-site op zich. Het hele opzet van het Project is immers de realisatie van een nieuwe woonwijk in Gentbrugge, op het initiatief en volgens de specificaties van Sogent [...]. Hierdoor worden aan de bevolking van Gent nieuwe woningen, voor aankoop of huur, ter beschikking gesteld. Het belang voor Sogent (en de Stad Gent, waarvan Sogent een autonoom gemeentebedrijf is) bij het Project is evident; de herontwikkeling van niet-gebruikte percelen tot woonprojecten is één van haar kernopdrachten. Ook in die zin haalt Sogent economisch voordeel uit het toekomstige gebruik van het Project.
- Uit het Selectiedossier blijkt dat er ruimte zal zijn voor ‘privaat en publiek groen’ en dat het Project ‘de realisatie van circa 150 woningen en buurtondersteunende functies met aansluitend toekomstig openbaar domein omvat’ [...]. Hieruit volgt dat het

voorwerp van het Project niet alleen woningbouw met het oog op de verkoop aan de private markt, maar ook werken rechtstreeks ten gunste van de Stad Gent ter realisatie van openbaar domein betreft. Zo vermeldt het Selectiedossier dat de Projectzone een oppervlakte van bijna 2 ha heeft ‘waarvan circa 0,45 ha toekomstig openbaar domein’ betreft. [...] Bovendien stelt Sogent dat de ecowijk ‘wordt ontworpen en ingericht volgens een principe dat rekening houdt met een vloeiende overgang tussen een privé tuingedeelte en een openbare groene ruimte, kortweg ‘publiek-private gradiënt’ [...] en dat ‘naast het publieke domein ook private en collectieve tuinen worden ontwikkeld’ [...]. Inzake het ambitieniveau ‘9.2.1. Kwaliteit en woonontwikkeling’ wenst Sogent expliciet een Project met: ‘een gerijmde kwaliteit van het openbaar domein en de collectieve tuinen’ [...] te bekomen. Met betrekking tot de referenties van het architectenbureau stelt Sogent bovendien ‘één referentie waarbij openbaar domein werd gerealiseerd door het desbetreffende architectenbureau dat de referentie inroept’ voorop. [...] Na hun verwezenlijking gaan die werken ter realisatie van openbaar domein in alle geval over in het patrimonium van de stad Gent, waarvan Sogent als autonoom gemeentebedrijf de 100% dochter is.”

Vervolgens wijst de verzoekende partij erop dat de overeenkomst voor de verwezenlijking van het project zal worden gesloten tussen de private uitvoerder van de werken en een aanbestedende overheid, namelijk Sogent, autonoom gemeentebedrijf van de stad Gent.

Ten slotte heeft de overeenkomst volgens de verzoekende partij betrekking op het uitvoeren van werken zodat deze een overheidsopdracht voor het uitvoeren van werken betreft. Zij wijst erop dat overeenkomstig artikel 3, 2°, van de wet van 15 juni 2006 een overheidsopdracht voor werken de overheidsopdracht is die (i) betrekking heeft op hetzij het uitvoeren, (ii) hetzij zowel het ontwerpen als het uitvoeren van werken in het kader van één van de in bijlage I van de wet vermelde werkzaamheden of van een bouwwerk, (iii) dan wel het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vastgestelde behoeften voldoet. Het project betreft volgens de verzoekende partij de uitvoering van een bouwwerk, namelijk bestaande uit wooneenheden, dat aan de door de verwerende partij vastgestelde behoeften voldoet.

De verzoekende partij erkent dat uit het selectiedossier blijkt dat de overeenkomst tussen de verwerende partij en de private partner formeel het toekennen van een zakelijk recht betreft en dat dergelijk contract op zich niet aan de overheidsopdrachtenreglementering is onderworpen. Deze formele kwalificatie sluit echter niet uit dat de overeenkomst in werkelijkheid een overheidsopdracht voor werken betreft, indien het zakelijk recht moet worden gebruikt voor de constructie van bouwwerken die aan de door de verwerende partij vastgestelde behoeften voldoen. Het werk zal “aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen” voldoen, wanneer de aanbestedende dienst maatregelen heeft genomen om de kenmerken van het werk te definiëren of een beslissende invloed op het ontwerp ervan uit te oefenen. Dit is volgens de verzoekende partij het geval voor het betrokken project Ecowijk Gantoise. Zij wijst vervolgens op negen elementen uit het selectiedossier waaruit zulks kan worden afgeleid.

7.3. De verzoekende partij doet voorts gelden dat het selectiedossier en bijgevolg de bestreden beslissing diverse specifieke bepalingen van het overheidsopdrachtenrecht miskennen, waardoor aan de verzoekende partij rechten werden ontnomen, onder andere:

“– Het Selectiedossier laat [...] niet toe dat een kandidaat zich op de draagkracht van een derde entiteit beroept, aangezien de kandidaat enkel ‘intrinsieke’ ervaring mag voorleggen. Deze werkwijze is strijdig met artikel 74 van het Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011, dat dit recht van een kandidaat om zich op de draagkracht van een derde te beroepen wel voorziet op voorwaarde dat die derde zich verbindt om zijn middelen voor de uitvoering van de opdracht ter beschikking te stellen.

BSI had zich voor de referentie inzake ervaring als projectontwikkelaar op de draagkracht van andere ondernemingen beroepen, en had de vereiste draagkrachtverbintenissen aan haar kandidaatsdossier toegevoegd. Deze handelwijze was voor Sogent het doorslaggevend motief voor de wering van haar kandidatuur. Indien Sogent de overheidsopdrachtenreglementering had toegepast, dan had Sogent de kandidatuur van BSI niet op grond van dit motief kunnen weren.

– Het Selectiedossier voorziet in een onderhandelingsfase met de Voorkeursbieder [...]. Het Project betreft bijgevolg in werkelijkheid een onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De bestreden beslissing en het Selectiedossier bevatten geen motivering voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure, hetgeen strijdt met artikel 4, eerste lid, 2° en tweede lid van de Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de

informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies. ”

8. De verwerende partij doet in haar nota gelden dat er te dezen geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van artikel 3, 1° en 2°, van de wet van 15 juni 2006. Zij verwijst naar het begrip PPS-project zoals omschreven in het Vlaams decreet van 18 juli 2003 en naar de definitie van het begrip “PPS” op een webpagina van de Vlaamse overheid. Volgens de verwerende partij draagt het project alle kenmerken van een PPS in zich.

Wat de inhoud van het betoog van de verzoekende partij betreft doet zij onder meer het volgende gelden:

“28.1. In zoverre verzoekende partij verwijst naar het economische voordeel dat verwerende partij uit het PPS-project zou halen geldt dat een zgn. winwinsituatie, met voordelen voor zowel de publieke als de private partner, nu net het centrale idee vormt van een PPS-project.

28.2. Wanneer verwezen wordt naar het feit dat het PPS-project tevens zou voorzien in de realisatie van openbaar domein betreft dan zaait verzoekende partij (bewust?) verwarring tussen het ‘PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise’ en het globale ‘project’ houdende de gehele realisatie van Ecowijk Gantoise, waarvan het ‘PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise’ slechts een deel vormt [...]

De passages inzake openbaar domein die verzoekende partij aanhaalt hebben betrekking op het gehele project, met inbegrip van het centrale verbindende wijkpark Gantoise, welke laatste inderdaad (uitsluitend) openbaar domein betreft.

De aanleg van openbaar domein binnen het ‘PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise’ is evenwel beperkt [...] en heeft in hoofdzaak betrekking op de aanleg van enkele voetpaden.

28.3. Voorts, wanneer verzoekende partij dan tracht op het PPS-project te herkwalficeren als een overheidsopdracht van werken dan focust zij volkomen onterecht louter op de realisatie van de woningen en gaat zij gemakshalve volledig voorbij het veel ruimere invulling die verwerende partij van haar private partner verlangt, te weten het project ‘te ontwerpen, te financieren, te realiseren en uit te geven voor eigen rekening en op eigen risico volgens eigen inzicht, expertise en marktbevraging’.

Dat verwerende partij, als publiek partner, bepaalde eisen stelt aangaande de wijze van ontwikkeling is niet meer dan logisch. De door verzoekende partij op dit punt, dan nog louter met betrekking tot de realisatie, aangehaalde punten kunnen evenwel hoegenaamd niet volstaan om het ‘PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise’ plots als een overheidsopdracht van werken te doen verworden.

De gestelde minimumeisen en ambities zijn algemeen en dienen net door de private partner worden ingevuld. Dat het Selectiedossier stelt dat rekening moet worden gehouden met geldende bouwvoorschriften, met de mobiliteitsproblematiek, of nog dat er moet worden voorzien in een mix van woontypes kunnen het PPS-project niet tot een overheidsopdracht van werken doen verworden.”

Beoordeling van het ernstig karakter van het middel

9. Overeenkomstig artikel 3, 1°, van de wet van 15 juni 2006 is een overheidsopdracht een overeenkomst onder bezwarende titel die onder meer op het uitvoeren van werken betrekking heeft.

Artikel 3, 2°, van die wet omschrijft de voormelde werken onder meer als het uitvoeren, het ontwerpen of laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk “dat aan de door de aanbestedende overheid of het overheidsbedrijf vastgestelde behoeften voldoet” en dergelijk bouwwerk is “het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”.

Noch de initiële beslissing van de raad van bestuur van de verwerende partij van 22 maart 2017 tot het opstarten van de voorliggende *sui generis* procedure, noch het selectiedossier lijken enige expliciete verantwoording te bevatten waarom de verwerende partij het voorliggende project, dat moet resulteren in woningbouw, niet beschouwt als een overheidsopdracht. In het selectiedossier wordt op bladzijde 53 enkel vermeld dat “[d]e Procedure voor het Project [...] niet [wordt] beschouwd als een overheidsopdracht in de zin van de reglementering op de overheidsopdrachten”. Het selectiedossier verwijst daar enkel naar “de finaliteit” van de procedure als “de realisatie op eigen privaat risico en onder privaat bouwheerschap, van een privaat project, ingebed in publieke ruimtelijke voorwaarden eigen aan een woonontwikkeling van deze schaal en rekening houdende met de ambities van Sogent als grondeigenaar”.

10. Met de verzoekende partij dient evenwel te worden vastgesteld dat uit het selectiedossier blijkt dat de verwerende partij daarin heel wat verder gaat dan het vooropstellen van algemene ambities en wel degelijk reeds aanzienlijke

perken stelt aan voornoemde “private realisatie” onder “privaat bouwheerschap” van het project. Onder meer uit de negen verschillende elementen van het selectiedossier die de verzoekende partij in haar verzoekschrift aanbrengt, blijkt reeds op het eerste gezicht dat de verwerende partij in verregaande mate haar wil aan de private partner oplegt en daarbij eenzijdig vastlegt hoe het project moet worden ontwikkeld. Het gaat daarbij niet om het louter onder de aandacht brengen van stedenbouwkundige of andere juridische perken die verbonden zijn aan het te ontwikkelen grondgebied. In de vereisten die aan de kandidaten worden opgelegd inzake het te realiseren project zitten wel degelijk nu reeds, in de fase van de selectieleidraad, componenten waarin duidelijke voorkeuren van de aanbestedende overheid zelf ten aanzien van de concrete invulling van het project worden veruitwendigd.

Aldus is er onder meer sprake van minimumeisen en ambities, die zullen worden opgevolgd en die zich in de toetsingscriteria zullen vertalen, van ecologische optimalisatie, zijn er technische kenmerken en functionele eisen omschreven inzake bouwtypologie, bouwhoogte, bouwdichtheid, is er een eis voor een “buurtschuur met buitenruimte”, moet er ruimte zijn voor kleinschalige handel, dienstverlening, buurtwinkel, wasserette, wordt er autovrijheid geëist, zijn er financiële waarborgen opgelegd en zal het toe te kennen zakelijk recht voorwaardelijk zijn.

De verwerende partij blijkt aldus reeds in het voorliggende selectiedossier de behoeften te omschrijven waarvan zij wil dat de opdrachtnemers ze vervullen en aldus nu reeds in hoge mate de kenmerken van het project te definiëren. De verwerende partij oefent met andere woorden reeds van bij het begin van het project een beslissende invloed uit op het ontwerp en de realisatie ervan. Het lijkt dat het resultaat van het project een geheel van bouwwerken is waarbij het nagestreefde resultaat van stadsvernieuwing het beleidsmatig algemeen belang van de overheid dient volgens de door haar opgelegde voorwaarden. Uit de gehele selectieleidraad komt duidelijk naar voren dat de verwerende partij de regie van het project van begin tot eind strak in de hand wil houden. Uit de leidraad blijkt voorts dat er wel degelijk sprake zal zijn van een rechtens afdwingbare bouwplicht (een “realisatieverplichting”) die de

opdrachtnemer ertoe verplicht het project uit te voeren in overeenstemming met de wensen van de verwerende partij.

Het feit dat het project door de verwerende partij wordt gekaderd in een overeenkomst tot het verlenen van een zakelijk recht op gronden die haar eigendom zijn, belet niet dat zou worden vastgesteld dat het wel degelijk om een transactie gaat die als het gunnen van een overheidsopdracht dient te worden beschouwd. Hoewel een vastgoedtransactie in beginsel niet is onderworpen aan het overheidsopdrachtenrecht, lijkt het niet te volstaan dat het laten uitvoeren van welomschreven en vooraf door de aanbestedende overheid uitgedachte stadsontwikkelingswerken in een vastgoedovereenkomst worden gekaderd, om het overheidsopdrachtenrecht buiten toepassing te laten.

11. De vraag of de bouwwerken bestemd zijn om in het patrimonium van de aanbestedende overheid terecht te komen of aan derden zullen worden verkocht, lijkt geen invloed te hebben op de kwalificatie als overheidsopdracht. Wel lijkt daarvoor medebepalend de vraag of het al dan niet een overeenkomst onder bezwarende titel betreft.

Het betoog van de verzoekende partij in het verzoekschrift dat het project een overeenkomst onder bezwarende titel betreft, dient aldus op het eerste gezicht te worden bijgevalen. De verwerende partij lijkt op dit punt overigens geen substantieel verweer te voeren en betwist bijvoorbeeld niet dat zij een rechtstreeks economisch belang heeft bij het project. Zij bevestigt integendeel uitdrukkelijk dat het gaat om een “winwinsituatie, met voordelen voor zowel de publieke als de private partner”.

De betrokken overeenkomst lijkt voorts, zoals de verzoekende partij doet gelden, gelet op de prestaties die van de kandidaten worden verwacht, te kunnen worden aangemerkt als in haar hoofdvoorwerp betrekking hebbend op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van bouwwerken die aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde behoeften dienen te voldoen. In de aankondigingen is overigens sprake van ontwerp en uitvoering van “werken”.

Aldus lijkt de overeenkomst te kunnen kaderen in de omschrijving van overheidsopdracht voor werken, vervat in het voormelde artikel 3, 1° en 2°.

12. Het verweer in de nota tegen deze vaststellingen, gesteund op het feit dat de verwerende partij het project zelf omschrijft als een PPS-project, de definitie van PPS-projecten in artikel 2 van het Vlaams decreet van 18 juli 2003 ‘betreffende publiek-private Samenwerking’ en een omschrijving van publiek-private samenwerking op een webpagina, lijkt niet relevant om tot het besluit te komen dat de verwerende partij te dezen wel degelijk het overheidsopdrachtenrecht buiten toepassing mocht laten. Het feit dat een project een publiek-private samenwerking impliceert, laat de vraag naar het onderworpen zijn van dat project aan de regelgeving inzake overheidsopdrachten immers, zo lijkt het, onverlet. Een PPS-kwalificatie lijkt de onderworpenheid van dat project aan de rechtsregels inzake de gunning van overheidsopdrachten geenszins uit te sluiten. Het lijkt, anders dan de verwerende partij lijkt te veronderstellen in het verweer, immers geen kwalificaties te betreffen die elkaar uitsluiten.

Wat het – veeleer beperkte – inhoudelijke verweer op het eerste middel in de nota betreft, kan nog het volgende worden opgemerkt. Het betoog inzake de win-win situatie die de kern zou vormen van een PPS lijkt irrelevant om de zojuist reeds uiteengezette redenen.

Voorts lijkt het niet dat het feit dat het project naast de eigenlijke bouwwerken ook is “te ontwerpen, te financieren en uit te geven op eigen rekening en op eigen risico”, tot het besluit zou moeten leiden dat het in geen enkel geval om een overheidsopdracht voor werken zou gaan. In het geval van een gemengde opdracht voor werken en diensten dient immers het hoofdvoorwerp te worden nagegaan om tot de juiste kwalificatie te komen. Te dezen lijkt het hoofdvoorwerp reeds *prima facie* een opdracht van werken te zijn.

13. Er zijn aldus voldoende elementen voorhanden die leiden tot de *prima facie* vaststelling dat de verwerende partij met veruitwendigde motieven had moeten aangeven waarom het project niet diende te worden gegund met toepassing van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, waartoe zij in haar nota, mochten

de pas aldaar aangevoerde argumentaties al dienstig zijn, ook niet lijkt te komen. In de huidige procedure lijkt het de verzoekende partij te zijn die voldoende gegevens heeft aangebracht die in de richting wijzen van de verplichte toepassing van de betrokken regelgeving. Het lijkt aldus dat de materiële motieven voor de bestreden beslissing ontbreken en artikel 5, tweede lid, van de wet van 15 juni 2006 als miskend moet worden beschouwd. Overeenkomstig die bepaling dient immers een overheidopdracht te worden gegund overeenkomstig een van de in hoofdstuk IV van die wet bepaalde gunningsprocedures. Het eerste middel dient in die mate ernstig te worden bevonden.

In de huidige stand van het geding is er ten slotte geen grond om in te gaan op de inhoudelijke motieven die hebben geleid tot de niet-selectie van de verzoekende partij en het verweer dat de verwerende partij voert in verband. Deze motieven berusten immers op de toepassing van een selectiedossier dat niet in overeenstemming met de regelgeving inzake overheidsopdrachten lijkt te zijn opgesteld.

Beoordeling van de excepties van niet-ontvankelijkheid

14. Nu hiervoor het eerste middel ernstig is bevonden, past het dat de excepties worden onderzocht die verwerende partij betreffende het middel inroept.

15.1. De verwerende partij merkt op dat het selectiedossier een akkoordverklaring met de procedure bevat, waarin de kandidaten door het indienen van een kandidaatstelling de inhoud van het selectiedossier aanvaarden en zij zich ertoe verplichten fouten of leemten te melden. Ook het kandidaatstellingsformulier bevat de clause dat het selectiedossier zonder voorbehoud wordt aanvaard.

15.2. Deze exceptie kan op het eerste gezicht te dezen niet worden aanvaard, gelet onder meer op de relatief korte termijn die de kandidaten maar hadden om hun kandidaatstelling voor de belangrijke in het geding zijnde opdracht voor te bereiden en in te dienen, maar ook op het feit dat de kwalificatieproblematiek op zichzelf reeds een aanzienlijke complexiteit vertoont, zoals hiervoor bij het onderzoek van het middel bleek. Van een inschrijver lijkt niet te

moeten worden verwacht dat hij in dergelijke omstandigheden vooraleer zich kandidaat te stellen nog eerst een dergelijk onderzoek voert.

16.1. Volgens de verwerende partij leent een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zich voorts niet om tot een herkwalificatie van het project tot een overheidsopdracht te besluiten. Zij meent dat de beslechting van dit vraagstuk “sowieso een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie” vereist. Dit volstaat volgens de verwerende partij om het middel een ernstig karakter te ontzeggen.

16.2. Dit ontvankelijkheidsverweer wordt niet aanvaard. Het middel is *prima facie* duidelijk genoeg om te worden onderzocht, hetgeen hiervoor mogelijk is gebleken.

VI. Besluit

17. Uit het voorgaande volgt dat te dezen toepassing mocht en zelfs diende te worden gemaakt van de schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals vervat in de wet van 17 juni 2013, waarbij geen bewijs van spoedeisendheid wordt vereist.

Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering worden geschorst van de thans bestreden beslissing in aanwezigheid van een ernstig middel.

Er werd reeds vastgesteld dat de verzoekende partij een ernstig middel aanvoert, met verwerping van de excepties tegen dat middel. Deze vaststelling volstaat om te besluiten tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing.

VII. Kosten

18. Het is passend, gelet op de hierna ingewilligde vordering tot schorsing en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

De Raad van State beveelt de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 19 oktober 2017 van het directiecomité van Sogent waarbij de toetsing aan de formele vereisten en minimale selectiecriteria zoals terug te vinden in het Selectiedossier 2017/05 “PPS-Woonproject deel van Ecowijk Gantoise” wordt goedgekeurd en tengevolge waarvan de kandidaatstelling van de nv Bopro Sustainable Investment niet aan de beoordelingscommissie zou worden voorgelegd.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 30 november 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest