

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 240.044 van 30 november 2017
in de zaak A. 223.656/XII-8457**

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 2017/10 ‘Woonwijk De Porre, Gentbrugge’ 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 Plankce, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaat Johan 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 26 april 2017 om een procedure in drie fasen – selectiefase, toewijzingsfase en onderhandelingsfase – te starten met het oog op de keuze van een private partner waarmee een PPS-overeenkomst zal worden gesloten en aan wie een zakelijk recht en de ontwikkeling van woonwijk De Porre in Gentbrugge zal worden toegekend.

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

3.2. De selectieprocedure wordt aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 28 april 2017 en in het Publicatieblad van de Europese Unie van 3 mei 2017.

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

“6.4. Selectie - Bekwaamheid van de kandidaat

De bekwaamheid van de kandidaat in de hoger genoemde basisdisciplines wordt aangetoond door middel van de voor te leggen referenties van de kandidaat. De kandidaat gebruikt hiervoor de referentiefiche volgens model in bijlage.

Sogent zal slechts met deze referenties rekening houden die door hun aard, kwaliteit, omvang en/of complexiteit voldoende raakvlakken hebben met het voorliggend project en die door hun graad van realisatie en betrokkenheid van de kandidaat wezenlijk hebben kunnen bijdragen tot de ervaring van de kandidaat:

- alle referenties moeten betrekking hebben op ervaring in de laatste tien (10) 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.

a. Projectreferenties projectontwikkeling

De projectontwikkelaar moet afdoende ervaring aantonen met betrekking tot het aansturen van ontwerp, financiering, realisatie en uitgifte van woningbouwprojecten in stedelijke omgeving met een bouwkost van minimum 10.000.000 € (excl. BTW) aan de hand van twee (2) referenties. De woningbouwprojecten uit de referenties zijn volledig gerealiseerd, opgeleverd en verkocht en/of verhuurd.”

3.4. De nv Bopro Sustainable Investment (hierna: nv BSI) dient op 29 juni 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 19 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. In deze is dus een beroep op draagkracht van derden door het selectiedossier specifiek verboden.

- BSI, die zich als projectontwikkelaar opgeeft in de teamvoorstelling van Kandidaat 3, voegt twee referenties projectontwikkeling bij zijn Kandidaatstelling:
 - o Barbarahof te Leuven
 - o Zuid-Zweden te Brussel
- 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.
- Beide toegevoegde referenties betreffen projecten van een derde projectontwikkelaar (BPI — Batipont immobielier nv). 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 derde 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. 46/57: [...]
- Aldus beantwoordt BSI als projectontwikkelaar niet aan de gevraagde ervaring met betrekking tot het aansturen van ontwerp, financiering, realisatie en uitgifte van woningbouwprojecten in stedelijke omgeving met een bouwkost van minimum 10.000.000 € (excl. BTW), zoals opgenomen in het selectiedossier.
- Daarenboven wordt op de referentiefiche van één project de bouwkost van 5.000.000 euro, (excl. BTW) vermeld. De opgegeven referentie Zuid-Zweden te Brussel voldoet derhalve niet aan de eis omtrent de bouwkost per referentie (minimum 10.000.000 euro excl. BTW).
- Het is, tot slot, van geen belang voor deze op te geven referenties, met name 'projectreferenties projectontwikkeling', dat een aan een onderaannemer binnen deze kandidatuur gelieerde onderneming hierin heeft opgetreden (BPI/CFE IMMO trad op als projectontwikkelaar en CEE 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 3 is o.m. MBG - CFE Bouw Vlaanderen nv als onderaannemer opgenomen."

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 als een overheidsopdracht had 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 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), 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 De Porre 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 van 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 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 site op zich. Het hele opzet van het Project is immers de realisatie van een nieuwe woonontwikkeling 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.
- Bij de omschrijving van de doelstelling van het Project geeft Sogent in het Selectiedossier aan dat de private partner zal instaan voor de private woonontwikkeling ‘onder de publieke last van het uitvoeren van publieke omgevingswerken aan het (toekomstig) openbaar domein’. [...] Sogent stelt verder niet alleen dat gebouwen in de volledige zone kunnen worden gebouwd, maar ook dat ‘[d]elen van deze zone een openbaar karakter kunnen krijgen’. [...] Tot slot legt Sogent de Private Partner op dat alle gevels van de nieuwe woonontwikkeling als volwaardige gevels worden ontworpen ‘in functie van de attractiviteit en sociale veiligheid van het openbaar domein’. [...] Een en ander wijst erop dat de Private Partner ook zal instaan voor werken ter realisatie van het openbaar domein, die na hun verwezenlijking in alle geval in het patrimonium van de stad Gent, waarvan Sogent als autonoom gemeentebedrijf de 100% dochter is, zullen overgaan.”

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 niet uit dat de overeenkomst in werkelijkheid een overheidsopdracht voor werken betreft, met name wanneer 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 De Porre. Zij wijst vervolgens op zes elementen uit het selectiedossier waaruit zulks kan worden afgeleid.

7.3. De verzoekende partij doet voorts gelden dat de bestreden beslissing diverse specifieke bepalingen van het overheidsopdrachtenrecht schendt, 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. Op grond van die bepalingen moeten de motieven voor het gebruik van een onderhandelingsprocedure met bekendmaking ten laatste in de selectiebeslissing formeel worden opgenomen. Minstens moet in het administratief dossier een verantwoording voorhanden zijn van de redenen waarom op een onderhandelingsprocedure beroep wordt gedaan.

– In afwijking van artikel 37, § 2 van de Overheidsopdrachtenwet bevat het Selectiedossier geen omschrijving van de duurtijd van de overeenkomst of, voor zover die duurtijd langer is dan 4 jaar, een verantwoording daarvan.”

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:

“25.1. 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.

25.2. Wanneer verwezen wordt naar het feit dat het PPS-project tevens zou voorzien in de realisatie van openbaar domein betreft dan betreft zulk slecht heel beperkt deel van de realisatie, sowieso secundair aan de woonontwikkeling doch daar noodzakelijkerwijze mee samenhangende en dan nog in hoofdzaak betrekking hebbende op de aanleg van enkele voetpaden.

25.3. 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 ontwerp, de financiering, de realisatie en de uitgifte van de private woonontwikkeling’. 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-project ‘Woonwijk De Porre’ 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 26 april 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 37 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 zes 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 technische ambitieniveaus die zich in de toetsingscriteria zullen vertalen, van bepaalde wooneenheden die ook geschikt zijn voor gezinnen met kinderen, van een ambitieniveau duurzaamheid met vier subniveaus, van een kindvriendelijke verkeersarme woonomgeving te realiseren met geclusterd parkeren dat bij voorkeur ondergronds gebeurt, 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 werk 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 touwtjes 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 bouwwerk 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 in 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 wordt 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 daarvoor medebepalend is de vraag of het al dan niet om 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, 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 uitmaakt, 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 betreft het – veeleer beperkte – inhoudelijke verweer op het eerste middel in de nota, 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 overheidsopdracht te worden gegund overeenkomstig één 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 de 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 clausule 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

1. 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 2017/10 “Woonwijk De Porre, Gentbrugge” 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