

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 189.475 van 15 januari 2009
in de zaak A. 84.736/XII-2091.**

In zake : de BVBA CAFETARIA VIRGA JESSE,
die woonplaats kiest bij
advocaat K. Vanoppen,
kantoor houdende te Kermt-Hasselt,
Diestersesteenweg 146

tegen :

de AUTONOME VERZORGINGSINSTELLING VIRGA JESSE
ZIEKENHUIS HASSELT, voorheen het Openbaar Centrum voor
Maatschappelijk Welzijn van de stad Hasselt,
dat woonplaats kiest bij
advocaat H. Lamon,
kantoor houdende te Hasselt,
de Schiervellaan 23.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de BVBA Cafetaria Virga Jesse op 14 juni 1999 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van de “ beslissing dd. 13 april 1999 genomen door het beheerscomité van het Virga Jesse ziekenhuis, ressorterende onder het OCMW van Hasselt, [...] waarbij beslist werd met betrekking tot de uitbating van het cafetaria in het Virga Jesseziekenhuis te Hasselt”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 26 maart 2002 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 29 oktober 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 2 december 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat M. Liefsoens, die loco advocaat K. Vanoppen verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat B. Speleers, die loco advocaat H. Lamon verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Op 5 januari 1999 beslist het beheerscomité van het Virga Jesseziekenhuis om via een procedure van “onderhandelingen” een nieuwe concessie te verlenen voor de exploitatie van de cafetaria voor een periode van tien jaar, met ingang vanaf 1 augustus 1999.

In een aantal dagbladen wordt aangekondigd dat kandidaten worden gezocht voor de onderhandeling met het bestuur over de uitbating van de bestaande cafetaria. Er wordt vermeld dat kandidaten-concessionarissen met wie zal worden onderhandeld, voornamelijk zullen worden geselecteerd op grond van hun :

“- ervaring, beroepsernst en betekenisvolle referenties
- financiële betrouwbaarheid”.

De verzoekende partij, zittend exploitant, stelt zich met een schrijven van 9 februari 1999 kandidaat om deel te nemen aan de onderhandelingen. In totaal bieden zich zestien kandidaten aan. Op 24 februari 1999 beslist het beheerscomité van het Virga Jesseziekenhuis om alle ingezonden kandidaturen voor onderhandeling te aanvaarden en om de kandidaten schriftelijk voor mededinging uit te nodigen.

Met een schrijven van 25 februari 1999 brengt de verwerende partij de verzoekende partij op de hoogte van de beslissing van het beheerscomité van het Virga Jesseziekenhuis, nodigt zij de verzoekende partij uit om deel te nemen

aan de onderhandelingsprocedure en deelt zij mee dat het bestek ter inzage ligt bij de verwerende partij.

Het bestek bepaalt het volgende omtrent de selectie- en gunnings-criteria :

“Artikel 1.

De onderneming tot uitbating van de cafetaria in het Virga Jesseziekenhuis wordt, conform de wet van 24 december 1993, art 25 gegund na onderhandeling met de vooraf door het Bestuur geselecteerde bidders.

[...]

Artikel 2.

Het bestuur beslist autonoom zowel over de criteria die het hanteert om geïnteresseerden tot de onderhandelingen toe te laten als over de modaliteiten van deze onderhandeling. Inzake de selectie van de kandidaten zullen vooral in de afweging betrokken worden :

- de relevante beroepservaring op het vlak van management en beheerskunde omtrent de uitbating van publieke eet-, drankgelegenheden of vergelijkbare activiteiten
- de professionele betrouwbaarheid
- de financiële draagkracht in verhouding tot de te realiseren investeringen in de cafetaria [...] en de te verlenen waarborg [...].

[...]

Criteria voor de gunning

De biedingen zullen door een door het Bestuur te installeren jury geëvalueerd worden en getoetst worden aan de hiernavolgende criteria.

a. Biedingsprijs 45

[...]

b. Relevante beroepservaring en referenties (zie hoger) 25

c. Professionele betrouwbaarheid 15

d. Financiële waarborgen 10

e. Bijzondere diensten, die bovenop de in [het bestek] beschreven minimale service verleend worden 5”.

Op 22 maart 1999 worden de inschrijvingen geopend. Er zijn zes offertes ingediend, ondermeer door de verzoekende partij en de NV Hassotel.

Op 27 maart 1999 gaat een door het beheerscomité van het Virga Jesseziekenhuis samengestelde jury over tot een evaluatie van de offertes, meer bepaald aan de hand van de voormelde criteria b - c - d - e.

Op 13 april 1999 neemt het beheerscomité van het Virga Jesseziekenhuis de bestreden beslissing waarbij de concessie aan de NV Hassotel wordt toegewezen. Het beheerscomité motiveert zijn beslissing als volgt :

“Het Comité onderschrijft de aanbeveling van de jury voor de toewijzing van de concessie en besluit : [...]

Gelet op zijn beslissing van 05 januari 1999 om door onderhandeling, na voorafgaande publicatie, de concessie van de cafetaria van het Virga Jesseziekenhuis voor een periode van 10 (tien) jaar toe te wijzen;

Gelet op het bijzonder bestek [...];

Gelet op de offertes [...];

Gelet op het administratief onderzoek [...];

Gelet op het technisch onderzoek van de offertes, waarvoor het beheerscomité op 17 maart 1999 een deskundige jury heeft samengesteld, die [...] haar rapport op 29 maart 1999 heeft afgeleverd;

Gelet op de eindbeoordeling van de aanbiedingen door de jury, waarbij aan de inschrijvingen de volgende eindscore op 100 punten is toegekend:

- | | |
|-----------------------|-------|
| 1. NV Hassotel | 66,50 |
| 2. BVBA Cafetaria VJZ | 61,50 |
- [...]

Gelet op de motivering van de jury ten aanzien van de score van de NV Hassotel voor de criteria:

a. Relevante beroepservaring en referenties

Overtuigende vaststelling uit de dossierstukken van de ervaring en de referenties die de kandidaat heeft.

b. Professionele betrouwbaarheid

De structuur van het bedrijf [...] stoelt op een gedegen management en een professioneel inzicht, die beide [...] de basis voor een constructieve en toekomstgerichte samenwerking met de concessionaris zijn.

c. Financiële waarborgen

De vereiste financiële waarborg [...] is in hoofde van deze kandidaat aanwezig.

d. Bijzondere diensten, die bovenop de in [het bestek] beschreven minimale service verleend worden

De bijzondere diensten, die de inschrijver buiten verplichting aanbiedt, brengen enige meerwaarde bij”.

De verwerende partij brengt de verzoekende partij met een schrijven van 14 april 1999 op de hoogte van de beslissing, haar de betrokken concessie niet te kunnen geven “omdat [...] mededingers een hogere score in de totaalbeoordeling gekregen hebben”.

Met een aangetekend schrijven van 16 april 1999 vraagt de verzoekende partij de gemotiveerde beslissing op.

De gegrondheid

2.1. In een *eerste middel* voert de verzoekende partij de schending aan van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Zij onderbouwt dit middel door te stellen dat de bestreden beslissing onrechtmatig is omdat is gesteund op gunningscriteria, opgenomen in het bestek die “door de wet van 24 december 1993 worden beschouwd als criteria ter selectie van de kandidaten”. Zij betoogt in haar memorie van wederantwoord dat de beslissing van de verwerende partij ook “onregelmatig is omdat zij gesteund is op onregelmatige gunningscriteria die door het bestuur bovendien eveneens uitdrukkelijk werden weerhouden als selectiecriteria”.

2.2. De verzoekende partij gaat er ten onrechte van uit dat met artikel 1 van het bestek de verwerende partij “de” voormelde wet van 24 december 1993 toepasselijk heeft verklaard. Het hiervoor aangehaalde artikel 1 bepaalt immers enkel dat de “onderneming ter uitbating van de cafetaria” gegund wordt conform artikel 25 van die wet. Uit de referentie naar dat enig artikel kan niet worden afgeleid dat de gehele wet van toepassing wordt verklaard. Voorts is in elk geval de referentie niet werkzaam: artikel 25 is onderdeel van titel III van de wet (“Concessies voor openbare werken en van werken gegund in naam van concessiehouders van openbare werken”). Overeenkomstig artikel 24 van die wet, zoals het luidde op het ogenblik dat het bestek werd aangenomen, wordt onder concessie voor openbare werken verstaan “de schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel door dewelke een [...] aanbestedende overheid aan een ander privaatrechtelijk of publiekrechtelijk persoon, de concessiehouder genoemd, het recht toekent om de werken of het werk uit te baten, zo nodig vergezeld van een prijs, waarvoor de concessiehouder hetzij de verbintenis aanging ze uit te voeren, hetzij gezamenlijk de conceptie en de uitvoering ervan op zich te nemen, hetzij ze te doen uitvoeren met eender welk middel”.

De “concessie” voor de uitbating van een cafetaria die te dezen aan de orde is, kan niet worden ondergebracht in de concessie die in de aangehaalde bepalingen wordt omschreven. In zoverre aldus de verwerende partij in het bestek

heeft willen alluderen op de toepasselijkheid van de wet van 24 december 1993 via de daarin onder artikel 24 en volgende begrepen rechtsfiguur van de concessie voor openbare werken, dwaalde ze. Die wet is in elk geval niet uit zichzelf toepasselijk op de te dezen in het geding zijnde “concessie”. Ten slotte wordt niet aangenomen dat door de loutere verwijzing naar één artikel, artikel 25, in de geschetste context van niet-toepasselijkheid van de wet uit kracht van haar toepassingsgebied, de in artikel 25 opgesomde bepalingen, die van toepassing worden verklaard op de concessies voor openbare werken, meteen op de in het geding zijnde opdracht toepasselijk moeten worden geacht.

In haar laatste memorie betoogt de verzoekende partij nog dat de wet van 24 december 1993 toch toepasselijk zou zijn omdat de in het geding zijnde opdracht een opdracht voor aanneming van diensten zou zijn. In die stelling wordt de verzoekende partij niet bijgevalen: in het bestek wordt alleen verwezen naar artikel 25 van de voornoemde wet, dat niet de aanneming van diensten betreft, maar de daaraan geenszins gelijk te stellen concessie voor openbare werken.

Het middel is niet gegrond.

3.1. De verzoekende partij steunt een *tweede middel* op de schending van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en de schending van het gelijkheidsbeginsel “alook de beginselen van behoorlijk bestuur”.

Met dit middel bekritiseert de verzoekende partij het gebruik van het vijfde gunningscriterium, “bijzondere diensten die bovenop de in het bestek beschreven minimale service verleend worden”. Zij betoogt daartoe dat “het weerhouden criterium [...] niet kan beschouwd worden als een objectief verifieerbaar criterium dat toelaat de kandidaten op gelijkwaardige [wijze] te beoordelen”. Zij stelt dat “het weerhouden gunningscriterium dat voorziet in bijzondere diensten, die bovenop de in het [bestek] beschreven minimale service verleend worden, de gelijkheid tussen de inschrijvers doorbreekt”.

In haar memorie van wederantwoord voegt de verzoekende partij hier nog aan toe dat de verwerende partij door het opnemen van dit gunningscriterium “de deur [openzet] voor willekeur”.

3.2. In de mate dat het tweede middel gesteund is op de schending van de voormelde wet van 24 december 1993, is het middel niet gegrond nu reeds is vastgesteld dat deze wet te dezen niet toepasselijk is.

Voorts bepaalt het bestek uitdrukkelijk dat één van de gunningscriteria waaraan de ingediende offertes zullen worden beoordeeld het verstrekken is van “bijzondere diensten, die bovenop de in [het bestek] beschreven minimale service verleend worden”. Alle inschrijvers waren bijgevolg op de hoogte van het feit dat hun offerte aan dit criterium zou worden getoetst en zij hadden op gelijke wijze de mogelijkheid om dergelijke “bijzondere diensten” op te nemen in hun offerte. Uit het “verslag van het technisch onderzoek van de biedingen”, zoals opgenomen in het verslag van de jury, blijkt duidelijk dat de verwerende partij voor alle ingediende offertes op gelijke wijze heeft nagegaan in welke mate de offertes voldeden aan het betrokken gunningscriterium, in die zin dat bij elke offerte werd onderzocht of de “bijzondere diensten die bovenop de in het bestek beschreven minimale service verleend worden” een meerwaarde voor de exploitatie van de cafetaria opleverden. Willekeurig handelen of schending van het gelijkheidsbeginsel wordt niet aangetoond.

Het middel is in zijn geheel ongegrond.

4.1. De verzoekende partij roept als *derde middel* de schending in van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Zij betoogt daartoe dat zij “de feitelijke en juridische motieven niet kon kennen waarom [haar] offerte niet werd gekozen” omdat “in de meegedeelde beslissing, noch in het meegedeelde uittreksel uit het register van de beraadslagingen van het beheer van het Virga Jesseziekenhuis Stad Hasselt de minste toelichting wordt gegeven waarom en hoe het onderzoek van de in het [bestek] gestelde criteria aan de hand van het puntensysteem geleid heeft tot het besluit van niet-toewijzing aan verzoekster”.

4.2. Het besluit van de verwerende partij om de concessie te gunnen aan de NV Hassotel is formeel gemotiveerd. Het besluit bevat immers zowel de juridische als de feitelijke overwegingen die eraan ten grondslag liggen. Evenmin wordt aangetoond dat die hiervoor aangehaalde overwegingen, wat de offerte van de NV Hassotel betreft, niet afdoende zouden zijn. De beslissing bevat immers beschrijvende evaluaties per criterium en een puntenrangschikking waarbij NV Hassotel eerste blijkt te zijn gerangschikt. Ten slotte “onderschrijft” de

beslissing het onderzoeksrapport van de jury, dat voor alle offertes analoge evaluaties bevat.

De verzoekende partij bekritiseert met haar middel ook het gebrek aan formele motivering van “het besluit van niet-toewijzing aan verzoekster”. Aangezien geen expliciet besluit in die zin bestaat kan het besluit ook geen formele motiveringsplicht schenden.

In zoverre de verzoekende partij ten slotte lijkt te bekritisieren dat zij niet ook het evaluatieverslag van de jury heeft ontvangen, kan het middel niet tot nietigverklaring leiden. Een eventuele tekortkoming met betrekking tot die kennisgeving is op zichzelf niet van aard de rechtmatigheid zelf van de bestreden beslissing in het gedrang te brengen.

Het middel is niet gegrond.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
vijftien januari 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.