

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**XIIe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 212.659 van 14 april 2011  
in de zaak A. 165.114/XII-4516**

In zake: de NV MEDINA FACTORY  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Bert De Keyser  
kantoor houdend te 2800 Mechelen  
Antwerpsesteenweg 16-18  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD BRUGGE  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Antoon Lust  
kantoor houdend te 8310 Brugge-Assebroek  
Baron Ruzettelaan 27  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV VERHULST  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Jean-Claude Fenaux  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Ter Kamerenlaan 33/9  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 12 augustus 2005, strekt tot de  
nietigverklaring van

- “het Gemeenteraadsbesluit van de stad Brugge dd. 22.03.2005 waarbij  
beslist werd om het na advies van de betrokken stadsdiensten  
gewijzigde contractsvoorstel van de belanghebbende partij  
NV VERHULST, voor de organisatie en realisatie van ‘Labyrint  
Zeebrugge’ goed te keuren alsmede van de impliciete

weigeringsbeslissing van de Gemeenteraad van de Stad Brugge om niet te contracteren met verzoekende partij”, en

- “het Besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de Stad Brugge dd. 18.02.2005 waarbij beslist werd om voor de organisatie van het zomerevenement te Zeebrugge principieel te opteren voor het voorstel van belanghebbende partij NV VERHULST en waarbij impliciet geweigerd werd principieel te opteren voor verzoekende partij, welke als tweede gerangschikt werd”.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

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

De nv Verhulst heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 13 januari 2006. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Adjunct-auditeur Inge Vos heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie en een verzoek tot voortzetting ingediend en de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 februari 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stephanie Taelemans, die loco advocaat Bert De Keyser verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Paul Gielis, die loco advocaat Antoon Lust verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Geoffry Van Runckelen, die loco advocaat Jean-Claude Fenaux verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Met het oog op het laten plaatsgrijpen van een vakantie-evenement te Zeebrugge schrijft de stad Brugge bij brief verstuurd eind 2004 een aantal evenementenkantoren aan waaronder het evenementenkantoor van de verzoekende en de tussenkomende partij. Deze brief luidt:

“Geachte mevrouw  
Geachte heer

Het Stadsbestuur van Brugge hecht veel waarde aan actieve vakantiebeleving voor de strandgangers van onze badplaats Zeebrugge en aan een wijd aanbod aan evenementen ook voor de lo[k]ale bevolking.

Door het wegvallen van het traditionele zomerse Zandsculpturenfestival volgend jaar ontstaat de mogelijkheid om een gelijkaardig of ander evenement te ontwikkelen voor Zeebrugge. We willen u graag de kans bieden mee te dingen voor het organiseren van een leuk en interessant evenement, dat bij voorkeur op het strand van Zeebrugge wordt gepland, en zich richt tot het groot publiek. Inhoudelijk kan het alle kanten op en zijn er eigenlijk geen beperkingen vooraf gesteld. Het evenement kan gebaseerd zijn op een bestaande formule, maar vernieuwende initiatieven zijn natuurlijk evenzeer welkom. Onze duidelijke voorkeur gaat uit naar evenementen van langere duur. Het evenementenplateau bevindt zich op het strand van Zeebrugge met een oppervlakte van 329 x 286 m in vlak egaal terrein, een zandoppervlakte met een betonnen plateau van 58 m x 45 m, bereikbaar van op de openbare weg met een vrachtwagen.

We zien twee mogelijkheden inzake financiering : onze voorkeur gaat ernaar uit dat de organisator het financiële risico draagt, maar daarbij wel kan beroep doen op logistieke ondersteuning door het stedelijk apparaat (in een tweede fase onderling overeen te komen), maar ook voorstellen die van stadswege een investering vragen, maar ook een financiële return impliceren, kunnen geformuleerd worden.

Indien u interesse hebt om een evenement in het zomerse Zeebrugge te organiseren, vragen wij u ons uw voorstellen toe te sturen in een dossier dat ons moet toelaten het evenement inhoudelijk goed te kunnen inschatten, met toevoeging van een budgettair plan, periode en duur, en alle mogelijke inlichtingen die u ons kunt verschaffen om een duidelijk oordeel te kunnen vormen. Graag wachten wij uw dossier in tegen uiterlijk 20 november, te richten aan Toerisme Brugge, Burg 11, B-8000 Brugge”.

3.2. Op 20 november 2004 had de stad Brugge nog geen enkel voorstel ontvangen.

3.3. Het stadsbestuur bezoekt vervolgens op 18 januari 2005 de evenementenbeurs in Eindhoven en verzoekt nog een aantal evenementenbureaus om een voorstel uit te werken.

3.4. Na 20 november 2004 ontvangt de stad Brugge vervolgens nog vijf inzendingen:

- nv Medina Factory met het voorstel “Reuzenlabyrint” op het strand: Bij e-mail van 19 november 2004 laat verzoekende partij aan de stad Brugge weten dat zij uiterst geïnteresseerd is om een voorstel te formuleren, doch vraagt zij om een langere termijn om een voorstel in te dienen, wat haar wordt toegestaan. Verzoekende partij dient uiteindelijk haar voorstel in op 17 december 2004 en stelt haar voorstel voor op het kabinet van de schepen van Toerisme. Op 17 februari 2005 werd er nog een aanvullende toelichting ingediend.
- bv Inaxi Holland met het voorstel “Grand Master World Championships”. Het voorstel werd ingediend begin december 2004, het financieel plan op 19 januari 2005.
- Totaal Theater met het voorstel “Sea & Street Festival”: Dit voorstel werd per e-mail ontvangen op 25 januari 2005.
- Event Mosaic met het voorstel “Drive in movies”: Dit voorstel werd eveneens ontvangen op 25 januari 2005.
- nv Verhulst, eveneens met het voorstel “Labyrint”. Een eerste voorstel werd ingediend op 10 februari 2005, een aangepast voorstel op 17 februari 2005.

3.5. Nadat verzoekende en tussenkomende partij hun voorstel hebben toegelicht, respectievelijk op 9 en 10 februari 2005, beslist het college van burgemeester en schepenen op 11 februari 2005 om het dossier uit te stellen, naar eigen zeggen om de nv Verhulst de kans te bieden om haar concept verder uit te werken.

3.6. Vervolgens wordt blijkbaar door verzoekende en tussenkomende partij onderzocht of zij niet gezamenlijk zouden kunnen inschrijven. Dergelijke samenwerking wordt evenwel onmogelijk bevonden omdat er te grote conceptuele verschillen zouden bestaan tussen de twee labyrintprojecten.

3.7. Op 18 februari 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Brugge om

“Principieel te kiezen voor het voorstel van Verhulst en Hill House Factory, omdat dit voorstel een evenement van langere duur betreft waarbij het financiële risico bij de organisator ligt.

Een uitgewerkt dossier dient opnieuw aan het College te worden voorgelegd.

Deze goedkeuring geldt nog niet als vergunning. De stad Brugge kan niet worden aansprakelijk gesteld indien de vergunningen niet zouden worden verkregen. Het benodigde krediet is het benemen van artikel 56259/124-48 via BW1”.

In de overwegingen bij de beslissing wordt de keuze voor het project van de nv Verhulst, naast de opsomming van de voor- en nadelen van alle projecten, als volgt gemotiveerd:

“Gelet op het advies van Toerisme Brugge, nl. dat vanuit toeristisch oogpunt bekeken de beide labyrinten het meest interessant lijken daar dit publieksevenementen van lange duur (dit is zeker het geval bij Verhulst en Hill House Factory) zijn met een familiaal aspect, die bovendien op veel persbelangstelling zullen kunnen rekenen.

Overwegende dat het grootste financieel verschil tussen beide labyrintvoorstellen erin bestaat dat bij

- Medina factory de stad de helft van de kosten dient te betalen, maar ook de helft van de opbrengsten krijgt, dat de stad m.a.w. voor een stuk het risico draagt;

- Verhulst en Hill House Factory de stad zich financieel alleen engageert tot het afnemen van een sponsorpakket ten bedrage van 50.000 €”.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

3.8. Tussenkomen de partij doet op 9 maart 2005 een contractvoorstel. Diverse adviezen van stedelijke diensten worden ingewonnen. Na onderhandelingen en wijzigingen van het contractvoorstel wordt dit goedgekeurd door het college op 11 maart 2005 en aan de gemeenteraad ter goedkeuring voorgelegd.

3.9. Bij brief van 15 maart 2005 bezorgt de stad Brugge, met toepassing van de wetgeving openbaarheid van bestuur, de beslissing van 18 februari 2005 aan verzoekende partij.

3.10. Op 22 maart 2005 beslist de gemeenteraad van de stad Brugge het volgende:

“Overwegende dat in het College van 18/2/2005 werd beslist om voor de organisatie van een zomerevenement te Zeebrugge principieel te opteren voor het voorstel van VERHULST NV maar dat een uitgewerkt voorstel opnieuw aan het College moest worden voorgelegd;

Gelet op het contractvoorstel dat ons op 9/3/2005 door de NV Verhulst werd toegestuurd;

Gelet op de adviezen van de volgende diensten:

- \* Dienst vergunningen
- \* Politie Zeebrugge
- \* Dhr. Juridisch adviseur
- \* Financiële dienst
- \* Dienst leefmilieu
- \* Diro

Overwegende dat deze adviezen in het contractvoorstel werden verwerkt en doorgestuurd naar de NV Verhulst

## BESLIST

Het (na advies van de betrokken diensten gewijzigde) contractvoorstel van de NV Verhulst voor de organisatie en realisatie van ‘Labyrint Zeebrugge’ goed te keuren”.

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.11. Op 24 maart 2005 ondertekenen de stad Brugge en de nv Verhulst een overeenkomst betreffende de organisatie en realisatie van “Labyrint Zeebrugge”.

3.12. Bij brief van 30 maart 2005 maant de raadsman van verzoekende partij de stad Brugge formeel aan om de beslissing van 18 februari 2005 alsnog in te trekken wegens schending van het gelijkheidsbeginsel en de beginselen van behoorlijk bestuur en vraagt hij inzage in het gehele administratief dossier. Tevens vraagt hij om mee te delen of “de gunningsbeslissing reeds werd betekend aan de begunstigde en in ontkennend geval, of de Stad Brugge, de gunningsbeslissing wenst in te trekken dan wel ingeval wij namens cliënte een gewone schorsingsvordering instellen bij de Raad van State, bereid is het resultaat van deze procedure af te wachten vooraleer tot betekening over te gaan”.

3.13. Bij brief van 6 april 2005 deelt de stad Brugge mee dat men zich voor een eventuele afspraak tot inzage van het volledige administratief dossier kan wenden tot de dienst toerisme. Voorts geeft zij te kennen dat de toewijzing reeds officieel ter kennis is gebracht en dat het contract ook al formeel door beide partijen werd ondertekend. In de brief wordt als dusdanig geen melding gemaakt van de beslissing van de gemeenteraad van 22 maart 2005.

3.14. Op 14 april 2005 dient verzoekende partij vervolgens een klacht in bij de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen en de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering en vraagt om, in het kader van het bestuurlijk toezicht op de gemeenten, “de betreffende gunningsbeslissing van onbekend[e] datum te toetsen aan de wet en het algemeen belang en desgevallend te schorsen en te vernietigen”.

3.15. Bij brief van 10 juni 2005, ontvangen door verzoekende partij op 15 juni 2005, antwoordt de minister dat er geen redenen zijn die nopen tot een toezichtsmaatregel en dat hij de aangelegenheid als afgehandeld beschouwt.

#### *IV. Ontvankelijkheid van het beroep*

##### *Standpunt van de partijen*

4.1. In haar verzoekschrift merkt verzoekende partij op dat haar beroep tijdig is ingesteld aangezien overeenkomstig vaste rechtspraak van de Raad van State in de gevallen waarin een belanghebbende rechtmatig bezwaar heeft ingediend tegen een beslissing die onderworpen is aan het algemeen bestuurlijk toezicht, de termijn voor het indienen van een annulatieberoep bij de Raad van State wordt gestuit tot de toezichthoudende overheid hem heeft meegedeeld dat zij niet is opgetreden of niet zal optreden tegen de beslissing waarvan de schorsing of vernietiging wordt gevraagd. In casu heeft verzoekende partij de tweede bestreden beslissing ontvangen bij schrijven van 15 maart 2005 en op 14 april 2005 hiertegen tijdig klacht ingesteld bij de toezichthoudende overheid. Het aangetekend schrijven van de minister van 10 juni 2005 waarin de minister meedeelde niet te zullen optreden, werd door verzoekende partij ontvangen op 15 juni 2005 zodat het annulatieberoep op 12 augustus 2005 tijdig werd ingesteld.

Voorts merkt zij op dat de bestreden beslissingen een complexe rechtshandeling uitmaken, zodat de vernietiging van het resultaat kan worden gevorderd op grond van de onregelmatigheid van één van de samenstellende delen.

Bovendien heeft verwerende partij volgens verzoekende partij doen uitschijnen dat de eindbeslissing zou getroffen worden door het college van burgemeester en schepenen. Indien nadien een echte eindbeslissing wordt genomen, wordt het beroep in die omstandigheden volgens haar geacht ook tegen die eindbeslissing te zijn gericht. Zij wijst erop dat de Raad van State in het verleden reeds geoordeeld heeft dat in het belang van de duidelijkheid en de

zekerheid van de rechtssituaties en van de rechtsverhoudingen tevens handelingen voorafgaand aan de eindbeslissing vatbaar zijn voor vernietiging.

Voorts merkt zij op dat in haar hoedanigheid van regelmatige, bovendien als tweede gerangschikte inschrijver zij over een evident persoonlijk en wettig belang beschikt bij haar beroep.

4.2. In haar memorie van antwoord werpt verwerende partij twee excepties op, met name de onontvankelijkheid ratione temporis van het verzoekschrift enerzijds, en het gebrek aan belang anderzijds.

In het annulatieberoep van 12 augustus 2005 vecht verzoekende partij de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 18 februari 2005 en de beslissing van de gemeenteraad van 22 maart 2005 aan, waarvoor de beroepstermijn ruim overschreden is. Aangezien verzoekende partij slechts klacht heeft ingediend bij de toezichthoudende overheid tegen de voorbereidende beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 18 februari 2005 en niet tegen de eindbeslissing van de gemeenteraad van 22 maart 2005 is de termijn om een annulatieberoep bij de Raad van State in te stellen volgens verwerende partij niet gestuit. Dat de beslissing van het college samen met die van de gemeenteraad een complexe administratieve rechtshandeling zou uitmaken, doet aan die conclusie geen afbreuk. Ook het feit dat de beslissing van het college slechts een principiële beslissing was die naderhand door de gemeenteraad diende goedgekeurd te worden, zou door verwerende partij nooit zijn ontkend of verhuld.

Voorts merkt verwerende partij op dat aangezien het evenement waaraan de bestreden handelingen ten grondslag liggen reeds achter de rug is, een eventuele annulatie van de bestreden beslissingen aan verzoekende partij geen voordeel meer kan opleveren. Een eventueel voordeel in het licht van een vordering tot schadeloosstelling voor de justitiële rechter volstaat hiertoe niet. Verzoekende partij ontbeert dan ook het vereiste belang.

Tussenkomen de partij valt deze excepties uitdrukkelijk bij.

4.3. Wat de exceptie inzake de laattijdigheid van haar beroep betreft merkt verzoekende partij in haar memorie van wederantwoord op dat zij haar klacht bij de toezichthoudende overheid geenszins beperkt heeft tot de beslissing van het college van burgemeester en schepenen. Zij verwijst hiervoor naar de bewoordingen van haar brief. Bovendien wijst zij erop dat uit de uiteindelijke beslissing van de minister blijkt dat de definitieve beslissing van de gemeenteraad van 22 maart 2005 eveneens aan het toezicht werd onderworpen.

Daarnaast stelt verzoekende partij dat zij pas kennis heeft genomen van enige bevoegdheid van de gemeenteraad ter zake in de beslissing van de toezichthoudende overheid die zelf verwijst naar artikel 117 van de nieuwe gemeentewet. Voorheen had het college zich ten aanzien van verzoekende partij meermaals bevoegd verklaard te gunnen. Niettegenstaande het feit dat het schrijven van de stad Brugge van 6 april 2005 dateert van na de beslissing van de gemeenteraad, wordt hierin op geen enkele wijze naar deze laatste beslissing verwezen. Uit de vermelding van het woord “princiepelijk” in de beslissing van het college kon verzoekende partij volgens haar niet afleiden dat de gemeenteraad bevoegd was, te meer daar nergens in de beslissing wordt verwezen naar enig artikel van de nieuwe gemeentewet en het college zichzelf meermaals uitdrukkelijk bevoegd heeft verklaard.

Inzake haar belang merkt verzoekende partij op dat verwerende partij volledig voorbijgaat aan artikel 12 van de overeenkomst waaruit blijkt dat voor de jaren 2006 en 2007 aan de belanghebbende partij alsnog een optierecht wordt toegekend. Vervolgens wijst zij op de rechtspraak van de Raad van State die in het kader van een gelijkaardige exceptie reeds oordeelde dat een verzoekende partij alsdan nog beschikt over een gekwalificeerd moreel belang door het feit dat aan haar is voorbijgegaan. Ten slotte meent zij belang te kunnen putten uit het eerste middel waarvan de gegrondverklaring verwerende partij ertoe zal dwingen om in de toekomst wel degelijk de wetgeving overheidsopdrachten toe te passen welke evidente voordelen biedt inzake rechtsbescherming.

4.4. In haar laatste memorie merkt verzoekende partij op dat in weerwil van het standpunt in het auditorsverslag haar beroep tegen de

impliciete weigeringsbeslissing niet te contracteren met haar, wel ontvankelijk is; door de impliciete rechtshandeling nietig te verklaren zou de Raad van State duidelijk maken dat er voor de overheid geen discretionaire bevoegdheid bestond om een keuze te maken en dat verwerende partij de rechtsplicht heeft om de opdracht aan verzoekende partij te gunnen.

### *Beoordeling*

#### *De exceptie van laattijdigheid*

5. In het auditorsverslag wordt de exceptie betreffende de tijdigheid van het beroep op gemotiveerde wijze verworpen.

In haar laatste memorie komt verwerende partij niet langer terug op deze exceptie en besteedt zij enkel nog aandacht aan de hierna ter sprake komende exceptie inzake het belang.

Tussenkomen partij herneemt inzake de ontvankelijkheid woordelijk haar memorie en het daarin vervatte, door het auditoraat verworpen, betoog.

In die omstandigheid mag dan ook worden aangenomen dat zij niet langer aandringen op de exceptie, minstens dat zij het standpunt van het auditoraat niet betwisten.

De exceptie wordt verworpen.

#### *De exceptie van gebrek aan belang*

6. Het beroep strekt tot de nietigverklaring van de van de overeenkomst afsplitsbare bestuurshandelingen waarbij verzoekende partij is voorbijgegaan. In principe ontleent verzoekende partij aan dat voorbijgaan een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt en, spijts de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring

van de afsplitsbare bestuurshandelingen. Dat belang volstaat en de exceptie wordt verworpen.

### *De impliciete weigeringsbeslissing*

7. In beginsel staat het impliciete karakter van de weigeringsbeslissing de aanvechtbaarheid ervan niet in de weg. In zoverre echter verzoekende partij zou menen dat bij een eventuele nietigverklaring van de impliciete weigering dan van de weeromstuit voor het bestuur de rechtsplicht zou volgen om het geweigerde alsnog te geven, wordt die opvatting niet bijgevalen. Wat de overheid van de nietigverklaring van de weigeringsbeslissing -weze ze impliciet of expliciet- op grond van het arrest inhoudelijk al dan niet moet doen, of niet meer mag doen, hangt af van het vernietigingsmotief, met andere woorden van het gegrond bevonden middel. Aldus begrepen wordt de exceptie verworpen.

## *V. Onderzoek van de middelen*

### *A. Eerste middel*

#### *Uiteenzetting van het middel*

8.1. In een eerste middel voert 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 (hierna: de wet van 24 december 1993), inzonderheid de artikelen 1 en 5, evenals machtsoverschrijding.

Verzoekende partij stelt in essentie dat de opdracht houdende het concept en de organisatie van een nieuw zomerevenement op het strand van Zeebrugge een overheidsopdracht voor recreatieve diensten betreft en dat de verwerende partij aldus ten onrechte heeft nagelaten om de gunningsprocedure te organiseren overeenkomstig de wetgeving overheidsopdrachten.

Zij verwijst daarbij naar de artikelen 1 en 5, laatste lid van de overheidsopdrachtenwet dat een overheidsopdracht voor de aanneming van

diensten omschrijft als een overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij deze wet vermelde diensten. Deze diensten omvatten onder meer diensten voor recreatie, cultuur en sport (bijlage 2, categorie A, nr. 26). Voorts stelde verwerende partij, aldus verzoekende partij, in haar schrijven van 4 november 2004 onmiskenbaar eisen aan de inschrijvingen op basis waarvan zou worden overgegaan tot gunning. Bovendien zou verwerende partij in dat schrijven eveneens vastgelegd hebben dat overeenkomsten ten bezwarende titel minstens toegelaten waren. Overigens betreft de uiteindelijke overeenkomst met tussenkomende partij volgens verzoekende partij een overeenkomst onder bezwarende titel aangezien aanzienlijke prestaties geleverd worden door de aanbestedende overheid (bemiddeling om de noodzakelijke vergunningen te bekomen, gratis ter beschikking stellen van zeer gunstige locatie, logistieke steun, aankoop sponsoringpakket ten bedrage van 60.500 euro).

8.2. In haar memorie van wederantwoord betwist verzoekende partij dat aan alle door de doctrine aangereikte criteria cumulatief zou moeten zijn voldaan opdat de opdracht als een overheidsopdracht kan worden beschouwd.

In elk geval is de door verwerende partij uitgevoerde post factum toetsing aan de gestelde criteria niet dienstig. Zo zou de publieke finaliteit van het project duidelijk blijken uit het contract evenals uit het feit dat het contract door de gemeenteraad diende te worden goedgekeurd op basis van artikel 117 van de nieuwe gemeentewet. Voorts zouden de diensten wel degelijk bestemd zijn om in het patrimonium van de stad opgenomen te worden aangezien zij onmiskenbaar beantwoorden aan specifieke behoeften van de stad Brugge. Ook wijst verzoekende partij erop dat de stad Brugge wel degelijk zeggenschap heeft gehad aangezien het gekozen evenement in het aanvankelijke voorstel van tussenkomende partij doorgang had gevonden op een andere locatie dan het strand, meer in het binnenland. Daarnaast zou evenmin ernstig kunnen worden betwist dat het een overeenkomst ten bezwarende titel betreft door het aanleveren van elementaire voorzieningen en de betaling van 50.000 euro (+ btw).

8.3. In haar laatste memorie benadrukt verzoekende partij dat er wel degelijk in geld waardeerbare prestaties worden geleverd door verwerende partij

(een bedrag van 60.500 euro, het gratis ter beschikking stellen van het perceel en een heel pakket logistieke steun) en dit alles in ruil voor tickets ter waarde van 20.000 euro. “Het mislukken van het evenement valt bijgevolg wel degelijk (mede) ten laste van verwerende partij, zodat absoluut niet kan worden voorgehouden dat de risico’s ten laste zijn van tussenkomende partij”.

### *Beoordeling*

9.1. Artikel 5 van de wet van 24 december 1993 omschrijft een overheidsopdracht van diensten als de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstenverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij de wet vermelde diensten. Deze diensten omvatten onder meer diensten voor cultuur, sport en recreatie (bijlage 2, categorie A, nr. 26).

Een overeenkomst onder bezwarende titel houdt in dat de aanbestedende overheid een tegenprestatie levert die rechtstreeks aan de dienstverlener wordt betaald voor de uitvoering van de dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft.

9.2. Verzoekende partij haalt in het totaal vier elementen aan waaruit zou blijken dat de aanbestedende overheid tegenprestaties levert voor de uitvoering van de dienst waarop de overeenkomst betrekking heeft, met name de organisatie en realisatie van “Labyrint Zeebrugge”.

9.2.1. De aankoop van het sponsoringpakket dient niet te worden beschouwd als een tegenprestatie vanwege verwerende partij. In artikel 10 van de overeenkomst wordt immers duidelijk omschreven wat de stad verkrijgt middels betaling van het sponsoringpakket:

- de vermelding van haar medewerking en/of hoedanigheid van sponsor in de publiciteitscampagne,
- één volledige dag (+/- 2.500 toegangstickets) voor de genodigden van de stad Brugge tijdens de week in de maand mei of juni,
- 500 VIP toegangstickets tijdens de openingsuren van “het Labyrint”,

- een promotieruimte van 3m x 3m aan de ingang van “het Labyrint”, in te richten door de zorgen van de stad Brugge,
- een integratie van een animatie relatief aan stad Brugge tijdens het bezoek van “het Labyrint”.

Hieruit blijkt dat verwerende partij heel wat meer krijgt voor haar sponsoringpakket dan enkel voor 20.000 euro aan tickets.

9.2.2. Ook het feit dat verwerende partij zich ertoe verbindt om te bemiddelen om de noodzakelijke vergunningen te bekomen, kan niet als een werkelijke tegenprestatie worden aangemerkt. Artikel 1 van de overeenkomst bepaalt immers uitdrukkelijk dat de stad “niet aansprakelijk [kan] worden gesteld indien geen toestemming wordt verkregen” en dat “de eventuele kosten voor het bekomen van deze vergunningen [...] ten laste [zijn] van de organisator van het evenement”.

9.2.3. De terbeschikkingstelling van hekken, vlaggemasten, containers en aansluitingen betreft voorts slechts elementaire voorzieningen die doorgaans ter beschikking worden gesteld om een evenement mogelijk te maken en houdt geen tegenprestatie in vanwege de verwerende partij.

9.2.4. Ten slotte volstaat ook het gratis ter beschikking stellen van een welomschreven locatie op het strand niet om de overeenkomst als een opdracht van diensten te beschouwen. De kosten van de exploitatie van het labyrint blijken immers in eerste instantie te worden verhaald op de gebruikers van het labyrint onder de vorm van inkomtickets. Daarnaast is er blijkbaar ook een externe sponsor die de meeste kosten draagt. Aan de nv Verhulst wordt door de verwerende partij enkel het recht verleend om dit labyrint op een welbepaalde locatie te exploiteren. Het is evenwel uitsluitend de nv Verhulst die het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt.

10. Uit het voorgaande dient te worden besloten dat de bewuste overeenkomst niet als een overheidsopdracht van diensten kan worden gekwalificeerd.

Het eerste middel is niet gegrond.

## *B. Tweede middel*

### *Uiteenzetting van het middel*

11.1. In ondergeschikte orde voert verzoekende partij in een tweede middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* en van de formele- en materiële-motiveringsplicht, en machts-overschrijding.

Zelfs indien de overheidsopdrachtenwetgeving niet van toepassing zou zijn, aldus verzoekende partij, heeft verwerende partij een beroep gedaan op de mededinging, in welk geval zij ertoe gehouden is om de vastgestelde gunningsregels te eerbiedigen. Verwerende partij is bij de gunning van de opdracht afgeweken van haar eigen gunningsvoorwaarden, minstens heeft zij deze niet op een gelijke wijze op al de inschrijvingen toegepast.

Zo heeft verwerende partij de opdracht toegewezen aan een inschrijver die slechts laattijdig een voorstel heeft ingediend dat bovendien noch inhoudelijk noch financieel was onderbouwd.

Voorts wordt de opdracht enkel toegewezen onder verwijzing naar de langere duur van het evenement en het feit dat het financiële risico bij de organisator ligt. De overige criteria betreffende de locatie en het te verwachten toeschouwersaantal worden, aldus verzoekende partij, door verwerende partij ingevuld door het voorstel actief te sturen naar de geprefereerde locatie en het aantal toeschouwers naar boven te extrapoleren, wat een manifeste schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt.

Ten slotte wijst verzoekende partij erop dat uit het schrijven van 30 maart 2005 (lees: 6 april 2005) blijkt dat bovendien gegund werd op basis van een criterium dat niet was voorzien en niet expliciet opgenomen in de beslissingen, namelijk het feit dat in het voorstel van de tussenkomende partij meer animatie was voorzien.

11.2. In haar memorie van wederantwoord wijst verzoekende partij er op dat verwerende partij in de beslissing van het college zelf een beoordeling maakt van de inschrijvingen aan de hand van de vooropgestelde criteria in de brief. Zij merkt op dat verwerende partij erkent dat het doorslaggevend criterium het financieel risico betrof. Aangezien geen voorafgaande rangorde werd bepaald, moet er volgens verzoekende partij evenwel van worden uitgegaan dat de gunningscriteria gelijkwaardig zijn.

### *Beoordeling*

12. Met de brief van 4 november 2004, gestuurd aan organisatoren van evenementen, heeft verwerende partij een beroep gedaan op de mededinging. In dit schrijven heeft zij een aantal “richtlijnen” gegeven die evenwel niet als gunningscriteria kunnen worden gekwalificeerd. Evenmin werd een formele procedure vastgelegd. In deze brief wordt uitdrukkelijk vermeld dat het project inhoudelijk alle kanten op kan en dat er eigenlijk geen beperkingen vooraf zijn gesteld.

13. Uit het administratief dossier blijkt dat alle gegadigden, en dus ook verzoekende partij, hun voorstel na de in de brief vooropgestelde einddatum van 20 november 2004 hebben ingediend. Verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij het onderdeel van het middel waarbij zij aanklaagt dat tussenkomende partij laattijdig een voorstel heeft ingediend. In elk geval werd de vooropgestelde timing nergens als bindend omschreven. Bovendien werd blijkbaar aan elk evenementenbureau een termijnverlenging toegestaan voor het indienen van voorstellen totdat het college dienaangaande een beslissing zou nemen. Aldus hebben de gegadigden op gelijke wijze de kans gekregen om een voorstel in te dienen.

14. Wat de kritiek van verzoekende partij betreft dat het voorstel van tussenkomende partij zowel inhoudelijk als financieel niet voldoende was onderbouwd, dat het actief werd gestuurd naar de geprefereerde locatie en het aantal toeschouwers naar boven werd geëxtrapoleerd, blijken alle inschrijvers toegang te hebben gehad tot dezelfde informatie die meegegeven werd in de brief van 4 november 2004. De aanbestedende overheid heeft deze richtlijnen, waarin

zij onder meer haar voorkeur uitsprak voor de locatie op het strand en het financiële risico bij de organisator te willen laten, ook niet gewijzigd.

Verder valt op te merken dat ook het voorstel van verzoekende partij blijkbaar nog niet helemaal op punt stond, inzonderheid wat betreft het financiële luik. Haar voorstel bevat immers slechts een “eerste inschatting van de financiële consequenties van het volledige project” aan de hand van de belangrijkste kostenfactoren.

Totdat het college een beslissing zou nemen, blijken alle inschrijvers ook de kans te hebben gehad om hun voorstel aan te vullen en te verfijnen in functie van de richtlijnen die verwerende partij had vooropgesteld in haar brief van 4 november 2004.

Het aangepast voorstel van tussenkomende partij van 17 februari 2005 bevat voorts wel degelijk als concept een doolhof op het strand. Aangezien dit voorstel werd ingediend vóór de beslissing van het college is het eveneens tijdig.

15. Voorts blijkt uit de beslissing van het college van 18 februari 2005 dat de aanbiedingen van de gegadigden effectief uitvoerig werden vergeleken in functie van al de elementen die door verwerende partij aangegeven werden in haar brief van 4 november 2004. Daarnaast worden ook afzonderlijk de grootste verschillen tussen beide labyrinthvoorstellen toegelicht waarbij naast vele andere elementen ook het element animatie wordt vermeld.

Aldus blijkt tussenkomende partij op een zorgvuldige en objectieve manier te zijn gekozen en wordt in de bestreden beslissingen tevens op voldoende wijze verantwoord waarom de gekozen kandidaat de voorkeur geniet. Bijgevolg voldoet de beslissing van het college van 18 februari 2005 om principieel te kiezen voor het voorstel van tussenkomende partij, evenals de beslissing van de gemeenteraad van 22 maart 2005 die hiernaar verwijst, eveneens aan de formele- en materiële-motiveringsverplichting.

16. Het tweede middel is niet gegrond.

## **BESLISSING**

**1. De Raad van State verwerpt het beroep.**

**2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.**

**De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 14 april 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

|                    |                  |
|--------------------|------------------|
| Dierk Verbiest,    | kamervoorzitter, |
| Johan Lust,        | staatsraad,      |
| Pierre Barra,      | staatsraad,      |
| bijgestaan door    |                  |
| Greta Scheveneels, | griffier.        |

**De griffier**

**De voorzitter**

**Greta Scheveneels**

**Dierk Verbiest**