

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 214.645 van 14 juli 2011
in de zaak A. 200.716/XII-6627**

In zake: de NV JC DECAUX BELGIUM PUBLICITE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Cies Gysen en Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D’Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 21 juni 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van 27 mei 2011 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen om in het kader van de overheidsopdracht “Terbeschikkingstelling van wachthuisjes met publicitaire ruimte voor gebruikers van het openbaar vervoer”

niet de offerte van de nv JC Decaux Belgium Pulicité te kiezen, en van de beslissing van 27 mei 2011 van hetzelfde college om de betrokken opdracht te gunnen aan de nv Clear Channel Belgium.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 5 juli 2011 heeft de nv Clear Channel Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 juli 2011, om 10.00 uur.

Staatsraad Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Cies Gysen, Gitte Laenen en Johan Geerts, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sebastien Devos, loco advocaat Leopold Schellekens, en advocaat David D’Hooghe die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Rika Heijse, die 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. Tussenkomen

3. De nv Clear Channel Belgium, begunstigde van de bestreden toewijzingsbeslissing, vraagt in de debatten te mogen tussenkomen. Er is reden het verzoek in te willigen.

IV. Feiten

4. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen keurt op 24 december 2010 het bestek goed voor het sluiten van een contract voor het ter beschikking stellen van wachthuisjes met publicitaire ruimte ten behoeve van de gebruikers van het openbaar vervoer zowel langs de stadswegen als langs de gewestwegen op het grondgebied van de stad Antwerpen, in de districten Antwerpen, Berchem, Berendrecht, Zandvliet, Lillo, Borgerhout en Deurne. Het gaat volgens het bestek om een aanneming van leveringen met bijhorende diensten, op basis van huur. Het college schrijft daartoe een algemene offerteaanvraag met Europese bekendmaking uit.

Volgens het bestek blijft de aannemer eigenaar van de wachthuisjes; hij is verantwoordelijk voor de levering en plaatsing, de reiniging, het onderhoud en herstel, de tijdelijke verwijdering, verplaatsing en herplaatsing en de definitieve verwijdering op het einde van de opdracht van de wachthuisjes. De aannemer wordt vergoed op jaarbasis door het recht op de inkomsten uit de publicitaire ruimte van de wachthuisjes, verminderd met de jaarlijkse vergoeding die de aannemer verschuldigd is aan de stad.

Het bestek voorziet in twee gunningscriteria. Het eerste criterium is de jaarlijkse geldelijke vergoeding die de inschrijvers bieden. Het tweede criterium betreft de forfaitaire prijs die de inschrijvers zullen aanrekenen, eensdeels, voor de huur van publicitaire ruimte buiten de reeds voorbehouden overheidscommunicatie en, anderdeels, voor de verwijdering, verplaatsing en herplaatsing van wachthuisjes “vanaf meer dan 30 wachthuisjes per jaar”.

De inschrijver moet twee types van wachthuisjes aanbieden, het standaardtype en het luxetype. Van elk type worden drie varianten voorgesteld waaruit de stad een keuze kan maken. Voor elk type, en ongeacht de gekozen variant, moeten minimaal zes uitvoeringen of modellen leverbaar zijn. Modellen 3 en 6 zijn zonder publiciteit. De opdracht heeft, nog volgens het bestek, betrekking op een minimale totale vermoedelijke hoeveelheid van 594 wachthuisjes. De aannemer baat de publiciteitsruimte op de wachthuisjes uit. Een reclamezijde mag roterende elementen bevatten, maar de stad behoudt zich het recht voor roterende reclame niet toe te staan voor maximaal een derde van het totaal aantal reclameborden.

Er worden drie offertes ingediend.

In het gunningsverslag wordt met betrekking tot het eerste gunningscriterium vastgesteld dat tussenkomende partij 3.861.010 euro biedt als som van de vermoedelijke hoeveelheid van de verschillende types wachthuisjes, vermenigvuldigd met de vergoeding voor elk type, en verzoekster 2.540.700 euro. Wat het tweede criterium betreft stellen de beide inschrijvers de publiciteitsruimte voor extra overheidscommunicatie gratis ter beschikking en rekenen ze geen van beide bijkomende kosten aan voor de supplementaire verwijdering, verplaatsing en herplaatsing van een wachthuisje. Finaal scoort tussenkomende partij 100 punten, verzoekster 76,06 punten, en de derde kandidaat 26,35 punten.

Bij beslissing van 27 mei 2011 beslist het college van burgemeester en schepenen de gunning van het contract aan tussenkomende partij goed te keuren.

V. Ontvankelijkheid

5. Verwerende partij voert een exceptie van ontvankelijkheid aan.

Een onderzoek van en een uitspraak over de ontvankelijkheid zouden zich alleen opdringen indien aan de grondvoorwaarden voor een schorsing voldaan mocht zijn wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Grondvoorwaarden voor een schorsing

A. Vooraf

6. Overeenkomstig artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan slechts tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden besloten op voorwaarde, onder meer, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissingen kunnen verantwoorden.

Verzoekster voert in dat verband vier middelen aan.

B. Eerste middel

7. Een eerste middel is afgeleid “uit de schending van artikel 16 Overheidsopdrachtenwet, van artikel 110 § 1 en § 2, en artikel 115 ARO-K.B. 08.01.1996 en de beginselen van behoorlijk bestuur, meer bepaald het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”. In een *eerste onderdeel* wordt uiteengezet dat de offerte van tussenkomende partij onregelmatig is doordat twee voorbehouden worden gemaakt en verschillende dwingende besteksbepalingen worden miskend. Een *tweede onderdeel* betreft drie tekortkomingen aan de formele besteksvoorwaarden.

Eerste onderdeel van het middel

8.1. Wat het eerste onderdeel aangaat, zou tussenkomende partij volgens verzoekster een eerste voorbehoud hebben geformuleerd waar zij in het bijvoegsel “Synthese van ons voorstel” bij de offerte schreef: “Om de vergoeding

te maximaliseren, baseerden wij ons eveneens op de mogelijkheid om op één zijde van elk schuilhuisje meerdere boodschappen aan te brengen”. Tussenkomen de partij zou er daarmee ten onrechte van uitgegaan zijn dat zij meerdere publicitaire boodschappen mocht aanbrengen op elk wachthuisje, terwijl níét op elk wachthuisje publiciteit mag worden gevoerd en op sommige wachthuisjes niet meerdere boodschappen op één zijde toegelaten zijn. De niet aan het bestek conforme visie zou nog eens bevestigd worden door de tekening, in de offerte van tussenkomen de partij, van “variant 2 - standaardtype - model 6”.

8.2. De grief lijkt in te houden dat de tussenkomen de partij zich niet heeft geconformeerd aan, of een voorbehoud heeft gemaakt bij de toepassing van, de bepalingen in het bestek, ten eerste, dat in de modellen van wachthuisjes nrs. 3 en 6 geen publiciteit mag worden gevoerd (sub 3.1.1.) en, ten tweede, dat de stad zich heeft voorbehouden het recht voor roterende reclame niet toe te staan voor maximaal een derde van het totaal aantal reclameborden (sub 3.2.5.).

Tenminste in de huidige stand van de rechtspleging wordt aangenomen dat dit genoegzaam wordt tegengesproken door de bijlage A bij de offerte van tussenkomen de partij. Blijkens de daarin opgenomen “berekening totale jaarlijkse geldelijke vergoeding op basis van de vermoedelijke hoeveelheden” heeft tussenkomen de partij geen vergoeding opgegeven voor de modellen 3 en 6, waaruit mag blijken dat zij er goed rekening mee hield dat daar geen reclame mag worden aangebracht. Eveneens toont de bijlage op het eerste gezicht aan dat er wel degelijk rekening mee gehouden is dat het recht voor roterende reclame tot een derde van het aantal reclameborden kon worden beperkt: blijkbaar ging zij er daarin van uit dat een derde van de wachthuisjes geen roterende reclamepanelen zou hebben en was -dan ook- de jaarlijkse geldelijke vergoeding ervoor systematisch maar (iets meer dan) de helft van de vergoeding die anders wordt geboden.

9.1. Een tweede voorbehoud leest verzoekster in de toelichting van tussenkomen de partij met betrekking tot de prijs voor “extra” overheids-

communicatie en de prijs vanaf de 31^{ste} verplaatsing of verwijdering van een wachthuisje. Tevergeefs, meent verzoekster, heeft verwerende partij nog getracht deze onregelmatigheid te laten rechtzetten door tussenkomende partij toe te laten haar offerte na de opening van de offertes te wijzigen “onder het voorwendsel van een prijsverantwoording”.

9.2. Met betrekking tot de forfaitaire prijs die de tussenkomende partij zal aanrekenen voor de huur van publicitaire ruimte buiten de reeds voorbehouden overheidscommunicatie (namelijk 0 euro) en voor de verwijdering, verplaatsing en herplaatsing van wachthuisjes bij toepassing van artikel 4.7., tweede en laatste alinea, van het bestek (ook 0 euro), geeft zij respectievelijk de volgende “Toelichting”:

- “Toelichting: in de mate dat overheidscommunicatie de attractiviteit van het medium verhoogt en in de mate dat een reservatie van campagnes door de stad Antwerpen de bezettingsgraad van de media-netwerken doet stijgen, bieden wij de extra mediaruimte die de stad eventueel zou wensen, gratis aan”.
- “Toelichting: in de mate dat Clear Channel Belgium een team van medewerkers toewijst aan de stad Antwerpen voor het beheer van dit project en dat het verplaatsen en herplaatsen van wachthuisjes een recurrente activiteit is behorend tot de gebruikelijke taken van deze dienst, rekenen wij geen extra kosten hiervoor aan. De personeelsleden alsook de gereedschappen die voorzien zijn voor de eerste dertig verplaatsingen verhogen niet indien er bijkomende verplaatsingen gevraagd worden”.

De geciteerde passages houden op het eerste gezicht geen enkele beperking in. Verzoekster lijkt spijkers op laag water te zoeken. De toelichtingen zijn voldoende duidelijk, ook zonder het antwoord van 4 mei 2011 van de tussenkomende partij op de vraag van verwerende partij naar de juiste interpretatie ervan.

10. Voorts worden, volgens het eerste onderdeel van het middel, op vijf punten dwingende technische besteksbepalingen geschonden:

- Tussenkomen de partij zou vrije varianten hebben voorgesteld, hoewel dat expliciet verboden was.
- Ook met betrekking tot de vuilnisbakken heeft tussenkomen de partij een voorbehoud gemaakt bij de opgegeven technische uitwerking van de verschillende modellen.
- Op geen enkele tekening of afbeelding is de integratie van de zonnepalen merkbaar of de functionele verlichting opgenomen.
- De offerte van tussenkomen de partij vermeldt niet “de submodellen binnen elk model” en geeft ze ook niet grafisch weer.
- De opgegeven afmetingen van de wachthuisjes zijn niet in overeenstemming met de voorgeschreven afmetingen, zijn niet correct weergegeven op de tekeningen en afbeeldingen, en stemmen niet overeen met de realiteit.

11.1. Door verwerende partij werd gevraagd twee types van wachthuisjes aan te bieden, namelijk het standaardtype en het luxetype. Voor elk type, namelijk zowel voor het standaard- als voor het luxetype, moeten drie varianten worden voorgesteld waaruit de stad een keuze kan maken. Voor elk type, en ongeacht de gekozen variant, dienen minimaal zes uitvoeringen of modellen leverbaar te zijn. Op de infovergadering van 28 januari 2011 antwoordde verwerende partij op vragen omtrent varianten dat vrije varianten niet toegelaten zijn en dat de drie, per type vereiste varianten moeten voldoen aan de technische eisen van het bestek en binnen de prijsstelling moeten vallen.

Tussenkomen de partij is hieraan op het eerste gezicht tegemoet gekomen door, zoals gevraagd, voor elke type (standaard of luxe) drie varianten die “voldoen aan technische eisen van het bestek” aan te bieden en waarvoor eenzelfde jaarlijkse vergoeding wordt voorgesteld. Meer bepaald bood zij drie varianten aan, telkens in een standaard- en luxeverisie, met dien verstande dat zij daaraan toevoegde dat de stad van de voorgestelde combinaties per variant mocht afwijken - begrijp: dat de stad wat het standaardtype van wachthuisje betreft voor

de ene variant mocht kiezen en wat het luxetype betreft voor een andere variant. Verzoekster maakt vooralsnog niet concreet en specifiek aannemelijk waarom die toevoeging als een vrije en afwijkende variant te beschouwen zou zijn. Overigens heeft de stad uiteindelijk voor de standaard- en luxeversie van dezelfde variant gekozen.

11.2. Wat de vuilnisbakken betreft, stelt tussenkomende partij in de offerte uitdrukkelijk dat de aangeboden vuilnisbak aan de besteksbepalingen voldoet. Met de toevoeging dat indien onverhoopt toch afwijkingen zouden worden vastgesteld, dan de besteksbepalingen primeren, doet zij kennen hoe dan ook een besteksconform model te zullen leveren. Een voorbehoud lijkt er niet in te zoeken.

11.3. Het is op het eerste gezicht zonder feitelijke grond dat uit geen enkele tekening of afbeelding in de offerte van tussenkomende partij de integratie van de zonnepanelen (boek 3, p. 27) of de aanwezigheid en plaats van de functionele verlichting (boek 2, verschillende afbeeldingen in perspectief, lichtbaken in dakstructuur) te zien is.

11.4. Volgens verzoekster moeten binnen elk van de zes modellen ook nog submodellen leverbaar zijn en zou tussenkomende partij daar niet aan voldoen omdat in haar offerte niet alle submodellen zijn opgenomen en grafisch weergegeven.

Verzoekster lijkt daarmee twee besteksvoorschriften door mekaar te halen: het voorschrift in artikel 3.1.1. omtrent de leverbare uitvoeringen van elk type wachthuisje en het voorschrift in artikel 2.4.3. in verband met de grafische beschrijvingen van de voorgestelde elementen. Het laatste voorschrift lijkt niet zonder meer in te houden dat een grafische beschrijving moet worden bijgebracht van elk leverbaar submodel van elk van de zes submodellen van elk van de twee types in elk van de drie varianten. Het komt dan ook in de huidige stand van de procedure voorbarig voor uit de afwezigheid van een (grafische)

opname van een submodel af te leiden dat het ook niet leverbaar is.

11.5. De grief dat de wachthuisjes in de offerte van tussenkomende partij niet aan de voorgeschreven afmetingen voldoen, wordt afgeleid uit de perspectieftekeningen in de offerte van tussenkomende partij. Wat er van die tekeningen ook aan is, ze laten op het eerste gezicht niet toe om voorbij te gaan aan de tekeningen die zijn weergegeven in twee dimensies en waaromtrent niet wordt betwist dat de daarop voorkomende afmetingen besteksconform zijn.

12. Het eerste onderdeel van het middel toont op het eerste gezicht niet aan dat de vergelijkbaarheid van de offertes is aangetast.

Tweede onderdeel van het middel

13. De offerte van tussenkomende partij zou ook formeel onregelmatig zijn omdat geen statuten van tussenkomende partij bij de offerte zijn gevoegd, omdat de benoemingsbeslissingen van de bestuurders en de statuten van de vennootschappen van de bestuurders in het Frans zijn gesteld, en omdat de verklaring op eer is opgesteld op naam van de bestuurders.

Verzoekster beweert niet dat de offerte niet rechtsgeldig ondertekend is. Voorts lijkt verwerende partij niet verplicht een inschrijving als onregelmatig te weren wanneer niet de stukken zijn bijgevoegd die moeten toelaten vast te stellen dat de ondertekenaar de bevoegdheid heeft om de natuurlijke persoon of rechtspersoon namens wie hij optreedt te verbinden. De in het Frans gestelde benoemingsbeslissingen van de bestuurders van tussenkomende partij en statuten van hun vennootschappen zijn gevoegd bij de offerte. Verzoekster voert niet aan dat artikel 2.4.1. van het bestek geschonden zou zijn, volgens hetwelk de offerte in het Nederlands moet zijn opgesteld. Het geeft op het eerste gezicht dan ook geen pas dat niettemin wel artikel 1.6. van het bestek geschonden is, dat vereist dat alle communicatie tussen de partijen in het Nederlands gebeurt. Het doet ten slotte weinig ter zake of de verklaring op eer die

de bestuurders van tussenkomende partij ondertekenden al dan niet (ook) voor tussenkomende partij zelf kan gelden. Blijkens artikel 2.1., eerste alinea, van het bestek houdt reeds het indienen van haar offerte op zich de verklaring in dat tussenkomende partij zich niet in een toestand van uitsluiting bevindt.

14. Ook het tweede onderdeel van het middel maakt niet de onregelmatigheid van de offerte van de tussenkomende partij aannemelijk.

C. Tweede middel

15. Een tweede middel is genomen “uit de schending van artikel 16 Overheidsopdrachtenwet 24.12.1993, van artikel 110 § 3 ARO-K.B dd. 08.01.1996, de wet van 29 juli 1991 (formele motiveringsplicht) en de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”. Geargumenteed wordt dat de jaarlijkse vergoeding die in de offerte van tussenkomende partij wordt geboden zo hoog is dat verwerende partij ertoe gehouden was, in het kader van een zorgvuldig regelmatigheidsonderzoek, een prijsverantwoording te vragen, minstens aan te geven waarom zij de opmerkelijke prijs niet abnormaal achtte en dus geen prijsverantwoording vroeg. Te dezen heeft verwerende partij volgens verzoekster geen enkel onderzoek gevoerd naar de normaliteit van de prijzen van tussenkomende partij, wat des te problematischer is aangezien geen enkel selectie criterium peilt naar de financiële en economische draagkracht van de inschrijvers.

16. Het middel vertrekt van het uitgangspunt dat verwerende partij de door tussenkomende partij aangeboden prijs verdacht hoog had moeten vinden. Dit uitgangspunt wordt vooralsnog niet gevolgd.

Naar tussenkomende partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst geloofwaardig uiteenzet, verwerft zij door het verkrijgen van publiciteitsrechten in Antwerpen een volledige bezettingsgraad in de sleutelsteden

in België en zullen door de volledige dekkingsgraad van haar nationaal netwerk haar inkomsten aanzienlijk stijgen. Die uitleg gaf tussenkomende partij ook al in haar offerte zelf: de vergoeding “werd mogelijk dankzij de impact van de Stad Antwerpen op alle publicitaire zijden, die in het nationaal netwerk van Clear Channel zijn opgenomen, alsook dankzij de creatie van lokale netwerken in het centrum van Antwerpen. Onze aanwezigheid in Antwerpen biedt een totale meerwaarde aan voor de netwerken van Clear Channel en wij wensen bijgevolg de stad Antwerpen daarvan mee te laten genieten”.

Daarnaast wordt in de huidige stand van de procedure ook bijgevallen dat de aangeboden vergoeding in de lijn ligt van wat de tussenkomende partij vijf jaar geleden aan verwerende partij aanbood voor het leveren, plaatsen en onderhouden van wachthuisjes voor het openbaar vervoer in de districten Ekeren, Hoboken, Merksem en Wilrijk, districten waarvan het overigens niet onaannemelijk is dat ze commercieel minder interessant zijn dan de districten waarvoor de voorliggende opdracht geldt.

Louter volledigheidshalve, ten slotte, is ogenschijnlijk ook niet zonder elke overtuigingskracht het argument van verwerende partij dat zij des te minder achterdochtig mocht zijn gelet op de specifieke omstandigheid dat zij “geen prijs dient te betalen als tegenprestatie voor een aantal prestaties uit te voeren door [haar] medecontractant, maar integendeel zelf een jaarlijkse geldelijke vergoeding ontvangt vanwege [haar] medecontractant wegens de mogelijkheid die deze laatste verkrijgt om publiciteit te ‘vermarkten’ op de wachthuisjes”:

“Zelfs wanneer zou blijken dat Clear Channel Belgium de opbrengsten van de reclamepanelen zou overschat hebben, zal de stad Antwerpen alsnog voornoemde bedragen ontvangen (zo niet is er sprake van een contractuele wanprestatie die aanleiding kan geven tot maatregelen van ambtswege). Tevens is er weinig risico op een slechte uitvoering van de opdracht, in casu bijvoorbeeld het plaatsen en onderhouden van de wachthuisjes, nu goed geplaatste en onderhouden wachthuisjes ook in hoofde van Clear Channel Belgium belangrijk zijn, nu de reclamepanelen op de wachthuisjes reclame-inkomsten kunnen genereren voor Clear Channel Belgium en slecht onderhouden wachthuisjes zouden leiden tot een daling van de marktwaarde voor de plaatsing van publiciteit”.

17. Het tweede middel is niet ernstig.

D. Derde middel

18. Een derde middel voert de schending aan van artikel 43, § 2, 11°, *juncto* artikelen 43, 2, 9°, en 159, § 2, 2^{de} lid, van het gemeentedecreet, evenals van artikel 43, § 2, 12°, van het gemeentedecreet.

In een *eerste onderdeel* wordt betoogd dat alleen de gemeenteraad de wijze van gunning en de voorwaarden van de overheidsopdracht mocht vaststellen, terwijl het te dezen het college van burgemeester en schepenen was dat op 24 december 2010 het bestek heeft goedgekeurd. Uiteengezet wordt dat verwerende partij daarvoor ten onrechte steun zoekt in de gemeenteraadsbeslissing van 25 juni 2007 waarin werd vastgesteld welke opdrachten voor werken, leveringen en diensten beschouwd kunnen worden als opdrachten van dagelijks bestuur, waarvoor het college bevoegd is. Die gemeenteraadsbeslissing geeft een “manifest onwettige invulling van het begrip dagelijks bestuur” en moet overeenkomstig artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing worden gelaten.

In een *tweede onderdeel* doet verzoekster gelden dat de overheidsopdracht de privatieve inname van het openbaar domein betreft en duidelijk meer is dan een daad van beheer, zodat alleen de gemeenteraad bevoegd was om over de krijtlijnen van de voorliggende overheidsopdracht een beslissing te nemen.

19.1. Verwerende en tussenkomende partijen werpen tegen dat “de complexiteit van het middel en de principiële beslissing die daaruit zou voortvloeien” zich niet lenen tot een onderzoek in het kader van de uiterst dringende noodzakelijkheid.

19.2. Ook complexe middelen verdienen in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid een beoordeling te

krijgen, met dien verstande dat deze beoordeling noodzakelijk het stempel van de uiterst dringende noodzakelijkheid zal dragen. Dat houdt in dat aan de beoordeling slechts een zeer precair karakter toekomt en dat er dus allerm minst een principieel belang mag worden aan toegemeten.

20.1 Ter terechtzitting werpt verwerende partij eveneens op dat verzoekster geen belang zou hebben bij het middel, omdat zij onzorgvuldig is geweest door zonder meer aan de gunningsprocedure te hebben deelgenomen en daardoor het grievend karakter van de in het middel aangevoerde onwettigheid heeft geaccepteerd.

20.2. In het verlengde van wat reeds in het arrest inzake de nv Neorec, nr. 206.598 van 13 juli 2010 (*sub* 7), werd overwogen, zou een dergelijke zienswijze mogelijk kunnen worden aanvaard indien het bestek ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en de besproken onwettigheid als zo'n zichtbaar bezwaar te beschouwen zou zijn.

Nu niet eens wordt beweerd dat een en ander het geval is, ziet de Raad van State te dezen echter geen reden om anders te oordelen dan zoals op grond van de theorie van de complexe administratieve rechtshandeling gebruikelijk is: verzoekster kan tot staving van haar vordering tegen de bestreden eindbeslissingen ontvankelijk de onwettigheid aanvoeren van de voorbereidende beslissingen, ook al konden die beslissingen met een afzonderlijk beroep zijn aangevallen en heeft verzoekster nagelaten dat te doen.

21. Gelet op artikel 43, § 2, 11°, van het gemeentedecreet kan de gemeenteraad niet aan het college van burgemeester en schepenen toevertrouwen: “het vaststellen van de wijze van gunning en het vaststellen van de voorwaarden van overheidsopdrachten, behalve als het gaat om één van de volgende opdrachten: a) een opdracht die past binnen het begrip dagelijks bestuur als vermeld in punt 9°, waarvoor het college van burgemeester en schepenen bevoegd is; b) een opdracht

die nominatief in het vastgestelde budget is opgenomen”. Uit artikel 43, § 2, 9°, van het gemeentedecreet, dan weer, volgt dat wat onder het begrip dagelijks bestuur moet worden verstaan, door de gemeenteraad dient te worden bepaald.

Te dezen is de beslissing om het bestek voor het sluiten van het contract voor de terbeschikkingstelling van wachthuisjes met publicitaire ruimte goed te keuren en om hiervoor een algemene offerteaanvraag uit te schrijven, door het college van burgemeester en schepenen genomen, op 24 december 2010. Voor zijn bevoegdheid zocht het college expliciet steun in het besluit van 25 juni 2007 waarmee de gemeenteraad besliste welke opdrachten voor werken, leveringen en diensten kunnen worden beschouwd als opdrachten van dagelijks bestuur.

In dat besluit overwoog de gemeenteraad dat het aangewezen is het begrip “dagelijks bestuur” “te definiëren op maat van de eigen organisatie, rekening houdend met de omvang van de stedelijke activiteiten en met de continuïteit van de werking van de diensten” en om het “een ruime inhoud te geven, zodat de vlotte werking van de stedelijke administratie niet in het gedrang komt en de gemeenteraad zich ten volle kan concentreren op het beleidsmatige aspect van het stedelijk beleid”. Geargumenteed werd voorts dat de gemeenteraad op de hoogte zal worden gehouden van alle opdrachten van dagelijks bestuur, dat de invulling van het begrip niet noodzakelijk een definitieve keuze is en dat voor de vaststelling van het begrip wordt teruggegrepen naar het onderscheid tussen gewone dienst en buitengewone dienst zoals gedefinieerd in artikel 1 van het koninklijk besluit van 2 augustus 1990 houdende het algemeen reglement op de gemeentelijke comptabiliteit. Vervolgens is beslist geworden om als handelingen van dagelijks bestuur te beschouwen: alle handelingen met betrekking tot de gewone dienst binnen de vastgestelde kredieten en alle handelingen met betrekking tot de buitengewone dienst, met uitzondering van handelingen die betrekking hebben op een aantal welbepaalde, “belangrijke” economische codes.

Blijkens de nota van verwerende partij beantwoordt de collegebeslissing van 24 december 2010 dan ook aan de notie handeling van

dagelijks bestuur, omdat ze betrekking heeft op de gewone dienst binnen de vastgestelde kredieten. Verzoekster brengt dat niet overtuigend in het gedrang door alleen maar te doen gelden dat de opdracht “aanzienlijke inkomsten voor 10 boekjaren” betreft. Noch het feit dat de inkomsten aanzienlijk zijn, noch het feit dat ze tien boekjaren lang verkregen zouden worden, lijkt op zich uit te sluiten dat ze worden aangezien als ontvangsten in gewone dienst die, volgens de definitie van artikel 1 van voormeld koninklijk besluit, “ten minste één maal per financieel dienstjaar voorkomen en die de gemeente regelmatige inkomsten en een regelmatige werking waarborgen”.

Voor het overige kan de Raad van State er niet toe komen, alleszins niet in de huidige stand van de procedure, het gemeenteraadsbesluit van 25 juni 2007 onwettig te bevinden in zoverre het aan het begrip dagelijks bestuur een zodanige invulling heeft gegeven dat de opdracht te dezen er binnen past. Verwerende partij mag op het eerste gezicht worden bijgevallen waar zij doet gelden dat het gemeentedecreet ertoe strekt de gemeenten onder andere meer autonomie te geven en rekening te houden met de verschillen tussen steden, centrumsteden en gemeenten, en dat in verband daarmee nadrukkelijk is voorzien in ruime mogelijkheden tot delegatie, waarbij de besturen zelf het decretale kader mogen invullen, bijvoorbeeld volgens hun grootte of lokale politieke en ambtelijke cultuur. In dit licht lijkt de gemeenteraad op 25 juni 2007 niet de redelijkheidsgrenzen van zijn ruime beoordelingsbevoegdheid inzake de omschrijving van de notie dagelijks bestuur te buiten te zijn gegaan, door het begrip op grond van de in aanmerking genomen redenen zo te omschrijven dat een opdracht als degene die thans in het geding is, niet uit de definitie wordt uitgesloten.

22. Het eerste onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

23. Artikel 43, § 2, 12°, van het gemeentedecreet schrijft voor dat door de gemeenteraad niet aan het college van burgemeester en schepenen kan worden toevertrouwd: “het stellen van daden van beschikking met betrekking tot

onroerende goederen, behoudens voor zover de verrichting nominatief in het vastgestelde budget is opgenomen”.

De opdracht heeft betrekking op het leveren en plaatsen, reinigen en onderhouden van een kleine 600 wachthuisjes ten behoeve van de gebruikers van het openbaar vervoer, met het oog op het verbeteren van het openbaar (straat)leven en een opwaardering van de publieke ruimte. De aannemer blijft eigenaar van de wachthuisjes. Naar uit de bijlage B bij het bestek lijkt te mogen worden afgeleid, gaat het in meer dan 90% van de gevallen om de vervanging van wachthuisjes op plaatsen waar er zich thans al bevinden. Een en ander bij mekaar genomen, kan vooralsnog niet ertoe worden besloten dat de opdracht een daad van beschikking over de gemeentelijke goederen zou inhouden, zoals verzoekster meent.

Het tweede onderdeel van het derde middel is niet ernstig.

E. Vierde middel

24. In een vierde middel wordt de schending aangevoerd “van artikel 15 en 16 van de overheidsopdrachtenwet, artikel 115 ARO-K.B. en de beginselen van behoorlijk bestuur, met name het zorgvuldigheidsbeginsel en het redelijkheidsbeginsel”, doordat de procedure van een algemene offerteaanvraag is gevoerd niettegenstaande het bestek “slechts één gunningscriterium -de prijs- vooropstelt, weliswaar (kunstmatig) uitgesplitst over twee criteria” en de opdracht in werkelijkheid een openbare aanbesteding is. Het bestek is dan ook onregelmatig, minstens moet de opdracht geherkwalificeerd worden als een openbare aanbesteding en moeten de daarop van toepassing zijnde voorwaarden worden nageleefd.

25. Verwerende partij betwist op het eerste gezicht terecht verzoeksters belang bij het middel “vermits zij niet doet blijken dat, zelfs indien de opdracht als een ‘aanbesteding’ zou moeten worden gekwalificeerd -quod non-, de

wijze waarop de ‘laagste’ inschrijver werd bepaald, onverenigbaar zou zijn met de reglementering inzake aanbestedingen”.

In het middel wordt immers niet beweerd dat in geval van herkwalificatie van de opdracht de gunningscriteria of beoordelingsmethode onwettig zijn en dat de opdracht dan aan verzoekster moest zijn toegewezen. Integendeel stelt verzoekster zelf dat voor de vergelijking van de offertes de prijs voor prestatie 1 (vergoeding aan de stad) zou moeten worden vergeleken, en de prijs voor prestaties 2 en 3 (prijs door stad verschuldigd voor extra overheidscommunicatie en extra verplaatsing van wachthuisjes). Aangezien voor prestaties 2 en 3 zowel verzoekster als de tussenkommende partij 0 euro aanrekenen, zou in die gedachtegang de vergoeding aan de stad doorslaggevend zijn - zodat dan blijkbaar nog altijd de tussenkommende partij verzoekster zou voorgaan.

Ook het vierde en laatste middel is niet ernstig.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Clear Channel Belgium tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

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

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

Johan Lust,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Johan Lust