

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 220.141 van 3 juli 2012
in de zaak A. 190.368/XII-5627**

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

tegen:

de STAD HASSELT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hugo Lamon
kantoor houdend te 3500 Hasselt
de Schiervellaan 23
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Andy Beelen
kantoor houdend te 3740 Bilzen
Grensstraat 4
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 november 2008, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- de beslissing uitgaande van [de] stad Hasselt dd. 13.05.2008, inhoudende
dat de opdracht voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor
sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein
(middels concessieovereenkomst) niet aan [de nv JC Decaux Belgium]

wordt toegewezen aangezien er blijkbaar een gunstiger inschrijving werd ingediend (eerste bestreden beslissing [...]);

- de beslissing uitgaande van de stad Hasselt van 08.05.2008 waarmee de opdracht voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein wordt gegund aan de begunstigde, nv Clear Channel (tweede bestreden beslissing [...]);

- het besluit van de Vlaamse Regering, vertegenwoordigd door Minister Keulen in zijn hoedanigheid van toezichthoudende overheid, dd. 29.09.2008 waarbij hij zich akkoord verklaart met het voorstel van de provinciegouverneur om niet op te treden tegen voormelde beslissing uitgaande van stad Hasselt dd. 08.05.2008 (derde bestreden beslissing [...])”.

In het tussenarrest nr. 216.544 van 29 november 2011 oordeelde de Raad van State dat het beroep enkel ontvankelijk is ten aanzien van de tweede bestreden beslissing.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 216.544 van 29 november 2011 is het debat heropend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een aanvullend verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een tweede laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 april 2012.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Cies Gysen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Hugo Lamon, die verschijnt voor

de verwerende partij, en advocaat Joris Gebruers, die loco advocaat Andy Beelen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 gemeenteraad van de stad Hasselt beslist op 17 december 2007 dat een concessieovereenkomst zal worden aangegaan voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein.

3.2. Een oproep voor het indienen van concessievoorstellen wordt gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen van 15 februari 2008.

3.3. Op 27 februari 2008 richt de nv JC Decaux Belgium, huidige verzoekende partij, een aangetekend schrijven aan het college van burgemeester en schepenen van de stad Hasselt:

“Wij nemen de vrijheid om uw aandacht te vestigen op de inhoud van de overeenkomst van 16 maart 1989 tussen de Stad Hasselt en onze vennootschap waarbij is overeengekomen dat wij worden toegelaten om stedelijk meubilair in de Stad Hasselt te plaatsen. Bij aanhangsel nr. 1 bij de overeenkomst van 16 maart 1989 werd de duur van deze overeenkomst verlengd tot 1 augustus 2016.

Krachtens deze overeenkomst van 16 maart 1989 heeft de Stad Hasselt zich verbonden om de reclame-uitbating van het stadsmeubilair exclusief en onherroepelijk aan onze vennootschap te verzekeren (zie artikel 6.2.).

Het voorwerp van bovenvermelde nieuwe concessieovereenkomst kadert volledig in de bestaande overeenkomst van 16 maart 1989 tussen de Stad Hasselt en onze vennootschap. Het gaat immers om stadsmeubilair waarvan

één kant wordt voorbehouden voor informatie van de Stad Hasselt en één kant aan een firma die deze uitbaat om er reclame op te voeren.

Krachtens artikel 6.6. van de overeenkomst van 16 maart 1989 heeft de Stad Hasselt het recht om zelf stedelijk meubilair van het type te plaatsen of te laten plaatsen indien de Stad Hasselt aan onze vennootschap om de plaatsing van nieuw stadsmeubilair heeft verzocht en wij binnen een termijn van drie maanden na het aangetekend schrijven van de Stad Hasselt in gebreke blijven of weigeren te voldoen aan het verzoek.

Tot op heden hebben wij dergelijk schrijven echter niet van de Stad Hasselt mogen ontvangen en hebben wij het prioriteitsrecht, dat ons krachtens bovenvermeld artikel 6.6. van de overeenkomst van 16 maart 1989 werd verleend, niet kunnen uitoefenen.

Hierbij bevestigen wij tevens dat wij over het stadsmeubilair vermeld in de nieuwe concessieovereenkomst beschikken en deze al dan niet met publiciteitspanelen ter beschikking van de Stad Hasselt kunnen stellen. Eventueel kunnen wij dit realiseren op bestaande borden.

Mogen wij u vriendelijk verzoeken ons uw standpunt omtrent de inhoud van onderhavig schrijven onverwijld mede te delen?

U zult begrijpen dat wij van oordeel zijn dat de uitvaardiging van bovenvermelde nieuwe opdracht in strijd is met de bepalingen van de overeenkomst van 16 maart 1989 tussen onze vennootschap en de Stad Hasselt en dat wij onze rechten daaromtrent desgevallend zullen doen gelden voor de bevoegde rechtsinstantie”.

3.4. Op 17 maart 2008 dient de nv Clear Channel Belgium, huidige tussenkomende partij, een concessievoorstel in, door haarzelf het “Doggy Bag Concept” genoemd.

3.5. Op 19 maart 2008 dient ook de nv JC Decaux Belgium een voorstel in. In een begeleidend schrijven verwijst deze kandidaat naar zijn aangetekende brief van 27 februari 2008.

3.6. Op 8 mei 2008 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Hasselt om de betrokken concessie te gunnen aan de nv Clear Channel Belgium:

“Aanleiding en doel

- Aan alle voorwaarden voor het afsluiten van een concessieovereenkomst is voldaan, zodat de toewijzing voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en het voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein kan gebeuren.

Juridische overwegingen

- Het gemeentedecreet.

Feitelijke overwegingen

- De voorwaarden voor het afsluiten van een concessieovereenkomst voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein werden vastgesteld door de gemeenteraad in zitting van 17 december 2007.
- De oproep voor het indienen van de inschrijvingen is gebeurd in de Bulletin der Aanbestedingen en in de Bouwkroniek en dit op 15 februari 2008
- Op 19 maart 2008 vond de opening van de inschrijvingen plaats.
- 2 inschrijvers dienden een voorstel in: de firma JC Decaux van Brussel en de firma Clear Channel NV van Brussel
- De offertes komen inhoudelijk neer op:
 - Het voorstel van JC Decaux bevat:
 - Vuilbakjes gecombineerd met verdeler hondenpoepzakjes
 - Promotie:
 - Op de bakjes zelf
 - 4x per jaar op achterzijde 2m² panelen
 - Het voorstel van Clear Channel bevat:
 - Constructie van 2m² infopanelen met verdeler hondenpoepzakjes, vuilbakje en gsm-modem
 - Promotie:
 - Opvallende 2m² panelen
 - Volledige campagne met affiches, gadgets, media en activiteiten
 - Wijkgerichte acties
 - Financiële tussenkomst van 3000,00 euro per jaar voor ondersteuning van gerelateerde activiteiten
- In het kader van de gunningcriteria leidt dit tot:
 - Esthetisch uitzicht: gelijkwaardige beoordeling: 2 totaal verschillende aanbiedingen, maar beide systemen zijn te integreren op de plaatsen waar ze voorzien worden.
 - Voordelen voor de Stad Hasselt: het voorstel van Clear Channel is het meest voordelige voor de Stad en het leunt bovendien volledig aan bij de acties die de Stad wil ondernemen naar sensibilisering en bestrijding van hondenpoep op het openbaar domein.

- Gebruiksgemak: Clear Channel biedt hierbij het bijkomend voordeel van het bewaken van de dispensers via een GSM-modem, deze meldt dat er geen zakjes meer zijn.
- Het voorstel van de firma Clear Channel van Brussel komt aldus als voordeligste uit de beoordeling.

Financiële impact

- Gratis

Besluit

Artikel 1

Er wordt een concessieovereenkomst voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor de sensibilisering en het voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein afgesloten met de firma Clear Channel NV, Pleinlaan 5 te 1050 Brussel overeenkomstig de technische fiche en het gedane aanbod zoals dit blijkt uit het schrijven van 17 maart 2008”.

3.7. Met een aangetekend schrijven verzonden op 21 mei 2008 wordt de nv JC Decaux Belgium op de hoogte gebracht van het feit dat de concessie niet aan haar werd gegund aangezien een gunstiger voorstel werd ingediend.

3.8. Op 2 juni 2008 dagvaardt de nv JC Decaux Belgium de stad Hasselt om op 5 juni 2008 te verschijnen voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt, zetelend in kortgeding.

Op 8 juli 2008 verwerpt de voorzitter van de rechtbank de vordering omdat hij zich niet bevoegd acht.

3.9. Diezelfde 8 juli 2008 dagvaardt de nv JC Decaux Belgium de stad Hasselt voor de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt. Deze vordering strekt er onder meer toe voor recht te horen zeggen dat de beslissing van 8 mei 2008 onwettig is en buiten toepassing dient te worden gelaten.

3.10. Op 4 juli 2008 had de nv JC Decaux Belgium in het kader van het administratief toezicht een klacht ingediend bij de gouverneur van de provincie Limburg, alsook bij de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur

tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 8 mei 2008.

3.11. Op 8 september 2008 beslist de provinciegouverneur om de beslissing van 8 mei 2008 niet te schorsen.

3.12. In een nota aan de minister van 24 september 2008 adviseert het Vlaamse agentschap voor Binnenlands Bestuur, afdeling Lokale en Regionale Besturen - regelgeving en werken, “dat er wel degelijk redenen bestaan om het collegebesluit van 8 mei 2008 te schorsen omwille van een gebrekkige motivering”.

3.13. Op 29 september 2008 beslist de Vlaamse minister voor Binnenlands Bestuur om dit advies niet te volgen en om zich akkoord te verklaren met de beslissing van de provinciegouverneur om niet op te treden tegen de beslissing van 8 mei 2008.

3.14. Op 13 november 2008 stelt verzoekende partij het voorliggende annulatieberoep in.

3.15. Met een vonnis van 20 september 2010 verwerpt de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt de vordering die de nv JC Decaux Belgium op 8 juli 2008 had ingesteld tegen de stad Hasselt als ontvankelijk doch ongegrond. Een beroepsprocedure tegen dit vonnis is hangende.

IV. Kwalificatie van de opdracht

4. Verzoekende partij voert twee middelen aan tegen de bestreden beslissing. Het tweede middel wordt ondergeschikt aangevoerd, “in zoverre door [de] Raad zou worden geoordeeld dat voorliggende opdracht geen concessie maar wel een overheidsopdracht betreft”.

Bij voornoemd tussenarrest werd het debat heropend om het auditoraat in staat te stellen een aanvullend onderzoek te verrichten omdat “de

kwalificatie van de betrokken rechtsfiguur als concessie dan wel als overheidsopdracht [...] bijgevolg bepalend [is] om het ene of wel het andere middel al dan niet in aanmerking te nemen”.

Vraag is aldus te weten hoe de betrokken rechtsfiguur dient te worden gekwalificeerd, vooraleer nader kan worden ingegaan op de middelen.

Standpunten van de partijen

5.1. Verzoekende partij sluit zich in haar tweede laatste memorie aan bij de conclusie van het aanvullende auditoraatsverslag dat het om een overheidsopdracht van leveringen en diensten gaat omdat het een overeenkomst onder bezwarende titel betreft: er is sprake van enerzijds een prestatie van de gekozen kandidaat voor de stad (het leveren en onderhouden van de voorzieningen voor hondenpoep) en anderzijds van een prestatie van de stad voor de gekozene (het kosteloos gebruik van het openbaar domein en het recht om inkomsten te putten uit publiciteit geplaatst op de voorzieningen).

5.2. Verwerende partij betwist in haar tweede laatste memorie de kwalificatie van de opdracht als overheidsopdracht. Zij verwijst daartoe naar het vonnis van 20 september 2010 van de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt waarin die, aldus verwerende partij, “op verzoek van verzoekende partij voor recht heeft gezegd dat de bestreden beslissing een concessieovereenkomst is”. Dit vonnis heeft tussen partijen gezag van gewijsde. Verzoekende partij kan thans niet voorhouden dat het een overheidsopdracht betreft, dit zou de rechterlijke uitspraak miskennen die zij zelf heeft uitgelokt.

5.3. Tussenkomen partij gedraagt zich in haar tweede laatste memorie wat de kwalificatie van de opdracht betreft naar de wijsheid van de Raad.

Beoordeling

6.1. De bestreden beslissing betreft het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein. Ze werd door verwerende partij als een “concessie-overeenkomst” aangemerkt en dit zonder nadere kwalificatie.

6.2. Uit het administratief dossier kan niet worden afgeleid op welke gronden verwerende partij van oordeel was dat de betrokken rechtsfiguur als een “concessieovereenkomst” mocht worden aangemerkt. Juridische noch feitelijke motieven daartoe komen naar voren uit de stukken. Verwerende partij licht de kwalificatie als “concessieovereenkomst” overigens niet nader toe in haar memories, behalve de verduidelijking in de memorie van antwoord dat het volgens haar een “domeinconcessie” zou betreffen.

6.3. In het overwegend gedeelte van haar vonnis van 20 september 2010 heeft de rechtbank van eerste aanleg te Hasselt, zoals aangehaald door verwerende partij, onder meer het volgende opgemerkt, doch niet meer dan dat, wat de aard van de in het geding zijnde rechtsfiguur betreft:

“De overeenkomst afgesloten tussen [de stad Hasselt] en de nv Clear Channel, zoals ze blijkt uit het door verweerster bijgebrachte stuk 13 van haar bewijsbundel, betreft een concessieovereenkomst. Deze overeenkomst kwam tot stand door de ondertekening ervan door de betrokken partijen”.

Het gezag van gewijsde van een vonnis strekt zich uit tot het beschikkende gedeelte van het vonnis en de *ratio decidendi* ervan. Het strekt zich echter niet verder uit dan tot wat het voorwerp van de rechterlijke beslissing heeft uitgemaakt.

In deze zaak voor de burgerlijke rechter blijkt niet dat de partijen de rechtsvraag inzake de kwalificatie ter beslechting aan de rechtbank zouden hebben voorgelegd. Er blijkt evenmin dat partijen tegenspraak over dit

punt zouden hebben gevoerd voor de rechtbank. Verwerende partij noch tussenkomende partij voeren zulks aan. De rechtbank blijkt alleszins geen onderzoek ten gronde te hebben gevoerd naar de kwalificatie, rekening houdend met de juridische en feitelijke elementen van het dossier en de argumenten van partijen, maar heeft zonder meer vermeld dat het volgens het voorgelegde document een “concessieovereenkomst” betreft. Aldus mag worden aangenomen dat de rechtbank zich niet over deze rechtsvraag heeft uitgesproken, dat partijen er nog geen tegenspraak over hebben gevoerd en dat dit twistpunt bijgevolg niet onderworpen is aan het gezag van gewijsde zoals ingeroepen door verwerende partij.

Overigens merkt de Raad van State op dat verzoekende partij beroep heeft aangetekend tegen dit vonnis en het aldus geen kracht van gewijsde heeft verkregen.

6.4. De Raad van State neemt aan dat het om een overheidsopdracht van leveringen en diensten gaat om hiernavolgende redenen.

6.4.1. De rechtsfiguur laat zich analyseren als een overheidsopdracht. Verwerende partij beoogt het plaatsen van voorzieningen voor het sensibiliseren en voor het voorkomen van hondenpoep op haar openbaar domein; de aannemer dient deze voorzieningen te plaatsen wat een levering aan verwerende partij uitmaakt. Daarnaast dienen die voorzieningen een sensibiliserend karakter te hebben en één zijde ervan is voorbehouden voor verwerende partij die er een boodschap van algemeen nut op kan aanbrengen; dit laat zich aanzien als een dienstverlening. Beide zijn prestaties van de aannemer. In ruil voor het kosteloos gebruik van deze voorzieningen geeft verwerende partij het recht aan de aannemer op één zijde van de voorziening publiciteit te voeren wat de aannemer inkomsten zal opleveren. Het gaat dan ook om een overeenkomst onder bezwarende titel. De prestaties van de ene en de andere partij vormen de essentiële delen van de rechtsfiguur. De toelating om het openbaar domein te gebruiken, element dat eerder kadert in een domeinconcessie, is weliswaar een

noodzakelijk onderdeel van het contract doch is niet als het werkelijke voorwerp bij de kwalificatie van de overeenkomst te bestempelen.

6.4.2. In zoverre partijen voorts de rechtsfiguur van de concessie van openbare dienst in hun discussies zouden bedoelen dient ook te worden overwogen dat de gekozen inschrijver juridisch niet in contact treedt met de gebruikers van de voorzieningen; de gebruikers van de hondenpoepvoorzieningen blijken geen vergoeding aan de gekozen inschrijver te moeten betalen voor het gebruik van de hondenpoepvoorzieningen. Nergens blijkt ook uit dat de gekozen inschrijver verplichtingen van de overheid om een bepaalde dienst ten aanzien van de burgers te verrichten overneemt door het sluiten van de opdracht. Verwerende partij noch tussenkommende partij tonen in concreto aan dat er hier sprake zou zijn van een openbare dienstverlening ten aanzien van de burgers door de gekozen inschrijver, element dat bepalend is in de rechtsfiguur van de concessie van openbare dienst.

6.5. Hieruit volgt dan ook dat enkel het tweede middel dient te worden onderzocht nu verzoekende partij zelf aangeeft dat zij, in voorliggend geval, niet aandringt op het eerste middel dat uitsluitend de hypothese van de concessie betreft.

V. Onderzoek van het tweede middel

Standpunt van de partijen

7. Verzoekende partij voert in het tweede middel de schending aan van de artikelen 4 en 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, van de artikelen 64, 69 tot en met 71 en 115 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de

uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, van de beginselen van behoorlijk bestuur, met name de materiële-motiveringsplicht, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

Zij acht deze rechtsnormen geschonden:

“Doordat [...] verweerster de voorliggende opdracht beschouwd heeft als een concessieovereenkomst voor diensten;

en doordat zij bijgevolg geen toepassing heeft gemaakt van de reglementering inzake overheidsopdrachten;

en doordat zij meer bepaald heeft nagelaten:

- op correcte wijze te publiceren in het Bulletin der Aanbestedingen;
- een kwalitatieve selectie door te voeren;
- een afdoende en gemotiveerde vergelijking van de offertes te hebben uitgevoerd, zodat niet werd gegund aan de voordeligste regelmatige inschrijver”.

In een vierde onderdeel laakt verzoekende partij de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria. Zij merkt onder meer op dat in de gemeenteraadsbeslissing van 17 december 2007 werd bepaald aan welke criteria de offertes zouden worden getoetst, met name: (1) esthetisch uitzicht; (2) voordelen voor de stad Hasselt en (3) gebruiksgemak.

Verzoekende partij wijst er in dat verband op dat de aanbestedende overheid verplicht is om de ingediende offertes op zorgvuldige, deskundige en objectieve wijze te beoordelen. De beslissing van de aanbestedende overheid dient te berusten op waarachtige en concrete gegevens die de toets van het redelijkheidsbeginsel en gelijkheidsbeginsel doorstaan. Hier blijkt echter dat verwerende partij haar keuze voor tussenkomende partij niet heeft gesteund op dergelijke gegevens en op een degelijke en afdoende motivering.

Vervolgens verwijst verzoekende partij naar de nota aan de minister van 24 september 2008 waarin het Vlaams agentschap voor Binnenlands

Bestuur, afdeling Lokale en Regionale Besturen - regelgeving en werken, onder meer het volgende had geadviseerd:

“3. Heeft het bestuur de procedure voor een overheidsopdracht juist doorlopen?

[...]

Het bestek stelde drie gunningcriteria voorop: 1. Het esthetisch uitzicht; 2. de voordelen voor de stad en 3. het gebruiksgemak.

Een apart gunningverslag met een vergelijking van de twee inschrijvers is niet terug te vinden in het dossier. Ook in het collegebesluit van 8 mei 2008 waarbij de concessie toegekend wordt aan Clear Channel wordt op geen enkel moment verwezen naar een op zich staand gunningverslag.

De motivering van de gunning is derhalve enkel terug te vinden in het voornoemd collegebesluit:

‘In het kader van de gunningcriteria leidt dit tot:

- Esthetisch uitzicht: gelijkwaardige beoordeling: 2 totaal verschillende aanbiedingen, maar beide systemen zijn te integreren op de plaatsen waar ze voorzien worden.
- Voordelen voor de Stad Hasselt: het voorstel van Clear Channel is het meest voordelige voor de Stad en het leunt bovendien volledig aan bij de acties die de Stad wil ondernemen naar sensibilisering en bestrijding van hondenpoep op het openbaar domein.
- Gebruiksgemak: Clear Channel biedt hierbij het bijkomend voordeel van het bewaken van de dispensers via een GSM-modem, deze meldt wanneer er geen zakjes meer zijn.

Het voorstel van de firma Clear Channel van Brussel komt aldus als voordeligste uit de beoordeling’.

Deze motivering lijkt [de] administratie te sloganesk. Summier verwijzen naar de acties die de stad wenst te ondernemen zonder deze daadwerkelijk te benoemen en terdege af te toetsen kan niet als gemotiveerd bestempeld worden.

Gebruiksgemak enkel beoordelen aan de aanwezigheid van een GSM-modem lijkt evenmin gemotiveerd. Gebruiksgemak dient immers minstens ook afgetoetst te worden aan het gebruiksgemak voor de particulier die een hondenpoepzakje wil gaan gebruiken. Trouwens, het bestek voorziet al dat de aanvulling van de zakjes dient te gebeuren door en voor rekening van de concessiehouder. Men kan zich dan ook terecht de vraag stellen waar er nog een ‘gebruiksgemak’ is voor de stad door de aanwezigheid van een GSM-modem. Hooguit is dit een gebruiksgemak

voor de concessionaris omdat deze dan van op afstand de voorraad kan beoordelen en niet telkenmale zijn ronde moet doen langs de diverse voorzieningen.

3. Besluit.

De algemene eindconclusie van de gouverneur van de provincie Limburg was dat er geen redenen zijn om tegen de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van Hasselt van 8 mei 2008 op te treden.

[De] administratie meent, in tegenstelling tot de eindconclusie van de gouverneur van de provincie Limburg, dat er wel degelijk redenen bestaan om het collegebesluit van 8 mei 2008 te schorsen omwille van een gebrekkige motivering”.

Verzoekende partij besluit dat aldus duidelijk blijkt dat verwerende partij de offertes niet op deskundige en zorgvuldige wijze heeft onderzocht en dat zij bijgevolg het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

8. Verwerende partij weerspreekt in haar memorie van antwoord deze grief niet. Zij beperkt zich, wat haar verweer op het tweede middel betreft, enkel tot de stelling dat de opdracht een concessie betreft en dat het tweede middel bijgevolg niet-ontvankelijk is.

9. Tussenkomen de partij betoogt in haar memorie in de eerste plaats dat verzoekende partij in de nota aan de minister zaken leest die er niet staan. In de nota wordt geadviseerd om het besluit te schorsen omwille van een gebrekkige motivering, niet omwille van een schending van het zorgvuldigheids- of gelijkheidsbeginsel. Voorts blijkt dat verzoekende partij over alle informatie beschikte die dienstig was om een offerte in te dienen. Verwerende partij heeft de offertes vervolgens getoetst aan dezelfde criteria en beoordeeld. Uit niets blijkt dat verzoekende partij zou zijn gediscrimineerd. Tussenkomen de partij merkt op dat verzoekende partij zelfs een voordeel had ten aanzien van tussenkomen de partij, nu zij op basis van de overeenkomst van 1989 al verschillende jaren met verwerende partij had samengewerkt en derhalve beter kon inschatten wat door

verwerende partij als essentieel zou worden ervaren en haar offerte daarop kon afstemmen.

10. In haar laatste memories doet verwerende partij gelden dat de bestreden beslissing afdoende is gemotiveerd en dat verzoekende partij het middel enkel koppelt aan het gelijkheidsbeginsel, waarvan de schending niet is aangetoond.

11. Tussenkomen de partij merkt in haar laatste memories op dat, anders dan in de nota van de administratie wordt gesteld, de GSM-modem die zij aanbiedt geenszins hoogstens een gemak voor de “concessionaris” is. Een snellere en derhalve verhoogde beschikbaarheid van hondenpoepzakjes verhoogt tevens het gebruiksgemak voor de gebruiker én voor de stad Hasselt, in die zin dat haar personeel en inwoners minder vaak met door hondenpoep bevuilde straten zullen worden geconfronteerd.

Beoordeling

12. De grief die verzoekende partij in dit middelonderdeel ontwikkelt heeft betrekking op de beoordeling van de offertes aan de hand van de gunningscriteria. Volgens verzoekende partij berust deze beoordeling, en dienvolgens de gunningsbeslissing, niet op waarachtige en concrete gegevens en, zo stelt zij onder meer, heeft verwerende partij haar keuze voor de offerte van tussenkomen de partij aldus niet gesteund op een degelijke en afdoende motivering.

13. Het argument van verwerende partij en tussenkomen de partij dat de grief aan de orde in dit onderdeel enkel de miskenning van het gelijkheidsbeginsel betreft kan niet worden aanvaard. Verzoekende partij vermeldt uitdrukkelijk de materiële-motiveringsplicht als beginsel van behoorlijk bestuur als geschonden rechtsregel. In de toelichting bij het vierde onderdeel van het middel haalt verzoekende partij ondubbelzinnig de schending van de

motiveringsplicht aan als reden waarom de bestreden beslissing dient te worden vernietigd.

14.1. Verwerende partij heeft drie gunningscriteria bepaald: esthetisch uitzicht, voordelen voor de stad Hasselt, gebruiksgemak.

14.2. De aanbestedende overheid beschikt bij de inhoudelijke beoordeling van de offertes en hun toetsing aan de gunningscriteria over een grote beoordelingsvrijheid en de Raad van State mag zich niet in de plaats van het bestuur stellen en de rangschikking wijzigen. Zulks houdt echter niet in dat het oordeel van de aanbestedende overheid zou zijn onttrokken aan het wettigheids-toezicht van de Raad van State. Aldus kan de Raad desgevraagd onder meer nagaan of de beoordeling met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

14.3. In de gunningsbeslissing wordt de toetsing van de beide offertes aan de drie gunningscriteria als volgt toegelicht:

“In het kader van de gunningcriteria leidt dit tot:

- Esthetisch uitzicht: gelijkwaardige beoordeling: 2 totaal verschillende aanbiedingen, maar beide systemen zijn te integreren op de plaatsen waar ze voorzien worden.
- Voordelen voor de Stad Hasselt: het voorstel van Clear Channel is het meest voordelige voor de Stad en het leunt bovendien volledig aan bij de acties die de Stad wil ondernemen naar sensibilisering en bestrijding van hondenpoep op het openbaar domein.
- Gebruiksgemak: Clear Channel biedt hierbij het bijkomend voordeel van het bewaken van de dispensers via een GSM-modem, deze meldt dat er geen zakjes meer zijn.

Het voorstel van de firma Clear Channel van Brussel komt aldus als voordeligste uit de beoordeling”.

14.4. Deze zeer summiere toelichting kan niet de beslissing om de opdracht te gunnen aan de nv Clear Channel Belgium dragen. Uit niets blijkt immers dat er een afdoende vergelijking van de offertes heeft plaatsgevonden waarbij het aangeboden wordt getoetst aan de verwachtingen van de overheid,

met vermelding en vergelijking van de respectieve sterke en zwakke punten van elk van de ingediende offertes.

Wat het gunningscriterium “esthetisch uitzicht” betreft is de opgegeven motivering bovendien schijnbaar tegenstrijdig: hoewel beide offertes “totaal verschillend” worden bevonden krijgen zij desondanks een “gelijkwaardige beoordeling”. Verwerende partij licht niet toe op welke punten de offertes “totaal” verschillen, welke verschillen voor haar al dan niet doorslaggevend zijn, noch hoe het feit dat “beide systemen [...] te integreren [zijn] op de plaatsen waar ze voorzien worden” ertoe zou leiden dat de offertes op esthetisch vlak “gelijkwaardig” dienen te worden bevonden, in zoverre dit al het determinerende element daartoe zou zijn geweest.

Wat het gunningscriterium “voordelen voor de stad Hasselt” betreft blijkt op generlei wijze waarom verwerende partij van oordeel is dat het voorstel van de nv Clear Channel Belgium het meest voordelige zou zijn voor de stad, noch op welke wijze dit beter aanleunt bij de acties die de stad wil ondernemen om de burgers te sensibiliseren en hondenpoep te bestrijden. Verwerende partij laat na om enig concreet element terzake aan te halen. De offerte van verzoekende partij komt daarnaast op generlei wijze ter sprake bij de beoordeling van dit gunningscriterium, wat niet strookt met een zorgvuldige evaluatie van de offertes.

Wat ten slotte het gunningscriterium “gebruiksgemak” betreft wordt enkel verwezen naar de GSM-modem opgenomen in de offerte van de nv Clear Channel Belgium. Zoals ook reeds werd opgemerkt in de door verzoekende partij aangehaalde nota aan de minister dient in dit verband te worden vastgesteld dat een zorgvuldige en afdoende evaluatie van een dergelijk criterium minstens ook een toetsing van het gebruiksgemak van de eindgebruiker veronderstelt. Daarnaast dient ook hier te worden vastgesteld dat de offerte van verzoekende partij niet in het minst in de evaluatie van dit gunningscriterium wordt betrokken.

Het betoog van tussenkomende partij in haar laatste memorie omtrent het gebruiksgemak van de GSM-modem doet aan het voorgaande geen afbreuk nu de motieven die zij aldus probeert aan te brengen *post factum* worden geformuleerd en hoe dan ook niet kunnen worden toegeschreven aan de gunnende overheid.

14.5. Aldus is niet aangetoond dat verwerende partij over voldoende draagkrachtige motieven beschikte om de opdracht te gunnen aan de nv Clear Channel Belgium. De bestreden gunningsbeslissing dient dan ook te worden vernietigd.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van 8 mei 2008 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Hasselt om de opdracht voor het leveren en plaatsen van voorzieningen voor sensibilisering en voorkomen van hondenpoep op het openbaar domein te gunnen aan de nv Clear Channel Belgium.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende 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 3 juli 2012,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest