

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

Xe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.423 van 25 september 2018
in de zaak A. 222.192/X-16.921.**

In zake : 1. Gatica Carlos José MALDONADO
 2. Ridvan ÇAP
 3. Jin-Koo VOGEL
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Nick Schellemans
 kantoor houdend te 2580 Putte
 Waversesteenweg 81
 bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij :

de BVBA GEITENBREIER
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bert Beelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. De vordering, ingesteld op 13 mei 2017, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van 21 april 2017 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen waarbij de concessie voor de horeca-uitbating voor een zomerbar in het gebouw Platform in Park Spoor Noord werd toegewezen aan de bvba Geitenbreier”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 238.270 van 19 mei 2017 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen en is het verzoek tot tussenkomst van de bvba Geitenbreier toegestaan.

Verzoekers hebben het verzoek tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekers hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekers, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 4 mei 2018.

Kamervoorzitter Johan Lust heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Nick Schellemans, die verschijnt voor verzoekers, advocaat Linus Hoet, die *loco* advocaten Annelies Verlinden en Matthias Stinissen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sarah Brouwers, die *loco* advocaat Bert Beelen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Wouter De Cock 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. De concessie 2014-2016 voor de uitbating van een zomerbar in het gebouw Platform in Park Spoor Noord te Antwerpen was in handen van de bvba Nafta 49.

Op 23 december 2016 en 10 maart 2017 keurt het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen de organisatie van een publieke oproep voor de uitbating 2017-2025 goed, evenals de biedings- en concessievoorwaarden.

De biedingen worden op 5 april 2017 afgesloten. Er worden zeven voorstellen ingediend. Eén ervan is een gezamenlijk voorstel van de verzoekers.

Een jury acht het voorstel van de bvba Geitenbreier “het beste vanwege [zijn] evenwichtige mix van professionaliteit, vernieuwend maar doordacht inzake veiligheid en toegankelijkheid”.

Op basis van het juryverslag van 6 april 2017 beslist het college van burgemeester en schepenen op 21 april 2017 om de horeca-uitbating voor een zomerbar in het gebouw Platform in Park Spoor Noord toe te wijzen aan de bvba Geitenbreier, onder voorbehoud dat wordt voldaan aan alle concessievoorwaarden.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. Verzoekers leiden een eerste middel af uit de “schending van het gelijkheidsbeginsel en het beginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’”.

Toegelicht wordt dat het juryverslag en de bestreden beslissing geen melding maken van de volledigheid van de ingediende offertes. Inzonderheid valt er niet uit af te leiden of het voorstel van de tussenkomende partij net als het hunne “voorzien en gestaafd was met een financieel plan, zoals vereist in de biedingsvoorwaarden”. Het is volgens hen niet aangetoond dat de tussenkomende partij een businessplan met de investeringen die zij plant, heeft bijgevoegd.

Evenmin is duidelijk, aldus verzoekers, of de verwerende partij de uitsluitingsgronden in hoofde van alle kandidaten en meer bepaald van de tussenkomende partij heeft onderzocht. Tot 3 november 2016 had de tussenkomende partij ook N. K. als zaakvoerder. Betrokkene komt nergens in de bieding ter sprake, maar was tevens zaakvoerder van de bvba Nafta 49, die voorheen de zomerbar uitbaatte, en die zich sinds 17 februari 2017 in een toestand van gerechtelijke reorganisatie bevindt.

Beoordeling

5. Blijkens de biedingsvoorwaarden dient de kandidaat te zorgen voor een correcte invulling en ondertekening van het biedingsformulier; het biedingsformulier moet vergezeld gaan van onder meer “een financieel plan met geplande investeringen” en “een verklaring op erewoord dat de kandidaat zich niet in één van de gevallen van uitsluiting vermeld in punt 3 van dit formulier bevindt”.

6. Terecht doet de verwerende partij gelden “dat nergens uit volgt dat [zij] zou zijn gehouden in het juryverslag dan wel in de toewijzingsbeslissing zelf aan te geven of alle kandidaten het biedingsformulier al dan niet correct hebben ingevuld en ondertekend en of alle vereiste bijlagen bij het voorstel zijn gevoegd”.

7. Stuk 13 van het administratief dossier wijst uit dat de tussenkomende partij in de bijlagen bij haar biedingsformulier opgegeven heeft welke investeringen zij zinnens is te doen, en dat zij, ter staving dat haar bedrijf “gezond” is, inzicht heeft gegeven in haar financiële situatie per 30 juni 2016.

De verwerende partij heeft hieruit niet onterecht kunnen besluiten dat de tussenkomende partij voldoende de rentabiliteit van de geplande onderneming aantoonde – wat verzoekers zelf, in de laatste memorie, “net de essentie van een businessplan of financieel plan” noemen.

8. Tevens is bij het biedingsformulier van de tussenkomende partij een verklaring op erewoord gevoegd, ondertekend door de zaakvoerder S. W., dat zij zich niet in één van de gevallen van uitsluiting vermeld in punt 3 van het formulier bevindt.

De uitweiding van verzoekers in dit verband over N. K. en, via hem, over de bvba Nafta 49 doet niet ter zake. Zoals verzoekers zelf aangeven, hield N. K. al in november 2016 op zaakvoerder van de tussenkomende partij te zijn.

9. Het eerste middel wordt in zijn geheel verworpen.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10.1. Een tweede middel voert de schending aan van de materiële motiveringsverplichting, van het redelijkheids- en het vertrouwensbeginsel, en van het zorgvuldigheidsbeginsel.

Verzoekers lichten toe dat het juryverslag van 6 april 2017 en de bestreden beslissing de concessie aan de tussenkomende partij toewijzen op grond van een onvolledige, onzorgvuldige evaluatie en afweging van de voorstellen inzake exploitatie en ervaring.

10.2. Het exploitatievoorstel van verzoekers inzake ‘de inrichting’ krijgt 12 punten op 20; dat van de tussenkomende partij krijgt 16 punten. De quotering van verzoekers is onvoldoende gemotiveerd, minstens op onzorgvuldige wijze toegekend.

De inrichting van verzoekers zou niet efficiënt zijn door de opstelling van een serre. Ook het voorstel van de tussenkomende partij voorziet echter in een serre.

Evenmin is de motivering van de jury afdoende wat het feit betreft dat de bars niet met elkaar in verbinding staan: “Bij dergelijke pop-up uitbatingen wordt steeds met afzonderlijke bars gewerkt, voor eten en drank. In het voorstel van verzoekende partijen wordt tevens gewerkt met een afzonderlijke cocktail- en wijnbar.”

Ook zou volgens de jury in het voorstel van verzoekers aandacht ontbreken voor het proper houden van de waterfontein. Nochtans wordt, aldus verzoekers, de waterfontein niet vermeld onder de voorwaarden met betrekking tot het aspect afval en opkuis en hebben zij een concreet afvalplan in hun voorstel opgenomen, met driemaal daags een afvalronde met bijzondere

aandacht voor zwerfvuil. Tevens is aandacht geschonken aan de zorg voor glasscherven, door te voorzien in een investering in glazen van verhard plastic.

Op geen enkele wijze heeft de jury rekening gehouden met de maatregelen en initiatieven rond duurzaamheid die in het exploitatievoorstel van verzoekers zijn opgenomen; alleszins kan dit niet worden afgeleid uit het juryverslag.

10.3. Wat het onderdeel ‘de uitbating’ van het exploitatievoorstel van verzoekers aangaat, beoordeelt de jury het werken met jetons negatief, maar zij onderbouwt dat niet en de juistheid ervan is hoegenaamd niet bewezen. Verzoekers hebben juist extra aandacht besteed aan de snelheid van bediening. De tussenkommende partij werkt ten andere “met een aan een zekerheid grenzende waarschijnlijkheid [...] met een gelijkaardig systeem”.

Tevens zijn verzoekers van mening dat het juryverslag volstrekt geen rekening houdt met hun voorstel om in een waterzuiveringsinstallatie te voorzien teneinde aan de bezoekers goedkoop drinkwater aan te bieden.

10.4. Voor de gunningsvoorwaarde ‘relevante ervaring’ scoren verzoekers 24 punten. De tussenkommende partij krijgt 30 punten omdat zij het hoogste aantal jaren ervaring heeft; dat aantal wordt evenwel niet gespecificeerd. Voorts is het volgens verzoekers bevreemdend dat de tussenkommende partij het hoogste aantal jaren ervaring met tijdelijke horecagelegenheden op locatie zou hebben, terwijl zij pas werd opgericht op 26 februari 2014. Zij heeft ook geen enkele ervaring met de zomerbar Cargo. Haar offerte vermeldt alleen relevante ervaring in hoofde van J. P., maar het is niet duidelijk in welke hoedanigheid hij bij het team van de tussenkommende partij betrokken is en hoe duurzaam die betrokkenheid is. Een aantal projecten wordt opgesomd waarvan onduidelijk is of de tussenkommende partij of iemand van haar team hierbij betrokken was en in welke mate.

In de bieding van verzoekers, daarentegen, wordt verwezen naar hun ervaringen in eigen persoon, die bovendien gestaafd worden met een contactlijst van bedrijven, overheden en personen.

Beoordeling

11. De biedingsvoorwaarden voorzien erin dat de kandidaturen beoordeeld zullen worden aan de hand van de volgende criteria:

- exploitatievoorstel (40 %), met als onderdelen ‘de inrichting’ (20 %) en ‘de uitbating’ (20 %);
- financieel voorstel (30 %);
- relevante ervaring (30 %).

12. Wat het exploitatievoorstel van verzoekers, onderdeel ‘de inrichting’, betreft, wordt in het juryverslag onder andere opgemerkt:

“- Voor het afvalplan werkt de kandidaat met grafisch gedecoreerde afvalcontainers, controlelijsten voor een vlot verloop van het ophalen van zwerfvuil. Aandacht voor het proper houden van de waterfontein ontbreekt.

- De inrichting is niet efficiënt. De opstelling (o.a. van de serre) biedt te weinig ruimte voor wachtende bezoekers, en de verschillende bars staan niet met elkaar in verbinding, wat de aanvoer van drank of etenswaar bemoeilijkt.”

13. Niet de serre van verzoekers op zich is volgens de verwerende partij problematisch, maar haar opstelling. Anders dan de serre in het voorstel van de tussenkomende partij, wordt die in het voorstel van verzoekers voor de bar geplaatst, waardoor er in de zienswijze van de verwerende partij tussen serre en bar te weinig ruimte voor wachtende bezoekers is.

Verzoekers maken weliswaar genoegzaam duidelijk dat zij het er niet mee eens zijn dat de opstelling van hun serre hinderlijk zou zijn, maar zij slagen er niet in te doen aannemen dat de verwerende partij, door er in de bestreden beslissing verschillend te hebben over geoordeeld, de grenzen van de redelijkheid te buiten is gegaan of om een andere reden onwettig heeft gehandeld.

14. In de memorie van wederantwoord en de laatste memorie voegen verzoekers in dit verband toe dat “[u]it de feitelijke exploitatie door tussenkomende partij na neerlegging van het verzoekschrift tot nietigverklaring” blijkt dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden doordat in de praktijk de opstelling van de serre “het voorwerp van de concessie”, namelijk de zone aangeduid op het grondplan in de concessievoorwaarden, overschrijdt.

De inrichtingplannen bij het voorstel dat de tussenkomende partij indiende, laten niet zien dat haar serre zou worden opgesteld buiten de zone aangegeven in het grondplan bij het model van concessieovereenkomst.

Daargelaten de juistheid van het betoog van verzoekers dat de serre van de tussenkomende partij in de feiten niettemin buiten de perken van die zone is geplaatst, betreft het hoe dan ook een gegeven dat louter verband houdt met de uitvoering van de gesloten concessieovereenkomst en dat niet de onwettigheid van de bestreden beslissing zelf staft.

15. Minder efficiënt is naar het oordeel van de verwerende partij tevens de omstandigheid dat de tussenkomende partij verschillende bars voorstellen, die niet met elkaar in verbinding staan.

Verzoekers betwisten niet dat hun voorstel in verschillende bars voorziet, maar zij wijzen erop dat de bars slechts op een beperkte afstand van mekaar staan, dat dit voor de klanten niet hinderlijk is en dat zij een snelle bedieningstijd (maximaal vijf minuten wachttijd) garanderen.

Een en ander belet niet, zoals de verwerende partij in de memorie van antwoord schrijft, “dat bezoekers hun drank bij verschillende bars moeten gaan halen”. De kritiek van verzoekers is onvoldoende om te doen aannemen dat het standpunt van de verwerende partij dat verschillende bars die niet met mekaar in verbinding staan nadelig is voor de efficiëntie, onredelijk of anderszins foutief is.

16. In de biedingsvoorwaarden is uitdrukkelijk bepaald dat “[e]en goed systeem voor het beperken van afval en glasscherven in en rond het goed en meer bepaald de waterfontein” een “must” is.

Heeft de tussenkommende partij in haar voorstel (p. 16) uitdrukkelijk aandacht besteed aan het proper houden van de waterfontein, dat geldt niet ook voor verzoekers in hun offerte. De opmerking ter zake in het juryverslag (zie *sub* randnummer 12) komt niet verkeerd voor.

17. De grief, ten slotte, dat de jury in haar verslag geen rekening heeft gehouden met de maatregelen en initiatieven rond duurzaamheid in het voorstel van verzoekers, is onjuist. In de beoordeling van de jury wordt uitdrukkelijk vermeld: “De kandidaat besteedt veel aandacht aan duurzaamheid.”

18. Het middel is dan ook ongegrond in zoverre het de quoterings van de exploitatievoorstellen met betrekking tot ‘de inrichting’ betreft.

19. Wat het aspect ‘de uitbating’ van het exploitatievoorstel betreft, scoren verzoekers en de tussenkommende partij elk 16 punten.

Wat het voorstel van verzoekers betreft wordt in het juryverslag opgemerkt dat de kandidaat kiest voor “een jetonsysteem met statiegeld”, wat bij een grote opkomst van volk “nadelig [kan] werken”.

Dat de tussenkommende partij met een gelijkaardig systeem zou werken, zoals verzoekers menen, blijkt niet uit haar voorstel.

Verzoekers mogen in hun voorstel dan wel hebben betoogd dat een betalingssysteem met een centrale kassa waar jetons kunnen worden gekocht “de snelheid van bediening [bevordert], in het bijzonder op drukke momenten”, het belet niet dat er in geval van “een jetonsysteem met statiegeld” bij een grote opkomst van volk drie keer dreigt te moeten worden aangeschoven: een eerste keer aan de kassa om de jetons aan te kopen, vervolgens aan de bar om “bediend”

of van drank en eten voorzien te worden, en ten slotte nog eens om het betaalde statiegeld te recupereren. Het is niet verkeerd of onredelijk om in dit verband te opperen dat het systeem “nadelig [kan] werken”.

20. Evenmin volgt de Raad van State de grief van verzoekers dat geen rekening is gehouden met hun inspanning om goedkoop drinkwater aan te bieden. De beoordeling van hun voorstel door de jury maakt uitdrukkelijk gewag ervan dat “[d]e prijszetting [...] democratisch” is.

21. Het middel is bijgevolg ook ongegrond in de mate waarin het de quotering van het exploitatievoorstellen met betrekking tot ‘de uitbating’ betreft.

22. Voor het criterium van de relevante ervaring “met de organisatie (effectieve uitbating) met tijdelijke horecagelegenheden op locatie (pop-ups)” krijgen verzoekers 24 punten en de tussenkomende partij 30 punten.

Wat verzoekers betreft wordt in het juryverslag geoordeeld dat zij uitvoerig de jarenlange ervaring met horecaconcepten beschrijven, maar dat niet alle referenties even relevant zijn voor een tijdelijke pop-up setting op locatie. Met betrekking tot de tussenkomende partij wordt overwogen dat zij het hoogste aantal jaren ervaring met tijdelijke horecagelegenheden op locatie heeft en daarvoor verwijst naar de opgedane ervaring met zomerbar Cargo.

Dat in het juryverslag of de bestreden beslissing niet wordt gepreciseerd hoeveel dit “hoogste aantal jaren” exact bedraagt, maakt op zichzelf geen schending van enige in het middel aangevoerde rechtsregel uit.

23. Naar de verwerende partij in de memorie van antwoord toelicht, heeft zij bij de beoordeling van de ervaring rekening gehouden met het feit dat de tussenkomende partij “vandaag de juiste mensen heeft aangetrokken die over aanzienlijke ervaring beschikken met betrekking tot de uitbating van tijdelijke horecagelegenheden op locatie”. Aldus nam zij onder meer in aanmerking dat een deel van het team van de tussenkomende partij “vanaf dag één [heeft]

meegewerkt om Cargo Zomerbar groot te maken” (p. 25 van het voorstel van de tussenkomende partij) en telde zij eveneens mee dat een deel van dat team “er ook bij [was] tijdens de winter 2011/12, toen er een winterbar ingericht werd in het platform” (p. 29 van het voorstel van de tussenkomende partij).

Verzoekers overtuigen er niet van dat de verwerende partij, door rekening te houden met de ervaring van het team van een kandidaat, het criterium van de relevante ervaring onwettig heeft beoordeeld.

24. Over de hoedanigheid waarin en de duurzaamheid waarmee J. P. bij het team van de tussenkomende partij betrokken is, laat het voorstel van de tussenkomende partij (p. 2) geen enkele twijfel: hij “zal instaan voor de dagelijkse leiding, de coördinatie van het personeel en als manager ter plaatse”.

25. Anders dan verzoekers menen, is er geen reden om de juistheid van de realisaties of evenementen die de tussenkomende partij ter staving van haar ervaring heeft opgegeven te betwijfelen omdat ze niet ook vermeld worden in het kader van de “Voorstelling van het team”.

De bij die voorstelling van de teamleden vermelde ervaring is duidelijk niet limitatief bedoeld, zoals het herhaalde gebruik van “o.a.” en van het beletselteken genoegzaam aangeven.

26. De verwerende partij heeft ook de ervaring van verzoekers hooggeschat, zij het niet zo hoog als die van de tussenkomende partij, onder meer omdat “niet alle” bijgebrachte referenties even relevant zijn – begrijp: niet alle betrekking hebben op “tijdelijke horecagelegenheden op locatie (pop-ups)”.

Dat wordt door verzoekers niet echt betwist. Alleszins wordt de juistheid van die opvatting niet voldoende concreet en gedetailleerd weerlegd.

27. Het middel is aldus eveneens ongegrond in zoverre erin de beoordeling van de relevante ervaring betwist wordt.

Het tweede middel wordt bijgevolg in zijn geheel verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De Raad van State verwijst verzoekers, elk voor een derde, in de kosten van het beroep tot nietigverklaring en de vordering tot schorsing, begroot op het rolrecht van 1200 euro en een aan de verwerende partij verschuldigde rechtsplegingsvergoeding van 840 euro.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Het teveel gekweten rolrecht van 150 euro dient te worden terugbetaald aan de tussenkomende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van vijftientig september 2018, door de Raad van State, Xe kamer, samengesteld uit:

Johan Lust,	kamervoorzitter,
Jan Clement,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Johan Lust