

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.071 van 14 november 2019
in de zaak A. 225.329/XII-8706**

In zake: de BVBA GLINSTERING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Koenraad Maenhout
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Filip Williotstraat 30/0102
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD HOOGSTRATEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Noël Devos en Guido Van den Eynde
kantoor houdend te 2440 Geel
Diestseweg 155
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 18 mei 2018, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van 19 maart 2018 van het college van burgemeester en schepenen van de stad Hoogstraten waarbij de concessie voor de uitbating van de cafetaria van het recreatiedomein De Mosten wordt gegund aan de bvba Goodlife CP.

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.

Eerste auditeur Jozef Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 8 oktober 2019.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft de stand van de zaak uiteengezet.

Advocaat Buket Karaca, die *loco* advocaat Koen Maenhout verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Toon Belmans, die *loco* advocaten Noël Devos en Guido Van den Eynde verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur-afdelingshoofd Ann Eylenbosch 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 keurt op 18 december 2017 het bestek “concessie voor uitbating cafetaria recreatiedomein De Mosten Hoogstraten” goed.

Op 19 december 2017 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.2. De bvba Kempisch Gewasonderhoudsbedrijf, de bvba Goodlife CP en de verzoekende partij dienen een offerte in.

In het gunningsverslag wordt voorgesteld enkel de bvba Goodlife CP te selecteren. “Gelet op het gunningsverslag” beslist het college van burgemeester en schepenen op 5 maart 2018 de opdracht te gunnen aan de bvba Goodlife CP.

De verzoekende partij dient op 12 maart 2018 een bezwaarschrift in tegen de voormelde beslissing.

3.3. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 12 maart 2018 de voormelde gunningsbeslissing in te trekken.

Vervolgens wordt aan de inschrijvers, behalve aan de gekozen inschrijver, gevraagd om tegen 16 maart 2018 hun “initiële offerte aan te vullen met de ontbrekende documenten”. De verwerende partij verduidelijkt in haar memorie van antwoord bij het feitenrelaas dat dit in het “geval van verzoekende partij [...] een nieuwe kans [betrof] om een bankverklaring bij te brengen die wel zou volstaan om aan te tonen dat zij over de noodzakelijke economische en financiële draagkracht beschikt”.

In een nieuw gunningsverslag worden ditmaal de verzoekende partij en de bvba Goodlife CP als geselecteerd beschouwd.

Bij de beoordeling van de gunningscriteria verkrijgt de verzoekende partij 62,51 punten en de bvba Goodlife CP 73,05 punten, telkens op 100 punten.

3.4. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 19 maart 2018 “[g]elet op het gunningsverslag” de opdracht te gunnen aan de bvba Goodlife CP.

Dit is de bestreden beslissing.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

4. In een eerste middel voert de verzoekende partij de schending aan van artikel 5, § 1, eerste lid, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten 2016), “minstens schending fundamentele verdragsregels, waaronder het gelijkheids-, niet discriminatie- en transparantiebeginsel”.

Zij acht deze bepaling en beginselen geschonden doordat:

“de stad Hoogstraten zich [lijkt] te willen onttrekken aan de strikte regels en principes die gelden in het overheidsopdrachtencontentieux.

Bij nazicht van de procedure die in casu werd gevolgd voor de concessie van de openbare dienst lijkt er een procedure te zijn gevolgd analoog aan de procedure zoals bij de aanbesteding van overheidsopdrachten.

De vraag dringt zich op welke regels dan specifiek van toepassing zouden zijn, indien noch de overheidsopdrachtenwet, noch de rechtsbeschermingswet, en noch de wet op de concessieovereenkomsten van toepassing zouden zijn. Lijkt de stad Hoogstraten er aldus vanuit te gaan dat enkel het algemeen verbintenissenrecht van toepassing zou zijn op de gegunde concessie?

Hoewel de stad Hoogstraten stelt dat de reglementering inzake overheidsopdrachten, waaronder de wet inzake concessieovereenkomsten niet zou gelden, volgt de stad kennelijk wel de regels en principes die gewaarborgd worden in bovenvermelde wetten.

Hieronder overloopt verzoekster deze regels en principes die gelden in het overheidsopdrachtencontentieux, waarvan de stad Hoogstraten beweert

dat deze in casu niet toepasselijk zouden zijn, doch kennelijk gelijk worden toegepast.

Wachttermijn

[...]

Opdracht toekennen aan de inschrijver die de voordeligste offerte indient

[...]

Selectievoorwaarden

[...]

Niet-gunning van een opdracht

[...]

Er werd een procedure gevolgd analoog aan de procedure zoals bij de aanbesteding van overheidsopdrachten, zonder deze van toepassing te verklaren, en waarbij de stad Hoogstraten zich alzo onttrekt aan de strikte regels en principes die gelden in het overheidsopdrachtencontentieux.

Dit is een flagrante schending van artikel 5 §1 eerste lid van de Overheidsopdrachtenwet dat een verbod inhoudt om een overheidsopdracht zodanig op te stellen dat het doel is om deze uit te sluiten van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenwet.

[...]

Schending fundamentele verdragsregels

De loutere omstandigheid dat concessieovereenkomsten voor openbare diensten niet onder de werkingssfeer van de overheidsopdrachtenreglementering zou vallen, betekent niet dat de fundamentele verdragsregels niet zouden moeten nageleefd worden. [...]

[...]

De gevolgde procedure is minstens een schending van deze fundamentele verdragsregels.”

5. In de memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij haar middel woordelijk.

6. Zulks gebeurt opnieuw in de laatste memorie, waarbij de verzoekende partij wel nog bijkomend opmerkt dat zij door de “uitsluiting van de overheidsopdrachtenwet niet [heeft] kunnen genieten van [het] absoluut verbod zoals geformuleerd in artikel 5, §1, Overheidsopdrachtenwet”, en zij dus alle belang heeft bij het aanvoeren van dit middel.

Zij wenst eveneens te benadrukken dat de regelgeving inzake overheidsopdrachten, waaronder de verplichting tot mededinging, van openbare orde is en het hier een middel van openbare orde betreft.

Voor de nadere concretisering van haar betoog, verwijst zij tevens naar het derde middel.

Beoordeling

7. De verzoekende partij laat na aan te geven aan welke regels en principes, met inbegrip van de ingeroepen fundamentele verdragsregels, de verwerende partij zich zou hebben onttrokken en op welke wijze dit de verzoekende partij in haar belangen zou hebben geschaad. Zij erkent daarentegen zelf dat de verwerende partij de regels en principes heeft gevolgd gewaarborgd in de wet overheidsopdrachten 2016, de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ en de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’.

8. De verzoekende partij betwist voorts ook niet dat de regelgevingen inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten te dezen niet van toepassing zijn. De verzoekende partij maakt evenmin concreet aannemelijk dat de verwerende partij de opdracht zou hebben opgesteld met als enig doel om de verzoekende partij uit te sluiten van het toepassingsgebied van de wet overheidsopdrachten 2016, zodat het verbod vervat in artikel 5, § 1, van de wet overheidsopdrachten 2016 hier niet van toepassing is.

Aan deze vaststellingen wordt geen afbreuk gedaan door de argumentatie van de verzoekende partij rond het mogelijk karakter van openbare orde van het middel.

Het middel wordt niet aanvaard.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

9. In een tweede middel voert de verzoekende partij de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “onder andere het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht”, en van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen’, doordat in de bestreden beslissing de concessie voor de uitbating van de cafetaria van De Mosten Hoogstraten wordt gegund aan de bvba Goodlife CP, zonder ook maar enige motivering, aangezien “nergens in de beslissing [wordt gesteld] dat het zich de motivering in het gunningsverslag eigen maakt”.

Voor zover in de bestreden beslissing wel wordt verwezen naar het gunningsverslag, is deze motivering volgens de verzoekende partij niet afdoende, nu deze motivering ook moet worden bijgevalen in de uiteindelijke beslissing: “Nergens in de bestreden beslissing wordt aangegeven of men zich aansluit bij de inhoud van het gunningsverslag, noch wordt aangegeven welk gunningsverslag. Het gunningsverslag waarnaar de bestreden beslissing zou verwijzen is ook niet als bijlage bij de beslissing toegevoegd”.

De verzoekende partij meent ook dat de materiële motiverings- en de zorgvuldigheidsplicht zijn geschonden, nu de verwerende partij op grond van hetzelfde stuk – een accountantsverklaring die niet werd aangepast – tot een andere beoordeling komt naargelang het gunningsverslag.

Zij concludeert:

“De bestreden beslissing baseert zich op een gunningsverslag, zonder enige specificering over welk gunningsverslag het zou gaan, en voegt het juiste stuk niet als bijlage bij de beslissing toe om dit te verduidelijken. Meer nog, de bestreden beslissing maakt geen enkele melding of wat er

precies in het gunningverslag/gunningsverslagen staat/staan ook effectief wordt onderschreven. Nergens in de bestreden beslissing kan worden gelezen dat de motivering in deze verslagen zich eigen wordt gemaakt. Aldus ontbreekt de bestreden beslissing elke motivering, en is het een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, alsook de formele en materiële motiveringsplicht.”

10. In de memorie van wederantwoord benadrukt de verzoekende partij nog dat “een eerste accountantsverklaring en bankverklaring, die identiek zijn aan die geleverd door Goodlife CP bvba, niet volstonden, doch aan Goodlife CP bvba de mogelijkheid wordt gegeven om een bijkomende bankverklaring in te dienen, die echter enkel een letterlijke bewoording is van het bijzonder bestek, en de vergunningsbeslissing diezelfde dag wordt ingetrokken nadat verzoekster hiertegen een bezwaar, waarin zij o.a. deze situatie van oneerlijke mededinging aankaart, indient”.

Voor het overige herhaalt zij omzeggens woordelijk haar middel, hetgeen zij ook in haar laatste memorie doet.

Beoordeling

11. Er moet worden aangenomen dat, nu de gunningsbeslissing op generlei wijze afwijkt van de vaststellingen gedaan in het gunningsverslag en ernaar verwijst, beide documenten wat de formele motivering betreft als één geheel mogen worden beschouwd. Het gunningsverslag geeft uitgebreid de motieven weer die aan de beslissing ten grondslag liggen. Gelet op het gelijktijdig ter kennis brengen van zowel de bestreden gunningsbeslissing als het daarbij horende gunningsverslag wordt de verzoekende partij niet gevolgd waar zij stelt dat het voor haar volstrekt onduidelijk was om welk gunningsverslag het ging en waar zij de motivering diende te zoeken.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, werd haar het tweede gunningsverslag samen met de gunningsbeslissing bezorgd.

Daarenboven erkent de verzoekende partij zelf in haar verzoekschrift dat het gunningsverslag haar samen met de beslissing werd bezorgd: “per schrijven dd. 21 maart 2018 werd de mededeling van niet-gunning bezorgd [...]. Bij deze mededeling werd de gunningsbeslissing dd. 19 maart 2018 toegevoegd, alsook het tweede gunningsverslag”.

Aldus is de grief van de verzoekende partij, dat de bestreden beslissing elke formele motivering ontbeert, ongegrond. Bovendien blijkt uit het verzoekschrift van de verzoekende partij dat zij, voornamelijk in het derde middel, de beoordeling en motieven ook inhoudelijk betwist, zodat het doel van de formelemotiveringsplicht alleszins blijkt te zijn bereikt.

12. Wat voorts de aangevoerde schending betreft van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiëlemotiveringsplicht, moet worden opgemerkt dat de eerste gunningsbeslissing werd ingetrokken en aldus uit het rechtsverkeer is verdwenen. De verzoekende partij ontleent haar grief aan de andere beoordelingen die aan de accountantsverklaring worden gegeven bij het eerste en het tweede plaatsingsdossier en die respectievelijk tot de ingetrokken beslissing en de bestreden beslissing hebben geleid. Deze vergelijking is echter niet relevant gelet op de intrekking van de eerste beslissing.

Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij er ook niet in slaagt aan te tonen dat er een schending zou zijn van het zorgvuldigheidsbeginsel of de materiëlemotiveringsplicht.

13. Het tweede middel is niet gegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

14. In een derde middel voert de verzoekende partij de schending aan van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, “onder andere het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, [...] het transparantie- en gelijkheidsbeginsel [en van de] eerlijke mededinging”.

In dit middel doet zij gelden dat de beoordeling van de offertes op grond van de vastgestelde gunningscriteria “eerder problematisch” is.

14.1. Ten eerste betwist zij de beoordeling, dat zij “enkele aanpassingen voegde aan haar initiële offerte die betrekking zouden hebben op essentiële elementen van de opdracht (o.a. op het vlak van investeringsbedrag)”.

De verzoekende partij wijst erop dat haar bij brief van 12 maart 2018 louter werd gevraagd haar offerte aan te vullen met “de ontbrekende documenten”. Zij meent dat “de opmerking van de stad Hoogstraten dat verzoekster aanpassingen heeft aangebracht i.p.v. loutere aanvullingen onterecht [is], daar er expliciet werd gevraagd welke documenten dienden toegevoegd te worden, zonder dat er een verduidelijkend antwoord werd op geboden”.

Bij gebreke aan een verduidelijkend antwoord, heeft zij “[i]n functie van zorgvuldigheid en volledigheid” de volgende documenten bezorgd:

- “- Ons volledige financieel plan met toelichtingen voor de exploitatie gedurende de concessietermijn van 20 jaren (2018 en verder) voor de horeca aan de Mosten;
- Een overzicht van de jaarcijfers van Horeca aan de Mosten in de jaren 2010-2012. Hierbij bewijzen wij ons vermogen om de concessie [op] een gezonde financiële basis en derhalve voor de lange termijn uit te baten;

- Een overzicht van de jaarcijfers van Glinstering bvba, de concessie [die] wij als ondernemers thans uitbaten te Mol aan het Zilvermeer;
- Een aanvullende, aangepaste verklaring van de accountant, het kantoor Ansoms te Hoogstraten - Wortel.”

De verzoekende partij stelt voorts dat uit het transparantiebeginsel volgt dat er voldoende informatie dient te worden opgenomen in het bestek over de wijze waarop de gunningscriteria zullen worden toegepast. Ook volgt uit dat beginsel, zo vervolgt zij, dat bij het verstrekken van informatie alle inschrijvers op dezelfde voet dienen te worden behandeld en dat zij aldus over dezelfde informatie op hetzelfde ogenblik dienen te beschikken.

Vervolgens gaat zij nog in op de voorstelling van haar offerte aan de jury, waaromtrent zij meent dat het om een “redelijk gespannen bijeenkomst” ging.

14.2. Ten tweede uit zij kritiek op de beoordeling aan de hand van het gunningscriterium 1.2 over de grootte en de aard van de investeringen, waarbij er bij haar offerte onterecht van uit zou zijn gegaan dat zij geen meerwaarde zag in de ontwikkeling van de zone van de minigolf.

14.3. Ten derde meent zij ook een onzorgvuldige beoordeling, minstens een gebrekkige motivering bij het gunningscriterium 2.2 vast te stellen. Dit gunningscriterium betreft de visie op het familiale karakter van De Mosten.

15. In de memorie van wederantwoord herhaalt de verzoekende partij woordelijk haar middel. Zij merkt enkel nog bijkomend op, wat de bekritiseerde beoordeling bij het gunningscriterium 1.2 betreft, dat “als een aanbestedende overheid een horecaconcessie uitschrijft, en dan een totaalpakket op het gebied van recreatie en outdoor activiteiten verwacht, er dan minstens sprake is van een onduidelijke aanbesteding”. Ook in de laatste memorie wordt

het middel herhaald. De verzoekende partij gaat vervolgens “niet akkoord met de summiere bespreking van de aangevoerde middelen in het auditoraatsverslag”.

Beoordeling

16. Op de eerste plaats verschaft de verzoekende partij in dit middel geen duidelijkheid over de wijze waarop de verwerende partij *in concreto* de aangevoerde bepalingen en beginselen heeft geschonden.

17. In het gunningsverslag wordt het volgende over de ontbrekende documenten, opgevraagd bij brief van 12 maart 2018, opgemerkt:

“

Voorafgaand aan de beoordeling van de geselecteerde en regelmatige offertes op basis van de vooropgestelde gunningscriteria, dient opgemerkt te worden dat de aanbestedende overheid vaststelde dat inschrijver Glinstering bvba zich niet beperkte tot het louter aanvullen van haar initiële offerte met ontbrekende documenten (zoals gevraagd door de aanbestedende overheid in haar schrijven d.d. 12 maart 2018). De inschrijver voegde enkele aanpassingen door aan haar initiële offerte die betrekking hebben op essentiële elementen van de opdracht (o.a. op het vlak van investeringsbedrag).

De aanbestedende overheid heeft geen van de inschrijvers verzocht om een aangepaste offerte in te dienen en kan deze aanpassingen dan ook niet opnemen in onderstaande beoordeling. In het kader van de gelijke behandeling van de inschrijvers worden enkel de initiële offertes vergeleken.

Hierbij dient benadrukt te worden dat de aangeleverde documenten van inschrijver Glinstering bvba werden beoordeeld, voor zover ze overeenkomen met het aanbod uit de initiële offerte (bv. bij de beoordeling van de toelatingsvoorwaarden). De aanpassingen die inschrijver Glinstering bvba (op 16 maart 2018) doorvoerde ten opzichte van haar initiële offerte dienen echter als onbestaande beschouwd te worden.

”

De verzoekende partij bekritiseert deze beoordeling, maar geeft niet *in concreto* aan waarom deze beoordeling “onterecht” is. Ondanks het beweerde gebrek aan verduidelijking over welke ontbrekende documenten hadden moeten worden bezorgd, heeft de verzoekende partij onder meer een accountantsverklaring bijgebracht om aan te tonen dat zij voldeed aan het vereiste van financiële en economische draagkracht en dit met gunstig gevolg. De accountantsverklaring werd door de verwerende partij als afdoende bewijs aanvaard, waardoor de verzoekende partij uiteindelijk wél werd geselecteerd. De verzoekende partij maakt echter niet duidelijk waarom de verwerende partij

voorts niet mocht oordelen dat met de andere bezorgde documenten geen rekening mocht worden gehouden noch geeft zij aan in welke mate deze beweerde foutieve beoordeling een invloed had of kon hebben gehad op de draagwijdte van de bestreden beslissing.

18. In zoverre de verzoekende partij stelt dat bij het verstrekken van informatie alle inschrijvers op dezelfde voet dienen te worden behandeld en dat zij aldus over dezelfde informatie op hetzelfde ogenblik dienen te beschikken, laat zij na aan te geven op welk punt zij meent dat de verwerende partij hierin zou zijn tekortgeschoten. De verzoekende partij verduidelijkt niet welke informatie haar zou zijn onthouden en op welke wijze dit haar kansen bij de gunning zou hebben beïnvloed. Tevens toont zij niet aan dat er geen voldoende informatie werd opgenomen in het bestek over de wijze waarop de gunningscriteria zullen worden toegepast.

19. Wat de voorstelling van haar offerte aan de jury betreft – een mogelijkheid waarvan zij zelf erkent dat daarin werd voorzien in het bestek – geeft zij ook niet aan hoe en waarom door de gespannen aard van de bijeenkomst de in dit middel aangevoerde bepalingen en beginselen zijn geschonden en of welke invloed daarvan is uitgegaan of kon uitgaan op de draagwijdte van de bestreden beslissing.

20. Voorts uit zij kritiek op de beoordeling van de offertes bij de gunningscriteria 1.2 “Grootte en aard van de investeringen”, subgunningscriterium “aard van de investering” en 2.2 “Visie op het familiale karakter van De Mosten”. Voor beide criteria werd aan de verzoekende partij een score toegekend van 9 op 15 en aan de gekozen inschrijver een score van 12 op 15. De eindscore van de verzoekende partij betrof 62,51/100; deze van de gekozen inschrijver 73,05/100. Bijgevolg is er een verschil van meer dan 10 punten in het nadeel van de verzoekende partij. De verzoekende partij geeft niet aan hoe dat verschil in haar voordeel zou kunnen worden omgebogen. Zelfs

wanneer wat de beoordeling van die betrokken gunningscriteria betreft een onregelmatigheid zou kunnen worden vastgesteld en de verzoekende partij, zoals zij doet gelden, eenzelfde puntentoekenning had moeten krijgen, blijkt immers dat deze geen invloed kan hebben op de rangschikking, omdat met 6 punten voor de verzoekende partij in meer de score nog met vier punten in het voordeel blijft van de gekozen inschrijver.

21. Het derde middel wordt niet aanvaard.

22. Aldus is geen enkel middel gegrond bevonden zodat het beroep moet worden verworpen.

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 een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van veertien november tweeduizend negentien, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest