

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 246.184 van 26 november 2019
in de zaken A. 209.239/XII-8749 (I)
A. 216.438/XII-7913 (II)**

In zake

(I)
de VZW WINDHAAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert Ampe
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 38
bij wie woonplaats wordt gekozen
(II)
Thibaut MICHIELS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Bronders
kantoor houdend te 8400 Oostende
Archimedestraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen (I) en (II):

de GEMEENTE DE HAAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sofie Logie
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

(II)
de VZW WINDHAAN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert Ampe
kantoor houdend te 8400 Oostende
Kerkstraat 38
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep in de zaak A. 209.239/XII-8749(I), ingesteld door de vzw Windhaan op 21 juni 2013, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van 23 april 2013 van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente De Haan, waarbij het besluit van 5 februari 2013 houdende toewijzing van het exploitatierecht voor de water- en sportinfrastructuur strand De Haan-Centrum aan Marc Rotsaert (Windhaan vzw) en het besluit van 19 maart 2013 houdende handhaving en aanvullende motivering van de toewijzing worden ingetrokken en de procedure tot toewijzing wordt stopgezet.

Het beroep in de zaak A. 216.438/XII-7913(II), ingesteld door Thibaut Michiels op 11 juli 2015, strekt tot de nietigverklaring van:

- “1. de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente De Haan van 29 mei 2015 houdende intrekking van haar besluit van 23 april 2013, waarbij haar besluit van 5 februari 2013 houdende toewijzing van het exploitatierecht voor de water- en sportinfrastructuur strand De Haan-Centrum aan Marc Rotsaert (Windhaan vzw) en haar besluit van 19 maart 2013 houdende handhaving en aanvullende motivering van de toewijzing worden ingetrokken en de procedure tot toewijzing wordt stopgezet, evenals de daarmee gepaard gaande beslissing om de concessie niet toe te wijzen aan [Thibaut Michiels]
2. de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente De Haan van 5 februari 2013 houdende toekenning van de exploitatie van water- en sportinfrastructuur op het strand De Haan-Centrum aan VZW Windhaan - Marc Rotsaert - voorzitter - p.a. Weststraat 18, 8420 De Haan (Klemskerke) voor de periode van 18 opeenvolgende jaren, evenals de daarmee gepaard gaande beslissing om de concessie niet toe te wijzen aan [Thibaut Michiels]
3. de beslissing van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente De Haan van 19 maart 2013 houdende handhaving en aanvullende motivering van de toewijzingsbeslissing van 5 februari 2013, evenals de daarmee gepaard gaande beslissing om de concessie niet toe te wijzen aan [Thibaut Michiels]
4. de beslissing van de gemeenteraad van de gemeente De Haan van 28 mei 2015 houdende goedkeuring van de dading met Marc Rotsaert en met VZW Windhaan inzake de exploitatie van de water- en sportinfrastructuur op het strand van De Haan-Centrum van 28 mei 2015, evenals de daarmee gepaard gaande beslissing om de concessie niet toe te wijzen aan [Thibaut Michiels]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft in de beide zaken een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partijen hebben een memorie van wederantwoord ingediend.

De tussenkomende partij in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II) heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 27 oktober 2015. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Iris Verheven heeft in de beide zaken een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen en de verwerende partij hebben in de beide zaken een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn in de beide zaken opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 24 september 2019.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft de stand van de zaken uiteengezet.

Advocaat Bart Bronders, die verschijnt voor de verzoekende partij in de tweede zaak, advocaat Matthias Castelein, die *loco* advocaat Sofie Logie verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Sophie Bleux, die *loco* advocaat Geert Ampe verschijnt voor de tussenkomende partij in de tweede zaak, zijn gehoord.

Eerste auditeur Iris Verheven heeft in beide zaken 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. Op 22 november 2012 beslist de gemeenteraad van de gemeente De Haan om een concessie uit te schrijven voor de exploitatie water- en sportinfrastructuur op het strand van De Haan en keurt een bestek voor de exploitatie ervan goed.

Overeenkomstig artikel 6 van het bestek wordt het exploitatierecht toegekend voor een periode van 18 jaar. Het recht gaat in op 1 april 2013.

3.2. Drie aanbiedingen voor de concessie worden ingediend, namelijk door Marc Rotsaert, “voorzitter Windhaan vzw”, de cvba Twins Invest & Consult en de verzoeker Thibaut Michiels.

3.3. Op 29 januari 2013 stelt een externe jury voor om de concessie te gunnen aan Marc Rotsaert (vzw Windhaan).

Op 5 februari 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen de exploitatie van de water- en sportinfrastructuur toe te kennen aan “V.Z.W. De Windhaan- Marc Rotsaert – voorzitter”.

Dit is de tweede bestreden beslissing in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II).

3.4. Op 7 en 12 februari 2013 en 7 maart 2013 ontvangt de verwerende partij diverse brieven van de raadsman van Thibaut Michiels waarbij de beoordeling van de jury wordt betwist.

3.5. Op 18 en 26 februari 2013 en 5 maart 2013 schrijft ook Marc Rotsaert (vzw Windhaan) de verwerende partij aan, stellende dat Thibaut Michiels in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten inzage is gegeven in het gehele gunningsdossier en zijn klachten dan ook moeten worden verworpen.

3.6. Op 19 maart 2013 besluit het college van burgemeester en schepenen de bezwaren van Thibaut Michiels ongegrond te verklaren, de bezwaren van Marc Rotsaert ongegrond te verklaren en de beslissing van 5 februari 2013 te handhaven, “met dien verstande dat deze beslissing geldt als een bijkomende motivering”.

Dit is de derde bestreden beslissing in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II).

3.7. Op 7 en 8 april 2013 ontvangt de verwerende partij e-mailberichten en brieven van de niet gekozen aanbieders waarbij bezwaren worden geuit tegen het gunnen van de concessie aan Marc Rotsaert / vzw Windhaan.

Op 23 april 2013 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente De Haan om de exploitatie van de watersport-infrastructuur voorlopig in eigen beheer uit te voeren.

Op diezelfde dag beslist het college van burgemeester en schepenen de beslissing van 5 februari 2013 waarbij het exploitatierecht voor de water- en sportinfrastructuur strand de Haan voor de periode 1 april 2013 - 31 maart 2031 wordt toegewezen aan Marc Rotsaert/vzw Windhaan, en de beslissing van 19 maart 2013, in te trekken en de procedure tot het toewijzen van de concessie-exploitatie water- en sportinfrastructuur strand De Haan-Centrum voor de periode 01 april 2013 - 31 maart 2031 stop te zetten.

Dit is de bestreden beslissing in de zaak A. 209.239/XII-8749 (I).

3.8. Tegen die beslissing tot intrekking van 23 april 2013 dient de vzw Windhaan een beroep tot schorsing en nietigverklaring in bij de Raad van State bekend onder het voornoemde rolnummer 209.239.

Bij arrest nr. 224.855 van 26 september 2013 verwerpt de Raad van State bij gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel de schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot intrekking van 23 april 2013.

Met betrekking tot het beroep tot nietigverklaring wordt in het auditorsverslag van 17 maart 2015 de nietigverklaring van de beslissing tot intrekking van 23 april 2013 voorgesteld wegens de schending van de hoorplicht.

Op 28 mei 2015 keurt de gemeenteraad de “met Marc Rotsaert en VZW Windhaan” gesloten dading goed, die het voormelde geschil betreft aanhangig bij de Raad van State.

Dit is de vierde bestreden beslissing in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II).

3.9. Op 29 mei 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen de beslissing tot intrekking van 23 april 2013 in te trekken.

Dit is de eerste bestreden beslissing in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II).

IV. Samenvoeging

4. Aangezien de feitelijke en juridische gegevens van de twee zaken nauw verbonden zijn – de bestreden beslissing in de eerste zaak werd

ingetrokken door de eerste bestreden beslissing in de tweede zaak – is het, in het belang van een goede rechtsbedeling, passend de beide zaken samen te voegen.

V. Beroep in de zaak A. 209.239/XII-8749 (I)

5. In deze zaak heeft verzoeker afstand van geding gedaan, zoals werd meegedeeld bij brief van 8 september 2015.

Bijgevolg wordt enkel nog de tweede zaak onderzocht.

VI. Beroep in de zaak A. 216.438(II).

A. Onregelmatigheid van de inschrijving van verzoeker

Uiteenzetting van de partijen

6. De verwerende partij werpt in een exceptie op dat verzoeker geen belang heeft bij zijn beroep, gelet op het feit dat zijn aanbidding niet regelmatig is. Door de terugtrekking van de Royal Belgian Sailing Club (hierna: RBSC) voldoet zijn aanbidding niet aan de voorwaarden van het bestek.

7. Verzoeker wijst erop in zijn laatste memorie dat hij in het tweede onderdeel van zijn enig middel betwist dat hij niet langer voldoet aan de voorwaarden van het bestek; die vaststelling in de bestreden beslissingen van 28 mei 2015 en 29 mei 2015 is volgens hem onterecht gebeurd aangezien hij daarover niet werd gehoord.

Beoordeling

8. Reeds in de ingetrokken beslissing van 23 april 2013 verwijst het college van burgemeester en schepenen naar de brief van André Annicq, commodore (voorzitter van de Raad van Bestuur) van de RBSC, ontvangen op

XII-8749-7/14

15 april 2013 waarin hij stelt dat het nooit de bedoeling van RBSC is geweest om RBSC als een integraal deel van het voorstel van Thibaut Michiels te laten gebruiken en dat RBSC zich om deze reden ook formeel terugtrekt uit het voorstel van Thibaut Michiels.

De verwerende partij stelt bijgevolg in die beslissing vast “dat Thibaut Michiels hierdoor niet meer aan de besteksvereiste voldoet dat de kandidaat-concessiehouder reeds vijf jaar als watersportclub actief is of zal samenwerken met een water- en/of strandsportclub die reeds vijf jaar aangesloten is bij een door Bloso (Vlaamse Overheid) erkende watersportfederatie; dat de kandidatuur van Thibaut Michiels bijgevolg niet meer voldoet.”

9. In de beslissingen van 28 en 29 mei 2015 wordt opnieuw vastgesteld dat “gelet op de eerdere vaststelling, zoals ook vermeld in de beslissing van 23 april 2013, dat door de terugtrekking van RBSC uit de aanbieding van Thibaut Michiels, deze niet meer aan de besteksvereiste voldoet dat de kandidaat-concessiehouder reeds vijf jaar als watersportclub actief is of zal samenwerken met een water - en/of strandsportclub die reeds vijf jaar aangesloten is bij een door Bloso (Vlaamse overheid) erkende watersportfederatie; dat de kandidatuur van Thibaut Michiels bijgevolg niet meer voldoet”.

Verzoeker verduidelijkt niet op welke grond hij vooraf zou moeten worden gehoord, minstens ligt er geen hoorplicht of hoorrecht besloten in het bestek of in de toepasselijke regelgeving. Voorts moet worden vastgesteld dat aan de toepassingsvoorwaarden van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur in elk geval niet is voldaan aangezien een dergelijke beslissing – inzake niet-selectie – geen maatregel is die, zoals de hoorplicht veronderstelt, het ontnemen van een eerder verleend voordeel inhoudt of een sanctie is, maar enkel bestaat in het niet verlenen van een gevraagd voordeel.

Verzoeker komt niet verder dan deze vaststelling van formele terugtrekking van RBSC, die hij niet tegenspreekt, te betwisten door louter te beweren dat hij hierover voorafgaandelijk moest worden gehoord.

10. Verzoeker toont aldus niet aan dat hij ten onrechte onregelmatig is verklaard. Als onregelmatige inschrijver heeft hij toch nog een belang bij zijn beroep, in wezen het verkrijgen van het betrokken exploitatierecht, in de mate dat hij de onregelmatigheid bewijst van de gekozen aanbidding.

Verzoeker poogt die onregelmatigheid aan te tonen in het derde onderdeel van zijn enig middel, hetgeen hierna wordt onderzocht.

B. Regelmatigheid van de gekozen inschrijving

Middelonderdeel

11. Verzoeker betoogt in het derde onderdeel van zijn middel dat de concessie werd toegekend aan de vzw Windhaan, doch dat deze geen aanbidding deed. Overeenkomstig het proces-verbaal van de opening van de aanbiddingen voor de concessie van 21 december 2012 werd wél een aanbidding van “de heer Marc Rotsaert, wonende te 8420 De Haan, Weststraat 18” ontvangen zonder dat daarbij expliciet werd vermeld dat deze persoon handelde voor en in naam van de vzw Windhaan, waarvan overigens evenmin de maatschappelijke zetel en het ondernemingsnummer worden opgegeven conform de geldende statuten, zoals neergelegd ter griffie op 4 december 2010 en gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 14 december 2011.

De toewijzing van de concessie aan de vzw Windhaan, met zetel te 8420 De Haan, Vosseslag 50, is volgens verzoeker dan ook onwettig. Artikel 3 van de algemene voorwaarden van het bestek inzake het indienen van de prijsofferte stelt immers dat de inschrijvingsdocumenten door de inschrijver of zijn gemachtigde moeten worden ondertekend en gedagtekend op het betrokken

modelformulier, waarbij de inschrijver zich niet kan beroepen op mogelijke vormgebreken, fouten of leemten in zijn offerte.

Zelfs indien uit het aanvraagformulier zou moeten blijken dat de voormelde persoon optrad als gemachtigde van en namens de vzw Windhaan, zo vervolgt verzoeker, moet worden vastgesteld dat artikel 14 van de statuten inzake vertegenwoordiging bepaalt dat de vzw in alle handelingen in en buiten rechte wordt vertegenwoordigd door de raad van bestuur als college, dan wel door twee bestuurders, waaronder steeds de voorzitter of de secretaris, die gezamenlijk handelen. In zoverre Marc Rotsaert de bedoeling zou hebben gehad om op te treden namens de vzw, was hij als toenmalige voorzitter van de vzw Windhaan statutair derhalve zelfs niet bevoegd om het aanbiedingsformulier alleen te ondertekenen namens de vzw Windhaan.

Ook indien Marc Rotsaert toch zou moet worden beschouwd als kandidaat-concessiehouder, aan wie de concessie uiteindelijk werd toegewezen, wijst verzoeker erop dat in dat geval tevens dient vast te staan dat deze de gevraagde bewijzen, waaronder het bewijs dat de kandidaat reeds 5 jaar als watersportclub actief is en minimaal 5 jaar ervaring heeft met de uitbating van een kite-school, effectief heeft voorgelegd, en dat deze bewijzen niet enkel golden in hoofde van de vzw Windhaan.

In de memorie van wederantwoord benadrukt verzoeker dat hij zich heeft ingeschreven als natuurlijk persoon en niet in naam of voor rekening van een rechtspersoon, terwijl dit voor Marc Rotsaert (vzw Windhaan) wel het geval is en het feit dat er vlak vóór de beslissingen 28 en 29 mei 2015 nog statutaire wijzigingen bij de vzw Windhaan zijn gebeurd, belicht zulks nog meer.

In de laatste memorie blijft verzoeker erbij, dat de eigenlijke opdracht werd toegekend aan de vzw Windhaan, die zelf geen aanbieding heeft ingediend:

“De tweede bestreden beslissing gunt de concessie aan ‘vzw De Windhaan – Marc Rotsaert – voorzitter – p.a. Weststraat 18 te De Haan (Klemskerke)’. De derde bestreden beslissing wordt de exploitatie toegewezen aan ‘Marc Rotsaert (vzw De Windhaan)’. In de vierde bestreden beslissing is er sprake van toewijzing aan Marc Rotsaert.

In de eerste bestreden beslissing, waarbij de voorgestelde dading door de gemeenteraad wordt goedgekeurd, blijkt dat de concessie wordt toegekend aan de ‘vzw Windhaan’ (cfr.art.4).

Aan de verzoekende partij wordt op 2 juni 2015 door de verwerende partij medegedeeld dat met ingang van 1 juni 2015 de vzw Windhaan zal instaan voor de uitbating van de water- en sportinfrastructuur op het strand van De Haan-Centrum.

Derhalve kan – zo maar niet worden aangenomen – dat de tussenkomenende partij (de uiteindelijke gegadigde) een aanbieding heeft ingediend, die conform artikel 3 tweede lid van het bestek was ondertekend door de inschrijver of zijn gemachtigde, nu deze aanbieding werd ingediend door Marc Rotsaert in persoonlijke naam.”

Beoordeling

12. Artikel 3, tweede lid, van het bestek bepaalt dat de inschrijvingsdocumenten door de inschrijver of zijn gemachtigde ondertekend en gedagtekend moeten worden. Indien de inschrijving door een gemachtigde gebeurt, dient bij de inschrijving de akte te worden gevoegd waaruit de bevoegdheid blijkt.

Voorts schrijft deze bepaling voor dat het bewijs moet worden geleverd dat de kandidaat-concessiehouder reeds 5 jaar als watersportclub actief is of zal samenwerken met een water- en/of strandsportclub die reeds vijf jaar aangesloten is bij een door Bloso erkende watersportfederatie. In voorkomend geval moet eveneens een voorstel van samenwerkingsverband worden voorgelegd.

Het bestek laat aldus toe dat de kandidaat-concessiehouder samenwerkt met een watersportclub.

13. Verzoeker stelt terecht vast dat Marc Rotsaert, voorzitter van de vzw Windhaan, een aanbieding heeft gedaan, die door hem is ondertekend. Uit de

XII-8749-11/14

gehele aanbieding blijkt echter dat Marc Rotsaert de concessie zal uitbaten met de vzw Windhaan; ook wordt aangegeven waarvoor de vzw Windhaan zal instaan.

De tweede bestreden beslissing kent de exploitatie van de concessie toe aan “V.Z.W. De Windhaan-Marc Rotsaert-voorzitter” met vermelding van het adres van Marc Rotsaert. De derde bestreden beslissing kent de exploitatie van de concessie toe aan “Marc Rotsaert (vzw De Windhaan)”.

De tweede en de derde bestreden beslissing kennen de exploitatie van de concessie aldus toe aan Marc Rotsaert die een beroep doet op de vzw Windhaan. Artikel 3, tweede lid, van het bestek is aldus niet geschonden.

14. Uit de eerste en vierde bestreden beslissing blijkt dat zowel Marc Rotsaert als de vzw Windhaan bij de bespreking en de dading zijn betrokken.

15. Het derde onderdeel van het middel wordt aldus niet aanvaard.

VII. Besluit

16. Het beroep dient te worden verworpen.

VIII. Kosten

De tussenkomende partij vraagt om haar kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste van de verzoekende partij te leggen.

De kosten van de tussenkomst zijn ten laste van de tussenkomende partij, die door artikel 30/1, § 2, laatste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk van het verkrijgen van een rechtsplegingsvergoeding wordt uitgesloten.

BESLISSING

- 1. De zaken nrs. A. 209.239/XII-8749 en A. 216.438/XII-7913 worden gevoegd.**
- 2. De Raad van State verleent akte van de afstand in het beroep in de zaak A. 209.239/XII-8749(I).**
- 3. De Raad van State verwerpt het beroep in de zaak A. 216.438/XII-7913 (II).**

De verzoekende partij vzw Windhaan wordt verwezen in de kosten van haar vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en van haar beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 350 euro.

De verzoeker Thibaut Michiels wordt verwezen in de kosten van zijn beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zesentwintig november 2019, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest