

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 249.982 van 5 maart 2021
in de zaak A. 228.355/IX-9575**

In zake: de VZW BINGO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christiaan Lesaffer
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Meir 22-24 bus 2
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE GEMEENSCHAP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te 8000 Brugge
Gerard Davidstraat 46 bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 juni 2019, strekt tot de nietigverklaring van het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Radio Cieper voor Frequentiepakket 117 Roeselare [106.3 FM]; Zonnebeke [105.0 FM]’.

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 Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

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

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een aanvullend verslag opgesteld met toepassing van artikel 14, derde lid, van het voornoemde besluit van de Regent.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 januari 2021.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge 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. Op 21 april 2017 neemt de Vlaamse regering het besluit ‘houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter be-

schikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties' ("frequentiebesluit 2017").

3.2. Op 16 mei 2017 verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot kandidaatstelling voor erkenning als lokale radio-omroeporganisatie.

Op 1 december 2017 verleent de Vlaamse minister, bevoegd voor de media, aan Radio Cieper een erkenning als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 117 Roeselare ([106.3 FM]; Zonnebeke [105.0 FM]). De vzw Bingo was, met twee aparte dossiers, de enige andere kandidaat.

3.3. Bij arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vernietigt de Raad van State het frequentiebesluit 2017.

Op 29 maart 2019 neemt de Vlaamse regering een nieuw besluit 'houdende bepaling van het aantal particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties dat kan worden erkend en houdende de opstelling van het frequentieplan en de vaststelling van de frequentiepakketten die ter beschikking worden gesteld van de particuliere landelijke, regionale, netwerk- en lokale radio-omroeporganisaties' ("frequentiebesluit 2019"). Dat besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 4 april 2019 en treedt diezelfde dag in werking.

3.4. Bij besluit van 5 april 2019 wordt het voormeld ministerieel besluit van 1 december 2017 opgeheven omdat het, aldus is te lezen in de considerans van het opheffingsbesluit, "aangewezen is het besluit dat niet meer over de vereiste rechtsgrond beschikt uit de rechtsorde te verwijderen". Bij arrest nr. 244.813 van 18 juni 2019 wordt het alsnog vernietigd.

3.5. Bij een ander ministerieel besluit van 5 april 2019 wordt Radio Cieper opnieuw erkend als lokale radio-omroeporganisatie voor frequentiepakket 117.

Dat is het thans bestreden besluit. Het steunt onder meer op de volgende overwegingen:

“Overwegende dat het besluit van 29 maart 2019 onder meer de frequentiegegevens uit het besluit van 21 april 2017 herneemt en dat er zich geen wijzigingen hebben voorgedaan in de feitelijke frequenties waarvoor de kandidaat-omroepen destijds hebben gekandideerd, waardoor deze kandidaatstellingen zelf aldus overeind blijven;

Overwegende dat de motivering van het vernietigingsarrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan de beoordeling van een kandidatuur en vreemd is aan de erkenning van kandidaten na de vergelijking van kandidaturen;

Overwegende dat het besluit van de Vlaamse Regering van 29 maart 2019 niet inhoudt dat de ingediende en reeds beoordeelde dossiers van de kandidaat radio-omroeporganisaties op enige wijze hun relevantie zouden verloren hebben; dat aldus het nieuwe frequentiebesluit geen aanleiding geeft tot een wijziging in de ingediende kandidaatstellingsdossiers;

Overwegende dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel impliceren dat een erkende radio-omroep er mag op rekenen dat een individueel besluit hem de daarin vermelde rechten verstrekt; dat de vernietiging van het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 bij het arrest nr. 242.804 van 25 oktober 2018 vreemd is aan het kandidaatsdossier van de radio-omroeporganisatie die een erkenning bekomen heeft;

Overwegende dat het besluit van 1 december 2017 houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Radio Cieper bij besluit van 5 april 2019 is opgeheven;

Overwegende dat het motief voor deze opheffing vreemd is aan de vergelijking van de kandidaatsdossiers; dat de frequentiegegevens hier niet zijn gewijzigd; dat het nieuwe frequentiebesluit op geen enkele wijze zou impliceren dat kandidaatsdossiers enig ander en nieuw element zouden moeten bevatten; overwegende dat bijgevolg opnieuw geoordeeld kan worden krachtens de vergelijking van de kandidaatsdossiers die is doorgevoerd onder de vigeur van het vernietigde frequentiebesluit;

Overwegende de beoordeling van de aanvragen op basis van de werkwijze die is opgenomen in de bijlage 1, die bij dit besluit is gevoegd en overwegende dat aan elke aanvraag op basis van de werkwijze een score werd toegekend op basis van de motivering die is opgenomen in bijlage 2, die bij dit besluit is gevoegd;

Overwegende dat de kandidaat, vermeld in artikel 1, de hoogste totaalscore behaalde.”

De totaalscore van elke kandidaat is in bijlage 2 bij het besluit als volgt vastgesteld:

- Radio Cieper	63,74/100
- verzoekster (eerste dossier)	63,25/100
- verzoekster (tweede dossier)	60,58/100.

IV. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

4. In het eerste middel noemt verzoekster het bestreden besluit “onwettig omdat dit [zijn] noodzakelijke rechtsgrond vindt in het besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep [...] dat evenwel in toepassing van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing verklaard moet worden, zodat het bestreden besluit geen rechtsgrond meer heeft omdat”:

“- Eerste middelonderdeel, het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 – in zijn geheel – in strijd is met artikelen 10 en 11 van de wet van 16 juli 1973 waarbij de bescherming van de ideologische en filosofische strekkingen gewaarborgd wordt en de artikelen 10 en 11 van het decreet van 28 januari 1974 betreffende het Cultuurpact aangezien minstens de basisbeginselen van de procedure voor erkenning bij decreet moet worden vastgelegd, wat niet gebeurde, en niet bij besluit van de Vlaamse regering, en,
- Tweede middelonderdeel, minstens artikel 4 ervan onwettig is omdat het een weging geeft aan de aanvullende kwalificatiecriteria, terwijl artikel 11 van de Cultuurpactwet/decreet oplegt dat de voorwaarden en procedure van erkenning, dus met inbegrip van de weging van de criteria, bij decreet geregeld dienen te worden.”

In de toelichting bij het middel stelt verzoekster met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat de artikelen 10 en 11 van de voormelde wet

van 16 juli 1973 (“cultuurpactwet”) of het voormelde decreet van 28 januari 1974 (“cultuurpactdecreet”) van toepassing zijn op de erkenningen van particuliere radio-omroepen. Radio-omroep is immers een culturele aangelegenheid zoals bedoeld in artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ (“BWHI”). Het gaat hier ook, wat artikel 11 van de cultuurpactwet of het -decreet betreft, om de erkenning (licentie) van instellingen die activiteiten uitoefenen gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap. De vier frequentiepakketten voor netwerkradio-omroeporganisaties bevatten frequenties die de gehele Vlaamse Gemeenschap bestrijken en dit type van radio-omroeporganisatie heeft een “landelijke” finaliteit. De artikelen 143/1 tot 143/3 van het decreet van 27 maart 2009 ‘betreffende radio-omroep en televisie’ (“mediadecreet”) bevatten weliswaar erkenningsvoorwaarden, maar bevatten geen enkele regeling of zelfs maar een kader met basisbeginselen voor de procedure tot het verlenen van erkenningen als netwerkradio-omroeporganisatie. Het enige wat is opgenomen, is de opsomming van de zogenaamde aanvullende kwalificatiecriteria en een delegatie aan de regering om hier een weging aan te koppelen en uit te werken. Dit is evenwel slechts een onderdeel van de procedure, maar onvoldoende als basisbeginsel voor de uitwerking van de eigenlijke procedure door de uitvoerende macht. De artikelen 6 tot 15 van het besluit van de Vlaamse regering van 21 april 2017 ‘houdende diverse uitvoeringsbepalingen over radio-omroep en houdende wijziging van diverse besluiten over radio-omroep’ (“uitvoeringsbesluit”) waarin de procedure tot erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie is geregeld, zijn dan ook strijdig met de artikelen 10 en 11 van de cultuurpactwet en moeten met toepassing van artikel 159 van de Grondwet door de Raad, zelfs ambtshalve, buiten toepassing gelaten worden. Dit heeft tot gevolg dat het bestreden besluit geen voldoende rechtsgrond meer heeft, nu dit is genomen op basis van een onwettige procedure.

Over het *tweede middelonderdeel* betoogt verzoekster dat de weging van de aanvullende kwalificatiecriteria voor de netwerkradio-omroeporganisaties opgenomen is in artikel 4 van het uitvoeringsbesluit. Het gaat hier niet om de uitwerking van door de decreetgever vastgestelde beginselen. Het

gaat om het vaststellen zelf van die beginselen. De weging bepaalt immers de waarde van de decretale aanvullende kwalificatiecriteria en hun onderlinge verhouding. De toekenning van die waarde is niet neutraal omdat ze de toepassing van deze criteria bepaalt. Dergelijke keuzes dienen, in het licht van de letter en de geest van de cultuurpactwet, door de decreetgever gemaakt te worden. De weging diende derhalve in het mediadecreet zelf opgenomen te worden. Artikel 4 van het uitvoeringsbesluit is dan ook onwettig, en moet op grond van artikel 159 van de Grondwet buiten toepassing gelaten worden.

5. De verwerende partij werpt op dat verzoekster het vereiste belang ontbeert om dit middel aan te voeren, aangezien zij geen erkenning als netwerkradio-omroeporganisatie nastreeft.

6. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster dat het verzoekschrift een materiële vergissing bevat door te verwijzen naar de bepalingen over netwerkradio-omroeporganisaties. Bedoeld wordt artikel 146 van het mediadecreet en artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

Beoordeling

7. De toelichting bij het middel in het inleidend verzoekschrift bevat méér dan een loutere materiële verschrijving bij de verwijzing naar de regelgeving.

Het middel is wezenlijk opgebouwd en toegelicht vanuit de premisse dat verzoekster als kandidaat netwerkradio-omroeporganisatie beschouwd moet worden als een instelling die activiteiten uitoefent, gericht op de gehele Vlaamse Gemeenschap – uitgangspunt ook precies van artikel 11 van de cultuurpactwet en het – decreet, zoals verzoekster zelf onderstreept.

Die premisse is verkeerd.

8. Het middel is alleen reeds om die reden niet ontvankelijk.

9. Louter ten overvloede mag hieraan worden toegevoegd dat de Raad in zijn arresten nrs 249.979, 249.980 en 249.981 van heden heeft toegelicht dat de in het middel aangevoerde bepalingen niet van toepassing zijn op de in die zaken wél in geding zijnde procedure voor de erkenning van netwerkradio-omroeporganisaties. Verzoekster voert geen argumenten aan waarom het voor de hier in geding zijnde erkenning van lokale radio-omroeporganisaties anders zou zijn.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

10. Het tweede middel is geput uit de schending van “het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de formele motivering van bestuurshandelingen, minstens de materiële motiveringsplicht en artikel 142/2, § 2, tweede lid, van het mediadecreet en artikel 4 van het [uitvoeringsbesluit]”, omdat:

“- Eerste middelonderdeel, aan de decretaal bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria niet op voorhand bekendgemaakte noch voorzienbare subcriteria worden toegevoegd met een eigen weging, en zonder vóór opening van de kandidaturen vastgestelde beoordelingsmethode en,
- Tweede onderdeel, er geen vergelijking van de aanvragen heeft plaatsgevonden door de bevoegde minister noch enige motivering daarover in zijn besluit werd opgenomen, nu zijn administratie elk dossier slechts geïsoleerd heeft bekeken.”

In de toelichting bij het middel verbetert verzoekster blijkbaar zichzelf en verwijst zij naar artikel 146, § 1, van het mediadecreet en artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

Verzoekster maakt een analogie met het domein van de overheidsopdrachten. De aanvullende kwalificatiecriteria “zijn eigenlijk gunningscri-

teria”. Een analogie is volgens haar dan ook gepast. Aldus analoog redenerend, stelt verzoekster dat de criteria in principe vooraf bekendgemaakt moeten worden en dat de beoordelingsmethode vastgesteld moet zijn vóór de kennisname van de aanvragen.

Zij betoogt met betrekking tot het *eerste middelonderdeel* dat niet voorzienbare noch op voorhand bekendgemaakte subcriteria zijn toegepast. Er zijn “zes” (versta: drie) bij decreet bepaalde aanvullende kwalificatiecriteria. Bij artikel 5 van het uitvoeringsbesluit wordt hieraan per criterium een weging toegekend en worden subcriteria gedefinieerd met een eigen weging. In bijlage 1 van het bestreden besluit wordt echter “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcriteria” gebruikt met een eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en die dus niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen. De “(sub)vragen” met hun weging, indien op voorhand bekendgemaakt, hadden de kandidaten een richtlijn kunnen geven over de invulling van het betrokken criterium.

De beoordelingsmethode werd evenmin op voorhand bekendgemaakt en uit het bestreden besluit blijkt niet dat deze al vastgesteld was vóór kennis werd genomen van de kandidaten en hun aanvragen. Dit geldt in het bijzonder voor de beoordeling van de balansen en het financieel onderdeel waarvoor de verwerende partij een model gebruikte dat niet op voorhand was bekendgemaakt en waardoor verzoekster slecht scoorde. Hetzelfde geldt voor het criterium technische uitrusting.

Met betrekking tot het *tweede middelonderdeel* stelt verzoekster dat de bevoegdheid om beslissingen te nemen over erkenningsaanvragen bij delegatie is toegekend aan de minister die bevoegd is voor het mediabeleid. Dat de beoordeling van de criteria gebeurt door de administratie ter voorbereiding van een beslissing door de minister noemt zij legitiem. *In casu* moet echter opgemerkt worden dat bijlage 2 geen afdoende motivering kan vormen voor een erkennings-

beslissing omdat de administratie een essentieel element van de beoordeling níet uitvoerde. In bijlage 1 is te lezen dat de dossiers losstaand worden behandeld en dat geen vergelijking wordt gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket. Het viel met andere woorden nog steeds aan de bevoegde minister toe om op basis van bijlage 2 over te gaan tot een daadwerkelijke vergelijking van de betrokken aanvraagdossiers en formeel en materieel afdoende te motiveren welke kandidaat in vergelijking tot de andere het best scoort op basis van de decretale criteria. Dit vraagt een onderlinge afweging van de dossiers en niet een afzonderlijke optelsom per kandidaat van (sub)scores. Dit gebeurde niet in het bestreden besluit, wat onzorgvuldig is en een formeel en alleszins een materieel motiveringsgebrek uitmaakt.

11. In de memorie van wederantwoord merkt verzoekster op met dit middel niet te bestrijden dat het de verwerende partij toegelaten is om een beoordelingsmethode uit te werken. De essentie van het middel is dat bijkomende criteria met een eigen weging werden opgenomen onder het mom van een beoordelingsmethode. Dat de grens overschreden werd tussen het bepalen van een beoordelingsmethode en van (sub)criteria die beoordeeld moeten worden, blijkt ten overvloede uit de rekenbladen die de verwerende partij gebruikte en die nu in het administratief dossier zijn neergelegd. Deze documenten bevestigen dat elk aanvullend kwalificatiecriterium werd opgedeeld in tal van subcriteria die niet in het uitvoeringsbesluit voorkomen en die ook niet voorzienbaar waren voor de kandidaten.

Voorts betoogt verzoekster dat de gevolgde werkwijze wel resulteert in een finale rangschikking. Dat is volgens haar echter geen vergelijking maar het gevolg van een geïsoleerde beoordeling van elk dossier.

12. In haar laatste memorie onderstreept verzoekster het belang van het zendschema. De uitwerking in bijlage 1 van het bestreden besluit, via een bundel van negentien vragen, verwatert echter het belang van het zendschema: het gaat slechts om vier van de negentien vragen met een quoterings van vier op

de twintig te verdienen punten voor het subcriterium ‘format’. Dit is disproportioneel, nu de decreetgever duidelijk te kennen gaf dat het zendschema evenwaardig was als criterium als het programma-aanbod. Uitgaande van de omschrijving in het mediadecreet en de uitwerking ervan in het uitvoeringsbesluit mocht verzoekster ervan uitgaan dat het zendschema een essentiële rol zou spelen in de quotering van het *format*.

Verzoekster betoogt voorts dat het eerste subcriterium ‘format’ zwaarder doorweegt dan het procedurebesluit vooropstelt, “20+6 op 45 punten”.

Zij herhaalt dat de verwerende partij niet aantoont dat de beoordelingsmethode niet pas is opgesteld na kennisname van de kandidaturen en dat dus de objectieve schijn bestaat dat de beoordelingsmethode in functie van de concrete kandidaten is opgesteld, minstens uitgewerkt. Dan volgt een ganse uiteenzetting over de Europese richtlijnen inzake media.

Beoordeling

a. ontvankelijkheid

13. De Raad van State neemt er akte van dat de verwerende partij in haar laatste memorie afstand doet van haar exceptie over het belang van verzoekster bij dit middel.

14. De toewijzing van de licentie voor het gebruik van een radiofrequentie is geen overheidsopdracht. Terecht voert verzoekster in het middel dan ook niet de schending aan van enige bepaling van overheidsopdrachtenregelgeving. De rechtspraak inzake de overheidsopdrachten mag verzoekster tot inspiratie strekken om dit middel te ontwikkelen, maar ze is niet ter zake.

15. Met wat verzoekster in haar laatste memorie voor het eerst uiteenzet omtrent de Europese mediarichtlijnen wordt geen rekening gehouden; dit is ruim te laat.

b. gegrondheid

16. De formelemotiveringsplicht, zoals opgelegd bij de formelemotiveringswet van 29 juli 1991, verplicht de verwerende partij om inzichtelijk te maken waarom de keuze op Radio Cieper viel, maar zij moet geen uitdrukkelijke verantwoording afleggen over elke mogelijke voorbereidende handeling die aan dat eindresultaat is voorafgegaan.

Het volstaat uit oogpunt van die formelemotiveringsplicht, dat verzoekster de redenen kan achterhalen die de verwerende partij tot haar oordeel hebben gebracht, opdat zij zich op het vlak van de motieven ertegen kan verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. De bestreden beslissing met de eraan onderliggende bijlagen, voldoet hieraan ruimschoots. Verzoekster weet uit bijlage 1 welke werkwijze is gevolgd en uit bijlage 2 hoe de kandidaten hebben gescoord en zij kan zich daartegen dus verweren. Van een schending van de formelemotiveringswet is geen sprake.

17. Wat de beoordelingsmethode betreft om tot evaluatie van de aanvragen en tot de scores van de dossiers van de verschillende kandidaten te komen, dient de verwerende partij de aanvragen te toetsen aan de drie aanvullende kwalificatiecriteria vermeld in artikel 146, § 1, van het mediadecreet die zijn uitgewerkt in artikel 5 van het uitvoeringsbesluit.

18. Artikel 146 van het mediadecreet noch artikel 5 van het uitvoeringsbesluit bevat een voorschrift met betrekking tot de beoordelingsmethodiek die de verwerende partij moet volgen, maar somt enkel de beoordelingscriteria op en legt een bepaalde weging ervan vast. Blijkens artikel 23, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit erkent de minister de lokale radio-omroeporganisaties.

Dit betekent dat het aan de minister wordt overgelaten om zijn aanpak te bepalen bij de beoordeling en de waardering van de dossiers. Hij beschikt daarbij over de beleidsruimte om naar eigen inzicht een passende werkwijze aan te nemen die volgens hem het best geschikt is om de meest aantrekkelijke kandidaat voor toewijzing van de erkenning te kiezen en over een beoordelingsruimte om het aanbod van elke kandidaat in te schatten. Wel moet hij de criteria toepassen zoals ze redelijkerwijze kunnen worden begrepen en alle kandidaten op gelijke wijze aan de opgelegde beoordelingsmaatstaf onderwerpen.

De bewijslast ligt bij verzoekster om aan te tonen dat die beoordelingselementen niet pertinent zijn of om een andere manier onregelmatig gekozen of toegepast of, erger nog, dat ze werden gemanipuleerd.

De loutere bewering van verzoekster dat “een reeks ‘vragen’ en ‘subvragen’ – m.a.w. verdere subcriteria – gebruikt [worden] met eigen weging die niet zijn opgenomen in het mediadecreet noch in het uitvoeringsbesluit en dus die niet kenbaar noch voorzienbaar waren op het ogenblik van de indiening van de aanvragen” volstaat niet om de onwettigheid van het bestreden besluit aan te tonen.

Wil verzoekster de onwettigheid van bepaalde “subcriteria” doen vaststellen, dan moet zij aantonen dat deze redelijkerwijze niet onder de decretale en reglementaire criteria kunnen worden begrepen, waardoor ze als arbitrair voorkomen.

Aan zelfs maar een poging tot bewijsvoering komt verzoekster in het inleidend verzoekschrift niet toe. Zij doet dit pas voor het eerst in haar laatste memorie. Niet enkel is dit te laat en dus onontvankelijk; bovendien zijn de feitelijke voorbeelden die verzoekster dan geeft blijkbaar alweer geput uit de behandeling van de netwerkradio-omroeporganisaties.

19. Ook de werkwijze om tot de berekening van de scores te komen behoort tot de beoordelingsvrijheid van de overheid, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur en door de wegingsfactoren die zijn vastgesteld in artikel 5, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit.

De verwerende partij mag de beoordeling structureren aan de hand van een nadere onderverdeling van de aanvullende kwalificatiecriteria. Dit houdt dan ook in dat er een score kan worden gegeven op deze onderverdeling, zolang het relatieve gewicht van de criteria dat in het uitvoeringsbesluit is vastgesteld, wordt gerespecteerd.

Ook op dit punt lag het op de weg van verzoekster om te overtuigen dat de wegingscoëfficiënten, zoals die *in concreto* toegepast zijn, dermate disproportioneel zijn dat ze niet in de discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij zijn in te passen.

20. Geen van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen vereist dat de beoordelingsmethode vooraf zo strikt wordt vastgelegd én meegedeeld, zoals verzoekster het zou willen.

21. Uit artikel 133, § 2, eerste lid, van het mediadecreet *iuncto* artikel 23, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit vloeit voort dat het erkenningsbesluit wordt genomen door de Vlaamse minister, bevoegd voor het mediabeleid. De minister draagt dus de verantwoordelijkheid voor de bestreden erkenning.

Verzoekster die beweert dat elk dossier slechts geïsoleerd is bekeken, leest bijlage 1 slechts partieel. De ambtelijk gevolgde werkwijze is in bijlage 1 beschreven als volgt:

“In een eerste fase wordt elk dossier in detail gelezen, bestudeerd en krijgt het een definitieve eindbeoordeling.

- Elk dossier wordt beoordeeld door twee dossierbehandelaars die het dossier op alle aanvullende criteria toetsen. De beoordeling

gebeurt per criterium. Deze toetsing bestaat uit het scoren van elk item en motiveren van die score.

- Het eindresultaat van deze stap is een totaalscore of de bepaling van de optelsom van de getoetste criteria en een gedragen definitieve gemotiveerde eindbeoordeling van het dossier.
- Dit gebeurt zo voor elk ingediend dossier. Merk op dat er om tot een definitieve gemotiveerde eindbeoordeling te komen dus geen vergelijking wordt gemaakt tussen dossiers maar dat elk dossier individueel wordt afgetoetst en gemotiveerd tegenover de aanvullende criteria. De dossiers worden losstaand behandeld, er wordt geen vergelijking gemaakt met de andere concurrerende dossiers in het pakket.

In een tweede fase wordt de gemotiveerde eindbeoordeling gedetailleerd gelezen door een controleur. De controleur zorgt er in een tweede fase voor dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering.

- Wat op positieve of negatieve wijze wordt beoordeeld bij één dossier dient ook te gelden voor alle andere netwerkdossiers over de pakketten heen (voor zover het criterium van toepassing is op de betreffende pakketten). De taak van de controleur bestaat erin om de gegeven score en gebruikte motivatie van de verschillende individuele dossiers te gaan dubbelchecken. Elk van de dossiers moet immers dezelfde toetsing tegenover de kwalificatiecriteria krijgen en geen van de dossiers in het pakket mag hierin strenger of milder beoordeeld zijn geworden.
- Na deze controle overleggen de verschillende controleurs met de dossierbehandelaars over mogelijke gevonden verschillen in interpretaties van score en/of motivering. Indien nodig verduidelijken de dossierbehandelaars de score en de motivering verder of wordt het eindoordeel aangepast.”

Die medewerkers kregen voor hun onderzoek de volgende richtlijn mee:

“Daarbij wordt als richtlijn gehanteerd dat de gehele beoordeling in lijn dient te zijn met de in de wetgeving opgesomde aanvullende kwalificatiecriteria. De wetgever geeft verdere verduidelijking van de criteria in het besluit en in het verslag aan de regering. Ook het onderling gewicht van de criteria wordt in het besluit vastgelegd. Deze verduidelijking en onderlinge verhouding van de criteria hebben de wijze bepaald waarop de dossierbehandelaars de dossiers inhoudelijk en kwalitatief toetsten.”

Nadat de dossierbehandelaars elk dossier individueel (“losstaand”) hebben getoetst – maar wel reeds alle aan dezelfde criteria – zorgt een

controleur in een tweede fase ervoor “dat er geen interpretatieverschillen zijn in de strengheid van de score en de motivering” zodat elk dossier “dezelfde toetsing tegenover de kwalificatiecriteria krijg[t]”. Als volgens die methode een rangschikking wordt gemaakt op grond van de toegekende scores, vertaalt die rangschikking de onderlinge vergelijking van de dossiers. Als één kandidaat een hogere eindscore behaalt dan een andere kandidaat, is dit omdat die kandidaat *in globo* beter scoort op de criteria, en is een vergelijking van de aanvragen gebeurd. De minister heeft zich de beoordeling door de administratie en dus de toekenning van de scores blijkens het bestreden besluit eigen gemaakt, zodat die vergelijking aan de minister toegerekend moet worden.

22. Het middel is in beide onderdelen ongegrond.

C. Derde middel

Uiteenzetting van het middel

23. Het derde middel is geput uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht “doordat een erkenning aan Cieper werd gegeven zonder zorgvuldig onderzoek van haar aanvraag en alleszins zonder rekening te houden met het tijdsverloop en de feiten zoals gekend op 5 april 2019, terwijl sinds 1 december 2017 tal van (nieuwe) feitelijke elementen ter kennis van verwerende partij waren gebracht en die elementen, net zoals het tijdsverloop, van aard zijn om de rangschikking van de kandidaten te wijzigen”:

“Bingo stelde bij de Raad van State beroep in tegen de opgeheven erkenning van 1 december 2017. In het kader van dat beroep nam verwerende partij kennis van de middelen en stukken van Bingo.

Het zorgvuldigheidsbeginsel zou verwerende partij ertoe moeten gebracht hebben om op basis van die nieuwe kennis de beoordelingen uit 2017 aan een nieuw onderzoek te onderwerpen, wat zij niet deed.

Verwerende partij heeft dan ook op 5 april 2019 wetens en willens geen rekening gehouden met de feitelijke omstandigheden zoals die zich toen voordeden door zonder enig nieuw onderzoek de beoordelingen van 2017 over te nemen. Zulks is onzorgvuldig en niet gesteund op afdoende motieven.”

24. In haar laatste memorie handhaaft verzoekster haar betoog:

“De gewijzigde feitelijke context en het verloop van de tijd waren op zich al voldoende elementen die verwerende partij ertoe hadden moeten brengen om zich de vraag te stellen of de zgn. voorbereidende handelingen (met name de beoordeling) nog wel relevant waren en had zij dit afdoende materieel moeten motiveren in het bestreden besluit, wat niet gebeurde omdat het herstellen van de rechtsgrond van de erkenning – het formeel motief van het bestreden besluit – niets te maken heeft met die gewijzigde feitelijke context m.b.t. de inhoud van de aanvraagdossiers.”

Beoordeling

25. De nietigverklaring van het frequentiebesluit 2017 en het vervangen ervan door het frequentiebesluit 2019 verplicht het bestuur om met laatstgenoemd besluit rekening te houden als rechtsgrond wanneer het een nieuwe erkenning verleent voor frequentiepakket 117, nadat zijn vroegere erkenningsbesluit vernietigd is door de Raad van State.

Verzoekster betwist overigens niet dat dit is gebeurd. Voor het in geding zijnde frequentiepakket wordt alvast niet beweerd dat, vergeleken met het frequentiebesluit 2017, in het frequentiebesluit 2019 enige gegevens werden gewijzigd.

26. Die nieuwe rechtsgrond betekent echter niet dat alle voorbereidende handelingen *ipso facto* onwettig zijn en overgedaan moeten worden.

Wel kan er vanwege het tijdsverloop sinds het nemen van de vernietigde beslissing reden zijn om de overheid verplicht te achten om hoe dan ook eerst de feitelijke gegevens van de zaak te herzien en aan te vullen, alvorens een nieuwe beslissing te nemen.

Het ligt dan wel op de weg van verzoekster om dit concreet aannemelijk te maken.

27. Het enige argument dat verzoekster geeft, is het gegeven dat zij tegen het eerste erkenningsbesluit een annulatieberoep had ingesteld.

De verwerende partij heeft kennis genomen van dit beroep en zij heeft het bestreden en de verdediging van het eerste erkenningsbesluit opgenomen. Het eerste erkenningsbesluit is voorts vernietigd om de enkele reden dat de rechtsgrond ervoor verdwenen was en dus niet wegens een of ander falen bij de concrete beoordeling van de dossiers.

In die omstandigheden moet van een zorgvuldig handelende overheid niet worden verwacht dat zij haar eerste beoordeling van de dossiers zou overdoen.

28. Het middel is ongegrond.

D. Vierde middel

Uiteenzetting van het middel

29. Het vierde middel is geput uit de schending van artikel 20, 1°, van het uitvoeringsbesluit “doordat bij de aanvraag geen bewijs gevoegd was dat de indiener namens Cieper gemachtigd was een aanvraag voor frequentiepakket 117 te doen”.

Verzoekster stelt in de toelichting dat de aanvraag van Radio Cieper een volmacht bevat aan de voorzitter van de raad van bestuur om een aanvraag in te dienen voor het onbestaande frequentiepakket 177 daar waar de bestreden beslissing betrekking heeft op frequentiepakket 117. De verwerende partij kon dus onmogelijk uitmaken voor welk pakket de indiener namens Radio Cieper gemachtigd was om een aanvraag in te dienen – “ging het bv. om 7, 17, 77, 107, enz. ?”. De aanvraag van Radio Cieper was dan ook onontvankelijk. Dat uit de inhoud van het aanvraagdossier van Radio Cieper zou blijken dat het om pakket

117 gaat, is irrelevant. Dit toont immers niét aan dat het bevoegde orgaan van de vzw tijdig en met kennis van zaken een volmacht verleende. Voor de beoordeling van de ontvankelijkheid had de verwerende partij interne richtlijnen uitgevaardigd. Eén ervan was dat een aanvraag onontvankelijk was, indien onduidelijk is welk frequentiepakket wordt bedoeld:

“De keuze voor het geprefereerde frequentiepakket moet duidelijk vermeld staan in het erkenningsdossier. Indien een kandidaat-radio bij het indienen van zijn erkenningsdossier in KIOSK het foute pakketnummer aanduidde, maar uit de ingediende bewijsstukken duidelijk blijkt welk frequentiepakket hij prefereert, is het dossier alsnog ontvankelijk. Indien deze preferentie onduidelijk is, is het dossier onontvankelijk.”

30. Dat uit de rest van het dossier van Radio Cieper zou blijken dat het ging om frequentiepakket 117, noemt verzoekster in de memorie van wederantwoord naast de kwestie. Dat doet immers geen afbreuk aan het feit dat de mogelijke intentie blijkend uit de rest van de aanvraag volledig in strijd was met de op straffe van onontvankelijkheid vereiste volmacht om de aanvraag in te dienen, nu uit dat laatste niet blijkt welk pakket bedoeld wordt door de gevolmachtigde. Een aanvraag is, omwille van de rechtszekerheid en de gevolgen die er uit volgen, aldus ontvankelijk of niet. Dat oordeel kan en mag niet afhangen van de arbitraire welwillendheid van de verwerende partij.

31. In haar laatste memorie onderstreept verzoekster, met verwijzing naar het Verslag aan de leden van de Vlaamse regering bij het uitvoeringsbesluit, het belang dat de indiener “over het nodige mandaat beschikt”. De verwerende partij had een gebonden bevoegdheid en beschikt over geen marge van begrip voor materiële vergissingen.

Beoordeling

32. De Raad van State neemt er akte van dat de verwerende partij in haar laatste memorie afstand doet van de exceptie die zij tegen de ontvankelijkheid van dit middel opwierp.

33. Artikel 20, inleidende zin en 1°, van het uitvoeringsbesluit luidt:

“De aanvraag tot erkenning van een lokale radio-omroeporganisatie bevat al de volgende documenten en gegevens:

1° de identificatie van de aanvrager, inclusief het bewijs dat hij gemachtigd is om namens de rechtspersoon een aanvraag in te dienen. Dit kan blijken via de verwijzing naar de benoeming op basis van de statuten dan wel op basis van een volmachtsdocument vanuit de rechtspersoon.”

34. De aanvraag tot erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van de vzw Radio Cieper bevat de volgende machtiging voor het indienen van een aanvraag voor lokale radio-omroep:

“Bij deze geven [A. en B.], beiden medebestuurders van de vzw Radio Cieper, de machtiging aan [C., de] voorzitter van de vzw om in naam en voor rekening van de vzw een aanvraag in te dienen voor een lokale radio-omroep. Meerbepaald voor frequentiepakket 177.”

De voorzitter beschikte dus alleszins over een volmacht “om namens de rechtspersoon een aanvraag in te dienen”.

35. Er is inderdaad geen frequentiepakket 177, maar wel een frequentiepakket 117.

Uit de gegevens van de aanvraag is duidelijk dat Radio Cieper een aanvraag heeft ingediend voor dit frequentiepakket 117; ook wat de zendlocaties betreft, wordt verwezen naar Zonnebeke en Roeselare, wat overeenstemt met frequentiepakket 117.

36. De verschrijving in de machtiging – want méér is het dus niet: een schrijffout, een *slip of the pen* – maakt niet dat de aanvraag van de vzw Radio Cieper als onontvankelijk diende te worden verworpen. Gelet op het geheel van gegevens staat buiten kijf dat de machtiging slaat op frequentiepakket 117.

Het ontvankelijk verklaren van de aanvraag spoort ook met de instructie die verzoekster citeert: als een foutief pakketnummer is aangeduid, maar uit de ingediende bewijsstukken blijkt duidelijk welk pakket is bedoeld, dan is het dossier alsnog ontvankelijk.

37. Het middel is ongegrond.

E. Vijfde middel

Standpunt van de partijen

38. Het vijfde middel is genomen uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht, doordat:

“– Eerste middelonderdeel, Bingo op het aanvullend kwalificatiecriterium ‘technische’ uitrusting minder punten krijgt dan Cieper, terwijl de motivering in woorden minpunten bevat voor Cieper, en op bepaalde onderdelen geen punten krijgt hoewel de aanvraag wel beantwoordt aan het verwachte, en,

– Tweede middelonderdeel, Bingo op het aanvullend kwalificatiecriterium ‘financieel plan’ 0 punten scoort, terwijl de aanvraag wel degelijk een voorzichtige raming van inkomsten en kosten voor de komende twee jaar bevatte, maar het beoordelingsmodel niet op voorhand was bekend gemaakt zodat Bingo geen balans/financieel plan kon indienen dat beantwoordde aan de methodiek van verwerende partij.”

In de toelichting stelt verzoekster omtrent het *eerste middelonderdeel* dat het zorgvuldigheidsbeginsel vereist dat een quotering in punten in overeenstemming is met de motivering in woorden. Tussen beiden mag geen contradictie bestaan. Wat de technische (zend)infrastructuur betreft, kreeg Radio Cieper 4,25/5 en Bingo 3,83/5. Verzoekster citeert dan de beoordeling van beide aanvragen en wijst erop dat wat in woorden is uitgedrukt wijst op een beter dossier van Bingo ten opzichte van Radio Cieper: verzoekster heeft wel een stildetectie en een reserve stroomvoorziening. Logisch- en redelijkerwijze had zij dan ook meer punten moeten scoren op dit onderdeel.

De beoordeling van verzoekster op dit criterium is ook niet afdoende gemotiveerd, omdat voor het onderdeel ‘benoeming opstelplaats of foto’ geen punten werden toegekend, terwijl dit wel vermeld was in stuk 7 van de aanvraag.

Ook voor de niet op voorhand bekendgemaakte delen ‘broadcast partner/onderhoudspersoneel’ en ‘samenwerking broadcast partner’, of duidelijk onderhoud van installatie werden geen punten toegekend. Verzoekster had die samenwerking niet vermeld omdat die niet gevraagd was. Zij werkte samen met twee gespecialiseerde ondernemingen. Niet op voorhand aangeven dat bepaalde informatie gequoteerd zou worden en de afwezigheid ervan bestraffen, schendt het zorgvuldigheidsbeginsel.

Omtrent het *tweede middelonderdeel* stelt verzoekster dat de motivering bij het criterium ‘financieel plan’ voor de geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren een loutere stijlformule is. Haar aanvraagdossier bevat een raming van de verwachte kosten en inkomsten en dit twee jaar in de toekomst geprojecteerd, zoals gevraagd. Deze raming was bovendien voorzichtig om geen onrealistische verwachtingen te creëren. Het financieel onderdeel van de aanvraag was weliswaar bondig, maar erg duidelijk en overzichtelijk. Het gaat hier om een kleine vrijwilligersorganisatie en niet om een commercieel bedrijf. Het beoordelingsmodel opgenomen in bijlage 1 was vooraf niet bekend zodat verzoekster ook geen aangepaste balans en plan kon indienen. Moest zij geweten hebben wat precies gemeten zou worden en hoe, dan had zij haar aanvraag daarop kunnen afstemmen.

39.1. De verwerende partij antwoordt op het eerste middelonderdeel dat Radio Cieper “verliest” op het vlak van technische uitrusting, met betrekking tot *control risk management* en *back up*. Hij heeft geen melding gemaakt van stildetectie noch van een back up stroomgenerator. Op monitoring, analysecontroles van werkingssysteem is de helft van de punten bereikt omdat er toch informatie buiten het technisch dossier zelve is gevonden. Maar ook verzoekster

“verliest” de helft van de punten op monitoring/analyse/controles van werking van het systeem. Zij maakt geen melding van een *broadcast partner* of onderhoudspersoneel. Dit is naar behoren afgewogen, en ten onrechte meent verzoekster hier kritiek op te kunnen geven. De aanvrager draagt de verantwoordelijkheid om een behoorlijk dossier in te dienen. Er kan niet op de welwillendheid worden gerekend van de verwerende partij om het dossier aan te vullen.

39.2. Met betrekking tot het tweede middelonderdeel wijst de verwerende partij erop dat verzoekster een zogenaamde vereenvoudigde balans heeft neergelegd, die niet de minste duiding geeft over het eigen en het vreemd vermogen en die puur en alleen een overzicht van uitgaven en inkomsten geeft. Het is onmogelijk om deze inhoudelijk en kwalitatief te toetsen. Artikel 5 van het uitvoeringsbesluit geeft duidelijke richtlijnen en verzoekster kan niet doen alsof zij uit de lucht valt.

40.1. Verzoekster repliceert over het eerste middelonderdeel dat de verwerende partij zichzelf tegenspreekt. Eerst stelt zij dat Radio Cieper de helft van de punten haalde “omdat informatie buiten het technisch dossier zelve is gevonden”, daarna verwijt zij verzoekster dat van de verwerende partij niet mocht worden verwacht dat zij actief naar ontbrekende informatie elders in de aanvraag moest gaan zoeken. Dit is werken met twee maten en twee gewichten. Indien de verwerende partij de quoteringspunten van Radio Cieper voor het technisch criterium steunt op informatie die zij vond – en dus eerst gezocht had – buiten dat onderdeel van de aanvraag, had zij dat ook moeten doen voor verzoekster die dan logischerwijs meer punten had moeten krijgen.

Het niet vermelden van een *broadcast partner* is volgens verzoekster totaal irrelevant. De firma waarmee samengewerkt wordt voor het hoogfrequentgedeelte kan immers de dag na erkenning al wijzigen.

40.2. In verband met het financieel plan herhaalt verzoekster dat het beoordelingsmodel vooraf niet bekend was. Zij deelde in haar aanvraag voldoen-

de informatie mee over de geschatte inkomsten en kosten voor de eerste twee werkjaren. Zij merkt op een kleinschalige lokale vrijwilligersradio te zijn, met beperkte inkomsten en kosten, wat toeliet om dit schematisch voor te stellen.

41.1. In haar laatste memorie betwist de verwerende partij het belang van verzoekster bij het eerste middelonderdeel:

“Er valt niet in te zien welk belang de verzoekende partij daarbij zou kunnen hebben. [Zelfs] als het verschil zou weggegomd worden tussen de verzoekende partij en Radio Cieper, dan nog zou dit verschil niet overbrugd zijn, gezien er dan 0,41 % zou weggegomd worden, terwijl het verschil 0,49 is.”

41.2. Zij betoogt voorts dat niet uit het oog verloren mag worden dat de motivering hoe dan ook en per definitie een zekere vaagheid zal inhouden. Er wordt gestreefd naar een tekst die men een aantal malen mag herhalen. Om de materiële draagkracht preciezer na te gaan, moet er worden gekeken naar de rekenbladen en de teksten en soms veel kritischere opmerkingen die in de bewoordingen van de beoordelingsfiches op de rekenbladen zijn opgenomen. Het is duidelijk dat de garantie voor een performant netwerk steviger aanwezig is bij Radio Cieper dan bij verzoekster.

De verwerende partij stelt nog dat de dossiers “met een redelijke welwillendheid” bekeken zijn; er kon niet worden verwacht van het bestuur om speurwerk te doen naar gegevens die op een andere plaats stonden maar, zeker ten aanzien van lokale radio's, is toch met mildheid opgetreden. In de mate er duidelijke gegevens aanwezig waren op een andere plaats, is daar rekening mee gehouden.

Over de (niet) vermelding van de *broadcast partner* merkt de verwerende partij op dat die de onderaannemer is, die instaat voor de technische transmissie van het geluid via het FM-zendstation en die instaat voor het onderhoud. Er valt niet in te zien waarom er dan niet, weze het in bescheiden mate, rekening mee gehouden kan worden als technisch valabel criterium.

42.1. In haar laatste memorie geeft verzoekster toe dat het opnemen van een *broadcast partner* / onderhoudsaannemer “een element [is] dat de score mag bepalen”, maar enkel in de hypothese dat de kandidaten op voorhand weten dat de vermelding van hun (onder)aannemers een invloed heeft op de score. Wat een kandidaat op technisch vlak voorstelt, zal hij na erkenning ook moeten realiseren: dat is wat moet worden beoordeeld op basis van het aanvullend kwalificatiecriterium. Indien “de wijze waarop” – in eigen beheer of via derden – ook een element van beoordeling is, moet dat op voorhand kenbaar gemaakt worden, wat niet het geval was.

42.2. Verzoekster benadrukt dat het toepasselijke regelgevend kader geen welbepaalde vormelijke of inhoudelijke voorwaarden oplegt aan de “geprojecteerde balansen”. Mogelijk kan *in abstracto* gesteld worden dat bepaalde modellen gebruikelijk zijn voor de beoordeling van balansen en de financiële positie van een onderneming, maar dan is toch minimaal vereist dat de kandidaat op voorhand weet welke ratio's beoordeeld zullen worden tegenover welke *benchmark*. De balansen die verzoekster opstelde waren eenvoudig en helder: meteen is zichtbaar wat de inkomsten en kosten zijn en hun oorsprong. Onderscheid tussen eigen en vreemd vermogen blijkt ook: lidgelden versus reclameinkomsten. Elke motivering waarom dit 0 punten verdient, ontbreekt.

Beoordeling

a. eerste middelonderdeel

43. In het eerste middelonderdeel bestrijdt verzoekster de tegenstrijdigheid tussen punten en motivering in woorden bij de beoordeling van het derde aanvullend kwalificatiecriterium ‘technische (zend)infrastructuur’, a) ‘de voorziene gedetailleerde technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zenderpark’. Dit onderdeel krijgt een weging van 5% in artikel 5, tweede lid, 3°, van het uitvoeringsbesluit.

44. Radio Cieper krijgt een score van 4,24/5, terwijl verzoeksters best scorende aanvraag een score krijgt van 3,83/5.

Bij de motivering in woorden wordt de aanvraag van Radio Cieper als volgt beoordeeld:

“De voorziene technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zenderpark zijn gedetailleerd omschreven. Deze motiveren de volledige werking van de radiozender. Er is melding [van] een externe radiotechnische firma.

De garantie voor een performant netwerk wordt beschreven door de vermelding van een backup van het playoutsysteem. Er wordt echter geen melding gemaakt van de stilte-detectie of reserve stroomvoorziening.”

Bij de aanvraag van verzoekster luidt dit:

“De voorziene technische uitrusting, infrastructuur, transmissie, vestiging en uitbouw van het zenderpark zijn gedetailleerd omschreven. Deze motiveren de volledige werking van de radiozender.

De garantie voor een performant netwerk wordt onderbouwd door de aanwezigheid van controle- en onderhoudsvoorzieningen, reserve stroomvoorziening en stilte-detectie.”

De motivering in woorden is voor verzoekster louter positief, terwijl er voor Radio Cieper een negatief punt wordt opgesomd: er wordt geen melding gemaakt van de stilte-detectie of reserve stroomvoorziening. Evenwel krijgt verzoekster toch een lagere score.

De verwerende partij geeft in de memorie van antwoord weliswaar een uitleg om het puntenverschil tussen beide kandidaten te verklaren, maar zij laat na die argumentatie concreet te correleren aan de stukken van het dossier. Samen met verzoekster moet worden vastgesteld dat niet enkel de memorie van antwoord, maar ook de laatste memorie van de verwerende partij geen enkele concrete verwijzing bevat naar of citaat uit de rekenbladen om haar standpunt te staven, maar beperkt is tot een algemene bewering. Noch het auditoraat noch de Raad kunnen die uitleg koppelen aan de opmerkingen die te lezen zijn op de beoordelingsfiches. In tegenstelling tot wat de verwerende partij dus beweert, bren-

gen de rekenbladen waarin de aanvragen van de kandidaten per criterium worden gequoteerd niet de gewenste duiding. Ofwel is het verweer dus niet juist of minstens onvoldoende inzichtelijk gemaakt voor de rechter, ofwel is deze bewijsvoering *post factum* gegeven. In de beide gevallen mag er geen rekening mee worden gehouden. De rechtens vereiste feitelijke grondslag van de bestreden beslissing moet immers in het administratief dossier kunnen worden gevonden, wat hier niet het geval is – ten minste toont de verwerende partij zulks niet aan en blijkt het ook niet spontaan. Het ligt niet op de weg van de Raad van State om de motieven zelf aan te vullen of ze te interpreteren.

Verzoekster geeft onder nummer 60 van het inleidend verzoekschrift aan waar zij onder ‘technische zendinfrastructuur’ de locatie heeft opgegeven voor de zendinstallaties in Roeselare en Zonnebeke met geografische coördinaten. Zij beweert niet dat zij hier een foto van heeft bijgevoegd. Het element is evenwel ‘Benoeming opstelplaats of foto’. De verwerende partij geeft geen afdoende uitleg waarom de “benoeming” van de zendinstallaties geen score oplevert.

De verwerende partij kan wel worden bijgevalen in haar verweer met betrekking tot de al dan niet vermelding van de onderhoudspartner. In haar laatste memorie erkent verzoekster overigens dat dit een relevant element is. Dat het als zodanig vooraf moest zijn meegedeeld is dan weer een zienswijze die de Raad niet bijvalt. Een kandidaat mag zich er redelijkerwijze aan verwachten dat hieraan aandacht wordt gegeven bij het onderzoek van het dossier. Verzoekster vergist zich overigens dat enkel een externe onderhoudsfirma punten kan opleveren. Op de beoordelingsfiche is te lezen: “technieker met ervaring of firma aangesteld? (check eventueel medewerkerslijst)”, zodat aangenomen moet worden dat ook eigen medewerkers met ervaring benoemd mogen worden als onderhoudstechnicus. Verzoekster beweert niet dat in haar aanvraag zo te hebben gedaan.

45. Het belang bij dit middelonderdeel kan verzoekster niet worden ontzegd. Het valt immers niet toe aan de Raad van State om de vastgestelde tegenstrijdigheid tussen de score en de motivering in woorden ongedaan te maken: blijven de punten gelijk, maar moet de motivering herbekeken worden, moet de ene méér krijgen, de andere minder of beiden een aangepaste score – geen van die uitwegen is uitgesloten als rechtsherstel. Er is immers met dit middelonderdeel enkel een onaanvaardbare en vooralsnog niet door het administratief dossier te verklaren tegenstrijdigheid vastgesteld tussen de uitgeschreven motivering en de score, maar niet wat de correcte uitkomst van deze beoordeling moet zijn. Dit betekent dat niet voorshands kan worden uitgesloten dat verzoekster na herbeoordeling kans maakt om het zeer geringe puntenverschil te overbruggen.

46. Het eerste middelonderdeel is in de aangegeven mate gegrond.

b. tweede middelonderdeel

47. Het tweede middelonderdeel betreft de beoordeling op het tweede aanvullend kwalificatiecriterium ‘het financiële plan’, zoals bepaald in artikel 146, § 1, 2°, van het mediadecreet. Artikel 5, eerste lid, 2°, van het uitvoeringsbesluit deelt dit aanvullend kwalificatiecriterium onder in a) een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren en b) de specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen vermogen en vreemd vermogen. Het criterium krijgt een weging van 30%, met een weging van 10% op onderdeel a) en 20% op onderdeel b).

48. Initieel bekritiseert verzoekster enkel de score die zij krijgt voor litera a) een geprojecteerde balans van de twee eerstvolgende exploitatiejaren. Zij betwist niet dat zij geen informatie gaf over b) de specificatie van de herkomst van de financiële middelen in eigen vermogen en vreemd vermogen. Dat doet zij pas voor het eerst in de laatste memorie. Daargelaten of “lidgelden versus reclame-inkomsten” als uitleg volstaat, is dit laattijdig en onontvankelijk. Enkel de kritiek bij litera a) is ontvankelijk.

49. Deze grief van verzoekster krijgt in het auditoraatsverslag de volgende beoordeling:

“5. De verzoekende partij voegt bij haar aanvraag een document toe met financiële structuur & plan. [...]

Eveneens voegt de verzoekende partij de volgende rudimentaire balansen toe:

‘De balansen van radio Bingo zijn redelijk eenvoudig. Er zijn geen huisvestingskosten, ook niet voor een tweede locatie. De grootste kosten zijn de auteursrechten en de kosten voor internet.

Vooruitzichten 2018(in €)

Inkomsten	Reclame	5000
	Infospots & sponsoring	1000
	Lidgeld/steun	600
	Derden & akties	1000
		+7600
Uitgaven	Auteursrechten	3700
	Internet	720
		-4420

Resultaat: + 3180

Vooruitzichten 2019(in €)

Inkomsten	Reclame	7000
	Infospots & sponsoring	1200
	Lidgeld/steun	650
	Derden & akties	1000
		+9850
Uitgaven	Auteursrechten	4000
	Internet	800
		-4800

Resultaat: + 4050’

6. Uit bijlage 2 bij het bestreden besluit blijkt dat de verzoekende partij nul punten heeft gescoord. Deze score wordt als volgt gemotiveerd: ‘De geprojecteerde balansen hebben geen correcte invulling, wat het onmogelijk maakt om ze inhoudelijk en kwalitatief te toetsen aan de hand van het netto bedrijfskapitaal, de current ratio en de solvabiliteit. Deze ratio’s en de evolutie ervan ten opzichte van een benchmark kunnen hierdoor niet berekend worden. [...] De herkomst van de financiële middelen in eigen- en vreemd vermogen is niet gegeven.’

In de excelsheet met de analyse van de aanvraag van de verzoekende partij staat: ‘De geprojecteerde balansen hebben geen correcte invulling, wat het onmogelijk maakt ze kwalitatief en inhoudelijk te toetsen.’

7. Gelet op de minimale invulling van de geprojecteerde balansen kan de verzoekende partij verwachten dat zij hiervoor geen tot weinig punten zou krijgen. In de toepasselijke regelgeving staat niet uitdrukkelijk dat de geprojecteerde balansen aan de hand van financiële ratio's zouden worden geanalyseerd. Evenmin is dit op voorhand aan de kandidaten meegedeeld. Evenwel is het een gangbare praktijk om geprojecteerde balansen te analyseren aan de hand van financiële ratio's. De aanvragers kunnen zich hier dan ook aan verwachten.

Indien blijkt dat de geprojecteerde balansen niet kunnen worden geanalyseerd aan de hand van financiële ratio's, volstaat dit als motivering voor de nulscore van de verzoekende partij. Dit is dan ook geen loutere stijlformule.

Daarbij kan worden vastgesteld dat ook de erkende lokale radio-omroeporganisatie geen punten voor het financiële plan kreeg.

Het tweede middelonderdeel is ongegrond.”

Verzoekster overtuigt de Raad niet om het anders te zien. Ongeacht welke *benchmark* de verwerende partij had gekozen, is het duidelijk dat zij in redelijkheid mocht vaststellen dat de “geprojecteerde balansen” die verzoekster voorlegt niet volstaan voor enige kwalitatieve of inhoudelijke toets. Die strenge aanpak is overigens, zoals ook vastgesteld in het auditorsverslag, op de beide kandidaten toegepast aangezien ook Radio Cieper de score 0 hiervoor kreeg, met een identieke motivering.

50. Het tweede middelonderdeel is ongegrond.

F. Zesde middel

Uiteenzetting van het middel

51. In het zesde middel voert verzoekster de schending aan van artikel 13 van het uitvoeringsbesluit “doordat op datum van het bestreden besluit de termijn van 120 dagen voorzien in genoemd artikel 13 reeds lang verstreken was en er toen geen nieuwe termijn lopende was omdat dit niet meer mogelijk is”.

De in artikel 13, eerste lid, bedoelde kennisgeving viel in juli 2017, zodat op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – de vervaltermijn van 120 dagen reeds lang voorbij was en, gelet op de definitief geworden opheffing van de erkenning van 1 december 2017 met ingang van 5 april 2019, de enig mogelijke beslissing ware geweest geen erkenning toe te kennen “voor het betrokken profiel van netwerkradio-omroeporganisatie”. Door toch een erkenning te verlenen op basis van de aanvragen ingediend naar aanleiding van de oproep in 2017 schendt het bestreden besluit dan ook artikel 13 van het uitvoeringsbesluit. Het bestreden besluit werd immers niet genomen als vorm van rechtsherstel na vernietiging door de Raad van State van de erkenning van 1 december 2017. Wel integendeel, het bestreden besluit werd genomen nog vóór de Raad van State zich kon uitspreken over een hangend beroep tegen de erkenning van 1 december 2017 die bovendien werd opgeheven. Op 5 april 2019 – datum van het bestreden besluit – rustte er op de verwerende partij geen enkele plicht om, ingevolge een vernietigingsarrest, een nieuwe beslissing te nemen en was ook geen nieuwe termijn van 120 dagen lopende op dat moment.

52. In de memorie van wederantwoord verwerpt verzoekster de toepasselijkheid in deze zaak van het in de rechtspraak en rechtsleer ontwikkelde leerstuk van de nieuwe termijn met het oog op rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad van State. Het bestreden besluit vormt geen rechtsherstel na een vernietigingsarrest van de Raad, maar kwam er juist in een vergeefse poging om te vermijden dat de erkenning van 1 december 2017 vernietigd zou worden. Van een anticipatief rechtsherstel was op 5 april 2019 geen sprake.

Beoordeling

53. Artikel 13, tweede lid, van het uitvoeringsbesluit legt een termijn op van 120 dagen na kennisgeving aan de kandidaten van de lijst van de ontvankelijke kandidaturen om een erkenningsbesluit te nemen. Indien geen beslissing wordt genomen binnen deze termijn, “wordt de erkenning voor dat frequentiepakket niet toegekend”.

54. Gelet op de nietigverklaring van het frequentieplan 2017 – en bijgevolg het verdwijnen van de rechtsgrond van het erkenningsbesluit van 1 december 2017 – stond het voor de verwerende partij vast dat haar erkenningsbesluit van 1 december 2017 aangetast was door een onregelmatigheid.

Hangende het annulatieberoep dat tegen dit erkenningsbesluit was ingesteld en waarin het debat nog niet was gesloten, mocht de verwerende partij dit erkenningsbesluit opheffen op 5 april 2019. Verzoekster betwist dit overigens niet.

55. Door op 1 december 2017 een beslissing te nemen over het in geding zijnde frequentiepakket, heeft de minister binnen de opgelegde termijn zijn bevoegdheid uitgeoefend – maar ze ook uitgeput.

Dat hij naderhand om welke reden ook aan zijn beslissing, die normaal zou gelden voor een termijn van negen jaar, een voortijdig einde stelt door ze op te heffen, wijzigt in principe daaraan niets. Die opheffing geldt ook enkel voor de toekomst. Uit zichzelf doet ze de bevoegdheid van de minister niet herleven en doet ze geen nieuwe termijn van start gaan.

56. De opgeheven erkenning is evenwel een rechtsverlenende rechtshandeling waarover de verwerende partij overeenkomstig het uitvoeringsbesluit verplicht was te beslissen, eenmaal zij de oproep aan kandidaten had gelanceerd – en zij bovendien reeds een beslissing over de ontvankelijkheid van de aanvraagdossiers had genomen.

Cruciaal is dan niet zozeer dat de erkenning door de verwerende partij is opgeheven, maar wel dat ze door de Raad van State is vernietigd.

Door die vernietiging moet de overheid worden geacht haar bevoegdheid nooit te hebben uitgeoefend.

In tegenstelling tot de opheffing, doet die vernietiging daarom wél de verplichting herleven om een nieuwe beslissing te nemen, met daartoe een nieuwe termijn aangezien het om een verplicht uit te oefenen bevoegdheid gaat.

57. Wat dan, ten slotte, leidt tot de vaststelling dat verzoekster geen belang heeft om aanstoot te nemen aan het feit dat de verwerende partij haar beslissing nam vóór de nieuwe beslissingstermijn is beginnen lopen, aangezien zij dat hoe dan ook mocht én moest doen na de nietigverklaring.

58. Het middel is niet ontvankelijk.

V. Handhaving van de rechtsgevolgen

Verzoek

59. De verwerende partij verzoekt de Raad van State “de rechtsgevolgen van het per hypothese vernietigd besluit te handhaven, totdat er een nieuw besluit is genomen, minstens daartoe een termijn van vier maand te verlenen aan de verwerende partij gedurende dewelke de rechtsgevolgen gehandhaafd worden”.

Zij wijst erop dat het gevaar dreigt dat een frequentie een geruime tijd niet benut wordt. Beleidsmatig wenst zij dat het publiek zoveel mogelijk aanbod heeft, binnen de decretale en reglementaire contouren. Het is voorts evident dat “de tussenkomende partij” er belang bij heeft dat zij ondanks de vernietiging nog kan uitzenden, in afwachting van een nieuwe beslissing. Anderzijds heeft verzoekster daar ook geen nadeel bij.

60. Verzoekster stelt vast dat de begunstigde van de bestreden beslissing niet vrijwillig is tussengekomen en dus ook geen eigen verzoek *ex* artikel

14^{ter} RvS-Wet heeft geformuleerd, wat volgens haar op zich al volstaat om het verzoek van de verwerende partij af te wijzen.

Beoordeling

61. Het is correct dat in deze zaak geen sprake is van een “tussenkomen partij” en dat Radio Cieper als belanghebbende partij dus niet is opgekomen ter verdediging van haar belangen, noch om handhaving van de gevolgen na een nietigverklaring heeft verzocht.

62. Wat een belanghebbende partij zelf niet vraagt, kan de Raad haar bezwaarlijk toekennen. De enkele beleidsdoelstelling om zoveel mogelijk frequenties benut te zien, volstaat dan niet om het verzoek in te willigen, des te minder nu het om een louter lokale radiofrequentie gaat en de verwerende partij dit argument niet nader uitwerkt.

Het verzoek wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt het ministerieel besluit van 5 april 2019 ‘houdende de erkenning als lokale radio-omroeporganisatie van Radio Cieper voor Frequentiepakket 117 Roeselare [106.3 FM]; Zonnebeke [105.0 FM]’.

2. De verwerende 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 verzoekende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 maart tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Vera Wauters,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren