

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 251.304 van 27 juli 2021
in de zaak A. 233.079/X-17.903**

In zake: de BV LET'S THINK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Antwerpen (Edegem)
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF VOOR
VASTGOEDBEHEER EN STADSPROJECTEN - VESPA (AG
VESPA)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de BV HANGAR 29
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Sven Vernaillen
kantoor houdend te 2600 Antwerpen - Berchem
Borsbeeksebrug 36
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 2 maart 2021, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van het directiecomité van het Autonoom Gemeentebedrijf AG Vespa van 14 december 2020 waarbij de domeinconcessie voor het commercieel patrimonium gelegen te Rijnkaai 28/29 betreffende de Waagnatieloods wordt toegewezen aan Hangar 29 bvba, en waarbij aan AG Vespa vastgoedverhuringen de opdracht werd gegeven om de

concessieovereenkomst met de weerhouden kandidaat te finaliseren, beslissing zoals ter kennis gebracht aan de raadsman van verzoekende partij op 12 januari 2021.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 1 april 2021 heeft de bv Hangar 29 gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 juli 2021.

Staatsraad Stephan De Taeye heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Joost Bosquet, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Simon Verhoeven, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Maarten van den Nieuwenhuijzen, die *loco* advocaat Sven Vernaillen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Ines Martens 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 verwerende partij is eigenaar van de Waagnatieloods, gelegen aan de Rijnkaai 28/29 te Antwerpen.

3.2. In zitting van 2 maart 2020 beslist het directiecomité van de verwerende partij om de lopende domeinconcessieovereenkomst met de bv Hangar 29 betreffende de Waagnatieloods voor een laatste maal beperkt te verlengen tot 30 november 2021. Daarnaast geeft het directiecomité de opdracht om een oproep voor een nieuwe tijdelijke concessie uit te werken. Daartoe publiceert de verwerende partij een bundel met informatie omtrent de toe te wijzen domeinconcessie.

De looptijd van de domeinconcessie wordt bepaald op 5 jaar, eventueel verlengbaar met maximaal 5 jaar, met aanvang vanaf 1 december 2021.

3.3. Met betrekking tot de beoordeling van de biedingen vermeldt de informatiebundel:

“BEOORDELING

Natuurlijke personen kunnen zich niet kandidaat stellen. Enkel rechtspersonen worden aanvaard als kandidaat-concessiehouder. Een kandidaat-concessiehouder kan alleen of als team een kandidatuur indienen.

De solvabiliteit en de liquiditeit van kandidaten wordt globaal beoordeeld op basis van de jaarrekeningen van de laatste drie afgesloten boekjaren. Daarnaast wordt een verklaring voorgelegd van de financiële instelling en/of bedrijfsrevisor waarin wordt verklaard dat:

- De kandidaat in staat wordt geacht om dit soort project financieel te dragen;
- De kandidaat voldoende kredietwaardig wordt geacht voor de realisatie van het vooropgestelde project.

Bij de beoordeling van de kandidaturen houdt AG VESPA rekening met onderstaande criteria. De voorstellen moeten voor elk van de criteria minimaal de helft van het puntentotaal behalen.

1. Projectvoorstel en businessplan (50%)

Het is de wens van AG VESPA en de stad Antwerpen dat de activiteiten en evenementen bijdragen aan het versterken van de aantrekkelijkheid van de omliggende Montevideowijk en het Eilandje en de relatie tussen de Schelde, de kaaizones en het achterliggend stadsdeel versterken.

Het voorstel van de kandidaat-concessiehouder bevat volgende aspecten:

- De kandidaat-concessiehouder geeft zijn visie weer op de bestemming en het gebruik van de Waagnatieloods en de omliggende kaaivlakte binnen het concessie terrein. De kandidaat-concessiehouder beschrijft welke activiteiten en evenementen worden gepland en op welke manier de activiteiten bijdragen aan de uitbouw van een evenwichtig, gevarieerd, aantrekkelijk en economisch haalbaar project binnen de looptijd van de concessieovereenkomst. De kandidaat-concessiehouder heeft bijzondere aandacht voor de wijze waarop het gebruik van het noordelijke deel van het concessie terrein, ter hoogte van de Kattendijksluis, zal kunnen worden ingepast in het project;
- De kandidaat-concessiehouder beschrijft op welke manier de loods zal worden aangepast en ingericht;
- De kandidaat-concessiehouder toont aan op welke manier de geplande en beoogde bestemming en activiteiten passen in een bedrijfseconomisch realistisch haalbaar businessplan, rekening houdend met de looptijd van de overeenkomst en de voorgestelde concessievergoeding. Het businessplan behandelt de verdere concretisering van het project inclusief financiering en geeft een zo volledig mogelijke raming van de inkomsten en uitgaven;
- De kandidaat-concessiehouder voorziet bij het projectvoorstel een toelichting over (1) zijn visie op het gebruik van evenementenvervoerplannen, (2) de inschatting van de omvang en aard (mobiliteitsprofiel) van de geplande evenementen en activiteiten en (3) zijn plan van aanpak voor de opmaak van evenementenvervoerplannen voor de verschillende types van evenementen en activiteiten;
- Het projectvoorstel en het businessplan worden gebundeld in een nota van maximaal 10 blz. A4 of 5 blz. A3.
De beoordeling van het projectvoorstel en het businessplan zal gebeuren op basis van de volgende beoordelingscriteria:
- de wijze waarop de voorgestelde bestemming en activiteiten passen bij het specifieke karakter van de Waagnatieloods en van de nabije omgeving;
- de wijze waarop zal worden omgegaan met het gebruik van de aanpalende kaaivlakte en de kop ter hoogte van de Kattendijksluis en de bijdrage aan het publiek functioneren van de kaaivlakte;
- het publieke karakter, de kwaliteit en de variatie in de voorgestelde bestemming en activiteiten;
- de impact van de activiteiten op de omgeving en de wijze waarop zal worden omgegaan met het beperken van overlast en hinder voor de omgeving met in het bijzonder het vermijden van geluids- en parkeerhinder;
- de wijze waarop de Waagnatieloods aangepast en ingericht zal worden;
- de haalbaarheid en de realiteitszin van het voorgestelde businessplan en het plan van aanpak;

2. Financieel voorstel (40%)

De minimale concessievergoeding bedraagt 150.000 euro, exclusief btw, en is jaarlijks indexeerbaar.

De score (X) voor het financieel voorstel wordt berekend op basis van volgende formule:

$X = A + (A \times B) / C$ waarbij:

A = de helft van het maximum aan te behalen punten

B = de ingediende vergoeding

C = de hoogste aangeboden vergoeding

Voorstellen met een aangeboden vergoeding onder de minimumvergoeding komen niet voor toewijzing in aanmerking.

3. Deskundigheid en relevante ervaring (10%)

De kandidaat toont de relevante kennis en ervaring aan die nodig zijn om de geplande bestemming en exploitatie van de loods tot stand te brengen.”

3.4. De volgende vier kandidaten dienen een bieding in:

- Hangar 29 bvba;
- Music Hall Group;
- Let's Think bv (de verzoekende partij);
- Beverly Food & Beverage bv, Kollektiv Productions bvba, Congé bv.

3.5. Op 29 oktober 2020 worden de biedingen een eerste keer door de jury onderzocht, waarna aan elke bidder enkele vragen worden gesteld. Alle kandidaten bezorgen hun schriftelijke antwoorden, waarna elke bidder de mogelijkheid krijgt om het voorstel mondeling toe te lichten aan de jury.

3.6. Op 8 december 2020 stelt de jury een verslag op met betrekking tot de vergelijking van de biedingen. De eindconclusie van dit verslag luidt:

“Het conformiteitsonderzoek en de inhoudelijke beoordeling van de biedingen geven het puntentotaal zoals hieronder in de overzichtstabel opgenomen:

Nr.	kandidaat	Projectvoorstel en businessplan	Financieel voorstel	Deskundigheid en relevante ervaring	totaal
1	Hangar 29 bvba	43	35	9	87
2	Music Hall group	39	37	8	84
3	Let's Think bv	36	40	8	84
4	Beverly Food & Beverage bv Kollektiv Productions bvba Congé bvba	36	30	8	74

Er wordt voorgesteld om de domeinconcessie betreffende de Waagnatieloods toe te wijzen aan kandidaat 1.”

3.7. Op 14 december 2020 keurt de verwerende partij het juryverslag goed en kent zij de domeinconcessie toe aan de bv Hangar 29.

Dit is de bestreden beslissing.

Bij e-mailbericht van 7 januari 2021 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden beslissing.

Op 12 januari 2021 deelt de verwerende partij de bestreden beslissing, met als bijlage het integrale juryverslag, mee aan de raadsman van de verzoekende partij.

IV. Tussenkoms

4. De bv Hangar 29 heeft er als begunstigde van de bestreden beslissing belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd worden.

V. Schorsingsvoorwaarden

5. Krachtens artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de schorsing van de tenuitvoerlegging slechts worden bevolen onder de dubbele voorwaarde dat de zaak te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring en indien minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden.

VI. Ernst van de middelen

A. Eerste middel

Het aangevoerde middel

6.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel “zoals neergelegd in art. 10 en 11 G.W., en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel”, het “*patere legem beginsel*”, het “materiële motiveringsbeginsel” en de formelemotiveringsplicht “zoals neergelegd” in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ (hierna: de motiveringswet). Tevens voert zij de “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag” aan en “machtsoverschrijding”.

6.2. Zij zet uiteen dat de algemene beoordelingscriteria een “daadwerkelijke beoordelingsbevoegdheid” inhouden aangaande (i) de hoedanigheid van de inschrijver (rechtspersoon of samenwerkingsverband) en (ii) de solvabiliteit en liquiditeit van de kandidaat binnen een globale beoordeling op basis van de jaarrekeningen van de laatste drie afgesloten boekjaren. Het is pas “secundair en ‘daarnaast’” dat een verklaring wordt voorgelegd van de financiële instelling en/of bedrijfsrevisor die bevestigt dat (i) de kandidaat in staat wordt geacht om dit soort project financieel te dragen en dat (ii) de kandidaat voldoende kredietwaardig wordt geacht voor de realisatie van het vooropgestelde project.

Nochtans bevatten noch de bestreden beslissing noch het juryverslag “geëxpliciteerde motieven” omtrent de beoordeling van de hoedanigheid en de financiële betrouwbaarheid van de kandidaten, voorafgaand aan de toetsing van de bijzondere beoordelingscriteria. Het is daarom niet mogelijk om na te gaan of de gekozen inschrijver individueel dan wel als samenwerkingsverband van drie vennootschappen heeft ingeschreven, of deze alle voldeden aan de individueel van toepassing zijnde regelmatigheidsvereisten en op welke wijze de globale beoordeling van de liquiditeit en solvabiliteit heeft plaatsgevonden.

Tot slot merkt de verzoekende partij op dat de gekozen kandidaat niet kan voorhouden zich als enige rechtspersoon in te schrijven om dan vervolgens, voor de beoordeling van zijn liquiditeit en solvabiliteit, een beroep te doen op de zogenaamde geconsolideerde cijfers van drie verbonden vennootschappen, zonder dat wordt nagegaan hoe deze kandidaat op de financiële middelen van deze verbonden vennootschappen een beroep kan doen. Het gebrek aan globale beoordeling van de solvabiliteit en liquiditeit ten aanzien van de juiste hoedanigheid en persoon van de gekozen kandidaat maakt dat een ongeoorloofd onderscheid in behandeling voorligt en dat er “aan de gekozen inschrijver een beoordeling werd toegestaan waartoe zijn kandidatuur bij gebrek aan gezamenlijke inschrijving en/of onderlinge verbintenissen niet [...] kon strekken”. Er wordt een ongeoorloofd onderscheid in behandeling gemaakt ten aanzien van een inschrijver die zich alleen verbindt en die wel alle vormvereisten en verbintenisvereisten correct naleeft “en waarbij het zich alleen verbinden als een bijkomend risico wordt beschouwd bij de beoordeling van diens kandidatuur”.

Beoordeling

7.1. Op grond van de onder randnummer 3.3 vermelde bepalingen van de informatiebundel lijkt een onderscheid te moeten worden gemaakt tussen, enerzijds, het onderzoek naar de solvabiliteit en de liquiditeit van de kandidaat en, anderzijds, de kwaliteit van het voorgestelde project en businessplan met inbegrip van de financiering in het kader van het eerste criterium “Projectvoorstel en businessplan”.

7.2. Met betrekking tot de solvabiliteit en de liquiditeit diende de kandidaat een verklaring voor te leggen van een financiële instelling en/of bedrijfsrevisor waaruit blijkt dat de kandidaat in staat is om dit soort project financieel te dragen en voldoende kredietwaardig wordt geacht voor de realisatie van het voorgestelde project. Tevens wordt in de informatiebundel vermeld dat de verwerende partij de solvabiliteit en liquiditeit zal beoordelen op basis van de jaarrekeningen van de laatste drie afgesloten boekjaren van de kandidaat.

In het juryverslag wordt met betrekking tot het onderzoek naar de solvabiliteit en liquiditeit van de kandidaten het volgende vermeld:

“ Materiële vormvereisten

Minimale eisen

- Geen natuurlijke personen/enkel RP
- Solvabiliteit en liquiditeit: op basis van de jaarrekeningen van de laatste 3 afgesloten boekjaren
- Verklaring van de financiële instelling en/of bedrijfsrevisor waarin wordt verklaard dat:

- o De kandidaat in staat wordt geacht om dit soort project financieel te dragen;

- o De kandidaat voldoende kredietwaardig wordt geacht voor de realisatie van het vooropgestelde project

Er werd onderzocht of de biedingen materieel conform zijn. De solvabiliteit en liquiditeit van de kandidaten werden beoordeeld.

Er werden geen onregelmatigheden vastgesteld. Alle offertes zijn regelmatig.”

Met betrekking tot de beoordeling van het eerste criterium “Projectvoorstel en businessplan” wordt voor wat betreft “de haalbaarheid en de realiteitszin van het voorgestelde businessplan en het plan van aanpak” aangaande het project van de gekozen kandidaat vermeld:

“Net als de andere kandidaten kan deze kandidaat een behoorlijke historiek inzake events en reca voorleggen. Ook de algemene financiële kwaliteit van het businessplan is zeer behoorlijk.

De kandidaat heeft activiteiten in drie vennootschappen opgesplitst en de vennootschap Hangar 29 bvba zal financieel versterkt worden door toetreding van [D.A.]. De wijze waarop deze participatie zal gebeuren, al dan niet via een kapitaalsverhoging, wordt in het voorstel evenwel niet geduid.

De geconsolideerde situatie van de 3 vennootschappen is de afgelopen jaren positief. Deze kandidaat is naar grootteorde (cfr. totale omzet, totaal eigen vermogen) de kleinste van de kandidaten, maar de grootte van de geplande investeringen is afgestemd op de financiële situatie van de kandidaat en komt realistisch voor. De kandidaat heeft een gezonde financiële balans en kan verder bouwen op het bestaande businessmodel.

De kandidaat stelt een investeringspakket van in totaal +/- 500k € voor. Daarnaast wordt er geïnvesteerd in de bouw van het nieuwe paviljoen aan de noordelijke kop. Deze investering wordt gedaan door de exploitatievennootschap (Lemon Group) van de Bocadero.

De kandidaat stelt een robuust financieel plan voor dat correct is afgestemd op de looptijd van de nieuwe concessie. De vooropgestelde omzet van 1,3 tot 1,5 mio € per jaar is afgestemd op de geconsolideerde omzet van de drie vennootschappen. Het historische omzetniveau wordt aangehouden en de

omzetstijging wordt conservatief ingeschat. De voorgestelde marge is in verhouding tot het investeringsniveau.”

7.3. Waar de verzoekende partij aanvoert dat het onderzoek van de hoedanigheid en de solvabiliteit en liquiditeit van de gekozen kandidaat niet naar behoren is gemotiveerd, moet vooreerst worden opgemerkt dat zowel uit de bestreden beslissing als uit het juryverslag *prima facie* blijkt dat de kandidaatstelling van de gekozen concessionaris werd ingediend door één rechtspersoon, te weten Hangar 29 bvba, en niet door een samenwerkingsverband van drie vennootschappen. Zowel in het juryverslag als in de bestreden beslissing worden uitdrukkelijk de kandidaten opgesomd die een bieding hebben ingediend. Voor de gekozen kandidaat is er enkel sprake van “Hangar 29 bvba”. Dit stemt overeen met de vermeldingen op het biedingsformulier gevoegd bij deze kandidatuur. Nergens in het juryverslag of de bestreden beslissing lijkt te worden aangegeven dat de kandidatuur door een samenwerkingsverband is ingediend.

Voorts wordt in het juryverslag vermeld dat de formele- en materiële vormvereisten werden nagekeken en dat alle voorstellen hieraan voldoen. Hieruit blijkt dat volgens de verwerende partij alle voorstellen aan de vereisten inzake de ondertekening en indiening van de kandidaturen voldoen, dat enkel rechtspersonen zich hebben ingeschreven en dat deze rechtspersonen de vereiste verklaring van de financiële instelling en/of bedrijfsrevisor hebben bijgevoegd. Uit de vermelding dat de solvabiliteit en de liquiditeit van de kandidaten werden beoordeeld aan de hand van de jaarrekeningen van de laatste drie afgesloten boekjaren en dat er geen onregelmatigheden werden vastgesteld, blijkt dat naar mening van de verwerende partij de kandidaten in beginsel voldoende solvabel worden geacht en over voldoende liquiditeit beschikken om voor toewijzing in aanmerking te komen.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat deze motieven haar niet in staat zouden hebben gesteld om met kennis van zaken te oordelen of het zin had zich tegen de bestreden beslissing in rechte te verweren. Zij overtuigt er *prima facie* niet van dat de verwerende partij een ruimere motivering in de bestreden beslissing diende op te nemen dan de overweging dat de

solvabiliteit en liquiditeit van de kandidaten, en dus ook van de gekozen kandidaat, werd onderzocht en dat er geen onregelmatigheden werden vastgesteld. Voorts lijkt de verzoekende partij de juistheid van deze beoordeling niet te betwisten en toont zij niet aan dat de verwerende partij met haar beoordeling de grenzen van de redelijkheid zou te buiten zijn gegaan. Verzoekster voert niet aan, laat staan dat zij aantoont, dat de klassieke ratio's inzake liquiditeit en solvabiliteit met betrekking tot de gekozen kandidaat door de verwerende partij ten onrechte als niet problematisch werden beoordeeld.

7.4. De in het middel aangevoerde omstandigheid dat er bij de beoordeling van de kandidatuur van de gekozen kandidaat wordt verwezen naar het feit dat bij de verdere exploitatie van de domeinconcessie de vennootschap Hangar 29 financieel versterkt zal worden door de toetreding van D.A., dat er een investering zal gebeuren door een verbonden vennootschap, en dat de vooropgestelde omzet voor de exploitatie “is afgestemd op de geconsolideerde omzet van de drie vennootschappen”, toont op het eerste gezicht nog niet aan dat de beoordeling van de solvabiliteit en liquiditeit van de gekozen kandidaat onrechtmatig zou zijn. De eerstgenoemde beoordeling heeft *prima facie* betrekking op de haalbaarheid en de realiteitszin van het voorgestelde businessplan en plan van aanpak voor de toekomstige exploitatie van de domeinconcessie (van het eerste criterium “Projectvoorstel en businessplan”) en niet op de solvabiliteit en de liquiditeit van de gekozen kandidaat.

7.5. Met betrekking tot de door verzoekster aangevoerde schending van het gelijkheidsbeginsel om reden dat het feit dat zij zich alleen heeft verbonden als een bijkomend risico is beschouwd geworden, dient vooreerst te worden opgemerkt dat de gekozen kandidaat zich *prima facie* eveneens als enige kandidaat heeft verbonden. Ook de solvabiliteit en de liquiditeit van de gekozen kandidaat wordt *prima facie* beoordeeld op grond van de gegevens opgenomen in haar jaarrekeningen en niet op grond van gegevens van mogelijke partners voor het project. Voor zowel de verzoekende partij als de gekozen kandidaat wordt geoordeeld dat hun individuele solvabiliteit en liquiditeit in beginsel geen probleem stelt. Er blijkt op het eerste gezicht geen sprake van een onderscheiden

gestrengheid bij de beoordeling van de solvabiliteit en de liquiditeit in hoofde van de gekozen kandidaat en de verzoekende partij.

7.6. Gelet op wat voorafgaat, toont de verzoekende partij *prima facie* geen schending van de aangevoerde rechtsregels aan.

7.7. Het middel is niet ernstig.

B. Tweede middel

Het aangevoerde middel

8. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel “zoals neergelegd in art. 10 en 11 G.W., en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel”, het “*patere legem beginsel*”, het “materiële motiveringsbeginsel”, de formelemotiveringsplicht “zoals neergelegd in” de artikelen 2 en 3 van de motiveringswet en het zorgvuldigheidsbeginsel. Tevens voert zij de “ontstentenis van de rechtens vereiste feitelijke en juridische grondslag” aan en “machtsoverschrijding”.

8.1. In een *eerste middelonderdeel* verwijst de verzoekende partij naar het beoordelingsaspect “De kandidaat-concessiehouder toont aan op welke manier de geplande en beoogde bestemming en activiteiten passen in een bedrijfseconomisch realistisch haalbaar businessplan, rekening houdend met de looptijd van de overeenkomst en de vooropgestelde concessievergoeding. Het businessplan behandelt de verdere concretisering van het project inclusief financiering en geeft een zo volledig mogelijke raming van de inkomsten en uitgaven” van het eerste criterium “Projectvoorstel en businessplan”. Zij wijst er op dat dit aspect zich onderscheidt van de “algemene beoordelingscriteria”, doordat niet de liquiditeit en solvabiliteit van de kandidaat wordt beoordeeld maar het realistisch karakter van de voorgestelde invulling van het domein dat in concessie wordt gegeven, in relatie tot het businessplan dat tevens de financierbaarheid van de voorgenomen projectinvulling raakt. Daarbij staat volgens de verzoekende partij voornamelijk het degelijk en geloofwaardig karakter

van het businessplan voorop. De globale solvabiliteit en liquiditeit “in functie tot het voorgenomen project” diende immers naar aanleiding van de algemene beoordelingscriteria te worden beoordeeld. Aan het geviseerde beoordelingsaspect wordt echter een invulling gegeven die daarmee onbestaanbaar is en die “minstens een dubbel gebruik” inhoudt met de algemene beoordelingscriteria. Bij de beoordeling van dit aspect wordt ten onrechte de solvabiliteit en de liquiditeit van de verzoekende partij opnieuw “binnengebracht”. Nochtans geldt voor alle kandidaten die aan de bijzondere beoordelingscriteria worden getoetst, dat zij een afdoende solvabiliteit en liquiditeit hebben aangetoond om het project te realiseren. Door de verzoekende partij minder goed te beoordelen op grond van “een zogenaamde analyse van de jaarrekening” doet de verwerende partij afbreuk aan de inhoud van dit “subcriterium”.

Ook is de beoordeling discriminatoir aangezien over het financieel risicoprofiel van de gekozen kandidaat niet wordt gerept. Voor deze kandidaat wordt “met de grootste flexibiliteit verwezen naar een consolidatie van activiteiten over drie vennootschappen, waarvan het geenszins duidelijk is of zij wel medecontractant zijn, zich verbonden hebben en derhalve juridisch instaan voor de betaling van de concessievergoeding en de draagkracht tot organisatie van het voorgenomen programma op het concessiedomein”. Het bestuur had het risicoprofiel van de gekozen kandidaat moeten invullen in functie van de jaarrekening van de “betrokken vennootschap kandidaat en niet ten aanzien van een geconsolideerd begrip voor een project van drie vennootschappen”. Voor de gekozen kandidaat leren de jaarrekeningen dat zij slechts een eigen vermogen heeft van 162.000 euro en slechts 399 euro aan liquide middelen heeft bij de bank. Er is een bescheiden winst van 74.834 euro in 2019 en van 87.214 euro in 2018. Uit niets blijkt een investeringscapaciteit van meer dan 1 miljoen euro, die blijkbaar toch het minimum is om ernstig in het kwestieuze pand te ondernemen. De met Hangar 29 bv verbonden vennootschap Hangar 29 Events heeft een negatief eigen vermogen waarin de gekozen kandidaat “de afgelopen 7 jaar een aanzienlijk gecumuleerd verlies heeft opgestapeld”. Lemon Group heeft een positief eigen vermogen maar weinig winst, amper 12.093 euro. De gekozen kandidaat blijkt dan ook niet de noodzakelijke financiële draagkracht te hebben om het project aan te kunnen. Er wordt een investering voorzien van 1.000.000 euro, maar het is geheel

onduidelijk hoe een en ander gefinancierd zal worden. Het juryrapport spreekt van een vereiste omzet van 1,3 à 1,5 miljoen euro “als noodzakelijk voor het project die zou zijn afgestemd op de omzet van de drie geconsolideerde vennootschappen”, maar “het is een raadsel welke vennootschappen hiervoor worden samengenomen”. Dat niet duidelijk is hoe de voorgenomen participatie van een investeerder gerealiseerd zal worden, wordt evenmin als een risico beschouwd. Voor de verzoekende partij wordt het feit dat derde investeerders bij haar ambitieus businessplan betrokken worden, zonder dat die ten aanzien van de concessiehouder gebonden zijn, als een risico beschouwd, terwijl voor de gekozen kandidaat de geconsolideerde omzetten in aanmerking worden genomen, daar waar deze derde vennootschappen evenmin daadwerkelijk gebonden zijn.

De verzoekende partij is van oordeel dat de methodologie om de deugdelijkheid van het businessplan te beoordelen “niet [werd] vastgesteld op een wijze die een objectieve en uniforme beoordeling van alle inschrijvers aan de hand van vooraf bepaalde beoordelingscriteria mogelijk [maakt]”. “Naar analogie met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake TNS Dimarso” vereist het transparantiebeginsel ook buiten de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten dat de beoordeling van de biedingen aan de hand van gewogen beoordelingscriteria inzichtelijk wordt gemaakt en dat de methode tijdig wordt vastgesteld om cliëntelisme te vermijden en “onpartijdigheid en onafhankelijkheid bij de beoordeling” te waarborgen.

8.2. In een *tweede middelonderdeel* stelt de verzoekende partij dat uit de bestreden beslissing niet blijkt op welke wijze en na toepassing van welke methode de beoordeling voor de subcriteria of beoordelingselementen “*in concreto* aanleiding heeft gegeven voor een concrete score in punten voor deze criteria”. Met betrekking tot het eerste criterium kan niet worden nagegaan hoeveel de score van elke bieder naar aanleiding van elk van de subcriteria bedraagt, “en of zij evenwaardig waren binnen de totaliteit van de waarde van 50% die aan het projectvoorstel en businessplan werd toegekend”. Het is per subcriterium ook niet duidelijk “welke aspecten tot welk relatief voordeel in hoofde van de bieding van elke inschrijver heeft geleid”, zodat niet kan nagegaan worden hoeveel punten verzoekster aan elk subcriterium of beoordelingselement heeft verloren. Dit

verhindert haar om de correctheid van het oordeel van de verwerende partij na te gaan. Bij de beoordeling van het criterium “deskundigheid en relevante ervaring” volstaat de motivering niet om te kunnen nagaan op grond van welke concrete en relevante aspecten de gekozen kandidaat een hogere score heeft toebedeeld gekregen.

Beoordeling

9.1.1. Wat het eerste middelonderdeel betreft, dient op grond van de motivering opgenomen in het juryverslag *prima facie* te worden vastgesteld dat de verwerende partij voor het eerste criterium “Projectvoorstel en businessplan” het voorstel van elke kandidaat heeft beoordeeld aan de hand van de verschillende beoordelingscriteria die in de informatiebundel werden aangekondigd. Uit deze beoordeling blijkt op het eerste gezicht dat het voorstel van de verzoekende partij voor elk van deze beoordelingscriteria minder goed gewaardeerd wordt dan het voorstel van de gekozen kandidaat.

9.1.2. Met betrekking tot het beoordelingscriterium van de haalbaarheid en de realiteitszin van het voorgestelde businessplan en plan van aanpak, wordt voor de gekozen kandidaat geoordeeld dat de algemene kwaliteit van het businessplan zeer behoorlijk is en dat het om een robuust financieel plan gaat. Er wordt opgemerkt dat de gekozen kandidaat de kleinste van de kandidaten is, maar dat de grootte van de geplande investeringen afgestemd is op de financiële situatie van de kandidaat en als realistisch wordt beoordeeld. Daarnaast wordt bij dit beoordelingscriterium ook rekening gehouden met de investeringen die zullen gedragen worden door de met de gekozen concessionaris verbonden exploitatievennootschap Lemon Group. Met betrekking tot de vooropgestelde omzet wordt tevens rekening gehouden met de geconsolideerde omzet van de drie bij de exploitatie betrokken vennootschappen, dit zijn naast de kandidaat zelf ook de exploitatievennootschappen Hangar 29 Events en Lemon Group. Volgens de kandidatuurstelling van de gekozen kandidaat zouden deze vennootschappen de site vandaag reeds exploiteren en in de toekomst blijven exploiteren. Ook lijken zij dezelfde zaakvoerders en hetzelfde adres als de gekozen kandidaat te hebben.

Met betrekking tot het voorstel van de verzoekende partij daarentegen wordt vastgesteld dat een zeer omvangrijk investeringspakket wordt voorgesteld. Daarbij wordt opgemerkt dat de ratio's op het vlak van solvabiliteit en liquiditeit volgens de klassieke parameters als onvoldoende worden beschouwd, zodat deze kandidaat met een hoger risicoprofiel wordt ingeschat. Dat de investeringen voor de uitbouw van het project en de jaarlijkse huurinkomsten mee door derde partijen worden gedragen en dat de verzoekende partij afhankelijk is van het succes van onderliggende exploitaties om de jaarlijkse concessievergoeding te kunnen afdragen, worden als belangrijke elementen in het businessplan van de verzoekende partij beschouwd.

9.1.3. Uit het juryverslag blijkt *prima facie* dat de verzoekende partij minder goed wordt beoordeeld, gelet op haar zeer omvangrijk investeringspakket en op grond van de afhankelijkheid van het succes van de onderliggende exploitaties om de jaarlijkse concessievergoeding te kunnen afdragen, in relatie tot haar hoger risicoprofiel met betrekking tot haar specifieke balanssituatie. Het komt op het eerste gezicht niet als onredelijk of anderszins onwettig voor dat bij de beoordeling van het projectvoorstel en businessplan rekening wordt gehouden met de solvabiliteit en liquiditeit van de betrokken bieder in functie van het voorgestelde investeringsplan, temeer nu het businessplan van verzoekster een zeer omvangrijk investeringspakket in verschillende deelactiviteiten lijkt te impliceren. Het gegeven dat voorafgaandelijk werd onderzocht of de kandidaten in beginsel, los van het voorgestelde businessplan, over een voldoende solvabiliteit en liquiditeit beschikken om voor de concessie in aanmerking te komen, sluit een dergelijke beoordeling *prima facie* niet uit. Het feit dat de verwerende partij in eerste instantie heeft geoordeeld dat er zich geen onregelmatigheden voordoen op het vlak van solvabiliteit en liquiditeit van de verzoekende partij, staat er op het eerste gezicht niet aan in de weg dat zij in het kader van het criterium “Projectvoorstel en businessplan” tot de vaststelling komt dat er enkele bezorgdheden te uiten zijn inzake het concrete projectvoorstel en businessplan, en verzoekster met een hoger risicoprofiel inschat. De verzoekende partij kan in de huidige stand van het geding niet gevolgd worden waar zij stelt dat de verwerende partij hierdoor een andere invulling heeft gegeven aan het aangekondigde beoordelingselement inzake de haalbaarheid van het businessplan.

9.1.4. De verzoekende partij toont *prima facie* niet aan dat de solvabiliteit of liquiditeit van de gekozen kandidaat onmogelijk als voldoende kon worden beschouwd in functie van de door haar voorziene investeringen. In dat verband verwijst de verzoekende partij weliswaar naar het eigen vermogen en de liquide middelen van de gekozen kandidaat in absolute cijfers, die naar haar mening “bescheiden” zouden zijn, maar geeft zij in haar verzoekschrift *prima facie* geen toelichting bij het belang van deze absolute waarden, daar waar een klassieke benadering van solvabiliteit en liquiditeit eerder van *ratio*’s lijkt uit te gaan, zoals op het eerste gezicht ook uit de beoordeling van de bieding van de verzoekende partij mag blijken.

9.1.5. Het investeringsprogramma van de gekozen kandidaat lijkt geringer in omvang dan het investeringsprogramma van de verzoekende partij. De situatie van de gekozen kandidaat, die voor de te verwachten omzet verwijst naar de omzet te realiseren door exploitatievennootschappen, die op het eerste gezicht als verbonden ondernemingen kunnen worden beschouwd en die op vandaag reeds betrokken lijken te zijn bij de uitbating op de betreffende locatie, is op het eerste gezicht niet gelijk te stellen met de situatie van verzoekster die voor de investeringen en de realisatie van de omzet mede verwijst naar de huur door derde partijen, waarmee *prima facie* geen enkele juridische verbondenheid wordt aangetoond en waaromtrent geen concreet engagement wordt voorgelegd.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht geen schending van het gelijkheidsbeginsel aan. *Prima facie* toont zij evenmin aan dat het oordeel van de verwerende partij dat de *ratio*’s op het vlak van haar solvabiliteit en liquiditeit volgens de klassieke parameters onvoldoende zijn, onterecht is, of dat deze beoordeling ook voor de gekozen kandidaat zou moeten gelden.

9.1.6. Waar de verzoekende partij onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake TNS Dimarso (HvJ 14 juli 2016, nr.C-6/15, nv TNS Dimarso/Vlaams Gewest) aanvoert dat het transparantiebeginsel vereist dat ook buiten de wetgeving overheidsopdrachten de beoordeling van de biedingen aan de hand van gewogen beoordelingscriteria inzichtelijk wordt

gemaakt, dient er vooreerst *prima facie* op gewezen te worden dat dit arrest betrekking heeft op de toewijzing van een overheidsopdracht en niet op de toewijzing van een domeinconcessie.

Verder kan met de verwerende partij worden vastgesteld dat zij in de informatiebundel heeft aangekondigd op basis van welke criteria de biedingen zullen worden beoordeeld en dat aan deze criteria een weging werd toegekend. Ook wordt erin aangegeven welke concrete elementen bij de beoordeling van deze criteria zullen betrokken worden. Uit het juryverslag blijkt *prima facie* dat per kandidaat een uitvoerige beschrijvende evaluatie van de beoordelingscriteria wordt gegeven, waarbij telkens melding wordt gemaakt van de beoordelingselementen die in de informatiebundel bij de beoordelingscriteria worden omschreven. Op het eerste gezicht wordt geen toepassing gemaakt van een bijzondere beoordelingsmethode, maar van een globale beoordeling aan de hand van de aangekondigde beoordelingscriteria, waarbij aan elke kandidaat voor de drie aangekondigde criteria een score wordt toegekend (zie randnummer 3.6). Een dergelijke beoordelingswijze lijkt in overeenstemming te zijn met wat in de informatiebundel wordt aangekondigd en staat op het eerste gezicht een objectieve beoordeling van de biedingen niet in de weg.

9.1.7. Het eerste middelonderdeel is niet ernstig.

9.2.1. Waar de verzoekende partij in haar tweede middelonderdeel aanvoert dat uit de motivering van de bestreden beslissing niet blijkt op welke wijze en na toepassing van welke methode de beoordeling voor alle subcriteria of beoordelingselementen *in concreto* geleid heeft tot een concrete score in punten, zij vooreerst verwezen naar hetgeen hiervoor onder randnummer 9.1.6 wordt overwogen.

In de motivering opgenomen in het juryverslag kan de verzoekende partij *prima facie* kennis nemen van de sterke en de zwakke punten van elke bieding in functie van de verschillende concrete elementen die bij de toetsing van elk beoordelingscriterium werden betrokken.

De verzoekende partij toont op het eerste gezicht niet aan dat de score die voor de aangekondigde drie criteria werd toegekend, niet in verhouding zou staan tot de weergegeven woordelijke evaluatie van elke bieding aan de hand van de concrete elementen die bij de beoordeling worden betrokken.

9.2.2. De verzoekende partij meent ten slotte dat de formele motivering ten aanzien van het derde criterium “Deskundigheid en relevante ervaring” niet laat begrijpen op grond van welke concrete en relevante aspecten van haar kandidatuur zij een score van 8/10 krijgt, terwijl de gekozen kandidaat een score van 9/10 krijgt.

Met de verwerende en de tussenkomen partij lijkt *prima facie* te moeten aangenomen worden dat de verzoekende partij niet over het vereiste belang bij deze kritiek beschikt. *Immers*, zelfs indien aan verzoekster eenzelfde score als aan de gekozen kandidaat zou worden toegekend, waar zij blijkens haar verzoekschrift recht meent op te hebben, zou dit niet tot een wijziging in de eindrangschikking leiden. De verzoekende partij beschikt in dat geval over een puntentotaal van 85/100 en de gekozen kandidaat over een puntentotaal van 87/100. Verder lijkt de aangevoerde grief op het eerste gezicht geenszins te impliceren dat aan de gekozen kandidaat drie punten minder dan aan de verzoekende partij voor het kwestieuze criterium zou moeten gegeven worden. De desbetreffende excepties zijn *prima facie* gegrond. Dat aan het derde criterium een totale waarde van 10 % wordt toegekend, waar de verzoekende ter terechtzitting op wijst, doet op het eerste gezicht niet anders besluiten. Het middel is in zoverre niet ontvankelijk.

9.2.3. Het tweede middelonderdeel is evenmin ernstig.

9.3. Het middel is in zijn geheel niet ernstig.

VII. Besluit

10. Gelet op wat voorafgaat, is er niet voldaan aan ten minste één van de voorwaarden gesteld in artikel 17, § 1, van de gecoördineerde wetten op de

Raad van State die cumulatief vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing worden toegewezen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bv Hangar 29 tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zevenentwintig juli tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Stephan De Taeye,
bijgestaan door

Frank Bontinck,

De griffier

Frank Bontinck

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Stephan De Taeye