

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 251.439 van 9 september 2021
in de zaak A. 234.329/XII-9121**

In zake: de BV LED AD
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Annelies Uytterhaegen
kantoor houdend te 9550 Hillegem
Provincieweg 477
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD NINOVE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV CITYSCREEN GROUP BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Chris Schijns, Dieter Torfs en Jef Goffings
kantoor houdend te 3600 Genk
Grotestraat 122
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 12 augustus 2021, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing, genomen door het college van burgemeester en schepenen dd. 19 juli 2021 tot het aanstellen van de firma Cityscreen Group Belgium als concessionaris voor de domeinconcessie van de locaties ter hoogte van het station en het oud stadhuis voor het plaatsen van LED schermen ter vervanging van de huidige schermen omdat deze firma de voor de stad economisch meest voordelige offerte heeft ingediend, aangezien ze de hoogste score van 91 punten op de

gunningscriteria behaal[t] en de impliciete beslissing om deze opdracht niet aan [de bv Led AD] te gunnen.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 25 augustus 2021 heeft de nv Cityscreen Group Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 september 2021, om 11.00 uur.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bo Denis, die *loco* Annelies Uytterhaegen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Charlotte Persoons, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, en advocaten Dieter Torfs en Jef Goffings, die *loco* advocaat Chris Schijns verschijnen voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Thomas Maes heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. De gemeenteraad van de stad Ninove geeft op 29 maart 2021 goedkeuring aan het in concessie geven van de locaties ter hoogte van het station en het oud stadhuis voor het plaatsen van LED schermen en aan de voorgestelde concessievoorwaarden en gunningscriteria.

De volgende gunningscriteria worden vooropgesteld: zichtbaarheid van de boodschappen (20%), kwaliteit van de schermen (50%) en gebruiksvriendelijkheid van het Content Management system (30%).

De looptijd van de concessie bedraagt vijftien jaar.

3.2. Er wordt een openbare oproep tot mededinging gepubliceerd op de stadswebsite en aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen van 21 april 2021, met als hoofding ‘Aankondiging van een concessieovereenkomst - Richtlijn 2014/23/EU – Type opdracht: diensten. Het voorwerp wordt beschreven als “Domeinconcessie voor de levering en plaatsing van twee LED-borden op het openbaar domein van de stad Ninove met het oog op de publieke en private uitbating van deze LED-borden”.

3.3. Er worden twee offertes ingediend, door de nv Cityscreen Group Belgium en door de bv LED AD.

3.4. Op 30 juni 2021 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. De offerte van de nv Cityscreen Group Belgium krijgt 91/100 punten, die van de bv LED AD 88/100 punten. Er wordt dan ook voorgesteld de concessie te gunnen aan de nv Cityscreen Group Belgium.

3.5. Op 19 juli 2021 beslist de verwerende partij om de concessie te gunnen aan de nv Cityscreen Group Belgium.

Dat is de bestreden gunningsbeslissing.

3.6. Met een schrijven van 29 juli 2021 geeft de verwerende partij kennis aan verzoekster van het feit van de gunning. Met een e-mailbericht van 4 augustus 2021 wordt de gunningsbeslissing aan verzoekster bezorgd.

IV. Tussenkoms

4. De nv Cityscreen Group Belgium blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. Vooralsnog bestaat er geen noodzaak om over de door de verwerende partij opgeworpen ontvankelijkheidsexcepties uitspraak te doen. Een onderzoek van en een uitspraak over die excepties zouden alleen nodig zijn indien de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, niet het geval is.

VI. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

6. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid slechts worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat minstens één ernstig middel wordt aangevoerd dat de nietigverklaring van de akte of het reglement *prima facie* kan verantwoorden en dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is die onverenigbaar is met de behandelingstermijn van de gewone vordering tot schorsing.

VII. Onderzoek van de uiterst dringende noodzakelijkheid

Uiteenzetting van de uiterst dringende noodzakelijkheid

7. Verzoekster betoogt dat vaststaat dat onderhavig dossier te spoedeisend is voor een behandeling ervan in een beroep tot nietigverklaring. Zij wijst erop dat de concessie inmiddels is gegund, waardoor de gekozen inschrijver zijn LED-schermen zal plaatsen, dat indien de bestreden beslissing naderhand nietig wordt verklaard, deze terug zullen moeten worden weggehaald met alle financiële gevolgen van dien en dat zij zelf in tussentijd inkomsten misloopt.

Volgens verzoekster is te dezen evenwel ook de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: rechtsbeschermingswet) van toepassing. Krachtens artikel 15, eerste lid, van die wet kan de uitvoering van de thans bestreden gunningsbeslissing worden geschorst in aanwezigheid van een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid, en wordt overeenkomstig datzelfde artikel de vordering tot schorsing voor de Raad van State uitsluitend ingesteld volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

Beoordeling

8. Het vereiste van spoedeisendheid, waarvan verzoekster gewag maakt, betreft een voorwaarde waarvan het vervuld zijn, mits tevens een ernstig middel wordt aangevoerd, kan leiden tot een schorsing van de bestreden beslissing volgens de ‘gewone’ schorsingsprocedure (artikel 17, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State). De schorsingsprocedure ‘bij uiterst dringende noodzakelijkheid’, waarvoor verzoekster thans opteert, impliceert evenwel een nog zwaardere bewijslast, in die zin dat zij ervan dient te overtuigen dat zelfs een gewone schorsingsprocedure te laat zou komen om haar voor het gevreesde nadeel te behoeden (artikel 17, § 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State).

De Raad van State heeft in zijn rechtspraak met betrekking tot het vereiste van de uiterst dringende noodzakelijkheid al zo vaak eraan herinnerd dat de toepassing van de schorsingsprocedure ‘bij uiterst dringende noodzakelijkheid’ een ernstige verstoring teweegbrengt in het normale verloop van de rechtspleging voor de Raad van State, dat ze de mogelijkheden tot onderzoek van de zaak tot een strikt minimum beperkt en de uitoefening van de rechten van verdediging van de verwerende partij aanzienlijk in het gedrang brengt. De aanwending van die procedure moet dan ook zeer uitzonderlijk blijven. Ze mag slechts worden aangewend indien door de verzoekende partij op een duidelijke en onomstootbare wijze wordt aangetoond dat de zaak uiterst dringend is.

Verzoekster slaagt niet in die bewijslast.

Een financieel nadeel, het enige wat verzoekster te dezen aanvoert, is in beginsel herstelbaar. Het mislopen van inkomsten in de tussentijd verantwoordt op zich dus niet de spoedeisendheid, tenzij de verzoekende partij concreet kan aantonen hierdoor in een zodanige penurie terecht te komen, dat zij de normale afloop van de procedure niet kan afwachten – bewijs dat verzoekster in deze zaak alvast niet eens poogt te leveren. Voor zover zij betoogt dat er ook financiële gevolgen zijn in geval de bestreden beslissing wordt nietig verklaard en de schermen geplaatst door de tussenkomenende partij zullen moeten worden weggehaald, valt niet in te zien waarom zij die kosten zou moeten dragen.

9. Verzoekster doet daarnaast beroep op artikel 15 van de rechtsbeschermingswet, waarbij de Raad van State de uitvoering van de bestreden beslissing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan schorsen “zonder dat het bewijs van spoedeisendheid is vereist”.

De loutere bewering dat te dezen de rechtsbeschermingswet van toepassing is, zonder onderbouwde uiteenzetting, kan niet worden gevolgd.

9.1. Doorheen de procedure is in de verscheidene documenten sprake van een domeinconcessie, dan weer een concessie voor diensten.

Het voorwerp van de voorliggende plaatsingsprocedure lijkt op het eerste gezicht niet een domeinconcessie te zijn. De toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein, element dat kadert in een domeinconcessie, lijkt weliswaar een noodzakelijk doch slechts een ondergeschikt onderdeel van de overeenkomst.

Met de verwerende partij lijkt op het eerste gezicht te mogen worden vastgesteld dat hier een concessie voor diensten in de zin van artikel 2, 7°, b), van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake de concessieovereenkomsten’ (hierna: concessiewet) voorligt. Dit lijkt in het bijzonder af te leiden uit het artikel 6 van de concessieovereenkomst luidens hetwelk de zendtijd tussen de partijen volledig evenredig is verdeeld, zijnde 50% publieke boodschappen en 50% commerciële boodschappen in te vullen door de concessionaris, die aldus daaruit zijn inkomsten haalt en bijgevolg ook het exploitatierisico draagt, wat overigens kenmerkend lijkt

om een concessie voor diensten te onderscheiden van een overheidsopdracht. Dat de verwerende partij, onder meer in de hoofding van de bestreden beslissing, heeft verwezen naar de term “overheidsopdrachten”, lijkt dan ook te mogen worden beschouwd als een materiële vergissing, en lijkt niet van aard het voorwerp van de plaatsingsprocedure te doen herkwalficeren.

9.2. Overeenkomstig artikel 28 van de rechtsbeschermingswet is “dit hoofdstuk” – waaronder artikel 31 dat onder meer het voornoemde artikel 15 op de (opdrachten en) concessies onderworpen aan de bepalingen van dit hoofdstuk toepasselijk maakt – van toepassing (op de opdrachten die ressorteren onder de wet inzake overheidsopdrachten of) op de concessies die onder de wet betreffende de concessies vallen en die het vastgestelde bedrag voor de Europese bekendmaking niet bereiken.

Wat de concessies voor diensten betreft, is evenwel de concessiewet, overeenkomstig artikel 3, tweede lid, ervan, in beginsel enkel van toepassing op de concessies met een waarde die gelijk is aan of hoger is dan de door de Koning bepaalde drempel, waarbij de in aanmerking te nemen waarde de geraamde waarde is zoals bedoeld in artikel 35. Deze drempel, bepaald in artikel 4, eerste lid, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’, bedraagt thans 5.350.000 euro.

Volgens de verwerende partij wordt de waarde van de concessie geraamd op 293.425 euro (btw inbegrepen), voor de volledige duurtijd van vijftien jaar.

Ter zitting heeft verzoekster deze raming niet tegengesproken, noch heeft zij enig inhoudelijk argument bijgebracht om de uiteenzetting in de nota van de verwerende partij dat de concessiewet en bijgevolg de rechtsbeschermingswet niet van toepassing is, te weerleggen.

9.3. Op grond van wat hiervóór is aangebracht, is de Raad van State niet bij machte om op het eerste gezicht en in het kader van een uiterst dringende procedure decisief te beslissen dat de voormelde rechtsbeschermingswet, die

bijzondere voorwaarden stelt aan schorsingsvorderingen, te dezen van toepassing zou zijn.

De omstandigheid dat in de brief ter kennisgeving van de bestreden gunningsbeslissing aan verzoekster, uitdrukkelijk wordt verwezen naar de rechtsbeschermingswet, en in het bijzonder naar voormeld artikel 15 ervan, heeft verzoekster gewis op het verkeerde spoor gezet, doch verleent haar daarom nog niet het recht op de aldaar gestelde waarborgen. Dat deze omstandigheid aanleiding zou kunnen geven tot het leggen van de kosten voor de voorliggende procedure ten laste van de verwerende partij, doet niet anders oordelen.

Besluit

10. Er is niet voldaan aan de besproken schorsingsvoorwaarde. Die vaststelling volstaat om de vordering af te wijzen.

VIII. Kosten

11. Het is passend, gelet op de gelijktijdig ingediende vordering tot nietigverklaring en het daaropvolgende nog noodzakelijke procedureverloop, de kosten, de gevorderde rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Cityscreen Group Belgium tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van negen september tweeduizend eenentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Patricia De Somere,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

staatsraad, waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Patricia De Somere