

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.008 van 13 maart 2023
in de zaak A. 238.383/XII-9338**

In zake: de BV CLEAR CHANNEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Virginie Dor en Youri Musschebroeck
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpssteenweg 178
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de STAD ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bob Martens, Matthias Stinissen en Tatyana
Lebedeva
kantoor houdend te 1000 Brussel
Wolstraat 70
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV JCDECAUX BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Thomas Fiers
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
Beneluxpark 27B
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 13 februari 2023, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van de stad Antwerpen van 27 januari 2023 om de opdracht ‘GAC_2022_02109 - Concessie voor exploitatie, onderhoud en aanverwante dienstverlening van publicitaire ruimte in stadsborden’ te gunnen aan “JCDecaux”, en dus niet aan de nv Clear Channel Belgium.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 22 februari 2023 heeft de nv JCDecaux Belgium gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 28 februari 2023.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Youri Musschebroeck, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Matthias Stinissen en Tatyana Lebedeva, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Sofie Logie, die verschijnt 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. Het college van burgemeester en schepenen van de stad Antwerpen keurt op 23 september 2022 het bestek GAC_2022_02109 goed, voor een concessie voor de exploitatie, het onderhoud en de aanverwante dienstverlening van publicitaire ruimte in stadsborden. Het beslist eveneens om hiervoor een *sui generis* procedure met voorafgaande bekendmaking uit te schrijven.

- 3.2. De concessie wordt nationaal en Europees bekendgemaakt.
- 3.3. Het bestek omschrijft onder punt I het voorwerp van de concessie als volgt:

“Deze concessie heeft betrekking op het exploiteren van publicitaire ruimte in stadsborden op het openbare domein van de stad Antwerpen. De concessiehouder voorziet daarbij zelf in de infrastructuur en in het onderhoud en herstel van betreffende infrastructuur. De aanbestedende overheid bepaalt de locaties waar de publicitaire ruimte voorzien is. Bij al dan niet tijdelijke wijzigingen aan deze locaties, geeft de aanbestedende overheid de nodige instructies omtrent de locatiewijzigingen door aan de concessiehouder, die op zijn beurt zorgt voor de nodige infrastructuuraanpassingen.

In deze concessie zitten naar vermoedelijke hoeveelheid 150 locaties voor stadsborden met publicitaire ruimte vervat, verspreid over Antwerpen en haar districten. Van dit totale geheel zullen er vermoedelijk 15 digitaal zijn en 135 analoog. Meer details leest u in de technische bepalingen.”

In de technische bepalingen, onder punt V.1, ‘Situering van de opdracht’, wordt daaraan het volgende toegevoegd:

“Binnen de stad Antwerpen en haar districten willen we een netwerk aan locaties beschikbaar stellen voor stadsborden met publiciteitsruimte. Momenteel zijn alle stadsborden op het openbaar domein in Antwerpen en haar districten volledig analoog. Omdat de Stad graag mee wil met de vernieuwingen op de markt, wil ze naast analoge publicitaire ruimte ook digitale publicitaire ruimte op het openbare domein voorzien. Daarnaast zal er, gezien de nood om ook de burger via dit netwerk te voorzien van informatie, een gedeelte van de publiciteitsruimte gereserveerd worden voor overheidscommunicatie.

De concessie heeft betrekking op het exploiteren van publicitaire ruimte op het openbare domein van de stad Antwerpen. De concessiehouder voorziet daarbij zelf in de infrastructuur en in het onderhoud en herstel van betreffende infrastructuur. Daarnaast zorgt de concessiehouder voor de nodige verwijderingen en plaatsingen van deze infrastructuur wanneer de aanbestedende overheid hiertoe opdracht geeft.

In deze concessie zitten naar vermoedelijke hoeveelheid 150 locaties voor stadsborden vervat, verspreid over Antwerpen en haar districten, waarvan vermoedelijk een 15-tal locaties voor digitale publicitaire ruimte en 135 voor analoge publicitaire ruimte. Binnen deze overeenkomst zal naar waarschijnlijkheid worden voorzien in stadsborden aan een aantal metro-ingangen, waarbij (door de aanbestedende overheid in samenwerking met De Lijn en haar partners) één kant voorzien wordt van digitale reizigersinformatie.”

Volgens punt V.9 van het bestek bedraagt de looptijd van de concessie 96 maanden (of 8 jaar).

Onder punt III.12 van het bestek worden de volgende twee gunningscriteria opgenomen:

- 1) Concessieretributie per jaar op 85 punten;
- 2) Duurzaamheid, MVO & transport op 15 punten.

Het bestek regelt bijzonder uitvoerig de retributie die de concessiehouder dient te betalen aan de aanbestedende overheid:

“III.4. Retributie door de concessiehouder

De concessie gaat gepaard met de betaling van een jaarlijkse retributie vanwege de concessiehouder aan de aanbestedende overheid, die bestaat uit:

- een door de inschrijver in zijn offerte aangeboden retributie per analoge locatie per jaar
 - o een analoge locatie is een locatie voor een stadsbord met enkel analoge publicitaire ruimte (zij het vast of scrollend) in overeenkomst met IV.3 Publiciteit (Eigenschappen en voorwaarden);
- een door de inschrijver in zijn offerte aangeboden retributie per digitale locatie per jaar:
 - o een digitale locatie is een locatie voor een stadsbord met digitale publicitaire ruimte, al dan niet gecombineerd met analoge publicitaire ruimte (zij het vast of scrollend) in overeenkomst met IV.3 Publiciteit (Eigenschappen en voorwaarden). Van zodra 1 kant digitale publicitaire ruimte voorziet, wordt het volledige bord als digitale locatie beschouwd.

De retributie wordt gerekend per locatie, onafhankelijk van het aantal mogelijke boodschappen. Er is voor de retributieprijzen enkel het onderscheid tussen een locatie waar digitale reclame mogelijk is, en een locatie waar enkel analoge reclame mogelijk is. Het aantal analoge zijden of een al dan niet dubbelzijdig digitaal scherm spelen hierbij geen rol. De concessiehouder houdt er eveneens rekening mee dat sommige locaties minder interessant zijn om reclame te voeren dan andere. Er wordt daarin geen onderscheid gemaakt in de retributieprijzen per locatie.

De inschrijver houdt bij de berekening van de concessieretributie rekening met de volgende zaken:

Vermoedelijke hoeveelheden

De concessie heeft naar vermoedelijke hoeveelheid betrekking op 150 locaties, waarvan vermoedelijk 135 analoog en 15 digitaal. In bijlage VII.7 Voorlopige locatielijst is een lijst opgenomen met locaties voor analoge

locaties. Deze is nog niet definitief en een geactualiseerde lijst, waarin ook de digitale locaties zijn opgenomen, zal worden meegegeven bij het aanvangsbevel voor het plaatsen van de stadsborden bij start van de concessie. De uiteindelijke beslissing voor het (al dan niet tijdelijk) plaatsen of verwijderen van een stadsbord, zij het op analoge of digitale locaties, ligt bij de aanbestedende overheid. De concessiehouder kan hierin wel voorstellen meegeven voor de digitale locaties. De aanbestedende overheid kan deze in beraad nemen, maar is niet verplicht om op deze suggesties in te gaan;

Wijze van berekening en betaling

Er dient jaarlijks retributie betaald te worden voor elke locatie die werd opgenomen in de inventaris, die telkens zal worden opgemaakt op de jaarvervaldag van de concessie en die alle locaties bevat die de concessiehouder ter beschikking heeft voor een stadsbord met publicitaire ruimte volgens betreffende inventaris.

De retributie wordt berekend en betaald naar de voorwaarden en bepalingen onder IV.15 Betaling en betalingstermijn.

Tijdelijke onbeschikbaarheid

De concessiehouder houdt rekening met het feit dat locaties soms tijdelijk door de aanbestedende overheid op onbeschikbaar kunnen worden gezet n.a.v. wegenwerken en/of wijziging van het wegtracé of op vraag van het gewest, ... (niet limitatief) en dat hij daar geen compensatie voor ontvangt gezien de retributie steeds wordt berekend op de inventaris van beschikbare locaties op de jaarvervaldag van de concessie.

De concessiehouder mag in zulke gevallen wel een tijdelijk alternatieve locatie voorstellen. Een voorstel tot alternatieve locatie dient steeds de schriftelijke goedkeuring van de aanbestedende overheid te verkrijgen alvorens deze mag uitgevoerd worden.

Gezien deze bewegingen op vraag van de concessiehouder gebeuren, zal het plaatsen en opnieuw verwijderen op een tijdelijke alternatieve locatie op kosten van de concessiehouder gebeuren. De verwijdering vanop de originele locatie en de uiteindelijke plaatsing op dezelfde of nieuwe locatie zoals gevraagd door de aanbestedende overheid worden wel gezien als 2 prestaties die de concessiehouder mag verrekenen aan de aanbestedende overheid, naar de bepalingen omschreven onder IV. 11 Prestaties en onder IV.15 Betaling en betalingstermijn.

Indien een locatie definitief niet meer beschikbaar wordt gesteld door de aanbestedende overheid, dan zal deze vanaf de eerstvolgende jaarlijks retributieberekening niet meer worden meegerekend in de inventaris, tenzij op deze locatie alsnog reclame wordt gevoerd. Er worden geen bedragen in mindering gebracht voor de periode van onbeschikbaarheid die ligt vóór de eerstvolgende retributieberekening.

Exploitatiekosten

De concessiehouder voert op zijn kosten alle nodige herstellingen en onderhoud uit teneinde de uitrustingen (stadsbord en onderdelen) in perfecte staat van gebruik en netheid te houden gedurende de hele overeenkomst, inclusief vervanging van verouderde onderdelen indien de

te verwachten levensduur van dit onderdeel korter is dan de levensduur van het stadsbord.

Als het onderhoud en de instandhouding ernstige technische of juridische problemen stelt voor de concessiehouder, kan deze aan de aanbesteder de toelating vragen om het desbetreffend stadsbord in zijn geheel te vervangen. Bij een dergelijke vervanging moet de concessiehouder een expliciet akkoord hebben van de stad om te vervangen door een nieuw stadsbord. Dergelijke vervanging is op kosten van de concessiehouder.

Voor de digitale stadsborden voorziet de concessiehouder op zijn kosten dat vóór de start van het vijfde concessiejaar de digitale schermen door een nieuw, moderner en meer up to date digitaal scherm vervangen zijn. De schermen zijn derhalve nooit ouder dan 4 jaar, maar het stadsbord zelf waarin het scherm is aangebracht kan wel ouder dan 4 jaar zijn. Bij stadsborden die in het tweede, derde of vierde concessiejaar nieuw werden geplaatst mag de vervanging van de schermen worden uitgesteld totdat de schermen de maximale leeftijd van 4 jaar hebben bereikt.

De concessiehouder staat zelf in voor alle kosten die met de exploitatie van de stadsborden gepaard gaan, met uitzondering van de door te rekenen kosten voor prestaties, zoals beschreven in IV.11 Prestaties: plaatsing en verwijdering, waarvoor de concessiehouder recht heeft op betaling vanwege de aanbestedende overheid n.a.v. uitdrukkelijke vraag van de concessiegever.

Voorbeelden van kosten ten laste van de concessiehouder (niet limitatief)

- Vervangonderdelen zijn ten laste van de concessiehouder. Bijvoorbeeld bij glasbreuk.
- Administratief beheer, documentatie, secretariaat, douanekosten, personeelskosten,...
- Alle mogelijke kosten die voortvloeien uit onderhoud van de stadsborden. Dit gaat over kosten van wisselstukken van de stadsborden inclusief de innovatieve onderdelen, reinigingskosten, brandstofverbruik, ...
- Alle mogelijke energiekosten die voortvloeien uit gebruik, inclusief aansluitingskosten etc.
- Belastingen en taksen.
- Downtime van digitale borden indien de betreffende locaties door de aanbestedende overheid ter beschikking werden gesteld aan de concessiehouder en er van de kant van de concessiegever geen obstakels zijn voor het publiceren van digitale reclame, zijn op risico van de concessiehouder.
- Bijkomende lasten en kosten die voortvloeien uit plaatselijke en topografische eigenschappen van de omgeving, de aard van de ondergrond en de aard van de bestaande bestrating.
- Bekomen van alle mogelijke vergunningen en toelatingen om werken te mogen uitvoeren in de stad, voorzien van signalisatie en de nodige omleiding bij de werken. Dit geldt evenzo voor de nodige vergunningen en toelatingen binnen het gewest.
- Aansluitingen en verbruik elektriciteit, ...

- De bevoorrading, opslag, laden en lossen en recyclage van materiaal.
- De reiniging en de herstelling, tot voldoening van de leidend ambtenaar, van de plaatsen van uitvoering van de werkzaamheden na elke prestatie, zelfs gedeeltelijk, van deze opdracht.
- Alle lasten en kosten (inclusief gebruiksrechten en vergoedingen aan derden) naar aanleiding van het contract zijn ten laste van de concessiehouder.
- Het stockeren van de stadsborden en de betreffende kosten.
- De concessiehouder is BTW verschuldigd (21%) op het retributiebedrag.
- ...

Meer informatie vindt u terug in de contractuele bepalingen van dit bestek.
Minder interessante locaties

De concessiehouder houdt er rekening mee dat sommige locaties mogelijks minder interessant zijn om reclame te voeren dan andere. Er wordt hierin geen onderscheid gemaakt in retributie, alsook geen tegemoetkoming voorzien.

Overheidscommunicatie

De concessiehouder is gehouden om van alle publicitaire ruimte een gedeelte permanent ter beschikking te stellen voor stadscommunicatie, zowel bij analoge als digitale stadsborden, naar de bepalingen vermeld in IV.3 Publiciteit. Er wordt voor de overheidscommunicatie geen vermindering in retributie toegelaten, gezien elk stadsbord zowel voor reclame als voor overheidscommunicatie is voorzien.

Metro-ingangen

Binnen deze overeenkomst zal naar waarschijnlijkheid worden voorzien in stadsborden aan een aantal metro-ingangen, waarbij (door de aanbestedende overheid in samenwerking met De Lijn en haar partners) één kant voorzien wordt van digitale reizigersinformatie. De inschrijver dient in zijn offerte uitvoeringstekeningen (ontwerp) ter illustratie van de mogelijkheden voor de gedeelde constructies op deze locaties te voorzien, conform de Technische bepalingen. De uiteindelijke uitvoeringstekeningen zullen verder worden uitgewerkt in afstemming met De Lijn/ haar eventuele partners en de aanbestedende overheid, waarbij steeds de uiteindelijke goedkeuring nodig is van de aanbestedende overheid op de definitieve uitvoeringstekeningen en ontwerpen. Alle kosten voor het opmaken van dat ontwerp, alsook uitvoeringstekeningen en uiteindelijke uitvoering, zijn voor de inschrijver/concessiehouder.”

3.4. Twee ondernemingen dienen een offerte in, met name de bv Clear Channel Belgium en de nv JCDecaux Street Furniture Belgium.

3.5. Er vinden onderhandelingen plaats tussen de verwerende partij en de inschrijvers, waarna beide inschrijvers een aangepaste offerte indienen.

3.6. Op 21 december 2022 wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. Beide inschrijvers worden geselecteerd en beide offertes worden regelmatig bevonden. Na toetsing aan de gunningscriteria komt de verwerende partij tot de volgende finale rangschikking van de offertes:

Concessie voor de exploitatie, onderhoud en aanverwante dienstverlening van publicitaire ruimte in stadsborden			
Naam	Prijs (85 ptn)	Duurzaamheid, MVO & transport (15 ptn)	Totaal/som
JCDecaux	85,00	12,00	97,00
Clear Channel	41,89	13,00	54,89

Er wordt dan ook voorgesteld om de concessie te gunnen aan de nv JCDecaux Street Furniture Belgium.

3.7. Op 27 januari 2023 beslist het college van burgemeester en schepenen, verwijzend naar het gunningsverslag, om de concessie te gunnen aan de nv JCDecaux Street Furniture Belgium.

Dit is de bestreden beslissing.

De beslissing bevat onder meer de volgende motieven:

“Financiële gevolgen

Ja

Algemene financiële opmerkingen

De onkosten voor prestaties van verplaatsingen van borden betreffen een uitzonderlijke kost. Per jaar zijn 20 prestaties voor verwijdering/herplaatsing van borden ingerekend in de concessievergoeding. De kost wordt pas aangerekend vanaf een 21ste prestatie in 1 jaar en dan nog enkel indien de concessiegever de verplaatsing uitdrukkelijk vraagt.

De ontvangsten werden hypothetisch berekend op basis van de offerte. Vanaf het tweede concessiejaar wordt op jaarvervaldag het aantal actieve borden geïnventariseerd en de concessievergoeding berekend op het aantal actieve publiciteitsborden.

In het bestek zijn de voorwaarden voor zowel de kosten alsook de berekening van de retributievergoeding opgenomen.”

IV. Tussenkomst

4. Het verzoek tot tussenkomst is ingediend door de nv JCDecaux Belgium. Deze vennootschap is te onderscheiden van de nv JCDecaux Street Furniture Belgium, zijnde de vennootschap die een offerte heeft ingediend en aan wie de opdracht is gegund. Beide vennootschappen blijken gevestigd te zijn op dezelfde maatschappelijke zetel.

In haar verzoekschrift heeft de verzoekende partij het over “JCDecaux”, zonder verdere precisering. In die omstandigheden kan de Raad van State aanvaarden, mede gelet op de band die tussen beide vennootschappen bestaat, dat in het kader van de voorliggende procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid de nv JCDecaux Belgium optreedt als tussenkomende partij.

Daarmee loopt de Raad van State niet vooruit op hetgeen hij in het kader van een eventuele zaak ten gronde zou beslissen.

5. Mede in acht genomen wat hiervoor is overwogen, blijkt de nv JCDecaux Belgium voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft zij er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg wordt haar verzoek tot tussenkomst ingewilligd.

V. Voorwerp van de vordering

6. Het verzoekschrift strekt tot de schorsing van de uitvoering van de beslissing waarbij de litigieuze de opdracht wordt gegund aan JC Decaux “en dus niet aan [de bv Clear Channel Belgium]”.

Uit die laatste vermelding zou afgeleid kunnen worden dat ook een schorsing van de uitvoering van de impliciete weigering van de gunning van de opdracht aan de verzoekende partij wordt gevraagd.

Ter zitting verduidelijkt de verzoekende partij evenwel dat de vordering enkel gericht is tegen de gunningsbeslissing als zodanig. De Raad van State neemt hiervan akte.

VI. Ontvankelijkheid van de vordering

Tijdigheid van de vordering

7. In het verzoekschrift tot tussenkomst vraagt de tussenkomende partij aan de Raad van State om de tijdigheid van de indiening van de vordering te willen nagaan.

Ter zitting doet zij afstand van haar exceptie van laattijdigheid van de vordering. De Raad neemt daarvan akte.

Belang

Uiteenzetting van de exceptie

8. In haar nota werpt de verwerende partij een exceptie van onontvankelijkheid van de vordering op, afgeleid uit het ontbreken van belang van de verzoekende partij bij haar vordering.

In essentie voert de verwerende partij aan dat de verzoekende partij haar bezwaren met betrekking tot de plaatsingsprocedure niet tijdig heeft geformuleerd en dat zij niet voor het eerst in het kader van de procedure voor de Raad van State mag aanvoeren dat de voorliggende overheidsovereenkomst geen concessie is, maar wel een overheidsopdracht. De aangevoerde onwettigheid zou tot gevolg hebben dat de plaatsingsprocedure volledig overgedaan moet worden, op basis van een nieuw bestek, wat onverzoenbaar is met het belang dat de verzoekende partij inroept, namelijk dat zij alsnog begunstigde van de voorliggende opdracht zou kunnen worden. Bovendien geeft de verzoekende partij blijk van een verregaande onzorgvuldigheid door haar kritieken niet eerder te hebben aangevoerd ten aanzien van de aanbestedende overheid. Haar belang kan dan ook niet als wettig beschouwd worden.

Het bestek bood de inschrijvers te dezen de mogelijkheid om eventuele wettigheidsbezwaren kenbaar te maken, nu het bepaalde dat zij bezwaren aangaande de plaatsingsprocedure en de concessiedocumenten uiterlijk

tien dagen vóór de uiterste datum voor indiening van de offerte aan de verwerende partij dienden mee te delen.

In zoverre de verzoekende partij ter verantwoording van haar handelwijze verwijst naar het arrest nr. 240.252 van de Raad van State van 20 december 2017 inzake de sa Sodraep, doet de verwerende partij gelden dat dat arrest de situatie betrof waarin op de betrokken opdrachtprocedure een opgeheven versie van de wetgeving overheidsopdrachten was toegepast. Dat is niet hetzelfde als het toepassen van de wetgeving inzake concessies in plaats van de wetgeving inzake overheidsopdrachten. In dit verband merkt de verwerende partij op dat beide wetgevingen voorzien in dezelfde waarborgen voor de verzoekende partij. Zij wijst er ook op dat de toepassing van een andere plaatsingsprocedure het grote puntenverschil, dat toe te schrijven is aan het grote verschil in de aangeboden concessievergoedingen, niet had kunnen wegnemen. De verzoekende partij gaat niet verder dan het opsommen van verschillen tussen de wetgevingen inzake overheidsopdrachten en inzake concessies, zonder concreet aan te geven hoe zij werd benadeeld door de keuze voor de wetgeving inzake concessies.

Beoordeling

9. Met haar exceptie voert de verwerende partij aan dat de verzoekende partij geen belang heeft bij haar vordering, op grond dat zij haar bezwaren tegen de gevolgde plaatsingsprocedure niet tijdig heeft geformuleerd. De verzoekende partij mag volgens haar niet pas voor het eerst in het kader van de procedure voor de Raad van State aanvoeren dat de voorliggende overheidsovereenkomst geen concessie is, maar wel een overheidsopdracht. In het kader van dat verweer wijst de verwerende partij er ook op dat het te dezen voor het resultaat van de procedure niet uitmaakt of de procedure voor overheidsopdrachten dan wel die voor concessies is gevolgd.

Deze exceptie betreft in wezen de ontvankelijkheid van het middel of de middelen waarin wordt aangevoerd dat niet de procedure inzake concessies, maar wel die inzake overheidsopdrachten gevolgd had moeten worden, of waarin de schending wordt aangevoerd van bepalingen of beginselen die enkel op overheidsopdrachten van toepassing zijn. De argumenten die het voorwerp

uitmaken van de exceptie worden door de verwerende partij trouwens herhaald in haar exceptie van onontvankelijkheid van het eerste middel. De Raad van State zal bij het onderzoek van dat middel nader op die argumenten ingaan (zie overwegingen 15-16).

Het enkele feit dat de verzoekende partij in de loop van de plaatsingsprocedure geen bezwaar gemaakt heeft tegen het feit dat de verwerende partij de overeenkomst als een concessie heeft gekwalificeerd, ontnemt haar op het eerste gezicht niet het recht om op te komen tegen de beslissing die aan het einde van de procedure is genomen.

10. In zoverre de exceptie gericht is tegen de vordering in haar geheel, is zij dan ook niet ernstig.

VII. Herinnering aan de schorsingsvoorwaarden

11. Krachtens artikel 17, §§ 1 en 4, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelezen in samenhang met de artikelen 15 en 31 van 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), moet enkel worden onderzocht of in de voorliggende vordering tot schorsing die is ingesteld volgens de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, een ernstig middel of een klaarblijkelijke onwettigheid wordt aangevoerd.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Uiteenzetting van het middel

12.1. De verzoekende partij voert in een eerste middel de schending aan van de artikelen 2, 17° en 24°, 36, 37, 38, §§ 1 en 5, en 66, § 2, van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake overheidsopdrachten’ (hierna: wet overheidsopdrachten

2016), de artikelen 38, § 1, en 76, §§ 1, vierde lid, 3 en 4, van het koninklijk besluit van 18 april 2017 ‘plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren’ (hierna koninklijk besluit plaatsing 2017), en artikel 4, eerste lid, 2°, van de rechtsbeschermingswet,

“Doordat de stad Antwerpen een selectieprocedure sui generis heeft georganiseerd en de opdracht voor de voor exploitatie, onderhoud en aanverwante dienstverlening van publicitaire ruimte in stadsborden heeft beschouwd als een concessieovereenkomst,

Terwijl de opdracht een overheidsopdracht betreft, aangezien het gaat om een overeenkomst ten bezwarende titel tussen een aanbestedende overheid en een onderneming met betrekking tot het verlenen van diensten; de opdracht aldus volgens de regels van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten moest worden geplaatst, wat onder meer inhoudt dat een opdracht in beginsel wordt geplaatst volgens een openbare of niet-openbare procedure, zijnde procedures waarin in beginsel geen onderhandelingen mogelijk zijn; en terwijl een aanbestedende overheid enkel een mededingingsprocedure met onderhandelingen mag organiseren wanneer de voorwaarden van artikel 38, § 1, van de wet van 17 juni 2016 zijn vervuld; en terwijl er ook verschillen bestaan tussen de regimes wat betreft het verloop van de plaatsingsprocedures (bv. op het vlak van het voeren van onderhandelingen en de regelmatigheid van de offerte)”.

12.2. In de toelichting bij het middel zet de verzoekende partij uiteen dat de overeenkomst die de verwerende partij wenst te sluiten voldoet aan de wettelijke criteria bepaald in artikel 2, 17°, van de wet overheidsopdrachten 2016, opdat er sprake zou zijn van een overheidsopdracht:

- de overeenkomst heeft betrekking op diensten die voor de stad Antwerpen zullen worden uitgevoerd;
- de stad Antwerpen is een aanbestedende overheid;
- de overeenkomst zal worden gesloten onder bezwarende titel.

Wat de eerste voorwaarde betreft, licht zij vooreerst toe dat diensten worden uitgevoerd op vraag van de stad Antwerpen zelf. Zo moet op elk stadsbord overheidscommunicatie worden gevoerd en ruimte worden voorbehouden voor de stad Antwerpen, wat een substantieel deel van de opdracht uitmaakt. Het leveren en onderhouden van straatmeubilair waarop overheidscommunicatie zal worden gepubliceerd, is een dienst ten behoeve van de

stad Antwerpen. De stad Antwerpen zal immers op die manier reclame kunnen maken voor bepaalde activiteiten, sensibiliseringscampagnes voeren of andere aankondigingen kunnen publiceren. Daarnaast wijst zij op het bestaan van specifieke eisen voor de borden die bij de metro-ingangen worden geplaatst. Op één kant van die borden zal, in afspraak met De Lijn, digitale reizigersinformatie worden geplaatst. Ook dat is een dienst die op vraag van de stad Antwerpen zal worden uitgevoerd. Bovendien heeft de stad Antwerpen een bijzonder verregaande invloed op de uitvoering van de opdracht, wat onder meer blijkt uit het feit dat zij de locaties van de borden kan beperken en dat zij in het bestek het uitzicht en het materiaal van de borden bepaalt.

Wat de tweede voorwaarde betreft, is er volgens de verzoekende partij geen enkele ruimte voor discussie over het feit dat de stad Antwerpen een aanbestedende overheid is.

Wat de derde voorwaarde betreft, voert de verzoekende partij aan dat er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel wanneer de opdrachtnemer een economisch voordeel verkrijgt in ruil voor de verrichte diensten. Te dezen is het economisch voordeel gelegen in het feit dat de inschrijvers op de informatieborden reclame zullen kunnen exploiteren en zodoende inkomsten zullen genereren.

12.3. Volgens de verzoekende partij is er geen enkele twijfel mogelijk over de kwalificatie van de overeenkomst. Zij verwijst naar het arrest nr. 220.141 van de Raad van State van 3 juli 2012, in een zaak waarbij de nv JCDecaux Belgium de verzoekende partij was en de nv Clear Channel Belgium de tussenkomende partij. In die zaak ging het om de levering van straatmeubilair (voorzieningen voor het voorkomen van hondenpoep) waarop reclame kon worden geëxploiteerd en boodschappen op vraag van de aanbestedende overheid werden gepubliceerd. Volgens de overheid ging het in die zaak om een concessie. De Raad van State was echter oordeel dat het ging om een overheidsopdracht voor de levering van diensten. De dienstverlening bestond in het plaatsen van de voorzieningen en het voorbehouden van één zijde ervan voor een boodschap van algemeen nut. In ruil kreeg de gekozen inschrijver het recht om op de andere zijde publiciteit te voeren. De Raad van State was verder van oordeel dat het niet ging

om een concessie van openbare dienst, aangezien de gekozen inschrijver juridisch niet in contact trad met de gebruikers van de voorzieningen. De betrokken burgers betaalden geen vergoeding aan de gekozen inschrijver, en deze laatste nam ook geen verplichtingen van de overheid over.

Volgens de verzoekende partij is er geen enkele reden om op basis van de wet concessieovereenkomsten 2016 tot een andere conclusie te komen. Zij brengt de definitie van een ‘concessie voor diensten’ in artikel 2, 7°, b), van die wet in herinnering en wijst erop dat de tegenprestatie in het kader van een concessieovereenkomst bestaat uit het recht om ‘de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren’. Voor het bestaan van een concessie is aldus vereist dat het operationeel risico wordt overgedragen aan de concessiehouder, die vervolgens zal instaan voor de exploitatie van de diensten die het voorwerp van het contract vormen en die in functie van vraag en aanbod, al dan niet winst zal kunnen genereren. Welnu, in het kader van de voorliggende overeenkomst moet de concessiehouder geenszins de diensten exploiteren ‘die het voorwerp van het contract vormen’. De dienstverlening bestaat immers uit het voorzien in borden waarop overheidscommunicatie kan worden gevoerd of dienstregelingen kunnen worden gepubliceerd. Deze diensten moeten niet worden geëxploiteerd.

12.4. De verzoekende partij wijst erop dat de toepassing van een ander juridisch regime (dat van de overheidsopdrachten) bij de plaatsing van de voorliggende opdracht daadwerkelijk een impact kan hebben op de uitkomst van de plaatsingsprocedure. In dit verband geeft de verzoekende partij een opsomming van regels inzake overheidsopdrachten die “niet werden nageleefd, of in ieder geval een impact konden hebben”.

In het bijzonder wijst zij erop dat een aanbestedende overheid slechts onder specifieke voorwaarden gebruik kan maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling. In deze zaak heeft de verwerende partij met de inschrijvers onderhandeld. Als het te dezen gaat om een overheidsopdracht, “dan zouden deze onderhandelingen mogelijkerwijze ook niet toegelaten zijn, toch wanneer de [verwerende partij] een openbare of een niet-openbare procedure had georganiseerd”.

12.5. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat uit het arrest nr. 240.252 van de Raad van State van 20 december 2017 inzake de s.a. Sodraep blijkt dat de toepassing van het juiste juridische kader belangrijk is. In die zaak schorste de Raad van State de tenuitvoerlegging van een gunningsbeslissing omdat deze was genomen op basis van de oude wet overheidsopdrachten 2006 (wet van 15 juni 2006 ‘overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten’), terwijl de nieuwe wet overheidsopdrachten 2016 van toepassing was. Volgens de Raad van State kon niet met zekerheid worden aangenomen dat de uitkomst van de beslissing dezelfde zou zijn geweest, indien de juiste overheidsopdrachtenwet zou zijn toegepast.

Volgens de verzoekende partij geldt deze redenering *a fortiori* voor een plaatsingsprocedure die werd georganiseerd overeenkomstig de wet concessieovereenkomsten 2016 terwijl de wet overheidsopdrachten 2016 had moeten worden toegepast.

13.1. In haar nota betwist de verwerende partij de ontvankelijkheid van het middel, op grond van het ontbreken van belang van de verzoekende partij bij het middel.

Zij werpt op dat de verzoekende partij niet aannemelijk maakt dat zij daadwerkelijk werd benadeeld door de toepassing van de concessieregelgeving in plaats van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Mocht dat wel het geval zijn, dan had de verzoekende partij, zoals van een zorgvuldige inschrijver mocht worden verwacht, daarover opmerkingen kunnen maken in de loop van de plaatsingsprocedure.

Volgens de verwerende partij stemmen de concessieregelgeving en de regelgeving inzake overheidsopdrachten grotendeels overeen. In zoverre de verzoekende partij zou stellen dat de plaatsingsprocedure voor concessies de aanbestedende overheid meer flexibiliteit biedt dan de plaatsingsprocedure voor overheidsopdrachten, wijst zij erop dat ook bij overheidsopdrachten enige flexibiliteit mogelijk is. In elk geval blijkt de te dezen gevolgde onderhandelingsprocedure *sui generis* met voorafgaande bekendmaking zo goed

als identiek te zijn aan een mededingingsprocedure met onderhandelingen in de zin van artikel 38 van de wet overheidsopdrachten 2016.

Ten slotte gaat de verzoekende partij voorbij aan het aanzienlijke puntenverschil tussen de verzoekende partij en de tussenkomende partij, een verschil dat in zijn geheel te verklaren is door het verschil in de aangeboden retributievergoedingen. Ook in het kader van een overheidsopdrachtenprocedure zou de beoordeling van het prijscriterium dezelfde zijn, en zou de opdracht niet aan de verzoekende partij kunnen worden toegekend.

13.2. Wat de ernst van het middel betreft, haalt de verwerende partij de definities van de begrippen ‘concessie’ en ‘overheidsopdracht’ aan, respectievelijk in artikel 2, 7°, van de wet concessieovereenkomsten 2016 en artikel 2, 17°, van de wet overheidsopdrachten 2016. De hoofdbestanddelen van beide begrippen zijn identiek. Het onderscheidend kenmerk situeert zich in een bijkomend bestanddeel van de concessie, met name de tegenprestatie voor de geleverde diensten, bestaande in het recht om de diensten te exploiteren, met inbegrip van de overdracht van de daaraan verbonden risico’s. De verwerende partij verwijst in dit verband naar de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet concessieovereenkomsten 2016. Zij verwijst ook naar het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 10 november 2022, *Sharengo*, C-486/21, en naar arrest nr. 251.439 van de Raad van State van 9 september 2021, *bv LED Ad*.

Volgens de verwerende partij heeft de concessiehouder in het kader van de litigieuze overeenkomst het recht om de stadsborden te exploiteren. Hij dient een retributievergoeding te betalen aan de verwerende partij, maar heeft geen enkele zekerheid dat hij de gedane investeringen kan terugverdienen. Aldus rust het exploitatierisico uitsluitend en integraal op de concessiehouder. De enkele omstandigheid dat de concessiehouder aanspraak maakt op een vergoeding vanwege de verwerende partij in geval van verplaatsingen van stadsborden op haar verzoek, doet hieraan geen afbreuk.

De aanwezigheid van overheidscommunicatie, de specifieke eisen van de verwerende partij inzake de stadsborden, en de beslissende invloed

van de verwerende partij zijn alle elementen die geen rol spelen, omdat zij geen relevantie hebben voor de vraag of het exploitatierisico wordt overgedragen.

Volgens de verwerende partij verwacht de verzoekende partij het begrip ‘concessie voor diensten’ – de kwalificatie die de verwerende partij aan de huidige concessie gaf – met het begrip ‘concessie voor openbare diensten’. Het eerste begrip is een begrip dat omschreven wordt in artikel 5, punt 1, van richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten en in artikel 2, 7°, van de wet concessieovereenkomsten 2017. Zoals is uiteengezet in de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot die wet heeft geleid, is het tweede begrip een ander en specifiek Belgisch administratiefrechtelijk begrip. Een concessie voor diensten kan in beginsel betrekking hebben op om het even welk soort dienst, terwijl een concessie voor openbare diensten enkel betrekking heeft op overeenkomsten betreffende een openbare dienst. Het arrest nr. 220.141 van de Raad van State van 3 juli 2012, nv JCDecaux Belgium, waarnaar de verzoekende partij verwijst, gaat over een concessie van openbare dienst, zodat dit arrest te dezen geen enkele relevantie heeft.

14. De tussenkomende partij betwist de ernst van het middel met een betoog dat grotendeels volgens dezelfde lijnen loopt als dat van de verwerende partij. Ook zij wijst op het determinerende belang van het exploitatierisico in het onderscheid tussen een concessie en een overheidsopdracht. Zij verwijst in dit verband naar de overwegingen 18 en 20 van richtlijn 2014/23/EU, naar het arrest van het Hof van Justitie van 10 november 2022 en naar het arrest van de Raad van State van 9 september 2021.

De tussenkomende partij legt uit dat de voorliggende concessie betrekking heeft op de exploitatie van publicitaire borden op het openbaar domein. De concessiehouder betaalt daarvoor een hoge jaarlijkse retributie per bord aan de verwerende partij. Hij draagt het risico om door middel van de volatiele publiciteitsinkomsten die retributie te kunnen betalen. De afname van publiciteit is blootgesteld aan de grillen van de markt. Het exploitatierisico ligt dus bij de concessiehouder.

Er is overigens geen ‘levering’ van stadsborden. ‘Levering’ impliceert immers eigendomsoverdracht, terwijl de stadsborden eigendom blijven van de concessiehouder.

Met betrekking tot het arrest nr. 220.141 van de Raad van State van 3 juli 2012, nv JCDecaux Belgium, waarnaar de verzoekende partij verwijst, merkt de tussenkomende partij op dat het in de betrokken zaak ging om het leveren en plaatsen van voorzieningen, waarbij de onderneming weinig tot geen risico liep. Bovendien ging het in die zaak om de vraag of er een concessie voor een ‘openbare dienst’ was, terwijl volgens de latere wet concessieovereenkomsten 2017 voor het bestaan van een concessie vereist is dat een ‘dienst’ is, niet een ‘openbare dienst’.

Ten slotte wijst de tussenkomende partij erop dat de verzoekende partij haar wettigheidsbezwaren tegen de kwalificatie van de litigieuze overeenkomst als concessie niet tijdens de plaatsingsprocedure, maar pas voor het eerst in de procedure voor de Raad van State heeft opgeworpen. Als inschrijver wist zij zelf maar al te goed of er al dan niet een exploitatierisico was. Doordat zij geen gebruik gemaakt heeft van de mogelijkheid om vóór het indienen van haar offerte opmerkingen te maken, mag ervan uitgegaan worden dat zij op dat ogenblik de mening toegedaan was dat er wel degelijk een exploitatierisico was. De stelling dat het niet gaat om een concessieovereenkomst heeft zij pas na de kennisgeving van de voor haar ongunstige gunningsbeslissing “opgedisseld”.

Beoordeling

Ontvankelijkheid van het middel

15. In zoverre de verwerende partij opwerpt dat de verzoekende partij niet aantoont dat zij benadeeld is doordat de procedure die geldt voor concessies gevolgd is, merkt de Raad van State op dat, als het middel ernstig bevonden wordt op grond dat de litigieuze overeenkomst ten onrechte gekwalificeerd lijkt te zijn als een concessieovereenkomst, het gevolg is dat de plaatsingsprocedure vanaf het begin hernomen zou kunnen worden, onder een ander juridisch kader. De verzoekende partij zou dan een nieuwe offerte kunnen indienen, en aldus een nieuwe kans kunnen krijgen om de betrokken opdracht in de

wacht te slepen. Dat belang volstaat op het eerste gezicht voor de ontvankelijkheid van het middel.

Anders dan de verwerende partij aanvoert, lijkt van de verzoekende partij niet vereist te moeten worden dat zij, na het aanbrengen van een fundamentele wettigheidskritiek op het verloop van de plaatsingsprocedure, nog verder zou toelichten welke concrete benadeling zij heeft ondergaan door de toepassing van het volgens haar verkeerde rechtsregime. Overigens stelt de Raad van State vast dat de verzoekende partij een opsomming geeft van een reeks volgens haar relevante verschilpunten tussen de regeling inzake overheidsopdrachten en die inzake concessieovereenkomsten.

16. In zoverre de verwerende partij en de tussenkommende partij aan de verzoekende partij verwijten dat zij haar bezwaren tegen het volgen van de procedure voor concessies niet reeds tijdens de plaatsingsprocedure, maar pas voor het eerst in de procedure voor de Raad van State heeft opgeworpen, merkt de Raad nog het volgende op.

Zoals hij overwogen heeft, onder meer in zijn arrest nr. 152.173 van 2 december 2005, *nv Labonorm*, neemt de mogelijkheid om onmiddellijk een beroep tot nietigverklaring in te stellen tegen de beslissing waarbij het bestek wordt vastgesteld, niet weg dat de onrechtmatigheden die een inschrijver aan een bestekbepaling verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze mogen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de gunningsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partij te dezen in beginsel toegestaan om onregelmatigheden die zij aan de keuze voor een concessieprocedure verwijt, ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere beslissing om de concessie te gunnen aan de tussenkommende partij.

Er lijken geen redenen te zijn om haar te dezen die mogelijkheid te ontfeggen.

17. De exceptie is niet ernstig.

Ernst van het middel

18. Artikel 2, 7°, eerste lid, b), van de wet concessieovereenkomsten 2016 omschrijft het begrip ‘concessie voor diensten’ als volgt:

“concessie voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbesteders de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld in punt a), laten verrichten en beheren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.”

In artikel 2, 7°, tweede lid, wordt daarbij de volgende precisering gegeven:

“De gunning van een concessie voor werken of voor diensten houdt de overdracht aan de concessiehouder in van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagriscio of het aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is.”

Artikel 2, 17°, van de wet overheidsopdrachten 2016 omschrijft het begrip ‘overheidsopdracht’ als volgt:

“overheidsopdracht: de overeenkomst onder bezwarende titel die wordt gesloten tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbesteders en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten, met inbegrip van de opdrachten die worden geplaatst in toepassing van titel 3 door overheidsbedrijven als bedoeld in 2° en personen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten bedoeld in 3°.”

19. De hiervoor aangehaalde bepalingen zijn overgenomen uit de Europese regelgeving, meer bepaald artikel 5, punt 1, onder b), van richtlijn

2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten’, wat het begrip concessie voor diensten betreft, en artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 ‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’, wat het begrip overheidsopdracht betreft.

In overwegingen 18 en 20 van richtlijn 2014/23/EU wordt het onderscheid tussen een concessie en een overheidsopdracht als volgt toegelicht:

“(18) Met de interpretatie van de begrippen concessie en overheidsopdracht samenhangende moeilijkheden hebben geleid tot aanhoudende rechtsonzekerheid bij de belanghebbenden en tot talrijke arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie. De definitie van concessie dient bijgevolg te worden verduidelijkt, met name door naar het concept operationeel risico te verwijzen. Het hoofdkenmerk van een concessie, het recht om de werken of diensten te exploiteren, impliceert altijd de overdracht aan de concessiehouder van een operationeel risico van economische aard met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden niet zal terugverdienen, zelfs indien een deel van het risico bij de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie blijft berusten. De toepassing van specifieke regels voor de gunning van concessies zou niet gerechtvaardigd zijn indien de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimuminkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst dient te maken. Tegelijk moet duidelijk worden gemaakt dat bepaalde regelingen die geheel en al door een aanbestedende dienst of een aanbestedende instantie worden beloond, als concessie moeten worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken of het verrichten van de diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijke vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.

[...]

(20) Een exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop de partijen geen enkele invloed hebben. Risico's zoals die welke verband houden met slecht beheer, niet-naleving van het contract door de ondernemer of een geval van overmacht zijn niet doorslaggevend voor de classificatie als concessie, aangezien die risico's inherent zijn aan elk type contract, of het nu een overheidsopdracht of een concessie betreft. Een exploitatierisico wordt gedefinieerd als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat kan bestaan in een vraagrisico of een aanbodrisico, of in zowel

een vraag- als een aanbodrisico. Onder vraagrisico moet worden verstaan het risico in verband met de feitelijke vraag naar de werken of de diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst. Onder aanbodrisico moet worden verstaan het risico in verband met het aanbod van de werken of de diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst, in het bijzonder het risico dat de verrichting van de diensten niet aansluit op de vraag. Met het oog op de beoordeling van het exploitatierisico kan op consistente en eenvormige wijze rekening worden gehouden met de netto contante waarde van alle investeringen, kosten en inkomsten van de concessiehouder.”

In het door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangehaalde arrest van 10 november 2022, *Sharengo*, C-486/21, heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich als volgt uitgesproken over het onderscheid tussen concessies en overheidsopdrachten:

“60. Uit de vergelijking van [de definities van de begrippen ‘overheidsopdracht’ en ‘concessie voor diensten’] volgt dat een concessie voor diensten zich onderscheidt van een overheidsopdracht door de verlening aan de concessiehouder van het recht, eventueel gepaard gaande met een prijs, om de diensten te exploiteren die het voorwerp van de concessie zijn, waarbij de concessiehouder in het kader van de gesloten overeenkomst over een bepaalde economische vrijheid beschikt om de voorwaarden voor de exploitatie van de hem toevertrouwde diensten te bepalen en tegelijkertijd het aan de exploitatie van die diensten verbonden risico op zich neemt (zie in die zin arrest van 14 juli 2016, *Promoimpresa e.a.*, C-458/14 en C-67/15, EU:C:2016:558, punt 46).

61. Onder het in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2014/23 geformuleerde voorbehoud dat de geraamde waarde van een concessie niet lager is dan de in artikel 8 van deze richtlijn genoemde drempel, volstaat bijgevolg de loutere overdracht aan de concessiehouder van het aan de exploitatie van diensten verbonden risico om een concessie voor diensten in de zin van artikel 5, punt 1, onder b), van die richtlijn te kenmerken. [...]”

20. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat geleid heeft tot de wet overheidsopdrachten 2016 heeft de regering zich nadrukkelijk aangesloten bij de zienswijze dat het hoofdkenmerk van de concessie de overdracht van het exploitatierisico is (*Parl. St. Kamer*, 2015-2016, DOC 54-1708/001, pp. 12-13 en 16-18).

Ook de Raad van State heeft in het door de verwerende partij en de tussenkomende partij aangehaalde arrest nr. 251.439 van 9 september 2021, *bv LED Ad*, overwogen dat het feit dat de concessiehouder het exploitatierisico

draagt, kenmerkend is om een concessie voor diensten te onderscheiden van een overheidsopdracht (overw. 9.1).

21. Voor de kwalificatie van de litigieuze overeenkomst dient uitgegaan te worden van het voorwerp ervan, zoals dit omschreven is in het bestek.

Het bestek omschrijft het voorwerp als ‘het exploiteren van publicitaire ruimte in stadsborden op het openbare domein van de stad Antwerpen’, waarbij de concessiehouder dient te voorzien in de infrastructuur en in het onderhoud en het herstel daarvan. In het kader van de exploitatie van de publicitaire ruimte dient de concessiehouder een gedeelte van de publiciteitsruimte te reserveren voor overheidscommunicatie door de verwerende partij en voor reizigersinformatie door De Lijn. De concessiehouder dient aan de verwerende partij een retributievergoeding te betalen om stadsborden te mogen plaatsen en om de publicitaire ruimte op de borden te mogen exploiteren. De prijs wordt bepaald per locatie, en is niet afhankelijk van de mate waarin een locatie interessant is voor het voeren van reclame.

Aldus lijkt de concessieovereenkomst zich te laten ontleden als volgt:

- de concessiehouder verkrijgt het recht om stadsborden te plaatsen en de publiciteitsruimte daarop te exploiteren, dit is: deze ruimte tegen betaling ter beschikking te stellen aan derden die reclame willen maken op de borden;
- in ruil daarvoor betaalt de concessiehouder een retributievergoeding aan de aanbestedende overheid en stelt hij een deel van de publiciteitsruimte ter beschikking voor overheidscommunicatie en reizigersinformatie.

Het exploitatierisico lijkt daarbij te liggen in het gegeven dat er, enerzijds, hoe dan ook stadsborden moeten worden geplaatst en onderhouden en een aanzienlijke retributievergoeding moet worden betaald, terwijl, anderzijds, de investeringen en de kosten moeten worden gedekt door de inkomsten die worden gegenereerd uit de exploitatie van de publiciteitsruimte. Op het eerste gezicht ligt het risico verbonden aan de exploitatie van de reclameruimte op de stadsborden in zijn geheel en uitsluitend bij de concessiehouder. Deze beschikt in het kader van de voorliggende overheidsovereenkomst op het eerste gezicht over een ruime

economische vrijheid om te bepalen hoe hij de publiciteitsruimte exploiteert, maar parallel daarmee staat hij aldus volledig bloot aan de grillen van de markt. De concessiehouder is met andere woorden afhankelijk van de vraag van de markt om de gedane investeringen en de gemaakte kosten al dan niet te dekken en om al dan niet winst te maken.

Aldus lijkt er in de huidige stand van het geding te mogen worden aangenomen dat het te dezen wel degelijk gaat om een ‘concessie voor diensten’, in de zin van artikel 2, 7°, van de wet concessieovereenkomsten 2016.

Voor zoveel als nodig kan nog worden opgemerkt dat het bestek bepaalt dat de stadsborden gedurende de overeenkomst eigendom blijven van de concessiehouder, zodat het niet om een verdoken overheidsopdracht voor leveringen lijkt te gaan.

22. Met de bespreking in het verzoekschrift van de constitutieve bestanddelen van een overheidsopdracht voor diensten lijkt de verzoekende partij niet aannemelijk te maken dat het te dezen om een dergelijke overheidsopdracht zou gaan. Daaromtrent kan het volgende worden opgemerkt.

De verzoekende partij voert vooreerst aan dat de verwerende partij op een deel van de stadsborden overheidscommunicatie zal kunnen voeren. Het leveren en onderhouden van straatmeubilair waarop overheidscommunicatie gepubliceerd kan worden is volgens haar een vorm van levering van diensten. De mogelijkheden die de verwerende partij zichzelf voorbehoudt, doen echter op het eerste gezicht het exploitatierisico niet naar haar verschuiven. De verplichting voor de concessiehouder om die overheidscommunicatie, waarvoor hij niet vergoed zal worden, mogelijk te maken, lijkt integendeel het exploitatierisico in zijn hoofde groter te maken, nu de delen van de borden waarop de verwerende partij informatie aanbrengt voor hem onrendabel zullen zijn. De verzoekende partij voert voorts nog aan dat de verwerende partij in het bestek vereisten heeft opgelegd met betrekking tot het uitzicht van de stadsborden, en dat zij de locaties van de borden mee zal bepalen. Ook die gegevens lijken niet van aard om van de concessie voor diensten een overheidsopdracht te maken. De mogelijkheid voor de verwerende partij om de randvoorwaarden voor de exploitatie van publiciteitsruimte op stadsborden vorm

te geven, lijkt immers het economisch risico van de eigenlijke exploitatie niet naar haar te verschuiven.

De verzoekende partij doet ook nog gelden dat er sprake is van een overeenkomst onder bezwarende titel, waarbij de concessiehouder een voordeel verkrijgt, namelijk de vergoeding die zijn cliënten zullen betalen voor het voeren van reclame op de door hem geëxploiteerde stadsborden. Dat gegeven lijkt echter evenmin tot een herkwalificatie van de concessie voor diensten tot een overheidsopdracht aanleiding te geven. De mogelijkheid om inkomsten uit de exploitatie te verwerven neemt immers niet weg, integendeel, dat het economisch risico verbonden aan de exploitatie geheel bij de concessiehouder lijkt te liggen.

23. De verzoekende partij verwijst naar het arrest nr. 220.141 van de Raad van State van 3 juli 2012 inzake de nv JCDecaux Belgium. Zij voert aan dat uit dit arrest afgeleid moet worden dat als er geen dienstverlening is ten aanzien van de burgers waarvoor door de burgers een vergoeding moet worden betaald, de overeenkomst niet als een concessieovereenkomst kan worden beschouwd.

Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij terecht benadrukken, gaat het om een arrest dat de plaatsing van een concessieovereenkomst in de periode 2007-2008 betreft, dus vóór de aanneming van richtlijn 2014/23/EU en de inwerkingtreding van de wet concessieovereenkomsten 2016. In de betrokken zaak rees onder meer de vraag of er sprake was van een ‘concessie van openbare dienst’. Zoals de verwerende partij en de tussenkomende partij opmerken, is dit een andere rechtsfiguur dan die van de ‘concessie voor diensten’ in de zin van de wet concessieovereenkomsten 2016. In de memorie van toelichting bij het ontwerp dat tot die wet heeft geleid, wordt over het verschil tussen de twee rechtsfiguren onder meer het volgende opgemerkt:

“De definitie van concessie voor diensten in richtlijn 2014/23/EU [...] stemt niet overeen met die van het begrip ‘concessie voor openbare diensten’ in het Belgisch administratief recht. Concessies voor diensten in de zin van het Unierecht verwijzen naar overeenkomsten voor het verrichten en beheren van alle soorten diensten, behoudens specifieke uitsluitingen, die zowel door overheden als door personen worden geplaatst die beantwoorden aan de definitie van ‘aanbestedende overheden’, ‘overheidsbedrijven’ of van ‘personen die bijzondere of exclusieve rechten

genieten'. Volgens richtlijn 2014/23/EU en de [richtlijn] 'overheidsopdrachten' kunnen, theoretisch, alle soorten diensten vermeld in de CPV-nomenclatuur worden verricht en beheerd, hetzij via een concessie, hetzij via een opdracht, waarbij het onderscheidend criterium de overdracht van het exploitatierisico is [...]. [Een] concessie voor openbare diensten, in de zin van het Belgisch administratief recht, [heeft] daarentegen betrekking op een administratieve overeenkomst waarbij een administratieve overheid (de concessieverlenende overheid) een openbare of privépersoon (de concessiehouder) belast met het beheer van een openbare dienst, op zijn kosten en risico, onder toezicht van en volgens de voorschriften van de concessieverlenende overheid en tegen een vergoeding die afkomstig is van de betaling van een bijdrage ten laste van de gebruikers van de dienst of van een betaling door de concessieverlenende overheid [...].

Alhoewel concessies voor openbare diensten in het Belgisch administratief recht en concessies voor diensten in het Unierecht gemeenschappelijke hoofdkenmerken vertonen (de overdracht van het exploitatierisico), verschillen ze hoofdzakelijk door hun voorwerp: concessies in het Unierecht kunnen betrekking hebben op om het even welk soort dienst, behoudens uitsluitingen bepaald in richtlijn 2014/23/EU, terwijl concessies voor openbare diensten in het Belgisch administratief recht enkel betrekking hebben op overeenkomsten betreffende een openbare dienst. Het begrip openbare dienst is gedefinieerd in het nationale recht. [Er] [is] enkel sprake van openbare dienstverlening als die door de wetgever als dusdanig wordt beschouwd. [...] Om een concessie voor openbare diensten te kunnen verlenen, moet de concessieverlenende overheid dus, door of krachtens de wet *sensu lato*, belast zijn met taken van openbare dienstverlening en die kunnen uitbesteden.

Zowel richtlijn 2014/23/EU als dit ontwerp zijn van toepassing op concessies voor diensten die, volgens het geval, in het Belgisch administratief recht, ook concessies voor openbare diensten kunnen zijn. Concessies voor diensten die uitgesloten zijn van het toepassingsgebied van dit ontwerp [...], maar die aan de definitie van concessie voor openbare diensten beantwoorden, blijven onderworpen aan de algemene beginselen en aan de voorschriften van het nationaal administratief recht, zoals het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. [...]"

Uit de omstandigheid dat het te dezen niet gaat om een dienst die de begunstigde van de opdracht overneemt van het bestuur en dat de burgers die de informatie op de borden consulteren daarvoor niet moeten betalen, zoals door de verzoekende partij wordt aangevoerd, lijkt aldus hoogstens afgeleid te kunnen worden dat het niet gaat om een 'concessie voor openbare diensten'. Daaruit lijkt echter niet afgeleid te kunnen worden dat het evenmin gaat om een 'concessie voor diensten'.

24. Ten slotte voert de verzoekende partij aan dat uit artikel 2, 7°, van de wet concessieovereenkomsten 2016 volgt dat in het kader van een concessieovereenkomst vereist is dat de door de aanbestedende overheid te verlenen ‘tegenprestatie’ bestaat uit ‘het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren’. Volgens de verzoekende partij bestaat de dienstverlening die het ‘voorwerp van het contract’ vormt te dezen uit het voorzien van borden waarop overheidscommunicatie en dienstregelingen kunnen worden aangebracht, en staat het niet aan de concessiehouder om die diensten te exploiteren.

Met die zienswijze kan de Raad van State voorshands niet instemmen. Zoals hiervoor is overwogen, bestaat het voorwerp van de litigieuze overeenkomst volgens het bestek in ‘het exploiteren van publicitaire ruimte in stadsborden op het openbare domein van de stad Antwerpen’ (zie overweging 21). Het feit dat de concessionaris een bepaald gedeelte van de stadsborden moet reserveren voor overheidscommunicatie en reizigersinformatie lijkt niet tot gevolg te hebben dat het voorwerp van de opdracht gewijzigd wordt in het ter beschikking stellen van stadsborden waarop overheidscommunicatie en reizigersinformatie kunnen worden aangebracht.

Overigens bepaalt artikel 19, § 1, eerste lid, van de wet concessieovereenkomsten 2016 dat, indien de verschillende onderdelen van een bepaalde overeenkomst objectief niet van elkaar te scheiden zijn, de toepasselijke wettelijke regeling voor hun plaatsing wordt bepaald door het ‘hoofdvoorwerp’ van de overeenkomst. Indien de overeenkomst zowel elementen van een concessie voor diensten als van een overeenkomst voor leveringen – waaronder een overheidsopdracht voor levering van diensten kan worden verstaan –, bevat, wordt het hoofdvoorwerp volgens artikel 19, § 1, tweede lid, bepaald door ‘de diensten, respectievelijk de leveringen waarvan de geraamde waarde het hoogst is’. Zelfs indien het ter beschikking stellen van ruimte voor overheidscommunicatie en reizigersinformatie beschouwd zou moeten worden als een levering van diensten, lijkt dit gegeven te dezen, gelet op het feit dat enkel de concessiehouder een vergoeding moet betalen, en niet de verwerende partij, in geen geval te leiden tot de conclusie dat de litigieuze overeenkomst in haar geheel beschouwd moet

worden als een overeenkomst die betrekking heeft op een opdracht voor levering van diensten.

25. Gelet op het voorgaande wordt voorshands geconcludeerd dat de verwerende partij de litigieuze overeenkomst wettig heeft kunnen kwalificeren als een concessieovereenkomst voor diensten, minstens dat de verzoekende partij er niet in slaagt het tegendeel aan te tonen.

Het middel is dan ook niet ernstig.

B. Tweede middel

Uiteenzetting van het middel

26.1. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan van artikel 4 van de wet overheidsopdrachten 2016, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, artikel 30, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: koninklijk besluit uitvoeringsregels concessieovereenkomsten 2017), en artikel 76, § 1, derde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017,

“Doordat de stad Antwerpen in het bestek heeft aangegeven dat vanaf het tweede concessiejaar een retributie verschuldigd zou zijn aan de stad per locatie voor zover er op deze locatie reclame wordt gevoerd of de locatie ter beschikking werd gesteld (en dus niet noodzakelijk wordt geëxploiteerd); en doordat de stad Antwerpen heeft aangegeven dat alle offertes van de inschrijvers regelmatig zijn en in de gunningsbeslissing heeft aangegeven dat vanaf het tweede concessiejaar op de jaarvervaldag, ‘het aantal actieve borden’ zal worden geïnventariseerd en dat die inventaris bepalend zal zijn voor de berekening van de concessievergoeding,

Terwijl het gelijkheidsbeginsel impliceert dat alle inschrijvers op voet van gelijkheid moeten worden behandeld en een opdracht daarom noch tussen de indiening van een offerte en de gunningsbeslissing, noch tijdens de uitvoering van de opdracht op een substantiële manier mag worden gewijzigd; ook omwille van de gelijkheid een offerte regelmatig moet zijn en een substantieel onregelmatige offerte moet worden geweerd”.

26.2. In de toelichting bij het middel brengt de verzoekende partij in de eerste plaats de regels inzake de regelmatigheid en de onregelmatigheid van offertes in herinnering, dewelke zowel bij de plaatsing van concessies (koninklijk besluit uitvoeringsregels concessieovereenkomsten 2017) als bij de plaatsing van overheidsopdrachten (koninklijk besluit plaatsing 2017) van toepassing zijn, met verschillende modaliteiten.

In de tweede plaats wijst de verzoekende partij op het verbod van wezenlijke wijziging van een overheidsovereenkomst tijdens de uitvoering ervan, zoals dat is ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie in de arresten van 19 juni 2008, Presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, en 13 april 2010, Wall, C-91/08.

26.3. Vervolgens voert de verzoekende partij aan dat de verwerende partij het gelijkheidsbeginsel heeft geschonden.

Zij betoogt daartoe dat de opdrachtdocumenten op een strikte manier regelen wanneer de retributievergoeding verschuldigd is. Voor het eerste concessiejaar wordt het bedrag van de retributievergoeding bepaald op basis van het aantal locaties die zijn opgenomen in de locatielijst, voor het tweede concessiejaar wordt het bedrag bepaald op basis van de locaties die aan één van twee alternatieve voorwaarden voldoen. Het volstaat dat één van beide voorwaarden is vervuld opdat de retributievergoeding verschuldigd is. De eerste voorwaarde is dat op de betrokken locatie reclame gevoerd wordt. De tweede voorwaarde is dat de locatie ter beschikking van de concessiehouder is gesteld. Dit betekent dat de concessiehouder er reclame kan voeren (en dus inkomsten zal kunnen genereren), maar dat niet noodzakelijk zal doen. Opdat de retributie voor een bepaalde locatie verschuldigd is, volstaat het immers dat er ‘geen obstakels zijn voor het plaatsen van de infrastructuur, het aanbrengen van affiches of het publiceren van digitale reclame’.

In de bestreden beslissing wordt daarentegen gesteld dat vanaf het tweede concessiejaar op de jaarvervaldag, ‘het aantal actieve borden’ zal worden geïnventariseerd en dat die inventaris bepalend zal zijn voor de berekening van de concessievergoeding. De bestreden beslissing gaat ervan uit dat de borden

werden geïnstalleerd en dat ze ook ‘actief’ zijn. Dit druist in tegen de bepalingen van het bestek, volgens welke het verschuldigd zijn van de retributievergoeding geenszins verbonden is aan de plaatsing/installatie en vervolgens de exploitatie van de borden. De beschikbaarheid van de locatie volstaat inderdaad opdat de vergoeding verschuldigd zou zijn.

De verzoekende partij wijst erop dat als de retributievergoeding enkel verschuldigd is wanneer er borden worden geleverd en die ook worden geëxploiteerd, het risico in hoofde van de opdrachtnemer onbestaande is.

26.4. Als het gaat om een wijziging die door de verwerende partij werd doorgevoerd, dan gaat het volgens de verzoekende partij om een niet toelaatbare wezenlijke wijziging. De verzoekende partij is er bij de berekening van haar offerte vanzelfsprekend vanuit gegaan dat de retributievergoeding verschuldigd zal zijn, ongeacht of de borden werden geleverd en worden geëxploiteerd. Zij had een hogere vergoeding kunnen aanbieden wanneer de vergoeding per locatie enkel verschuldigd zou zijn wanneer het bord ook daadwerkelijk wordt geëxploiteerd. De wijziging zou het economisch evenwicht van de opdracht wijzigen in het voordeel van de gekozen inschrijver.

Mocht de tussenkomende partij in haar offerte hebben gepreciseerd dat de vergoeding enkel verschuldigd is indien de borden worden geëxploiteerd (zoals lijkt te volgen uit de overweging opgenomen in de gunningsbeslissing), dan is haar offerte substantieel onregelmatig. De offerte van de tussenkomende partij zou in dat geval niet meer op een eerlijke manier kunnen worden vergeleken met de offerte van de verzoekende partij. Bovendien zou de tussenkomende partij dan een belangrijk en discriminerend voordeel hebben ten opzichte van de verzoekende partij: zij zou op deze manier veel minder prijsrisico op zich hebben genomen in vergelijking met de verzoekende partij.

Beoordeling

27. In het middel wordt in essentie aangevoerd dat de verwerende partij in de bestreden gunningsbeslissing op een niet toelaatbare wijze is

afgeweken van de bepalingen van het bestek in verband met de berekening van de vanaf het tweede jaar verschuldigde retributie.

Indien die afwijking reeds vervat zou zijn in de offerte van de tussenkomende partij, zou de verwerende partij daarmee niet akkoord hebben mogen gaan, en had ze de offerte substantieel onregelmatig moeten verklaren.

28. In het bestek wordt onder punt III.4, ‘Retributie door de concessiehouder’, bepaald dat de retributie jaarlijks betaald dient te worden ‘voor elke locatie die werd opgenomen in de inventaris, die telkens zal worden opgemaakt op de jaarvervaldag van de concessie en die alle locaties bevat die de concessiehouder ter beschikking heeft [...]’.

Nadere regels worden bepaald onder punt IV.15, ‘Betaling en betalingstermijn’. Daarin wordt herhaald dat de berekening van de retributie wordt gebaseerd op de inventaris van alle locaties voorzien voor stadsborden met publicitaire ruimte. Terwijl voor het eerste concessiejaar als inventaris de locatielijst geldt ‘die wordt meegegeven bij de gunning’, bevat de inventaris vanaf het tweede concessiejaar alle locaties die minstens aan één van de twee opgesomde voorwaarden voldoen. De tweede voorwaarde bestaat erin dat de locatie ‘ter beschikking werd gesteld [van] de concessionaris’ en er ‘geen obstakels zijn voor het plaatsen van de infrastructuur, het aanbrengen van affiches of het publiceren van digitale reclame’. Zoals de verzoekende partij terecht stelt, kan de retributie aldus verschuldigd zijn, ook al wordt er nog geen reclame op de betrokken locatie gevoerd.

29. In het verslag van nazicht van de offertes wordt er op het eerste gezicht geen enkele opmerking gemaakt over de berekeningswijze van de retributievergoeding in de offerte van de gekozen inschrijver. Er wordt ook niet opgemerkt dat deze zou afwijken van de bepalingen van het bestek. Integendeel, de verwerende partij “stelt in de offertes van de inschrijvers geen substantiële onregelmatigheden vast” en “de offertes van beide inschrijvers worden regelmatig verklaard”.

Ook bij de toetsing van de offertes aan het gunningscriterium ‘concessieretributie per jaar’ wordt geen enkele bijzondere opmerking gemaakt.

30. In de bestreden beslissing zelf is wel een overweging opgenomen in verband met de financiële gevolgen van de gunning voor de verwerende partij (zie de tekst aangehaald in overweging 3.7, hiervoor). Een onderdeel van die overweging wordt door de verzoekende partij aangehaald bij de adstructie van het middel. Voor de beoordeling van het middel dient nagegaan te worden welke de draagwijdte is van de hele overweging, en met name of zij een afwijking inhoudt van de hiervoor vermelde bepalingen van punt IV.15 van het bestek.

31. In haar nota wijst de verwerende partij op de op haar rustende financiële rapporteringsplichten onder het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, waaronder de verplichting om bepaalde financiële gegevens op te nemen in besluiten van het college van burgemeester en schepenen en de verplichting om elke financiële verbintenis die resulteert in een uitgaande netto kasstroom ter controle voor te leggen aan de financieel directeur. De toelichting die in de bestreden beslissing is opgenomen onder het opschrift ‘Algemene financiële opmerkingen’ dient uitsluitend in die context begrepen te worden. Met die toelichting worden de financiële implicaties van de concessie op de begroting in kaart gebracht, met name de betaling van de jaarlijkse retributievergoeding door de concessiehouder en de uitzonderlijke, beperkte kost voor de verwerende partij (in geval van verplaatsing van borden).

Met die toelichting wordt volgens de verwerende partij in geen geval afbreuk gedaan aan het bestek. Dit geldt in het bijzonder wat de verwijzing naar ‘actieve borden’ betreft, die geen afbreuk doet aan de berekening van de retributievergoeding bepaald in het bestek. Gelet op de complexe berekeningswijze en de bijzonderheden die daarmee gepaard gaan, zou het opnemen van een allesomvattende toelichting in de bestreden beslissing, die eveneens alle mogelijke nuanceringen weerspiegelde, alleen mogelijk zijn door de tekst uit het bestek in zijn geheel over te nemen. Omwille van de leesbaarheid en het doel van een collegebesluit, werd beslist om dit niet te doen en in de plaats daarvan te werken met een verwijzing naar het bestek.

Tot staving van haar betoog dat het louter omwille van de leesbaarheid van de beslissing is dat slechts werd verwezen naar het bestek, legt de verwerende partij een interne e-mail correspondentie van 18 en 19 januari 2023 tussen haar diensten voor. Uit dit vertrouwelijk stuk, dat de Raad van State heeft kunnen inzien, blijkt dat op basis van het bestek uitvoerig uiteengezet werd welke de uitzonderlijke kost wegens verplaatsing van borden zou zijn, enerzijds, en op basis van de offerte van de tussenkomen partij welke de totale theoretische concessievergoeding zou zijn, anderzijds. Omdat “dit niet in [één] zin te verduidelijken is”, werd ervoor geopteerd om daarvan slechts een korte samenvatting in de bestreden beslissing op te nemen en voor het overige te verwijzen naar het bestek voor “de voorwaarden voor zowel de kosten [als] de berekening van de retributievergoeding”.

32. De Raad van State ziet voorshands geen redenen om de uitleg van de verwerende partij over de draagwijdte van de betrokken overweging in de bestreden beslissing in twijfel te trekken. Het is trouwens in de eerste plaats de verwerende partij zelf die haar eigen teksten dient te interpreteren. Er zijn op het eerste gezicht geen elementen voorhanden die ertoe leiden te besluiten dat de verwerende partij de bedoeling had om met de betrokken overweging in de gunningsbeslissing af te wijken van de bepalingen van het bestek inzake de berekeningswijze van de retributievergoeding.

Dit geldt met name niet wat het gebruik van de uitdrukking ‘actieve borden’ betreft. Uit de context lijkt te volgen dat hiermee de borden bedoeld worden die, vanaf het tweede concessiejaar, op de inventaris zijn opgenomen, hetzij als borden waarop effectief reclame wordt gevoerd, hetzij als borden die daarvoor ter beschikking zijn gesteld van de concessiehouder.

33. Ten overvloede merkt de Raad van State op dat de tussenkomen partij in haar verzoekschrift tot tussenkomst en ter terechtzitting verklaart dat zij de inventaris bij het bestek besteksconform heeft ingevuld en niets heeft gewijzigd of toegevoegd aan het modelformulier bij het bestek. Zij verklaart geen voorbehouden te hebben toegevoegd of wijzigingen te hebben aangebracht in de bepalingen inzake de retributie.

De offerte en de aangepaste offerte van de tussenkomende partij, vertrouwelijke stukken die de Raad van State heeft kunnen inzien, lijken het voorgaande te bevestigen. Met name lijkt de tussenkomende partij geen berekeningswijze voor te stellen die afwijkt van het bestek, noch een voorbehoud te maken bij die berekeningswijze.

34. Het middel, dat lijkt uit te gaan van een verkeerde lezing van de bestreden beslissing, is niet ernstig.

IX. Besluit

35. Geen van beide middelen is ernstig gebleken. De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt dan ook verworpen.

BESLISSING

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

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro, en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van dertien maart tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,
bijgestaan door

Silja Doms,

De griffier

Silja Doms

kamervoorzitter,

griffier.

De voorzitter

Paul Lemmens