

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 259.896 van 29 mei 2024
in de zaak A. 235.398/XII-9177**

In zake : 1. M.G.
 2. S.D.
 3. K.B.
 4. S.D.
 5. V.B.
 6. de bv PGE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dries Pattyn
 kantoor houdend te 8200 Brugge
 Rijselstraat 274
 bij wie woonplaats wordt gekozen;

tegen :

de GEMEENTE KAPRIJKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven
kantoor houdend te 2600 Antwerpen
Prins Boudewijnlaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 23 december 2021, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Kaprijke van 15 november 2021 waarbij de concessie voor de “uitbating (en investering) van de tennis en padel zone te sportcentrum Lembeke” wordt toegewezen aan de bv Padelworld.

II. Verloop van de rechtspleging

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

Eerste auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partijen hebben een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 maart 2024.

Kamervoorzitter Paul Lemmens heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Evert Van den Wijngaert, die *loco* advocaat Dries Pattyn verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Ellen Wouters, die *loco* advocaten Steven Van Garsse en Simon Verhoeven verschijnt voor de verwerende 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. Op 25 maart 2021 keurt de gemeenteraad van de gemeente Kaprijke de concessievoorwaarden goed voor de uitbating en investering van tennis- en padelterreinen op het sportcentrum van Lembeke. Het voorwerp van de concessie wordt in punt 2 van het bestek omschreven aan de hand van een schets van de oppervlakte van het bedoelde sportcentrum waarop vier zones zijn

aangeduid (lot 1: kantine; lot 2: “opslag lopers”; loten 3 en 4: bestaande tennisterreinen). Bij die schets wordt de volgende uitleg gegeven:

“Het voorwerp van de opdracht betreft het in concessie geven van de grond op sportcentrum te Lembeke. Het gaat om de tennis- en padelzone op bovenstaande figuur aangegeven met Lot 1, 3 en 4, het gaat om 3382.27m². Lot 2 wordt niet in de concessie gesloten. Op het achterste deel (roze vierkant), de twee afgebroken tennisterreinen gelegen het dichtst bij de Sportstraat, kunnen (maximaal 4) padelterreinen geplaatst worden met eventuele overkapping, waarbij de kroonlijsthoogte maximaal 6m mag bedragen.

De volledige site wordt uitgebaat als tennis-padelzone. [...]”

In verband met de duur van de concessie bevat punt 3 van het bestek de volgende bepalingen:

“De concessie wordt gekoppeld aan een overeenkomst waarin de voorwaarden voor de concessie verder [...] zullen worden gespecificeerd. Het gemeentebestuur wenst een concessie aan te gaan voor 20 jaar, met mogelijkheid tot verlenging.

De concessie neemt een aanvang bij ondertekening van de overeenkomst waarin de concessiegever en de concessienemer hun onderlinge relaties hebben bepaald.”

Het bestek bepaalt voorts onder meer de ‘Algemene en bijzondere voorwaarden’ (punt 4), de ‘Toewijzingscriteria (kwalitatief en inhoudelijk)’ (punt 6), en de ‘Werkwijze voor indiening van de kandidatuur, het prijsaanbod en het sluiten van de overeenkomst’ (punt 8).

Meer bepaald in verband met het sluiten van de overeenkomst wordt in het bestek het volgende bepaald:

“Na onderzoek en vergelijking van de ingediende kandidaturen en prijsaanbiedingen aan de hand van de toewijzingscriteria zal het college van burgemeester en schepenen de concessie toewijzen aan de kandidaat met wie een overeenkomst wordt bereikt omtrent de concessievoorwaarden overeenkomstig de bepalingen zoals bovenstaand vermeld.

De concessie en de sluiting [zullen] evenwel slechts een uitvoerbaar karakter hebben zodra de concessiegever en de concessienemer een overeenkomst hebben gesloten houdende regeling van de zakelijke rechten op de site overeenkomstig onderhavige concessievoorwaarden.

Met het oog op het onderzoek van de ingediende kandidaturen kan de opdrachtgever alle bijkomende inlichtingen inwinnen o.a. van de kandidaat-concessiehouder die hij voorstelt en hem of hen om nadere toelichting vragen.

De opdrachtgever behoudt zich het recht voor om de concessie niet toe te wijzen en de procedure te herbeginnen, desnoods op een andere wijze via onderhandeling. In dit geval zal de gemeenteraad hierover een beslissing nemen.”

3.2. De concessie wordt bekendgemaakt in de pers, op de website van de gemeente en via sociale media.

Acht kandidaten, waaronder de eerste verzoekende partij en de bv Padelworld, dienen een eerste offerte in.

3.3. Met een e-mailbericht van 27 april 2021 worden de kandidaten uitgenodigd om hun project te komen toelichten.

3.4. Met een e-mailbericht van 20 juni 2021 deelt de verwerende partij aan de kandidaten mee dat zij wenst over te gaan tot een tweede fase in de concessiewedstrijd. Zij deelt een voorstel van concessieovereenkomst mee en vraagt aan de kandidaten om hun eventuele opmerkingen daarbij over te maken. In dat voorstel worden onder meer het doel en het voorwerp van de overeenkomst beschreven, en worden de “voorwaarden inzake uitbating” bepaald.

Met een e-mailbericht van 29 juni 2021 deelt de eerste verzoekende partij aan de verwerende partij haar opmerkingen mee met betrekking tot het voorstel van concessieovereenkomst. Deze hebben betrekking op de recuperatie van de investeringen na afloop van de concessie en de mogelijkheden tot verlenging van de concessie.

3.5. Met een e-mailbericht van 20 juli 2021 stuurt de verwerende partij een gewijzigd voorstel van concessieovereenkomst aan de kandidaten. Daarin worden de ‘voorwaarden inzake uitbating’ overgenomen van het vorige voorstel. Met hetzelfde e-mailbericht worden de kandidaten uitgenodigd om een “best and final offer” (hierna: BAFO) in te dienen.

3.6. Er worden uiteindelijk drie BAFO's ingediend, waaronder één door het team van de eerste verzoekende partij en één door de bv Padelworld.

3.7. Op 30 september 2021 keurt de gemeenteraad het ontwerp van concessieovereenkomst goed.

3.8. Op een niet nader bepaalde datum wordt een verslag van nazicht van de offertes opgesteld. De BAFO's worden regelmatig verklaard en er wordt voorgesteld om de concessie toe te wijzen aan de bv Padelworld. De offerte van de verzoekende partijen wordt als derde gerangschikt.

3.9. Op 15 november 2021 keurt het college van burgemeester en schepenen het verslag van nazicht goed en beslist het om de concessie toe te wijzen aan de bv Padelworld.

Dit is de bestreden beslissing.

3.10. Op 23 februari 2022 wordt de concessieovereenkomst gesloten tussen de verwerende partij en de bv Padelworld.

Artikel 22 van de overeenkomst bevat bepalingen in verband met de beëindiging ervan. Zo kan de concessienemer de concessie opzeggen mits een opzegtermijn van één jaar in acht te nemen.

3.11. Volgens de verwerende partij heeft de bv Padelworld de concessieovereenkomst op 23 juni 2023 eenzijdig opgezegd.

3.12. Op 28 september 2023 keurt de gemeenteraad een dadingsovereenkomst goed met de bv Padelworld. Het verslag van de vergadering van de gemeenteraad vermeldt hierover het volgende:

“[...] Opdracht ‘uitbating van de tennis- en padel terreinen te sportcentrum te Lembeke’. Dadingsovereenkomst. Goedkeuring.

In het meerjarenplan is een actie opgenomen rond de reconversie van twee tennisterreinen op het sportcentrum van Lembeke naar padelterreinen en van de intentie om het tennishalet, de tennisterreinen en de padelterreinen in concessie te geven.

Om de doelstelling te realiseren, werd een overheidsopdracht uitgeschreven voor een concessie voor de uitbating van en de investering in de tennis- en padelzone. De opdracht werd in november 2021 toegewezen. De concessieovereenkomst werd [gesloten] en de omgevingsvergunning werd verleend.

Een niet-gekozen kandidaat diende een beroep in tegen de gunningsbeslissing. De procedure wordt gevoerd voor de Raad van State. Tot op dit moment is het advies van de auditeur nog niet gekend.

In juni 2023 heeft de gekozen dienstverlener de concessieovereenkomst opgezegd. Om een nieuwe opdracht versneld te kunnen uitschrijven en de financiële relaties tussen beide partijen af te handelen, heeft de gemeenteraad een dadingsovereenkomst afgesloten.”

3.13. Op 16 november 2023 keurt de gemeenteraad een bestek en een ontwerpovereenkomst goed, die betrekking hebben op een concessie voor de “realisatie en uitbating padel- en tennisclub op het sportcentrum te Lembeke”. Het voorwerp van de concessie wordt in het bestek omschreven op dezelfde wijze als in het bestek dat de gemeenteraad op 25 maart 2021 heeft goedgekeurd (zie overweging 3.1, hiervoor). In de consideransen van zijn beslissing overweegt de gemeenteraad onder meer dat “[n]aar aanleiding van de beëindiging van de vorige concessieovereenkomst, [...] een nieuwe concessieovereenkomst [wordt] uitgeschreven”.

3.14. Ter terechtzitting delen de verzoekende partijen mee dat zij deelnemen aan de nieuwe concessieprocedure. Dat wordt door de verwerende partij niet betwist.

Op het ogenblik dat de zaak in beraad is genomen, was er nog geen beslissing over de toewijzing van de concessie.

IV. Rechtspleging

4. In haar laatste memorie werpt de verwerende partij op dat de laatste memorie van de verzoekende partijen laattijdig is. Die memorie van de

verzoekende partijen werd ingediend op 24 november 2023, terwijl het auditorsverslag dateert van 24 oktober 2023.

Indien de verzoekende partijen hun laatste memorie buiten de termijn hebben ingediend, dient de Raad van State volgens de verwerende partij te concluderen dat de verzoekende partijen geacht worden de procedure niet meer te willen verderzetten, en dient hij bijgevolg het ontbreken van het vereiste belang vast te stellen.

5. Het verslag is aan de verzoekende partijen betekend op 26 oktober 2023. Bijgevolg is hun laatste memorie, ingediend op 24 november 2023, niet laattijdig ingediend.

De exceptie mist feitelijke grondslag.

V. Ontvankelijkheid van het beroep – Weerslag van de beëindiging van de litigieuze concessie en de plaatsing van een nieuwe concessieprocedure

Standpunt van de partijen

6. In hun laatste memorie voeren de verzoekende partijen aan dat hun beroep zijn voorwerp verloren heeft, maar dat de bestreden beslissing niettemin vernietigd moet worden:

“De gemeenteraadsbeslissing van 28 september 2023 bewijst dat de gegunde concessie werd beëindigd. Deze gemeenteraadsbeslissing steunt op het motief een nieuwe opdracht voor het gunnen van een concessie te kunnen uitschrijven.

Deze gemeenteraadsbeslissing houdt uitdrukkelijk, noodzakelijk en zeker de wilsuiking in van de gemeenteraad om de concessie met een nieuwe gunningsprocedure te gunnen. De gemeenteraad trekt door deze gemeenteraadsbeslissing impliciet haar eerdere beslissing van 25 maart 2021 tot vaststelling van de concessievoorwaarden en de gunningsprocedure [...] in; minstens gaat het om een stopzettings- of beëindigingsbeslissing. [...]

BV Padelworld heeft door de opzegging van de concessieovereenkomst en de daaropvolgende dading bovendien verzaakt aan de voor haar gunstige gunningsbeslissing.

[...] Deze gemeenteraadsbeslissing van 28 september 2023 maakt de bestreden beslissing formeel niet ongedaan. Bij weten van verzoekers heeft de verwerende partij geen formele beslissing tot intrekking van de bestreden beslissing genomen.

[...] De gemeenteraadsbeslissing ontnemt de bestreden beslissing haar grondslag en haar materiële rechtskracht. De bestreden beslissing is uit het rechtsverkeer verdwenen. Door de gemeenteraadsbeslissing en door de beëindiging van de concessieovereenkomst door bv Padelworld sorteert de bestreden beslissing niet langer rechtsgevolgen. Het voorliggende beroep heeft dan ook geen materieel voorwerp meer.

De bestreden beslissing moet formeel worden vernietigd ten behoeve van de duidelijkheid in het rechtsverkeer en de rechtszekerheid.”

7. In haar laatste memorie repliceert de verwerende partij hierop als volgt:

“De bewering van verzoekende partijen dat de gemeenteraad van verwerende partij met de beslissing d.d. 28 september 2023 haar eerdere beslissing dd. 25 maart 2021 waarmee de gemeenteraad het concessie-document goedkeurde [...] impliciet heeft ingetrokken is manifest onjuist. De opzegging van de met verwerende partij gesloten concessieovereenkomst door de gekozen inschrijver kadert in de uitvoering van de opdracht. [Huidig] annulatieberoep [heeft] de gekozen inschrijver kennelijk tot wanhoop gedreven waardoor deze zich genoodzaakt zag de met verwerende partij gesloten concessieovereenkomst eenzijdig op te zeggen, zoals voorzien in artikel 22 van de concessieovereenkomst [...]. De opzegging door de gekozen inschrijver van de met verwerende partij gesloten concessieovereenkomst laat de beslissing van de gemeenteraad d.d. 25 maart 2021 [...] onverlet, in weerwil van wat verzoekende partijen beweren.

[...]

Het standpunt van verzoekende partijen dat door de beslissing van de gemeenteraad van verwerende partij d.d. 28 september 2023 de bestreden beslissing uit het rechtsverkeer is verdwenen raakt kant noch wal. Indien deze redenering zou worden doorgetrokken zou dit betekenen dat elke (voortijdige) beëindiging van een overheidsovereenkomst (bijvoorbeeld naar aanleiding van een ambtshalve maatregel van een overheidsopdracht) de intrekking van de gunningsbeslissing zou impliceren. De eventuele voortijdige beëindiging van een overheidsovereenkomst vindt haar grondslag in de overeenkomst zelf, niet in de administratieve rechtshandeling waarmee de overheidsovereenkomst werd toegewezen. Het feit dat de gekozen inschrijver de met verwerende partij gesloten concessieovereenkomst heeft opgezegd laat de bestreden beslissing waarin

verwerende partij de concessie heeft toegewezen aan Padelworld bv dus onverlet.

[...]

[D]e verwijzing naar de jurisprudentiële techniek van de vernietiging met het oog op de rechtszekerheid [is] in casu geheel irrelevant.”

8. Op 13 maart 2024 brengen de verzoekende partijen een “nieuw feit” ter kennis van de Raad van State. Zij verwijzen met name naar de inmiddels bekendgemaakte beslissing van de gemeenteraad van 16 november 2023 waarbij het bestek en de ontwerpovereenkomst voor een nieuwe concessie zijn goedgekeurd.

Op grond van dit feit voeren de verzoekende partijen aan:

“De gemeenteraadsbeslissing van 16 november 2023 [...] ontnemt de bestreden beslissing haar grondslag en haar materiële rechtskracht. De bestreden beslissing is uit het rechtsverkeer verdwenen. Door de gemeenteraadsbeslissing van 16 november 2023 sorteert de bestreden beslissing niet langer rechtsgevolgen. Het voorliggende beroep heeft dan ook geen materieel voorwerp meer. De bestreden beslissing moet formeel worden vernietigd ten behoeve van de duidelijkheid in het rechtsverkeer en de rechtszekerheid.”

9. Ter terechtzitting repliceert de verwerende partij dat het opstarten van een nieuwe concessieprocedure de bestreden beslissing niet uit het rechtsverkeer heeft doen verdwijnen. Volgens haar behoudt het voorliggende beroep zijn voorwerp. Zij vraagt dat dit beroep onontvankelijk, of minstens ongegrond verklaard zou worden.

Beoordeling

10. Op 28 september 2023 heeft de gemeenteraad een dading gesloten met de gekozen inschrijver, naar aanleiding van diens eenzijdige beëindiging van de concessieovereenkomst. Op 16 november 2023 heeft de gemeenteraad een nieuwe concessieprocedure opgestart, met hetzelfde voorwerp als de eerste concessie. De verzoekende partijen hebben zich kandidaat gesteld voor die nieuwe concessie.

Die nieuwe ontwikkelingen doen de vraag rijzen of het voorliggende beroep nog een voorwerp heeft, en of de verzoekende partijen nog een belang hebben bij hun beroep.

11. Daargelaten of het voorliggende beroep nog een voorwerp heeft, dient in verband met het belang het volgende te worden opgemerkt.

Het belang van een verzoekende partij om voor de Raad van State een beslissing tot toewijzing van een concessie te bestrijden, bestaat idealiter erin opnieuw op zijn minst een kans te maken om die concessie toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit dat dit doel onbereikbaar is geworden doordat inmiddels een concessieovereenkomst is gesloten, moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij het beroep tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en dat spijs het sluiten of zelfs de uitvoering van de concessieovereenkomst, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Het voornoemd moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat in beginsel.

12. Het enkele feit dat de concessieovereenkomst, gesloten ter uitvoering van de bestreden toewijzingsbeslissing, inmiddels beëindigd is, heeft op zich niet tot gevolg dat het mogelijk belang van de verzoekende partijen bij hun beroep verdwenen is.

Desgevraagd hebben de verzoekende partijen ter terechtzitting evenwel niet verduidelijkt welk belang zij thans nog bij hun beroep hebben.

De verwerende partij blijkt inmiddels een nieuwe concessieprocedure te hebben opgestart, met hetzelfde voorwerp als de eerste concessie. De

verzoekende partijen zijn op de aankondiging van de nieuwe concessie ingegaan en hebben zich daarvoor kandidaat gesteld. Daardoor zal hun offerte, al dan niet aangepast, opnieuw beoordeeld worden, en krijgen ze ook een nieuwe kans om de concessie in de wacht te slepen. Indien de concessie niet aan hen zou worden toegewezen, met andere woorden indien andermaal aan hen voorbijgegaan zou worden, kunnen zij tegen die nieuwe beslissing een beroep tot nietigverklaring instellen.

Aldus is niet enkel het nadeel verdwenen dat de verzoekende partijen ten gevolge van de bestreden beslissing hebben geleden; minstens voeren zij het tegendeel niet aan. Ook voor het voordeel dat zij met hun beroep nastreven, komen zij ten gevolge van de nieuwe ontwikkelingen opnieuw in aanmerking.

Uit wat voorafgaat, volgt dat de verzoekende partijen geen nuttige gegevens aanvoeren die kunnen aantonen dat zij in de concrete omstandigheden van de zaak nog een belang bij de nietigverklaring van de bestreden beslissing hebben.

13. Het beroep is niet ontvankelijk.

VI. Kosten

14. In de gegeven omstandigheden past het de kosten van het beroep tot nietigverklaring ten laste van de verzoekende partijen te leggen.

Gelet op de beëindiging van de concessie en het uitschrijven van een nieuwe concessie wordt de verwerende partij echter niet als de in het gelijk gestelde partij beschouwd. Er is dan ook geen grond om de door haar gevorderde rechtsplegingsvergoeding toe te kennen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 1200 euro en een bijdrage van 22 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op negenentwintig mei tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Paul Lemmens