

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 261.345 van 13 november 2024
in de zaak A. 237.608/XIV-39.492**

In zake : 1. de VZW A.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Karel Simaey
 kantoor houdend te 8211 Aartrijke
 Brugsestraat 48
 bij wie woonplaats wordt gekozen
 2. I.D.
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaat Dirk Van Heuven
 kantoor houdend te 8500 Kortrijk
 Beneluxpark 27B

 tegen :

 de STAD BLANKENBERGE
 bijgestaan en vertegenwoordigd door
 advocaten Neil Braeckvelt en Emma Van Eenoo
 kantoor houdend te 8000 Brugge
 Ezelstraat 25
 bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 oktober 2022, strekt tot de nietigverklaring van de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Blankenberge van 20 mei 2022 om de concessie ‘Exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten’ te gunnen aan een derde.

 De verzoekende partijen vorderen in hun verzoekschrift tevens een schadevergoeding tot herstel.

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.

Auditeur Thomas Maes heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 9 oktober 2024.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Dirk Van Heuven, die verschijnt voor de tweede verzoekende partij en, *loco* advocaat Karel Simaey, de eerste verzoekende partij, en advocaat Neil Braeckevelt, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij organiseert een mededingingsprocedure voor de toewijzing van de concessie ‘Exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten’ in Blankenberge.

In het lastenboek dat op deze concessie van toepassing is, wordt in artikel 1 de betrokken “concessie” als volgt gedefinieerd:

“De overeenkomst waarbij de Stad een persoon het recht verleent om een gedeelte van het openbaar domein, zoals beschreven in dit lastenboek, tijdelijk, op een wijze die het recht van anderen uitsluit, in gebruik te nemen en die om redenen ontleend aan het openbaar belang eenzijdig kan worden herroepen. De concessie avondmarkten betreft meer bepaald een afgebakend deel van het openbaar domein, waarop de concessionaris een avondmarkt inricht en uitbaat”.

Luidens artikel 2 heeft het lastenboek betrekking op de verstrekking van het exclusieve recht voor de exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten op verschillende marktterreinen op het grondgebied van de stad Blankenberge.

In artikel 3.1. ‘Openbare Procedure’ wordt de procedure als volgt beschreven:

“3.1.1. De concessieovereenkomst wordt gegund en uitgevoerd uitsluitend in overeenstemming met de voorwaarden en bepalingen van dit lastenboek.

3.1.2. De concessieovereenkomst komt tot stand na een openbare oproep en een procedure van mededinging. De uitnodiging tot mededinging beperkt zich tot de natuurlijke personen, rechtspersonen, en rechtspersonen in oprichting, die zich kenbaar hebben gemaakt na een publieke oproep.

3.1.3. De toewijzingsprocedure valt niet onder de wetgeving op de overheidsopdrachten.

De concessie wordt toegewezen na het houden van een publieke vraag tot het indienen van offertes.

De regelmatigheid van de offertes van de kandidaten worden gecontroleerd. De Stad behoudt zich het recht voor om een onregelmatige offerte van een geselecteerde inschrijver te weren op basis van vastgestelde onregelmatigheden.

De selectiecriteria worden eerst gecontroleerd.

De inschrijvers worden daarna vergeleken aan de hand van de hieronder vermelde gunningscriteria (zie punt 3.2.4.).

Voor de gunning kiest de Stad de offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van de in dit lastenboek vermelde gunningscriteria en alle andere

overwegingen voorzien in dit lastenboek en ook met alle in de offerte gedane suggesties tenzij dit in dit lastenboek anders is bepaald.

[...]

3.1.4. De Stad behoudt zich het recht voor geheel of gedeeltelijk gevolg te geven aan deze procedure en kan desgevallend de concessieovereenkomst afsluiten na het volgen van een nieuwe of andere procedure.”

Ook de volgende bepalingen onder artikel 3 ‘Wijze van sluiten van de concessieovereenkomst’ zijn voor deze zaak relevant:

“3.2. Opmaken van de offerte

3.2.1. De offerte wordt in overeenstemming met het bij dit lastenboek gevoegd model opgemaakt. [...] De kandidaat zorgt dat de benodigde stukken, zoals nader aangeduid in punt 3.2.4., bij het offerteformulier worden gevoegd.

[...]

3.2.4. Bij de offerte te voegen stukken:

Selectiecriteria

[...]

Gunningscriteria:

Volgende criteria zijn van toepassing bij de gunning van de concessie.

- Organisatieplan (40 punten)

[...]

- Geboden jaarlijkse concessievergoeding (40 punten)

- * De offerte met het hoogste bod krijgt het maximum van de punten.

- * De andere offertes krijgen een score in verhouding tot hun afwijking ten opzichte van het hoogste bod.

[...]

- Aanpak inzake duurzaamheid en milieuvriendelijkheid (20 punten)

[...]

- Opgedane ervaring met markten (20 punten)

[...]

- Plan tot samenwerking met lokale handelaars (20 punten)

[...]

- Communicatieplan naar de standhouders en bezoekers (10 punten)

[...]

3.5. Keuze van de concessionaris

3.5.1. De concessie wordt gegund aan de kandidaat die vanuit het oogpunt van de aanbestedende overheid het meest kwalitatieve concessievoorstel heeft ingediend en daardoor de meeste punten heeft verzameld volgens de aangeduide gunningscriteria vermeld onder artikel 3.2.4.

Het quoteren gebeurt kwalitatief met volgende beschrijving :

- onvoldoende : komt niet in aanmerking voor toewijzing (minder dan 75/150 punten)

- voldoende : een eindresultaat tussen 75 en 100 punten

- goed : een eindresultaat tussen 101 en 120 punten

- zeer goed : een eindresultaat tussen 121 en 140 punten

- uitstekend : een eindresultaat tussen 141 en 150 punten

3.5.2. De inschrijver die het beste concessievoorstel heeft gedaan, blijft gebonden door zijn bieding tot de schriftelijke kennisgeving van de gunning van de concessie door het college van burgemeester en schepenen.

3.5.3. De Stad is niet verplicht effectief toe te wijzen en kan steeds afzien van de verderzetting van de toewijzingsprocedure.”

Luidens artikel 4 ‘Duur’ wordt de concessie toegestaan voor een periode van vijf opeenvolgende jaren, ingaande op 1 januari 2022 en eindigend op 31 december 2026.

Artikel 6 ‘Concessievergoeding’ luidt als volgt:

“Het minimum biedingsbedrag voor de concessieprijs wordt bepaald op 50.000 EUR (vijftigduizend EUR) per jaar.

De concessieprijs, die verschuldigd is ook wanneer de concessionaris, om welke reden ook, de uitbating zou stopzetten of vroegtijdig beëindigen zonder daartoe gemachtigd te zijn door de Stad, zal jaarlijks aangepast worden aan de schommeling van het indexcijfer der consumptieprijsen.

[...]

De concessionaris verbindt er zich toe de concessieprijs te betalen vóór 1 augustus van het jaar waarop deze betrekking heeft door overschrijving [...].”

3.2. Het lastenboek wordt gepubliceerd op de website van de verwerende partij, uitgehangen op een bord aan het gemeentehuis en verstuurd aan mogelijk geïnteresseerden, onder wie de verzoekende partijen.

De uiterste datum voor het indienen van een offerte wordt bepaald op 20 april 2022 om 10 uur.

3.3. De volgende drie kandidaten dienen een offerte in:

- I.D., zijnde de tweede verzoekende partij,
- W.J., M.C. en de bv J.
- J.M.

Er wordt een proces-verbaal van vaststelling van de kandidaturen opgemaakt. De offertes blijken alle drie onder het minimum biedingsbedrag van 50.000 euro te liggen.

3.4. Met een e-mailbericht van 20 april 2022, verstuurd om 14.42 uur, deelt de voorzitter van de eerste verzoekende partij aan de verwerende partij het volgende mee:

“Betreft concessie avondmarkten en rommelmarkten
[...]

Alvast bedankt voor het sturen van de lastenboeken van beide concessies
We zijn een marktkramersvereniging aan de Belgische kust en organiseren reeds sedert 1998 meer dan 60 avondmarkten voornamelijk aan de Belgische kust.

In bijlage stuur ik onze kalender die reeds bekend is voor dit jaar 2022.

Bij de concessie van de rommelmarkten vond ik het bedrag iets te hoog..mijn prijs was 25000..

Daar er volgens mij bij geen interesse van kandidaten, aan de gestelde instelprijs, een nieuwe aanbesteding zou komen zo dacht ik heb ik dan ook geen bod gedaan van 25.000

Nu krijg ik te horen dat deze toch zouden toegewezen zijn aan een mindere prijs voel ik me hierbij dan ook benadeeld en vind ik de geboden prijs geen wettelijk bod

Hetzelfde vandaag met de avondmarkten.. mijn prijs dat ik zou willen bieden zou 35.000 max 40.000 zijn, daarom dat ik vandaag ook geen bod heb uitgebracht

nu hoor ik dat er toch weer werd geboden vandaag onder de gestelde instelprijs wat volgens mij wettelijk geen geldige biedingen zijn.. mochten deze dat toch als wettelijk aanzien worden dan wil ik alsnog een bod uitbrengen van 37500

Gelieve dan ook mijn bod alsnog te aanvaarden van 25000 en 37500 of wel graag een nieuwe aanbesteding voor beide concessies.. wat volgens mij het meest wettelijke is”.

3.5. Met een e-mailbericht van 26 april 2022 laat J.M. aan de verwerende partij weten “dat hij niet langer kandidaat [is] voor de concessie wegens te drukke agenda”.

3.6. Op 27 april 2022 stelt de beoordelingscommissie van de stad Blankenberge een proces-verbaal van plaatsing, “individuele selectie en quotering” op, wat de tweede verzoekende partij en wat W.J., M.C. en de bv J. betreft. De beide inschrijvers worden geselecteerd, en na toetsing aan de gunningscriteria wordt de tweede verzoekende partij als eerste geplaatst met 120 op 150 punten, en W.J., M.C. en de bv J. als tweede met 104 op 150 punten.

Daarnaast stelt de beoordelingscommissie, eveneens op 27 april 2022, een “proces-verbaal van vaststelling niet weerhouden kandidaturen” op. Daarin wordt vastgesteld dat J.M. zijn kandidatuur heeft ingetrokken. Wat de eerste verzoekende partij betreft, wordt gesteld dat “[de voorzitter] niet alleen laattijdig zijn kandidatuur [heeft] bekend gemaakt, maar blijkt ook contact gehad te hebben met andere kandidaten over de inhoud van de biedingen; In deze omstandigheden zou het laten beoordelen door de beoordelingscommissie van een ongeldige kandidatuur een eerlijke beoordeling van de correct ingeschreven kandidaten in de weg staan”.

3.7. Met een e-mailbericht van 29 april 2022 deelt J.M. aan de verwerende partij mee:

“Ik blijf kandidaat voor de concessie van de avondmarkten te Blankenberge. Gelieve vorige mail dan ook te negeren, deze werd verzonden in een emotionele bui en is niet meer van toepassing”.

3.8. Op 6 mei 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Blankenberge het volgende:

“Artikel 1: In afwijking van de vereiste van een minimum biedprijs van 50.000 EUR, zoals bepaald in artikel 6 van het lastenboek, kan voor de gunning van de concessie tot exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten rekening worden gehouden met de biedprijzen die zich onder de minimum biedprijs bevinden.

Artikel 2: Het college van burgemeester en schepenen geeft aan de beoordelingscommissie de opdracht om alle kandidaten te beoordelen, met inbegrip van kandidaat [J.M.]”.

Onder de hoofding ‘Motivering van de afwijking van het lastenboek’ wordt gesteld:

“De openbare aanbesteding betreffende de concessie tot exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten had plaats op woensdag 20 april 2022 te Blankenberge om 10 uur. Een PV van vaststelling van kandidaturen werd opgemaakt.

De basis concessieprijs was ingesteld op 50.000 EUR. Er werden 2 kandidaten vergeleken. Beide kandidaten boden onder de minimum biedprijs.

Het lastenboek voorziet in artikel 28 – onvoorziene gevallen dat elk geval, met uitzondering van de gevallen die bij wet behoren tot de bevoegdheid van andere overheden, dat niet voorzien is in onderhavig lastenboek, door het college van burgemeester en schepenen beslecht. Het college van burgemeester en schepenen kan, mits grondige motivering, steeds afwijkend van de bepalingen van het lastenboek beslissen over specifieke zaken die zich voordoen en een andere benaderingswijze vergen in functie van het zich voordoend geval.

De minimum biedprijs is niet voorgeschreven op straffe van nietigheid.

Er kan worden aangenomen dat zelfs met een lagere minimum biedprijs zich geen andere kandidaten zouden hebben aangemeld.

Alle ingeschreven kandidaten bevinden zich onder de minimum biedprijs.

Alle kandidaten zijn dus op dezelfde manier behandeld.

De biedprijs is slechts één van de beoordelingscriteria om de meest geschikte kandidaat te weerhouden voor de organisatie van rommelmarkten.

Twee kandidaten werden niet ter beoordeling voorgelegd aan de beoordelingscommissie om de geldige kandidaturen op een eerlijke manier te kunnen vergelijken. Hiervan werd PV opgemaakt.

Er werd een PV van aanbesteding gemaakt.

Kandidaat [I.D.] met volgnummer 3, behaalde 120 op 150 punten. Conform de bepalingen van het lastenboek wordt deze kandidatuur als goed omschreven. Hij wordt op plaats nr. 1 gerangschikt.

Kandidaten [W.J., M.C.] en [bv J.], met volgnummer 1, behaalde 104 op 150 punten. Conform de bepalingen van het lastenboek wordt deze kandidatuur als goed omschreven. Hij wordt op plaats nr. 2 gerangschikt.”

3.9. Met een e-mailbericht van 6 mei 2022 deelt de voorzitter van de eerste verzoekende partij aan de verwerende partij mee “[i]ndien nodig [...] bereid [te zijn] de instelprijs van 50.000 euro te bieden voor de uitbating van de avondmarkten te Blankenberge”.

3.10. Op 11 mei 2022 stelt de beoordelingscommissie een proces-verbaal van plaatsing, “individuele selectie en quotering” op, wat de offerte van J.M. betreft. Er wordt gesteld:

“[...] de ‘beoordelingscommissie’ [is] overgegaan tot:

‘1/ de selectie van de inschrijvers die een offerte hebben ingediend voor de plaatsing ‘Concessie 7 avondmarkten’ waarvan de plaatsing op de gebruikelijke wijze aan de belanghebbenden is kenbaar gemaakt.

2/ de quotering van de offertes van de kandidaten, die voldoen aan de selectiecriteria van het lastenboek.’

De niet geselecteerde kandidaten worden hiervan tijdig op de hoogte gebracht.

Eén persoon werd niet als kandidaat-inschrijver voorgelegd aan de beoordelingscommissie. Hiervan werd een afzonderlijk PV opgemaakt. Twee kandidaturen werden op 27 april 2022 beoordeeld, één kandidaat wordt op 11 mei 2022 beoordeeld ingevolge beslissing van het college van burgemeester en schepenen d.d. 6 mei 2022.”

De inschrijver J.M. wordt geselecteerd, en na toetsing aan de gunningscriteria wordt deze inschrijver als eerste geplaatst met 133 op 150 punten.

3.11. Op 20 mei 2022 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Blankenberge om de concessie te gunnen aan J.M., “mits de betaling van een jaarlijkse concessieprijs van 25.000 euro (jaarlijks te indexeren)”, op grond van de volgende motieven:

“In toepassing van het lastenboek d.d. 25 maart 2022 werd de concessie tot het organiseren van zeven avondmarkten 2022-2026 openbaar gemaakt.

De opening van de inschrijvingen betreffende de concessie tot organisatie en exploitatie van zeven avondmarkten had plaats op woensdag 20 april 2022 om 10.u. Hiervan werd een PV van vaststelling kandidaturen opgemaakt. Aan het college van burgemeester en schepenen wordt gevraagd hiervan akte te nemen.

Eén kandidaat werd niet weerhouden voor de beoordeling door de beoordelingscommissie. Hiervan werd een PV van vaststelling niet weerhouden kandidaturen voor de concessie exploitatie en organisatie van 7 avondmarkten opgemaakt.

De offertes van de kandidaten werd door de beoordelingscommissie gequoteerd conform de gunningscriteria van het lastenboek op woensdag 27 april om 14 uur.

Het CBS besliste op 6 mei 2022 dat kan worden rekening gehouden met de biedprijzen onder de minimum biedprijs 50.000 EURO. Daarnaast gaf het CBS de opdracht aan de beoordelingscommissie om alle kandidaten te beoordelen, met inbegrip van kandidaat [J.M.].

Op woensdag 11 mei 2022 werd door de beoordelingscommissie bijkomend gequoteerd conform de gunningscriteria van het lastenboek.

Drie kandidaturen werden door de beoordelingscommissie vergeleken.

Alle ingeschreven kandidaten bevinden zich onder de minimum biedprijs. Alle kandidaten zijn dus op dezelfde manier behandeld.

Eén kandidaat werd niet ter beoordeling voorgelegd aan de beoordelingscommissie om de geldige kandidaturen op een eerlijke manier te kunnen vergelijken. Hiervan werd PV opgemaakt.

Kandidaat [J.M.] met volgnummer 2, behaalde 133 op 150 punten. Conform de bepalingen van het lastenboek wordt deze kandidatuur als zeer goed omschreven. Hij wordt op plaats nr. 1 gerangschikt.

Kandidaat [I.D.] met volgnummer 3, behaalde 120 op 150 punten. Conform de bepalingen van het lastenboek wordt deze kandidatuur als goed omschreven. Hij wordt op plaats nr. 2 gerangschikt.

Kandidaten [W.J., M.C.] en [bv J.], met volgnummer 1, behaalde 104 op 150 punten. Conform de bepalingen van het lastenboek wordt deze kandidatuur als goed omschreven. Hij wordt op plaats nr. 3 gerangschikt.”

Dit is de bestreden beslissing.

3.12. Op 24 mei 2022 deelt de voorzitter van de eerste verzoekende partij mee dat, mocht het eerder uitgebrachte bod van 50.000 euro aanvaard worden, “dan doen wij dat met onze Firma [bv D.]”.

3.13. Op 16 juni 2022 dagvaardt de eerste verzoekende partij de gekozen inschrijver voor de voorzitter van de ondernemingsrechtbank te Brugge, zetelend zoals in kort geding, met een stakingsvordering om de organisatie van de avondmarkten te verhinderen, alsook tot het horen onwettig verklaren van de gunningsbeslissing van 20 mei 2022 in toepassing van artikel 159 van de Grondwet.

Met een vonnis van 4 oktober 2022 verwerpt de voorzitter van de ondernemingsrechtbank deze vordering.

3.14. Op 1 juli 2022 dienen de verzoekende partijen een klacht in bij de toezichthoudende overheid tegen de gunningsbeslissing van 20 mei 2022.

Met een beslissing van 18 augustus 2022 verwerpt de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen de klacht. Deze beslissing wordt met een brief van 30 augustus 2022 ter kennis gebracht aan de verzoekende partijen.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie ten aanzien van de eerste verzoekende partij

4. In de memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan “belang” in hoofde van de eerste verzoekende partij op. Zij stelt, onder meer, dat de eerste verzoekende partij de vernietiging vordert van een toewijzingsbeslissing van een concessie terwijl zij daarvoor zelf geen offerte heeft ingediend (of op manifest laattijdige en gebrekkige wijze) en die zij dus ook niet kon verkrijgen.

Bovendien was de eerste verzoekende partij in de juridische onmogelijkheid om op dat ogenblik een rechtsgeldige offerte in te dienen bij gebrek aan bestuurders in haar vereniging. Blijkens de notulen van de algemene vergadering van de vzw was er immers in de periode tussen eind 2021 en 30 juni 2022 – en dus de volledige periode van de gunningsprocedure voor de concessie – geen enkele bestuurder benoemd, en dus geen enkele persoon bevoegd om een offerte rechtsgeldig te ondertekenen of de vereniging te verbinden.

5. In de memorie van wederantwoord stelt de eerste verzoekende partij dat zij werd benadeeld omdat er biedingen werden aanvaard beneden het minimum biedingsbedrag, terwijl het opnemen van een minimumbedrag in het lastenboek haar juist heeft weerhouden om een offerte in te dienen. Zij heeft een voldoende belang bij haar vordering indien een middel ertoe zou leiden dat een nieuwe procedure wordt begonnen waaraan zij zou kunnen deelnemen.

Voorts volgt volgens haar uit de historiek van de vereniging dat de bestaande bestuurders, ook al is hun mandaat beëindigd, aangehouden blijven, en kon in elk geval de algemene vergadering zelf, bij gebreke aan bestuurders, beslissen een offerte in te dienen.

6. In haar laatste memorie stelt de verwerende partij dat haar geen continuïteitsbeginsel is bekend op grond waarvan de bestuurders van een

vereniging mogen worden geacht bevoegd te zijn in de periode tussen het verstrijken van hun benoeming en hun herbenoeming. Mocht de eerste verzoekende partij indertijd ook effectief een offerte hebben ingediend, dan had de verwerende partij die moeten afwijzen als substantieel onregelmatig wegens gebrek aan geldig bewijs van bevoegdheid van de bestuurders. Ten aanzien van derden – te dezen de verwerende partij die de rechtsgeldigheid van de ondertekening moet beoordelen –, is vereist dat de leden van het bestuursorgaan geïdentificeerd kunnen worden. Om die reden vereist het wetboek van vennootschappen en verenigingen (WVV) dan ook dat de vertegenwoordigings-bevoegdheid van iedere bestuurder blijkt uit de regelmatige bekendmaking van de akte van hun benoeming.

7. De eerste verzoekende partij stelt in haar laatste memorie dat het voor haar belang volstaat dat zij, als gevolg van de financiële voorwaarden van het bestek, namelijk het minimum biedingsbedrag, werd belet een bestekconforme offerte in te dienen.

Ten overvloede verwijst de eerste verzoekende partij naar het continuïteitsbeginsel dat ook in het vennootschapsrecht bestaat, op grond waarvan de laatst benoemde bestuurders de vennootschap vertegenwoordigen die niet in vereffening, ontbinding of faling is gesteld.

Beoordeling

8. Gelet op artikel 19, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, kan het beroep tot nietigverklaring bedoeld bij artikel 14 van deze wet, voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State worden gebracht “door elke partij welke doet blijken van een benadeling of van een belang”.

Een verzoekende partij dient daarnaast te beschikken over de vereiste hoedanigheid om het beroep tot nietigverklaring in te stellen. Deze

vereiste van hoedanigheid – procesbevoegdheid of kwaliteit – dient te worden onderscheiden van de vereiste van het belang.

De hoedanigheid of procesbevoegdheid is het vermogen om een geschil bij de rechter aan te brengen met het verzoek er uitspraak over te doen. Een verzoekende partij kan in eigen naam geen vordering instellen die erop gericht is een aanspraak die haar niet toebehoort, alsnog gerealiseerd te zien worden. Zij beschikt in dat geval niet over de vereiste hoedanigheid om het beroep tot nietigverklaring in te stellen (RvS (A.V.) 15 januari 2019, nr. 243.406, ECLI:BE:RVSCE:2019:ARR.243.406, Van Dooren)

Opdat een verzoekende partij de vereiste hoedanigheid zou hebben bij het beroep ingediend in eigen naam, is vereist dat zij een zekere persoonlijke en individuele band vertoont met de bestreden beslissing, dat de bestreden beslissing haar benadeelt en zij, aldus, beschikt over het vereiste belang om de vernietiging ervan te benaarstigen.

Samengevat, strekt de vereiste van hoedanigheid er niet enkel toe om in hoofde van een verzoekende partij de vereiste kwaliteit om in rechte op te treden te beoordelen, doch ook om de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring te beoordelen vanuit het oogpunt van het daartoe vereiste belang.

9. Ambtshalve rijst te dezen de vraag of de eerste verzoekende partij hoedanigheid heeft om het huidig beroep in te stellen. De exceptie wordt in die zin geherformuleerd.

Te dezen ligt een domeinconcessie voor waarbij, naast een tijdelijk gebruiksrecht op het openbaar domein, aan de concessienemer ook de verplichting wordt opgelegd om avondmarkten te organiseren onder de voorwaarden bepaald in het lastenboek. Luidens artikel 3.1.3. van het lastenboek valt de toewijzingsprocedure niet onder de wetgeving op de overheidsopdrachten. Evenmin blijkt de wet van 17 juni 2016 ‘betreffende de concessieovereenkomsten’ van toepassing te zijn op de onderhavige concessie.

De eerste verzoekende partij is een vereniging zonder winstoogmerk met als doel de beroepsbelangen van haar leden, ambulante handelaars in steden en gemeenten, te bevorderen (artikel 2 van haar statuten). De verwerende partij stelt dat zij het lastenboek voor de betrokken concessie heeft verstuurd aan mogelijk geïnteresseerden, waaronder de verzoekende partijen.

In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf een offerte heeft ingediend geen hoedanigheid om een beroep in te stellen tegen de beslissing waarbij een concessie aan een derde wordt toegewezen, tenzij wanneer een voorwaarde in het lastenboek die verzoekende partij precies heeft verhinderd een offerte in te dienen.

De eerste verzoekende partij maakt in dit verband aannemelijk dat het minimum biedingsbedrag opgenomen in het lastenboek te hoog was en haar bijgevolg heeft belet om een offerte in te dienen.

Aldus dient de hoedanigheid van de eerste verzoekende partij als geïnteresseerde kandidaat-marktdeelnemer te worden aanvaard in zoverre het beroep is gericht tegen een beslissing tot toewijzing van een concessie aan een derde die een offerte had ingediend onder het minimum biedingsbedrag bepaald in het lastenboek, en in zoverre dat beroep, zoals ten gronde zal blijken, is gesteund op het onrechtmatig afwijken van die, volgens haar, essentiële minimumvereiste (voorwerp van het eerste onderdeel van het eerste middel).

In die mate heeft de eerste verzoekende partij de vereiste kwaliteit om in rechte op te treden alsook het vereiste belang om de vernietiging van de bestreden beslissing te benaarstigen.

10. De vraag of de eerste verzoekende partij, in het geval er geen of een lager minimum biedingsbedrag in het lastenboek was bepaald, al dan niet rechtsgeldig een offerte had kunnen indienen gelet op het gebrek aan (her)benoemde bestuurders in haar vereniging op dat ogenblik, is een hypothetische vraag die in het kader van de hoedanigheidsvereiste om het

voorliggende vernietigingsberoep in te dienen niet nader dient te worden onderzocht.

Overigens blijkt dat dezelfde drie bestuurders die waren benoemd op de algemene vergadering van 2 juli 2015 voor een termijn “eindigend onmiddellijk na de gewone algemene vergadering van 2021”, opnieuw werden benoemd tot bestuurder voor een duur van zes jaar op de gewone algemene vergadering van 30 juni 2022. In die omstandigheden wordt ervan uitgegaan, in overeenstemming met de gemeenrechtelijke lastgeving en bij gebreke aan een specifieke wettelijke bepaling, dat de functie van bestuurder na het verstrijken van de duur van het mandaat te dezen stilzwijgend werd voortgezet tot aan de daaropvolgende gewone algemene vergadering.

11. De exceptie wordt verworpen.

V. Onderzoek van het eerste middel, eerste onderdeel

Standpunt van de partijen

12. In een eerste middel voeren de verzoekende partijen de schending aan “van het gelijkheidsbeginsel, van het transparantiebeginsel, van het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel, van het bestek, van het zorgvuldigheids-beginsel en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur”.

In een eerste onderdeel voeren zij aan dat de gunningsbeslissing nietig is wegens de miskenning van de minimumvereiste inzake de hoegrootheid van de concessievergoeding. In de offerte moeten de geïnteresseerden een vergoeding opnemen die zij bereid zijn te betalen. In het bestek wordt het bedrag van deze concessievergoeding bepaald op minimum 50.000 euro per jaar. Blijkens het gunningsverslag wordt evenwel van dit minimum biedingsbedrag afgeweken en wordt aldus een lagere concessievergoeding aanvaard. Het voorzien van een minimum biedingsbedrag betreft nochtans een essentiële eis waarvan na opening van de offertes niet meer kan worden afgeweken. Doordat de verwerende partij

haar eigen bestekvoorwaarden niet heeft gerespecteerd, heeft zij het *patere legem quam ipse fecisti* beginsel geschonden. De verwerende partij was onzorgvuldig om de concessie toch te sluiten en de opdracht met een aangepast bestek niet opnieuw in de markt te plaatsen. Minstens één kandidaat, namelijk de eerste verzoekende partij, heeft niet deelgenomen omdat het minimum biedingsbedrag te hoog was, zodat aldus ook het mededingings- en gelijkheidsbeginsel zijn geschonden.

De eerste verzoekende partij benadrukt dat geen bewijs voorligt dat zij wist dat het minimum biedingsbedrag geen minimum was. De bewering dat zij kennis had van het feit dat de concessie voor de rommelmarkten onder het minimum biedingsbedrag was toegewezen, zodat zij had moeten weten dat onder dit bedrag kon worden ingediend, overtuigt volgens haar niet. Ten eerste heeft zij juist omdat er een minimum biedingsbedrag was bepaald, geen offerte ingediend. Ten onrechte stelt de verwerende partij de situatie voor alsof er een laattijdige offerte zou zijn ingediend. Ten tweede verantwoordt een onwettig handelen in een andere concessieprocedure, geen gelijkaardige onwettigheid in de betwiste concessie van avondmarkten. Ten derde is de argumentatie van de verwerende partij onjuist: op het ogenblik dat de eerste verzoekende partij besliste om geen offerte in te dienen, was zij nog niet op de hoogte van een rechtsgeldige gunning onder het minimum biedingsbedrag.

Het bestek legt als minimumvereiste op dat er een vergoeding van 50.000 euro per jaar verschuldigd is. De concessie werd op deze wijze in de markt geplaatst en verschillende personen beslisten op basis van die informatie om al dan niet een offerte in te dienen. Deze essentiële voorwaarde moet te allen tijde gerespecteerd worden zodat er niet van afgeweken kan worden. Toelaten dat in de gunningsfase van deze bepaling zou kunnen worden afgeweken, zet de deur open naar willekeur en schendt manifest de gelijkheid.

Voor zover de verwerende partij verwijst naar artikel 28 van het lastenboek, stellen de verzoekende partijen dat dit artikel niet werd opgenomen in hoofdstuk II ‘Wijze van sluiten van de concessieovereenkomst’ en dus niet relevant is voor de gunning van de opdracht. Deze bepaling betreft de situatie van

een “onvoorzien geval” tijdens de uitvoering van de concessie, namelijk een situatie dat niet in het lastenboek werd voorzien. In ieder geval is de situatie dat “de concessiehouders geïnteresseerd zouden zijn om een zo laag mogelijke vergoeding te betalen” geen onvoorziene situatie zodat artikel 28 van het lastenboek hoe dan ook niet toegepast kan worden.

13. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord vooreerst een exceptie van gebrek aan belang bij het eerste middelonderdeel op, en stelt voorts dat dit middelonderdeel ongegrond is.

Mocht de eerste verzoekende partij al belang hebben bij onderhavige procedure, dan heeft zij in elk geval geen belang bij dit middel dat de onregelmatigheid van de offerte van de begunstigde viseert. Zij diende immers zelf geen offerte in en was ook niet in de juridische mogelijkheid om een rechtsgeldige offerte in te dienen bij gebrek aan bestuurders in haar vereniging.

De tweede verzoekende partij diende zelf een bod in dat lager lag dan het vooropgestelde minimum biedingsbedrag. Zij heeft dan ook geen belang bij een middelonderdeel dat erop neerkomt dat biedingen beneden het minimumbedrag niet mochten worden aanvaard, aangezien dit evident ook de onregelmatigheid van haar eigen offerte met zich mee zou brengen.

Ten gronde zet de verwerende partij vooreerst uiteen waarom blijkens de relevante bepalingen in het lastenboek de concessievergoeding geen essentiële bestekbepaling is waarvan niet zou kunnen worden afgeweken.

In het lastenboek blijkt nergens dat het voorgestelde minimum biedingsbedrag van 50.000 euro per jaar als een essentieel voorschrift zou zijn aangemerkt door de stad Blankenberge. Dit bedrag is immers niet opgenomen in de (éénzijdige) voorschriften die zijn vermeld in artikel 2 (voorwerp) of artikel 3 (wijze van sluiten van de overeenkomst) van het lastenboek, dat de voorwaarden van de offerte bevat alsook de selectie- en gunningscriteria. Integendeel, het vooropgestelde minimum biedingsbedrag wordt slechts vermeld bij de

contractuele concessiebepalingen (artikel 6 van het lastenboek), waarbij niet wordt voorzien dat zulks zou gelden op straffe van nietigheid of dat lagere biedingen niet kunnen worden aanvaard. In gelijkaardige opdrachten van andere kustgemeenten was dit - in tegenstelling tot in deze procedure - wel expliciet in het lastenboek voorzien. Sowieso was het prijs criterium “*tout court*” geen doorslaggevende factor, aangezien dit aspect slechts voor 40 van de 150 punten (of dus slechts 26,6%) meetelde. Artikel 28 van het lastenboek bepaalt ook dat het college mits grondige motivering afwijkend van de bepalingen van het lastenboek kan beslissen. De verzoekende partijen gaan eraan voorbij dat in artikel 28 duidelijk sprake is van afwijkingen op “het lastenboek” en niet op de “concessie” of de overeenkomst. De verzoekende partijen gaan ook voorbij aan artikel 3.1.3 van het lastenboek waarin de stad zich het recht voorbehoudt om een onregelmatige offerte van een geselecteerde inschrijver te weren op basis van vastgestelde onregelmatigheden, en het lastenboek aldus voorziet dat zelfs in geval van onregelmatige offertes geen (automatische of verplichte) uitsluiting volgt, maar een discretionaire bevoegdheid voor de stad om de offerte al dan niet te weren.

Daarnaast blijkt ook uit een aantal feitelijke omstandigheden dat de concessievergoeding geen essentiële bestekbepaling is waarvan niet zou kunnen worden afgeweken. Zo had de verwerende partij voor een gelijkaardige concessie voor de organisatie van rommelmarkten (met een gelijkaardig lastenboek) een paar maanden voordien ook alleen maar biedingen beneden het minimum biedingsbedrag ontvangen en heeft zij de concessie toch gegund (de tweede verzoekende partij nam deel aan die procedure en was aanwezig op de openingszitting). Er was bijgevolg een gekend precedent in gelijkaardige omstandigheden op dat vlak, wat bewijst dat de kwestieuze bestekbepaling voor de verwerende partij niet essentieel was en er dus rechtsgeldig kon van worden afgeweken. Het vooropgestelde minimumbedrag heeft de tweede verzoekende partij in elk geval niet tegengehouden om toch een offerte in te dienen, waardoor het haar niet alleen aan belang bij deze kritiek ontbreekt, maar bovendien aantoon dat zij die bepaling zelf niet als essentieel of als een beletsel heeft ervaren. Ook in hoofde van de eerste verzoekende partij is de kritiek niet geloofwaardig, aangezien zij ruim op voorhand het lastenboek van de stad Blankenberge had gekregen, maar

vooraf nooit enige opmerking of bezwaar heeft laten weten met betrekking tot het minimum biedingsbedrag. Bovendien wist zij dat de verwerende partij kon afwijken van die bepaling, aangezien dat al was gebeurd voor de concessie voor de rommelmarkten. Het is opmerkelijk dat de eerste verzoekende partij pas haar (vermeende) interesse heeft getoond op een ogenblik dat zij kennis had van de prijzen van de andere inschrijvers, waarbij zij zich ertoe beperkte nog snel een prijs voor te stellen zonder enig ander document waaraan in functie van de gunningscriteria zou kunnen worden getoetst. Dit wijst op het feit dat zij zich “*pour le besoin de la cause*” en in samenspraak met de tweede verzoekende partij alsnog meende zich te moeten laten gelden. De verwerende partij kon met deze halfslachtige en ongeloofwaardige démarche van de eerste verzoekende partij geen rekening houden, wel integendeel. Zij handelde bijgevolg net wel zorgvuldig door niet alsnog een nieuwe procedure – met prijzen die reeds gekend waren – te organiseren.

14. In de memorie van wederantwoord benadrukken de verzoekende partijen, wat hun belang bij het middel betreft, dat zij “bewust niet de vernietiging van de niet-toewijzingsbeslissing” vorderen, en in het verzoekschrift werd gesteld dat het onwettig is om de concessie toch te sluiten “en de opdracht met een aangepast bestek niet opnieuw [in] de markt te plaatsen”.

Wat het belang van de eerste verzoekende partij betreft, verwijzen de verzoekende partijen naar wat zij in verband met de ontvankelijkheid van de vordering hebben uiteengezet. De e-mail van de eerste verzoekende partij van 20 april 2022 had de verwerende partij ertoe moeten aanzetten een nieuwe procedure uit te schrijven met transparante en duidelijke voorwaarden omtrent de concessievergoeding, en doet niets af aan haar belang bij het eerste middel.

Wat het belang van de tweede verzoekende partij betreft, maakt ook zij nog kans op gunning van de opdracht in geval alle offertes onregelmatig zijn, zoals te dezen. Het middel zal ertoe leiden dat een nieuwe procedure wordt begonnen waaraan zij opnieuw zou kunnen deelnemen.

Ten gronde benadrukken de verzoekende partijen dat het minimum biedingsbedrag van 50.000 euro wel degelijk een essentiële bestekvereiste is. Het zijn de bewoordingen in de opdrachtdocumenten die bepalen of een specifieke bepaling al dan niet als essentieel moet worden beschouwd. Te dezen worden de voorwaarden van de te sluiten concessie vermeld in hoofdstuk III ‘Concessievoorwaarden’, waarin wordt vermeld dat het minimum biedingsbedrag voor de concessie wordt bepaald op 50.000 euro per jaar. Uit het woord “minimum” blijkt duidelijk dat een essentiële bepaling wordt bedoeld. Minstens is het lastenboek verwarrend en daardoor strijdig met het gelijkheidsbeginsel. Het feit dat de concessievergoeding slechts voor 40 van de 150 punten meetelde, speelt geen rol. Het betreft een voorwaarde die bepalend was voor de potentiële inschrijvers om al dan niet een offerte in te dienen. Dat nergens zou zijn vermeld “op straffe van nietigheid” of dat lagere biedingen niet aanvaard zouden worden, is evenmin relevant. Door de vermelding van het woord “minimum” is het duidelijk dat een lagere bieding niet kan. Artikel 28 van het lastenboek is enkel van toepassing tijdens de uitvoering, en dit artikel wordt niet opgenomen in het hoofdstuk dat betrekking heeft op de gunning van de opdracht. Wat het beroep op artikel 3.1.3. van het lastenboek betreft, stellen de verzoekende partijen dat de verwerende partij uiteraard kan beslissen om een offerte al dan niet onregelmatig te verklaren, maar zij daarbij wel is gebonden door het gelijkheidsbeginsel, de beginselen van behoorlijk bestuur én de bepalingen van haar lastenboek.

De verwerende partij toont volgens de verzoekende partijen niet aan dat de eerste verzoekende partij, op het ogenblik dat zij een offerte moest indienen, zou hebben geweten dat een vergoeding lager dan het minimum ook zou worden aanvaard. Zij heeft immers niet aan de procedure voor de concessie van de exploitatie van de rommelmarkten deelgenomen, om reden dat het minimum biedingsbedrag veel te hoog was, en uit (de publicatie van) die toewijzingsbeslissing kan niet worden afgeleid dat aan een lagere vergoeding dan het minimum werd toegewezen, integendeel, er wordt vermeld dat de concessie wordt toegewezen mits “naleving van de voorwaarden en lasten zoals bepaald in het lastenboek”. De eerste verzoekende partij had op het ogenblik dat zij een offerte moest indienen, helemaal geen kennis van het feit dat van het minimum

voorzien in het lastenboek kon worden afgeweken en het tegendeel wordt door de verwerende partij niet bewezen. Ten slotte kan een onwettig precedent de onwettigheid van een latere beslissing niet goedmaken.

15. In haar laatste memorie blijft de verwerende partij van oordeel dat de tweede verzoekende partij geen belang heeft bij een middelonderdeel waarbij zij zich beroept op een vermeende fout of onregelmatigheid in de offerte van begunstigde waarmee haar eigen offerte ook zelf is behept. Wat de eerste verzoekende partij betreft, valt het gebrek aan belang bij het verzoekschrift in het algemeen ook samen met het gebrek aan belang bij de uitgewerkte middelen.

Ten gronde stelt de verwerende partij dat het in eerste instantie aan de concessieverlenende overheid toekomt om te bepalen of een vastgestelde afwijking in een offerte al dan niet een essentiële bepaling betreft en of die bepaling dermate essentieel is dat de betrokken offerte moet worden geweerd. Die beoordeling moet steeds *in concreto* in het licht van het dossier worden beantwoord. Zulks geldt *a fortiori* in geval van een procedure die buiten de specifieke regels van het overheidsopdrachten- of concessierecht valt en waarbij de betreffende overheid dus een zeer grote vrijheid heeft om zelf haar procedure vorm te geven. Het komt niet aan de Raad van State toe om zijn eigen oordeel in de plaats van het bestuur te stellen omtrent de vraag of een bepaling in het lastenboek al dan niet als essentieel moet worden beschouwd en/of een van die bepaling afwijkende offerte moet worden geweerd. Zoals uiteengezet in de memorie van antwoord wijzen te dezen de concrete elementen in het dossier erop dat het in het lastenboek vooropgestelde minimumbedrag voor de verwerende partij helemaal niet absoluut of cruciaal was.

Beoordeling

Belang bij het middel

16. Luidens artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geven de in artikel 14, § 1, eerste lid, van die wetten

bedoelde onregelmatigheden slechts aanleiding tot een nietigverklaring als ze, in dit geval, een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.

Het staat aan de Raad van State te oordelen of een verzoeker die een zaak voor de Raad van State brengt, doet blijken van een belang bij het aangevoerde middel. De Raad van State dient er evenwel over te waken dat het belangvereiste niet op een buitensporig restrictieve of formalistische wijze wordt toegepast.

17. Om dezelfde reden als beoordeeld bij de ontvankelijkheid van het beroep, moet het belang van de eerste verzoekende partij bij het eerste onderdeel van het eerste middel te dezen worden aangenomen. Als gevolg van de aangevoerde onregelmatigheid heeft de verwerende partij met de bestreden beslissing haar een waarborg ontnomen, zodat het middel ontvankelijk is wat de eerste verzoekende partij betreft.

De tweede verzoekende partij werd als tweede inschrijver gerangschikt, waarbij de gekozen inschrijver evenmin het gestelde minimum biedingsbedrag bood. Zij heeft derhalve belang bij het middel dat ertoe strekt aan te tonen dat de concessie aan geen enkele inschrijver rechtsgeldig mocht worden toegewezen. Indien dit middel gegrond wordt bevonden, kan zulks slechts worden verholpen door het herbeginnen van de gehele toewijzingsprocedure. In dat geval is het niet bij voorbaat uitgesloten dat de tweede verzoekende partij nog kans maakt op de toewijzing van de concessie.

18. De exceptie wordt verworpen.

Gegrontheid van het middel

19. De gelijkheid die aan de toewijzing van een concessie ten grondslag dient te liggen, veronderstelt onder meer dat degenen die voor de

toewijzing in aanmerking willen komen, van tevoren weten wat zij daarvoor moeten doen of laten en dus met alle door de concessieverlenende overheid cruciaal geachte gegevens rekening moeten kunnen houden bij het opstellen van hun offerte.

Het beginsel *patere legem quam ipse fecisti* verplicht het bestuur de algemene regels die het zelf heeft vastgesteld te eerbiedigen bij de concrete toepassing ervan. Daaruit vloeit voort dat de verwerende partij bij de beoordeling van de offertes gebonden is door de regels die hieromtrent in het bestek zijn vastgesteld.

Het staat in de eerste plaats aan de concessieverlenende overheid om te interpreteren of een afwijking van de bestekbepalingen de niet-naleving betreft van een minimale eis of een vereiste dat als substantieel wordt aangemerkt in de opdrachtdocumenten, waarbij het desgevallend evenwel de Raad van State toekomt te onderzoeken of de aanbestedende overheid aan die begrippen zijn juiste draagwijdte en betekenis heeft gegeven.

Het aanmerken door de concessieverlenende overheid in het lastenboek van een voorwaarde of eis als “minimum”, zoals te dezen, wijst er in beginsel op dat die bepaling essentieel is. De vraag of die bepaling dermate essentieel is dat een afwijking ervan onvermijdelijk tot gevolg heeft dat de betrokken offertes moeten worden geweerd, dient evenwel steeds *in concreto* in het licht van het dossier te worden beantwoord.

20. Luidens artikel 6 ‘Concessievergoeding’ van het lastenboek wordt het “minimum biedingsbedrag voor de concessieprijs” bepaald op 50.000 euro per jaar.

Ook al figureert deze bepaling in hoofdstuk III ‘Concessievoorwaarden’ van het lastenboek, naast bepalingen over ‘Duur’ (artikel 4), ‘Vroegtijdige beëindiging’ (artikel 5) en ‘Boeteclausule’ (artikel 7), en niet in hoofdstuk II ‘Wijze van sluiten van de concessieovereenkomst’ met daarin de

beschrijving van de openbare procedure, en van de selectie- en gunningscriteria, behoort deze bepaling, in zoverre daarin een minimum biedingsbedrag wordt vastgesteld, tot de procedure van toewijzing van de concessie en niet tot de uitvoering ervan.

Gelet op de voornoemde verplichting om de gelijkheid onder de marktdeelnemers te waarborgen, die rust op elke concessieverlenende overheid, kan de verwerende partij, bij het toewijzen van de betrokken concessie, deze bepaling niet zonder meer terzijde laten.

In de bestreden beslissing wordt ter verantwoording verwezen naar de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van 6 mei 2022 genomen op grond van artikel 28 van het lastenboek, luidens hetwelk het college van burgemeester en schepenen, mits grondige motivering, steeds afwijkend van de bepalingen van het lastenboek kan beslissen over specifieke zaken die zich voordoen. In artikel 1 van dit besluit wordt gesteld dat “in afwijking van de vereiste van een minimum biedprijs van 50.000 euro, zoals bepaald in artikel 6 van het lastenboek, [...] voor de gunning van de concessie [rekening kan] worden gehouden met de biedprijzen die zich onder de minimum biedprijs bevinden”. Er wordt gewezen op de omstandigheid dat het minimum biedingsbedrag niet is voorgeschreven op straffe van nietigheid, dat kan worden aangenomen dat zelfs met een lager minimum biedingsbedrag geen andere kandidaten zich zouden hebben aangemeld, dat alle ingeschreven kandidaten onder het minimum biedingsbedrag hebben geboden en zij aldus op dezelfde manier zijn behandeld, en dat het biedingsbedrag slechts één van de beoordelingscriteria is om de meest geschikte kandidaat voor de organisatie van rommelmarkten aan te wijzen. In de bestreden beslissing wordt ter verantwoording gesteld dat alle ingeschreven kandidaten onder het minimum biedingsbedrag hebben geboden en zij aldus op dezelfde manier zijn behandeld.

21. Daargelaten of artikel 28 van het lastenboek kan worden gebruikt als grondslag om te dezen, bij een beslissing tot toewijzing, af te wijken

van het minimum biedingsbedrag bepaald in artikel 6 van het lastenboek, stelt de Raad van State vast dat de motieven daartoe niet deugdelijk zijn.

Wanneer een minimum biedingsbedrag wordt bepaald door de concessieverlenende overheid, wordt van de kandidaten verwacht dat zij ten minste dat minimale bedrag zullen bieden voor de betrokken concessie. Minstens schept de concessieverlenende overheid een rechtmatige verwachting in die zin in hoofde van alle potentiële marktdeelnemers.

Het vaststellen van een dergelijk minimumbedrag heeft, uit zijn aard, dan ook tot gevolg dat daardoor bepaalde kandidaat-marktdeelnemers worden uitgesloten of tenminste sterk worden afgeschrikt om een offerte voor de betrokken concessie in te dienen, omdat zij veronderstellen met een lager biedingsbedrag hoe dan ook geen kans te maken. De eerste verzoekende partij blijkt zulk een kandidaat te zijn, minstens maakt zij aannemelijk dat zij, in geval voorafgaandelijk duidelijk was dat ook een lager minimum biedingsbedrag zou worden aanvaard, wel een offerte zou hebben ingediend. Het motief dat “kan worden aangenomen dat met een lagere minimum biedprijs zich geen andere kandidaten zouden hebben aangemeld”, is bijgevolg niet deugdelijk.

In die context is het motief dat alle ingeschreven kandidaten onder het minimum biedingsbedrag hebben geboden en zij aldus op dezelfde manier zijn behandeld, niet pertinent, evenmin als het motief dat de concessievergoeding slechts één van de beoordelingscriteria is om de meest geschikte kandidaat voor de organisatie van rommelmarkten aan te wijzen. De aangeboden concessievergoeding is weliswaar slechts één van de gunningscriteria, maar het minimaal vereiste biedingsbedrag staat daar los van.

De verwerende partij had, wanneer zij vaststelde dat geen enkele offerte werd ingediend met een concessievergoeding gelijk aan of hoger dan het minimum biedingsbedrag bepaald in het lastenboek, de toewijzingsprocedure dienen stop te zetten. Door alsnog rekening te houden met de offertes zoals ingediend, en het minimum biedingsbedrag bijgevolg buiten toepassing te laten,

heeft de verwerende partij eventuele kandidaten uitgesloten en aldus gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

De mogelijkheid voor de concessieverlenende overheid om, overeenkomstig artikel 3.1.3 van het lastenboek, een onregelmatige offerte al dan niet te weren, waaruit, volgens de verwerende partij, kan worden afgeleid dat offertes met een lager biedingsbedrag dan het minimum bepaald in het lastenboek niet automatisch of verplicht dienen te worden uitgesloten, en de omstandigheid dat in het lastenboek het minimum biedingsbedrag niet uitdrukkelijk “op straffe van nietigheid” van de offerte is voorgeschreven, is niet van aard aan het voorgaande te verhelpen.

Voor zover de verwerende partij stelt dat zij de concessie van de exploitatie van de rommelmarkten eveneens heeft toegewezen aan een offerte met een concessievergoeding onder het minimum biedingsbedrag bepaald in het lastenboek, waaruit kon worden afgeleid dat dit minimum biedingsbedrag voor haar niet essentieel was, kan zij niet worden gevolgd. De eerste verzoekende partij blijkt alvast niet deel te hebben genomen aan die procedure, en er ligt geen bewijs voor dat het betrokken besluit van het college van burgemeester en schepenen van 25 maart 2022 integraal werd bekendgemaakt. Van een “gekend precedent” is aldus geen sprake.

22. Het eerste middel, eerste onderdeel, is in de aangegeven mate gegrond.

VI. Verzoek tot schadevergoeding tot herstel

Standpunt van de partijen

23. De verzoekende partijen formuleren in het enig verzoekschrift een verzoek tot schadevergoeding tot herstel, provisioneel begroot op 250.000 euro, te vermeerderen met de vergoedende intresten, met een voorbehoud voor de reputatieschade die zij ook lijden. Zij stellen schade te lijden voor de markten die

reeds georganiseerd zijn en voor de markten die nog moeten worden georganiseerd en op basis van de bestreden beslissing door een derde georganiseerd worden.

In de memorie van wederantwoord herleiden de verzoekende partijen dit bedrag tot provisioneel één euro, te vermeerderen met de vergoedende intresten, zonder nadere uiteenzetting.

24. De verwerende partij betoogt in haar laatste memorie dat, wat de morele genoegdoening betreft, een symbolische euro niets méér bijbrengt dan wat al uit een eventuele vernietiging van de bestreden beslissing zelf zou volgen. Volgens haar kunnen de verzoekende partijen thans ook niet méér vorderen, omdat zij hebben nagelaten dit te onderbouwen en zij hun vordering ook zelf hebben teruggebracht naar één euro. De verwerende partij heeft op dat vlak dan ook geen enkel verweer kunnen voeren aangezien er geen bewijzen in dit verband worden bijgebracht.

Zij verwijst in dit verband nog naar artikel 25/2, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State’ (hierna: de algemene procedureregeling), luidens hetwelk “[w]anneer het verzoek tot schadevergoeding tot herstel geformuleerd wordt in dezelfde akte als het beroep tot nietigverklaring, [het] verzoekschrift [...] het bedrag van de gevraagde vergoeding [bevat] en een uiteenzetting die aantoonst welk nadeel geleden wordt door de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing”, alsook naar artikel 25/2, § 3, luidens hetwelk “[d]e stukken die het verzoek staven worden bijgevoegd bij het verzoekschrift, samen met een inventaris. Ze zijn alle overeenkomstig die inventaris genummerd”. Aangezien dit te dezen manifest niet is gebeurd, moet het verzoek tot schadevergoeding tot herstel volgens de verwerende partij worden afgewezen. In een later stadium – zoals in de laatste memorie – kunnen in dit verband geen nieuwe stukken meer worden bijgebracht.

25. In hun laatste memorie stellen de verzoekende partijen dat de bedoeling van het provisioneel gevraagde bedrag is dat dit schadedebat wordt

gevoerd nà het vernietigingsarrest, “zoals gebruikelijk”, en bij voorkeur na de heraanbestedingsdatum.

Nu in het auditorsverslag evenwel wordt voorgesteld de vordering tot schadevergoeding tot herstel af te wijzen, waardoor de verzoekende partijen ook niet terecht kunnen bij de burgerlijke rechter voor het vorderen van de schade “uit het verleden”, begroten zij thans hun schade wel cijfermatig. De schade wegens winstderving bedraagt voor elk van de verzoekende partijen 250 euro per maand (zijnde 12% van de maandelijkse omzet gedeeld door de vier geïnteresseerden) “tussen 1 november 2023 en de datum van heraanbesteding”. De reputatieschade voor de tweede verzoekende partij (als zittende concessienemer) wordt forfaitair begroot op 50.000 euro.

De verzoekende partijen stellen dat zij in het verzoekschrift hebben gedaan wat artikel 25/2 van de algemene procedureregeling vereist, namelijk een (wat te hoog begroot) schadebedrag vorderen, tezamen met een toelichtende uitleg. Het betrof een provisie, aangezien zij aanspraak maken op een forfaitaire vergoeding waarvan de einddatum nog niet vaststaat. Anders dan de verwerende partij, met verwijzing naar arrest nr. 256.283 van 18 april 2023 (ECLI:BE:RVSCE:2023:ARR.256.283), stelt, dient het schadebedrag niet op straffe van niet-ontvankelijkheid definitief te worden bepaald in het inleidende verzoekschrift, doch mogen in een latere fase van de procedure nog toelichtende stukken worden toegevoegd. Zoals in dat arrest vorderen de verzoekende partijen te dezen eveneens een forfaitaire schade volgens een begroting naar billijkheid (12% op de gederfde omzet).

Beoordeling

Toepassing van artikel 25/3, § 1, eerste lid, van de algemene procedureregeling

26. Voor zover de verzoekende partijen in hun laatste memorie stellen dat zij “zoals gebruikelijk” het schadedebat wensen te voeren na het vernietigingsarrest, doelen zij op een toepassing van artikel 25/3, § 1, tweede lid,

van de algemene procedureregeling.

De Raad van State stelt evenwel vast dat hun handelwijze getuigt van het tegendeel. Zij hebben nu eenmaal, in een enig verzoekschrift, zowel de nietigverklaring van de bestreden beslissing als een schadevergoeding tot herstel gevorderd. Pas in hun laatste memorie begroten zij het schadebedrag evenwel voor het eerst cijfermatig.

Wanneer het verzoek tot schadevergoeding tot herstel geformuleerd wordt op hetzelfde moment als het beroep tot nietigverklaring, zoals te dezen, kan dit verzoek, overeenkomstig artikel 25/3, § 1, eerste lid, van de algemene procedureregeling, gelijktijdig met het beroep onderzocht en beoordeeld worden “als het aangewezen lid van het auditoraat van mening is dat hij over alle hiertoe nuttige gegevens beschikt”.

Dit is te dezen het geval. In het auditoraatsverslag wordt het verzoek tot schadevergoeding, in de memorie van wederantwoord herleid tot (provisioneel) één euro, beoordeeld en verworpen. Het onderzoek van het verzoek tot schadevergoeding kan bijgevolg niet worden uitgesteld volgens de procedure bepaald in artikel 25/3, § 1, tweede lid, van de algemene procedureregeling.

Onderzoek van de vordering

27. Artikel 11*bis*, eerste lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State bepaalt:

“Elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van de steller van de handeling indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang.”

Artikel 25/2, § 1, van het algemeen procedurereglement bepaalt:

“Wanneer het verzoek tot schadevergoeding tot herstel geformuleerd wordt in dezelfde akte als het beroep tot nietigverklaring, bevat de titel van het verzoekschrift bovendien de vermelding ‘verzoek tot schadevergoeding tot herstel’. Het verzoekschrift bevat het bedrag van de gevraagde vergoeding en een uiteenzetting die aantoonst welk nadeel geleden wordt door de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing.”

Een schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan alleen worden toegekend in zoverre de onwettige bestuurshandeling, ondanks de verwijdering ervan *ab initio* uit de rechtsordening, schade heeft toegebracht die door de vernietiging niet volledig is hersteld.

Het komt een verzoeker toe het bewijs te leveren van de geleden schade, en het vereiste oorzakelijk verband tussen de vastgestelde onwettigheid en het nadeel dat hij aanvoert, waarbij moet blijken dat het nadeel zich niet zou hebben voorgedaan zonder die vastgestelde onwettigheid.

Zoals tijdens de parlementaire voorbereiding van artikel 11*bis* werd verduidelijkt, onderscheidt “de schadevergoeding tot herstel die wordt toegekend met toepassing van deze bepaling [...] zich dus zowel van het herstel van de schade op basis van de artikelen 1382 tot 1386 van het Burgerlijk Wetboek als van de herstelvergoeding ‘naar billijkheid’ van artikel 11 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hoewel ze gemeenschappelijke punten heeft met deze twee begrippen”. Het gaat “om een autonoom begrip waarvan aan de Raad van State de zorg wordt overgelaten om geleidelijk aan de modaliteiten te bepalen in zijn rechtspraak” (*Parl.St.* Senaat 2012-2013, nr. 5-2233/1, 7).

28. De verzoekende partijen vorderen in het verzoekschrift een schadevergoeding voor de – materiële en morele – schade die zij lijden “voor de reeds georganiseerde markten maar ook voor de markten [die] nog moeten georganiseerd worden”. In het verzoekschrift wordt deze schade provisioneel begroot op 250.000 euro, in de memorie van wederantwoord herleid tot één euro.

Wat de (materiële en morele) schade betreft geleden voor de markten die, vanaf de datum van het vernietigingsarrest, nog moeten worden georganiseerd, tonen de verzoekende partijen niet aan waarom een herstel *in natura* niet meer mogelijk zou zijn. De verwerende partij zal immers de toewijzings-procedure dienen te hernemen op een wijze waarbij de vastgestelde onwettigheid wordt verholpen.

Wat de (materiële en morele) schade geleden voor de reeds georganiseerde markten betreft, staven de verzoekende partijen deze schade niet concreet en cijfermatig. Op de verzoekende partijen rust nochtans de bewijslast voor de schade die zij beweren te hebben geleden, ook voor de eventuele morele schade. Zo ontbreekt bijvoorbeeld elk stuk over hoeveel markten er in de betrokken periode effectief werden georganiseerd, en hoeveel winst er met die organisatie wordt verkregen. Zo ontbreekt eveneens elk bewijs dat het beweerd moreel nadeel niet of niet volledig door de vernietiging van de onwettig bevonden bestuurshandeling zou zijn hersteld. Nochtans komt het aan de verzoekende partijen toe dat nog niet herstelde moreel nadeel te bewijzen aan de hand van concrete gegevens aangezien de nietigverklaring in beginsel de nodige morele genoegdoening verschaft.

Door enkel een provisioneel bedrag te vorderen, dat niet minstens in de memorie van wederantwoord concreet en cijfermatig wordt begroot, voldoet het verzoek aldus in ieder geval niet aan de vereisten bepaald in artikel 25/2, § 1, van de algemene procedureregeling, luidens hetwelk het verzoekschrift het bedrag van de gevraagde vergoeding bevat en een uiteenzetting die aantoonst welk nadeel wordt geleden door de onwettigheid van de akte, en evenmin aan de vereisten bepaald in artikel 25/2, § 3, luidens hetwelk de stukken die het verzoek staven worden bijgevoegd bij het verzoekschrift, samen met een inventaris.

Aan dit gebrek kan niet meer worden verholpen in de laatste memorie, in het licht van het tegensprekelijk karakter van de schriftelijke procedure en het recht van verdediging van de verwerende partij, ook al vorderen

de verzoekende partijen in die laatste memorie “een forfaitaire schade volgens een begroting naar billijkheid”.

29. Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel wordt verworpen.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van het college van burgemeester en schepenen van de stad Blankenberge van 20 mei 2022 om de concessie ‘Exploitatie en organisatie van zeven avondmarkten’ te gunnen aan een derde.

2. Het verzoek tot schadevergoeding tot herstel wordt verworpen.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partijen.

De verzoekende partijen worden verwezen in de kosten van het verzoek tot schadevergoeding tot herstel, begroot op een rolrecht van 400 euro, ieder voor de helft, en een bijdrage van 24 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op dertien november tweeduizend vierentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

Geert Debersaques,	kamervoorzitter,
Kaat Leus,	staatsraad,
Patricia De Somere,	staatsraad,
bijgestaan door	
Joris Casneuf,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques