

**RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK**

**IXe KAMER**

**A R R E S T**

**nr. 249.113 van 3 december 2020  
in de zaak A. 227.057/IX-9483**

In zake: de CV TVV DIGITAAL  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Dirk Van Heuven  
kantoor houdend te 2600 Antwerpen  
Cogels Osylei 61  
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE REGULATOR VOOR DE MEDIA  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaat Bart Staelens  
kantoor houdend te 8000 Brugge  
Gerard Davidstraat 46 bus 1  
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV NORCRING BELGIË  
bijgestaan en vertegenwoordigd door  
advocaten David D'Hooghe, Erik Valgaeren en Niels Tack  
kantoor houdend te 1000 Brussel  
Loksumstraat 25  
bij wie woonplaats wordt gekozen

---

*I. Voorwerp van het beroep*

1. Het beroep, ingesteld op 21 december 2018, strekt tot de nietigverklaring van beslissing nummer 2018/044 van de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media van 22 oktober 2018.

## *II. Verloop van de rechtspleging*

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

De nv Norkring België heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 28 februari 2019. De tussenkomende partij heeft een memorie ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij, de verwerende partij en de tussenkomende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 oktober 2020.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Leandra Decuyper, die *loco* advocaat Dirk Van Heuven verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Bart Staelens, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Niels Tack, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Op 18 juni 2018 verschijnt in het Belgisch Staatsblad de volgende oproep “tot het indienen van kandidaatstellingen voor een licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen”:

“1. Het digitaal frequentieplan is vastgelegd in het besluit van de Vlaamse Regering van 12 oktober 2007 houdende de vaststelling van het digitaal frequentieplan voor aanbieders van radio- en televisieomroepnetwerken (Belgisch Staatsblad 6 november 2007), gewijzigd bij besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017. Op 14 oktober 2008 verscheen in het Belgisch Staatsblad het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen, gewijzigd bij besluit van de Vlaamse Regering van 21 april 2017 en van 28 april 2017.

De frequentiepakketten die het voorwerp zijn van deze oproep zijn bepaald in het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 2018 houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een tweede vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma's (Belgisch Staatsblad 6 juni 2018).

1.1. Met toepassing van artikel 7 van het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen, verschijnt in het Belgisch Staatsblad een oproep tot het indienen van kandidaatstellingen voor een licentie.

1.2. De pakketten van digitale frequenties waarvoor een aanvraag kan worden ingediend zijn neergelegd in de bijlage van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 2018 houdende de vastlegging van de pakketten van digitale frequenties die zullen worden vrijgegeven tijdens een tweede vergelijkende toets voor het verkrijgen van een vergunning voor het aanbieden van een etheromroepnetwerk en de bijhorende zendvergunningen, bestemd voor het aanbod van vrij te ontvangen radio-omroepprogramma's.

2. De voorwaarden en procedure voor deelname aan de vergelijkende toets voor het verkrijgen van een licentie, de criteria voor vergelijking van de aanvraagdossiers, de bepalingen over de duur van de licentie en de vergoeding voor het gebruik van een pakket van frequentieblokken of frequentiekanalen en de procedure voor het verkrijgen van een of meer zendvergunningen liggen vervat in het besluit van de Vlaamse Regering van 18 juli 2008 betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen.

3. De volledige aanvraagdossiers worden ingediend bij de Vlaamse Regulator voor de Media, uiterlijk binnen de zestig dagen na deze publicatie in het Belgisch Staatsblad, en dit met een aangetekende brief, of via elektronische post of een ander telecommunicatiemiddel met elektronische handtekening die voldoet aan artikel 1322 van het Burgerlijk Wetboek.
4. De nodige technische informatie wordt aan de kandidaten die een dossier willen indienen ter beschikking gesteld via de website van het Departement Cultuur, Jeugd en Media van de Vlaamse overheid (<http://www.cjasm.be/media>) en via de website van de Vlaamse Regulator voor de Media (<http://www.vlaamseregulatormedia.be>).
5. De Vlaamse Regulator voor de Media organiseert een hoorzitting waarop kandidaten toelichting kunnen krijgen bij de procedure en naar aanleiding van mogelijke vragen.
6. Het aanvraagdossier wordt ingediend middels een modelformulier. Het formulier is beschikbaar op de website van de Vlaamse Regulator voor de Media (<http://www.vlaamseregulatormedia.be>) of kan bij de griffie van de Vlaamse Regulator voor de Media, Koning Albert II-laan 20, zevende verdieping, 1000 Brussel worden verkregen iedere dag tussen 10 en 12 uur en 14 en 16 uur, uitgezonderd zaterdagen, zondagen en feestdagen. Het formulier is tevens beschikbaar via een link van op de website van het Departement Cultuur, Jeugd en Media van de Vlaamse overheid (<http://www.cjasm.be/media>).
7. Voor het overige wordt verwezen naar de bepalingen van het decreet van 27 maart 2009 betreffende radio-omroep en televisie (en latere wijzigingen) en de bijbehorende uitvoeringsbesluiten.”

3.2. De Vlaamse Regulator voor de Media ontvangt drie aanvraagdossiers: verzoekster, de nv Norkring België en de bv Broadcast Technology & Development.

3.3. De beschikbare licentie wordt niet toegewezen na een veiling aan de hoogst biedende of na een andere mogelijke benadering zoals een loterij, maar na een vergelijkende toets in een zogeheten *beauty contest* (schoonheidswedstrijd).

Meer bepaald luidens artikel 6, eerste lid, van het besluit van de Vlaamse regering van 18 juli 2008 ‘betreffende de voorwaarden en procedure voor het verkrijgen van een licentie voor het aanbieden van een radio- of televisieomroepnetwerk en de bijbehorende zendvergunningen’ (“procedurebesluit”), worden licenties toegekend na een vergelijkende toets waarin de informatie die

de aanvragers in hun aanvraagdossier moeten opnemen onderling wordt vergeleken en wordt getoetst aan de hand van de volgende criteria:

“1° het optimale gebruik en de optimale invulling van de frequentieblokken en frequentiekanalen;

2° de geboden waarborgen voor een eerlijke, redelijke en niet-discriminerende toegang tot de infrastructuur zoals die blijkt uit vooropgestelde contractuele bepalingen met de dienstenverdelers;

3° de technische middelen waarover de aanvrager beschikt en die hem in staat stellen een infrastructuur in de Vlaamse Gemeenschap aan te leggen, in stand te houden en te exploiteren. Die blijkt onder meer uit gegevens over het netwerk, het aantal masten en de curricula van de werknemers;

4° de financiële middelen waarover de aanvrager beschikt;

5° het deel of de delen van de theoretisch beoogde gebieden van de frequentieblokken en frequentiekanalen die bediend zullen worden voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst. Hierbij worden de percentages van plaats en tijd, de gebruikte relevante technische parameters en een schatting van de bereikte bevolking vermeld;

6° de timing waarin de zones, vermeld in punt 5°, zullen worden bediend voor vaste dakontvangst, draagbare buitenhuisontvangst en draagbare binnenhuisontvangst, en de eventuele ontwikkeling daarvan in de tijd, met inbegrip van een tijdstabel van de voorgestelde effectieve indienststelling van de verschillende geplande zendinstallaties;

7° de kwaliteit van de uitzendingen per frequentieblok of frequentiekanal, rekening houdend met de geplande digitale capaciteit (uitgedrukt in Mbit/s) en met het aantal omroepprogramma's dat kan worden doorgegeven.”

De informatie, vermeld in de punten 1° en 2°, wordt voor elk onderdeel gewogen voor 20%. De informatie vermeld in de punten 3° tot 7° wordt voor elk onderdeel gewogen voor 12% (artikel 6, tweede lid, van het procedurebesluit).

3.4. Een op 17 juli 2018 geplande informatievergadering wordt daags voordien afgelast wegens gebrek aan (tijdig) vooraf bezorgde vragen.

Op 12 september 2018 verzoekt de verwerende partij de kandidaten om aanvullende informatie, namelijk over de mate waarin de kandidaten de voorgestelde zendlocaties of opstelplaatsen in eigendom hebben, dan wel hier-

voor een huur- of gebruiksovereenkomst of raamovereenkomst afgesloten hebben, met vermelding van de huur- of gebruikstermijn en de einddatum.

3.5. Blijkens het onderzoeksrapport dat op 3 oktober 2018 aan de algemene kamer van de regulator is voorgelegd, wordt de vergelijking gedaan op volgende wijze:

“Bij de analyse worden de voor de toetsing en onderlinge vergelijking relevante gegevens voor elke kandidaat vermeld, onderzocht en beoordeeld en vervolgens gequoteerd per criterium.

Per toepasselijk deelonderdeel van het criterium in kwestie, wordt een puntenscore per kandidaat gegeven. De sommatie van deze puntenscores per deelonderdeel, geeft een globale score weer per criterium voor elke kandidaat.

De werkwijze bij de puntentoekenning is de volgende aan elke kandidaat wordt per criterium een startquotering van de helft van de punten gegeven. Deze startquotering wordt, hetzij verhoogd, hetzij verlaagd met (deel)punten naargelang uit de analyse significante positieve of significante negatieve elementen blijken.”

De optelling van de weging op grond van de voormelde criteria geeft volgens de administratie de volgende rangorde:

1. Norkring België nv	83,50
2. Broadcast Technology & Development bv	80,25
3. verzoekster	74,50.

3.6. Met de thans bestreden beslissing nummer 2018/044 beslist de algemene kamer van de Vlaamse Regulator voor de Media, zich aansluitend bij het onderzoeksrapport, om de licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk, met betrekking tot de pakketten van digitale frequenties vermeld in het voormelde besluit van de Vlaamse regering van 1 juni 2018 voor een termijn van vijftien jaar toe te kennen aan de nv Norkring België en de overige aanvragen, waaronder de aanvraag van verzoekster, af te wijzen.

Het betreft de digitale DAB+ kanalen 5A en 5D.

3.7. Van dezelfde beslissing wordt de nietigverklaring gevorderd door de bv On Tower Netherlands 6 (voorheen de bv Broadcast Technology & Development) met een beroep waarover heden uitspraak is gedaan bij arrest nr. 249.112.

#### *IV. Onderzoek van het enige middel*

##### *Uiteenzetting van het middel*

4. Het enige middel is geput uit de schending van de artikelen 6 en 8 van het procedurebesluit, artikel 7.1.3 “van de Machtigingsrichtlijn”, artikel 9 “van de Kaderrichtlijn”, het “transparantiebeginsel”, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de artikelen 2 en 3 “van de Formele Motiveringswet” en de materiële motiveringsplicht en uit “bevoegdheidsoverschrijding”.

De verwerende partij maakt volgens verzoekster gebruik van ongekende subcriteria en een ongekende beoordelingsmethode. Er was geen sprake van in de oproep tot kandidaatstelling in het Belgisch Staatsblad. De kandidaturen zijn beoordeeld op een wijze die de kandidaten niet vooraf konden inschatten en waaraan zij hun kandidatuur dan ook niet konden aanpassen.

Bij het eerste criterium waren er niet minder dan acht ongeken- de sub- en subsubcriteria waarvan de relatie met het wettelijk criterium niet altijd duidelijk is. Verzoekster heeft zich op deze subcriteria niet kunnen voorbereiden. Deze criteria waren niet alleen ongekend bij de kandidaatstelling, maar konden slechts in het voordeel van één kandidaat spelen.

De laattijdige vraagstelling door de regulator naar de gebruiks- rechten op de zendlocaties/opstelplaatsen met een brief van 12 september 2018 en bij uitbreiding de beoordeling van het “subgunningscriterium” ‘stand-by operati- onaliteit sites’ konden slechts in het voordeel van één enkele kandidaat spelen. Deze vraagstelling had niet eens een noodzakelijke of zelfs maar logische band met het eerste criterium.

In artikel 6 van het procedurebesluit is er geen sprake van subcriteria, noch van een bijzondere beoordelingsmethode waarbij aan elk van de kandidaten een startquotering wordt gegeven met min- en pluspunten. Er is geen wettelijke grondslag voor de wijze waarop de vergelijkende toets werd uitgevoerd.

Artikel 8 van het procedurebesluit bepaalt dat alle kandidaten die een dossier willen indienen voor een licentie de nodige informatie ter beschikking krijgen. Dit zijn de criteria, subcriteria, de wegingen en de beoordelingsmethode. De verwerende partij vermag de wettelijke criteria niet eenzijdig te wijzigen of onder te verdelen in subcriteria.

In artikel 7.1.3 van de machtigingsrichtlijn wordt gesproken over transparante criteria. In artikel 9 van de kaderrichtlijn wordt gesproken over doorzichtige criteria. De verwerende partij vermocht niet, minstens niet na de kandidaatstellingen en in elk geval niet ongemotiveerd subcriteria toe te voegen aan de wettelijke criteria, noch een ongewone, ondoorzichtige en niet op voorhand gemelde beoordelingsmethode vast te stellen.

Het vaststellen van subcriteria na de kandidaatstellingen creëert een onverantwoord risico op favoritisme. De beoordelingsmethode met een startquotering van 50% en met plus- en minpunten is een uitzonderlijke procedure waaraan verzoekster zich niet kon verwachten. Door het gebrek aan transparantie is er een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Ook het transparantiebeginsel is geschonden, dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid waarborgt. Minstens wordt niet gemotiveerd waarom er dwingende redenen van algemeen belang zijn om de transparantie te temperen.

Het gebruik van subcriteria die vanzelfsprekend een invloed konden hebben gehad op de inschrijvingen indien ze door de kandidaten gekend zouden zijn geweest, houdt een onzorgvuldigheid in.

5. In de memorie van wederantwoord stelt verzoekster dat de verwerende partij te ver is gegaan door de kandidaturen te toetsen aan subcriteria die niet voorzien zijn in artikel 6 van het procedurebesluit. Hierdoor hebben de aanvragers, waaronder verzoekster, zich niet kunnen voorbereiden. De zeven wettelijke licentiecriteriën zijn opgedeeld in vooraf niet transparant gestelde subcriteria en het bijzondere wegingsmechanisme werd op al deze subcriteria aangewend. Daardoor is de gehele licentieprocedure gevitieerd.

Verzoekster betwist dat zij geen belang heeft bij dit middel. Van haar mag niet worden verwacht dat zij in het kader van een annulatieberoep een nieuwe offerte zou opstellen om de puntenimpact van de onwettigheid te achterhalen. Zij licht die impact dan bij wijze van voorbeeld toe aan de hand van verschillende subcriteria.

Het transparantiebeginsel is volgens verzoekster van toepassing en voorkomt enerzijds dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie worden geschonden en waarborgt anderzijds dat de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan worden getoetst. De overheid heeft niet enkel bij overheidsopdrachten maar ook in het kader van schaarse vergunningen de plicht om transparant te zijn, zowel in de toewijzingsbeslissing (motiveringsplicht) als vooraf bij de inschrijvingen.

Op grond van het Europeesrechtelijk verankerde transparantiebeginsel moeten voorafgaand aan de marktbevraging alle relevante eisen en criteria aan de deelnemers worden bekendgemaakt. De overheid moet de kandidaten de nodige en relevante informatie aanreiken zodat zij met kennis van zaken kunnen inschrijven. Verzoekster verwijst hierbij naar rechtspraak van het Europees Hof van Justitie inzake overheidsopdrachten.

6. In haar laatste memorie stelt verzoekster dat het transparantiebeginsel een reglementaire verankering in de Europese richtlijnen zelf heeft en méér is dan een algemeen rechtsbeginsel. Zij “betwist niet dat de precieze inhoud van het ‘nieuwe’ transparantiebeginsel nog niet volledig vast ligt” en onderneemt

dan een poging om die inhoud te schetsen. Zeker is, aldus verzoekster, dat uit het beginsel volgt dat eenieder die belangstelling heeft voor schaarse, publieke rechten, kan kandideren, dat zijn voorstel op een objectieve wijze wordt vergeleken met dat van een andere kandidaat en dat wordt meegedeeld waarom het voorstel van een andere kandidaat wordt gekozen. Verzoekster meent evenwel “dat er maar één enkel transparantiebeginsel bestaat en zeker daar waar transparantie expliciet bij een Europese richtlijn is opgelegd, of dat nu de Overheidsopdrachtenrichtlijn 2014/24/EU is, dan wel de Kader- en Machtigingsrichtlijnen, dan wel de Dienstrichtlijn 2006/123”. Zij ziet niet in waarom de reglementair opgelegde transparantieverplichting inzake overheidsopdrachten stringenter beoordeeld moet worden dan het evenzeer reglementair opgelegde transparantiebeginsel bij de toekenning van radiofrequenties. Verzoekster verwijst naar rechtsleer (A. Buijze, “Waarom het transparantiebeginsel maar niet transparant wil worden”, NtEr 2011, 246-247), die zij citeert:

“Wat betreft de inhoud van de bekendmaking geldt voor opdrachten die onder de aanbestedingsrichtlijnen vallen dat in de bekendmaking duidelijk gecommuniceerd moet worden wat de voorwaarden voor deelname aan de procedure zijn en welke procedure gevolgd zal worden. Ambigüiteit is uit den boze: de selectiecriteria moeten zodanig geformuleerd zijn dat iedere redelijk geïnformeerde en zorgvuldige inschrijver ze op dezelfde manier zal interpreteren. Daarbij moet in elk geval de uiterste datum van inschrijving (of indiening van de aanvraag) opgenomen worden. Ook de gunningscriteria moeten helder en eenduidig zijn, en van tevoren worden vastgesteld en gecommuniceerd naar potentiële inschrijvers. Bij voorkeur wordt het relatieve belang van de verschillende criteria aangegeven. Dat kan bijvoorbeeld door de criteria op volgorde van belangrijkheid te zetten. Voor opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, geldt een minder zware openbaarsplicht. Een korte beschrijving van de essentiële gegevens van de opdracht, de gunningsprocedure, en de contactgegevens van de aanbestedende dienst om nadere informatie op te kunnen vragen volstaan.

[...]

Het beginsel vereist dat procedures van tevoren worden gepubliceerd, en dat er vervolgens ook de hand aan wordt gehouden. Dat geldt zowel voor de Commissie wanneer zij toezicht houdt op staatssteunmaatregelen als voor aanbestedende autoriteiten die de regels voor een tenderprocedure opstellen. De kloof tussen het aanbestedingsrechtelijke transparantiebeginsel en transparantiebeginsel als aanhangsel van het rechtszekerheidsbeginsel is daarmee minder groot dan die in eerste instantie oogt.”

Het gebruik van wettelijke criteria in plaats van bestescriteria is voor verzoekster des te meer een bewijs dat “toelichtende”, “aanvullende” of “afwijkende” subcriteria verboden zijn.

Verzoekster moet niet bewijzen dat de rangschikking door de verboden subcriteria “geïmpacteerd” werd. Dat wordt niet gevraagd bij overheidsopdrachtengeschillen en kan hier ook niet worden gevraagd.

Verzoekster gaat andermaal in op het beoordelingselement ‘stand-by operationaliteit sites’ en op de beoordelingsmethode. Over die methode schrijft zij nog:

“Immers heeft een kandidaat die noch significante positieve noch significante negatieve elementen doet blijken, minstens de helft van de punten, zodat het verschil met een kandidaat die enkel maar significante positieve punten kan doen gelden, hoogstens 5 punten (en niet 10 punten) bedraagt bij een criterium dat nochtans op 10 punten staat.

Er is zeer zeker een impact op de weging van de toewijzingscriteria. Een eenvoudig voorbeeld: als 2 kandidaten net over voldoende financiële middelen (vierde wettelijke criterium) en de derde kandidaat over tien keer zoveel middelen beschikt, zal hij hoogstens 6 punten van de 12 meer krijgen dan zijn medekandidaten.”

### *Beoordeling*

7. Artikel 7.3 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’ (“machtigingsrichtlijn”) bepaalt over de procedure voor het beperken van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties:

“Wanneer de verlening van gebruiksrechten voor radiofrequenties moet worden beperkt, verlenen de lidstaten deze rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria. Dergelijke selectiecriteria moeten naar behoren belang hechten aan de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn) en aan de eisen van artikel 9 van die richtlijn.”

Artikel 9.1 van richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten’ (“kaderrichtlijn”) luidt:

“Naar behoren rekening houdend met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde heeft, zorgen de lidstaten ervoor dat de radiofrequenties voor elektronische communicatiediensten op hun grondgebied efficiënt worden beheerd overeenkomstig de artikelen 8 en 8 bis. Zij zorgen ervoor dat de spectrumtoewijzing voor elektronischecommunicatiediensten en de afgifte van algemene machtigingen of individuele gebruiksrechten voor die radiofrequenties door de bevoegde nationale instanties gebaseerd zijn op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria. Bij de toepassing van dit artikel eerbiedigen de lidstaten de desbetreffende internationale overeenkomsten, met inbegrip van de radioreguleering van de ITU, en mogen zij overwegingen van openbare orde in aanmerking nemen.”

Artikel 6 van het procedurebesluit is reeds aangehaald *sub* 3.3.

Artikel 8 van het procedurebesluit luidt:

“Aan de kandidaten die een dossier willen indienen voor een licentie, wordt de nodige informatie ter beschikking gesteld. Die informatie bevat onder meer:

- 1° de gedetailleerde technische gegevens van de betrokken frequentieblokken en frequentiekanalen;
- 2° de bilaterale technische afspraken met de buurlanden en met de andere gemeenschappen voor de volledig digitale toekomst;
- 3° de bepalingen van het Akkoord van de ‘Regional Radiocommunication Conference 2006 for planning of the digital terrestrial broadcasting service in parts of Regions 1 and 3, in the frequency bands 174-230 MHz and 470-862 MHz (RRC-06)’;
- 4° tijdens de overgangperiode van analoge naar digitale aardse televisie de eventueel al bekende overgangsbepalingen.

Onverminderd de toepassing van het derde lid van dit artikel, moeten kandidaten die een dossier voor een licentie willen indienen zich bij het indienen ervan houden aan de afspraken en de bepalingen, vermeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3° en 4°.

In afwijking van het vorige lid, kunnen kandidaten bij hun dossier een gemotiveerd verzoek voegen tot afwijking van de bepalingen vermeld in het eerste lid, 1°, 2°, 3° en 4°. De Regulator kan een beperkte afwijking toestaan.

De informatie, vermeld in het eerste lid, wordt ter beschikking gesteld via de website van het Departement Cultuur, Jeugd en Media van de Vlaamse overheid en via de website van de Regulator, en kan ook worden opgevraagd bij die instanties. De informatie staat ter beschikking vanaf de publicatie van een oproep in het Belgisch Staatsblad tot het indienen van kandidaatstellingen.”

8. De bestreden beslissing steunt op een negenenzestig bladzijden tellend onderzoeksrapport, dat geacht moet worden deel te zijn van de motivering die de keuze voor de tussenkomende partij moet verantwoorden. Het valt niet te begrijpen hoe verzoekster kan beweren dat de bestreden beslissing niet formeel gemotiveerd is. Voor zover zij meent dat de verwerende partij ook uitdrukkelijk moet motiveren waarom zij kiest voor een bepaalde beoordelingsmethode en waarom zij in het kader van de toetsingscriteria zekere gegevens onderzoekt eist zij een verantwoording van de motieven (“de motieven van de motieven”) en gaat zij uit van een draagwijdte die de formelemotiveringswet van 29 juli 1991 niet heeft. Zulks is een probleem van materiëlemotiveringsplicht. Het volstaat dat verzoekster de redenen kan achterhalen die de verwerende partij tot haar oordeel hebben gebracht opdat zij zich op het vlak van de motieven ertegen kan verweren met de middelen die het recht haar ter beschikking stelt. De bestreden beslissing voldoet hieraan ruimschoots.

Voor zover het middel is geput uit de schending van de formelemotiveringswet, is het ongegrond.

9. Aan de Raad van State is noch een Belgisch, noch een Unierechtelijk “transparantiebeginsel” bekend als algemeen, eenvormig rechtsbeginsel dat het overheidsoptreden bepaalt.

Voor zover verzoekster verwijst naar de overheidsopdrachtenregelgeving en daarop gesteunde rechtspraak om deze bij analogie toegepast te willen zien worden op de voorliggende zaak, gaat zij ten onrechte uit van het bestaan van een dergelijk rechtsbeginsel. Opmerkelijk is overigens, dat ook de rechtsleer die zij citeert in haar laatste memorie net aangeeft dat de op het bestuur

rustende transparantieplichtingen afhangen van de context en van de toepasselijke regels.

Welnu, de toekenning van een licentie voor het aanbieden van een radio-omroepnetwerk is niet gelijk te stellen met het plaatsen van een opdracht – ongeacht zelfs of die plaatsing onder de overheidsopdrachtenregelgeving valt – en de regels en erop geënte rechtspraak inzake overheidsopdrachten en die inzake mediagebruiksrechten zijn niet één-op-één onderling verwisselbaar, net zomin als dat bijvoorbeeld het geval is met de rechtspraak die specifiek in ambtenarengeschillen ontwikkeld is omtrent de vergelijking van titels en verdiensten.

Meer specifiek wat verzoekster dwarszit – de draagwijdte van de informatieplicht en het beweerd gebruik van subcriteria – is inzake overheidsopdrachten Unierechtelijk anders en veel strikter georganiseerd. Verwezen kan worden, bij wijze van voorbeeld, naar 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’, inzonderheid voor aankondigingen van opdrachten artikel 49 in zoverre dit verwijst naar bijlage V, deel C onder 18, en voor gunningscriteria artikel 67.

Voor zover het middel de schending aanvoert van een ‘transparantiebeginsel’, faalt het naar recht.

10. Dat er geen transparantiebeginsel is in de zin van een rechtsbeginsel met een in alle rechtsdomeinen uniforme invulling, betekent echter niet dat er in hoofde van het bestuur geen transparantieplichtingen bestaan bij het nemen van de thans bestreden beslissing; integendeel wordt deze eis opgenomen in de machtigingsrichtlijn en de kaderrichtlijn zoals aangevoerd in het middel.

11. In alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, mogen particulieren zich voor de nationale rechter op deze bepalingen beroepen tegenover de Staat,

hetzij wanneer deze heeft verzuimd deze richtlijn binnen de gestelde termijn om te zetten in intern recht, hetzij wanneer hij deze richtlijn onjuist heeft omgezet.

Gelet op het feit dat een internrechtelijke rechtshandeling hoe dan ook Unierechtconform moet worden uitgelegd, wordt het middel hierna besproken zonder te onderzoeken of het middel dat rechtstreeks en uitsluitend steunt op de schending van richtlijnbepalingen ontvankelijk is. Immers is hierover tussen partijen nog geen debat gevoerd en heeft het auditoraat die vraag niet onderzocht en is een heropening van het debat proceseconomisch niet aangewezen, aangezien hierna blijkt dat het middel hoe dan ook op dit punt niet kan slagen.

12. Volgens verzoekster is vereist dat eenieder die belangstelling heeft voor de licentie kan kandideren, dat zijn voorstel op een objectieve wijze wordt vergeleken met dat van de andere kandidaten en dat wordt meegedeeld waarom het voorstel van een andere kandidaat wordt gekozen.

Welnu, er moet worden vastgesteld dat *in casu* niet alleen hieraan is voldaan, maar dat de verwerende partij zich veel ruimer van haar transparantieplichtingen heeft gekweten.

Zo moet worden vastgesteld dat bij besluit van de Vlaamse regering – het procedurebesluit – is bepaald dat de toewijzing van de licentie zal gebeuren door middel van een vergelijkende toets, dat de selectiecriteria en hun relatieve belang (de weging) zijn vastgesteld bij hetzelfde besluit van de Vlaamse regering, dat de vrijgave van de frequentie en de mogelijkheid om zich vóór een bepaalde datum kandidaat te stellen bekendgemaakt zijn in het Belgisch Staatsblad op de wijze zoals aangehaald *sub* 3.1 hiervóór, dat aanvullende informatie over de voorwaarden en de procedure te lezen was op de website van de regulator, dat de kandidaten de gelegenheid kregen om bijkomende informatie te vragen, dat zij moesten kandideren aan de hand van een model ‘kandidatuurformulier’ met opgaaf van de gevraagde informatie, dat de toewijzing is gedaan door een onafhankelijke regulator, aan de hand van een vergelijkende toets aan de

voormelde, vooraf bekendgemaakte criteria, dat de toewijzing formeel is gemotiveerd en steunt op een zeer omvattend onderzoeksrapport en dat ze is meegedeeld aan de begunstigde en aan alle andere inschrijvers.

Elke benadeelde partij vermag voorts een beroep in te stellen bij de Raad van State die op zijn beurt, desgevraagd, kan beoordelen of de toewijzing is gedaan overeenkomstig het recht – inzonderheid door erop toe te zien dat de beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie niet zijn geschonden – en die in het kader van die beoordeling de onpartijdigheid van de gevolgde toewijzingsprocedure kan toetsen. Een teleurgestelde kandidaat is inzonderheid in de gelegenheid om aan te tonen dat de “subcriteria” niet in te passen zijn onder één van de zeven criteria van het reglementair vastgelegde kader, of dat de toepassing van de zeven selectiecriteria niet op gelijke wijze is gebeurd, dan wel op een wijze die partijdigheid aantoont.

Alles samengenomen voldoet dit aan de passende mate van openbaarheid die de transparantieverplichting in de machtigingsrichtlijn en de kaderrichtlijn aan de overheid oplegt bij het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties.

Noch de toepasselijke regelgeving, noch enig algemeen beginsel vereist dat de beoordelingsmethode vooraf zo strikt wordt vastgelegd en meegedeeld, zoals verzoekster het zou willen.

13.1. Artikel 6 van het procedurebesluit somt de criteria op waaraan de dossiers worden getoetst ingeval er meer dan één kandidaat is. Het onderzoeksrapport doet die vergelijkende toets, criterium per criterium. Artikel 6 leert niets over de werkwijze die de verwerende partij daarbij moet volgen. Artikel 16 van het procedurebesluit leert dat de regulator de kandidaat kiest “die het best voldoet aan de criteria”. Het valt binnen de discretionaire bevoegdheid van de regulator om de methode te kiezen die hem in staat stelt om die beste kandidaat in de vergelijkende toets te vinden.

13.2. Artikel 8 van het procedurebesluit legt aan de verwerende partij een informatieplicht op. De voorbeelden die in artikel 8 worden gegeven zijn niet limitatief. Ze hebben wel gemeen, dat ze refereren aan technische kwesties. Naar het oordeel van de Raad verplicht artikel 8 van het procedurebesluit er dan ook niet toe om aan de belangstellende partijen vooraf de beoordelingsmethode mee te delen.

13.3. De artikelen 6 en 8 van het procedurebesluit zijn niet geschonden. In zoverre is het middel ongegrond.

14.1. De werkwijze om bij de vergelijkende toets tot de berekening van de scores te komen, behoort tot de beoordelingsvrijheid van de overheid, zij het dat die vrijheid beperkt wordt door de toepasselijke beginselen van behoorlijk bestuur. Geen rechtsbepaling of beginsel verplicht de overheid ertoe om haar werkwijze om de scores te berekenen, vooraf te preciseren of bekend te maken, minstens toont verzoekster dit niet aan.

Zij toont daarenboven niet aan dat de werkwijze om per criterium met een positieve startquotering te vertrekken en vervolgens punten toe te kennen of af te trekken, niet te verantwoorden valt. Zij stelt enkel dat dit niet evident is. Zij maakt nergens aannemelijk hoe deze beoordelingsmethode een objectief vergelijkende toets in de weg staat, of tot een ander resultaat zou leiden dan wanneer bij de omzetting van de in woorden omschreven waardering naar een puntenscore wordt gestart van nul punten, waarna punten toegekend per onderdeel worden opgeteld. Zelfs aangenomen dat dit tot een andere score zou leiden, toont zij bijkomend niet aan dat de huidige werkwijze onverantwoord is en niet binnen de discretionaire bevoegdheid van het bestuur valt.

14.2. Wat de rechtmatigheid betreft van de concreet toegekende puntenscores per deelonderdeel, heeft verzoekster in het inleidend verzoekschrift enkel kritiek gegeven bij het eerste criterium ‘het optimale gebruik en de optimale invulling van de frequentieblokken en frequentiekanalen’.

Zij schrijft daarover in de toelichting bij het middel dan nog alleen dat de beoordeling van wat zij noemt het “subgunningscriterium” ‘stand-by operationaliteit sites’ slechts in het voordeel van één enkele kandidaat kon spelen en dat deze vraagstelling “niet eens een noodzakelijke [of] zelfs maar logische band met het eerste wettelijke criterium” had. Méér werkt zij deze kritiek niet uit. Hoe dan ook moet echter worden vastgesteld dat verzoekster voor dit gegeven ½ punt heeft gekregen, tegenover 1,5 punt voor de nv Norkring België en 1 punt voor de derde kandidaat. Het onderzoeksrapport leert dat de plus- en minpunten die de verwerende partij heeft toegekend te situeren zijn in een vork van 3 minpunten tot 2 pluspunten voor elk onderdeel overheen alle criteria. Voor het totaal van het eerste criterium behaalt verzoekster een score van 16,25 en ½ punt voor ‘stand-by operationaliteit sites’. Het eerste criterium heeft een weging van 20% van de totale score, zodat zij ten hoogste 20/20 kan scoren. Hiervoor zou verzoekster al 3,75 punten extra moeten behalen voor het onderdeel ‘stand-by operationaliteit sites’, of een totaal van 4,25 pluspunten. Mocht, alternatief, het onderdeel in de totaalscore geneutraliseerd moeten worden, dan zou de nv Norkring België op basis van de overgebleven onderdelen nog steeds beter scoren voor dit criterium dan verzoekster. De kritiek van verzoekster op dit ene onderdeel kan er bijgevolg hoe dan ook onmogelijk toe leiden dat zij na een nieuwe waardering ervan het puntenverschil van 9 punten dat haar scheidt van de tussenkommende partij kan overbruggen. In zoverre is het middel onontvankelijk bij gebrek aan belang.

14.3. Met wat verzoekster over de beoordeling van de andere criteria in de memorie van wederantwoord voor het eerst uitwerkt – overigens enkel om haar belang bij het middel aan te tonen – mag wegens de laattijdigheid ervan geen rekening worden gehouden, aangezien zij dit reeds had kunnen toelichten in het inleidend verzoekschrift.

14.4. De kritiek op de toegepaste beoordelingsmethode en op de concrete vergelijking van de aanvraagdossiers is, voor zover ontvankelijk, niet gegrond.

15. Verzoekster geeft over de aangevoerde schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht geen toelichting die hiervóór nog geen antwoord heeft gekregen.

16. Het enige middel wordt in zijn geheel verworpen.

#### *V. Rechtsplegingsvergoeding*

17. Voor zover de nv Norkring België een rechtsplegingsvergoeding vordert, volstaat het deze partij erop te wijzen dat een tussenkomen de partij geen rechtsplegingsvergoeding kan genieten (artikel 30/1, § 2, laatste lid, RvS-Wet).

### **BESLISSING**

**1. De Raad van State verworpt het beroep.**

**2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 20 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.**

**De tussenkomen de partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.**

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van drie december tweeduizend twintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,

Bruno Seutin, staatsraad,

Bert Thys, staatsraad,

bijgestaan door

Tiny Temmerman, griffier.

**De griffier**

**De voorzitter**

**Tiny Temmerman**

**Geert Van Haegendoren**