

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 185.407 van 15 juli 2008
in de zaak A. 135.994/XII-3842.**

In zake : de NV ASPIRAVI,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Flamey,
kantoor houdende te Antwerpen,
Jan Van Rijswijcklaan 16

tegen :

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen de partijen :

1. de NV VLEEMO,
 2. de NV NUON BELGIUM,
- die woonplaats kiezen bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te 1050 Brussel,
Louizalaan 106.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aspiravi op 16 mei 2003 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van :

- “ 1. de expliciete beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen d.d. 25 februari 2003 om met betrekking tot het dossier ‘Windmolenproject in de Antwerpse haven’ na beoordeling van de kandidaturen die werden ingediend naar aanleiding van een oproep tot kandidaatstelling :
- (i) de rangschikking van de kandidaten als volgt vast te leggen : 1. Vleemo nv; 2. Aspiravi nv; 3. de Tijdelijke Vereniging Spe Power Company nv - Electrawinds nv,
 - (ii) aansluitend exclusief onderhandelingen op te starten met de nv Vleemo, als best gerangschikte kandidaat,
 - (iii) bijgevolg geen onderhandelingen op te starten met de nv Aspiravi, behalve indien bij de onderhandelingen met de nv Vleemo geen akkoord wordt bereikt.

2. de impliciete beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen d.d. 25 februari 2003 om met betrekking tot het dossier ‘windmolenproject in de Antwerpse haven’ na beoordeling van de kandidaturen die werden ingediend naar aanleiding van een oproep tot kandidaatstelling :
 - (i) de rangschikking van de kandidaten niet als volgt vast te leggen :
 1. Aspiravi nv; 2. Vleemo nv; 3. de Tijdelijke Vereniging Spe Power Company nv - Electrawinds nv,
 - (ii) aansluitend geen exclusief onderhandelingen op te starten met de nv Aspiravi, als best gerangschikte kandidaat, en bij samenhang,
3. de beslissing van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen d.d. 1 april 2003 houdende de toewijzing en goedkeuring van het samenwerkingsprotocol en het model van concessieovereenkomst ten gunste van de nv Vleemo inzake het dossier Windmolenproject in de Antwerpse haven”;

Gelet op het arrest nr. 119.292 van 13 mei 2003 waarbij de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gelet op het arrest nr. 122.467 van 2 september 2003 waarbij de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissingen wordt verworpen;

Gezien het verzoekschrift tot voortzetting van het geding van 30 september 2003 ingediend door de verzoekende partij;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 6 november 2003;

Gelet op de beschikking van 1 december 2003 die de tussenkomsten van de NV Vleemo en de NV Nuon Belgium toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 21 januari 2008 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 26 februari 2008;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. Bosquet, die loco advocaat P. Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat D. D'Hooghe, die verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat A. Verlinden, die loco advocaat B. Martens verschijnt voor de tussenkomende partijen;

Gehoord het advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Het directiecomité van het Havenbedrijf beslist op 27 februari 2002 een oproep tot kandidaten te publiceren voor het indienen van een projectvoorstel voor een windmolenpark in de haven.

Het Havenbedrijf wenst namelijk samenwerkingsovereenkomsten te sluiten met één of meer initiatiefnemers voor de realisatie van windmolens in het havengebied.

Het project heeft enkel betrekking op het havengebied van de rechteroever en in een eerste pilootfase worden twee windturbines in de zone ten noorden van de Zandvliet- en Berendrechtsluis gepland. In een tweede fase zouden dan meerdere windmolens worden geplaatst.

2. In het Bulletin der Aanbestedingen van 15 maart 2002 wordt de oproep tot kandidaatstelling voor het “projectvoorstel windmolenpark in de haven van Antwerpen” gepubliceerd die onder meer stelt :

“Op basis van het windplan Vlaanderen werd het havengebied van Antwerpen aangeduid als zone waar windmolens kunnen worden ingeplant. Gezien de eventuele opstelling van windturbines in het zeehavengebied planmatig dient te worden aangepakt, en teneinde een versnippering van initiatieven hieromtrent te voorkomen, is het de intentie van het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen om een samenwerkingsovereenkomst af te sluiten met één of meerdere initiatiefnemers voor wat betreft de realisatie van windmolens in het havengebied op rechteroever.

In de eerste fase gaat het om de realisatie van twee windmolens. De inplanting van de windmolens op andere plaatsen binnen het rechteroevergebied zal in een latere fase gebeuren.

Geïnteresseerden worden verzocht om hun gemotiveerde kandidatuur te stellen door middel van een aangetekend schrijven gericht aan het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen. Deze kandidatuur dient volgende elementen te bevatten :

Een voorstelling van uw bedrijf,
Uw concrete plannen en inzichten met betrekking tot het realiseren van windmolens binnen het havengebied van Antwerpen,
de hoofdkenmerken van de te plaatsen windturbines (hoogte, wiekdiameter, vermogen, enz...),
de planning en timing van uw project,
de voorziene periode van uitbetaling,
een risico-analyse waaruit blijkt welke gevolgen de inplanting van de windturbines kan hebben ter attentie van de omliggende bedrijven en havenactiviteiten.
de financiële vergoeding (vaste en variabele) welke u bereid bent te betalen aan het havenbedrijf.

Op basis van de binnengekomen voorstellen zal het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen, gebeurlijk na verdere onderhandeling, oordelen welke projecten het meest gunstig zijn, en met deze initiatiefnemer(s) naderhand een samenwerkingsovereenkomst afsluiten.

Uw kandidatuur dient gericht te worden, uiterlijk tegen donderdag 13 juni 2002”.

3. Op 13 juni 2002 blijken elf kandidaturen te zijn ingediend :

- | | |
|---------------------------------|--|
| - 3E NV | - Nature Power NV - Neg Micon Holland BV |
| - Aertssen Aannemingsbedrijf NV | - SeeBA Energiesysteme GmbH |
| - Aspiravi NV | - SPE Power Company - Electrawinds THV |
| - Ecopower CVBA | - Thomas Wind THV |
| - Electrabel NV | - Vleemo NV. |
| - INE BVBA | |

4. Bij brief van 30 augustus 2002 worden aan de kandidaten bijkomende inlichtingen gevraagd ter verduidelijking van hun offerte.

5. In een vertrouwelijke nota van 20 september 2002 worden alle kandidaturen samengevat en beoordeeld. De beoordeling gebeurt aan de hand van de volgende elementen :

- de professionele bekwaamheid en deskundigheid van het bedrijf
- de concrete plannen en inzichten inzake het realiseren van windturbines in het havengebied
- de hoofdkenmerken van de te plaatsen windturbine
- de planning en timing van het project
- de voorziene periode van uitbating
- de risico-analyse
- de financiële vergoeding.

6. Vier kandidaten blijken onvoldoende te beantwoorden aan de elementen die in de oproep zijn opgenomen en worden niet geselecteerd.

7. De resterende zeven kandidaten worden, bij brief van 25 oktober 2002, uitgenodigd om hun kandidatuur mondeling nader toe te lichten op de vergadering van 15 november 2002. De werkgroep, die belast is met het onderzoek, de vergelijking en de beoordeling van de kandidatuurstellingen, vraagt in de uitnodiging specifiek toelichting over de volgende vijf criteria. Bij elk van de criteria is in de uitnodiging beschreven welke de informatie is die het havenbedrijf hierover wenst te verkrijgen :

1. professionele bekwaamheid en deskundigheid van de kandidaat
2. financiële draagkracht-continuïteit van het project
3. uitbouw pilootproject 2 turbines benoorden Zandvlietsluis :
 - a) keuze turbine
 - b) concrete planning
4. overige windmolens in het havengebied
5. financiële vergoeding
 - a) pilootproject
 - b) overige turbines.

In de uitnodiging wordt uitdrukkelijk vermeld dat het havenbedrijf na deze toelichting en vergelijking van de kandidaten, maximaal drie kandidaten in aanmerking neemt voor verdere onderhandeling.

Als bijlage bij deze brief wordt tevens een kopie van de door het Havenbedrijf verkregen milieuvergunning en stedenbouwkundige vergunning voor de bouw en exploitatie van de twee windturbines toegevoegd.

8. In het evaluatieverslag van 15 november 2002 van de toelichting wordt de gehanteerde beoordelingsmethode beschreven :

- de beoordeling gebeurt op grond van de bijkomende informatie met dien verstande dat wanneer de bijkomende inlichtingen aansluiten bij het reeds overgemaakte dossier, de meest volledige invulling wordt geëvalueerd; indien de gegevens van de toelichting de gegevens van het dossier wijzigen, wordt voor de evaluatie met de gegevens van de toelichting rekening gehouden
- in eerste instantie worden de voormelde kwalitatieve criteria beoordeeld (1 tot en met 4); als beoordeling wordt een “uitsluitende” beoordeling gebruikt : indien de invulling van het criterium aanvaardbaar wordt geacht, krijgt de kandidaat de beoordeling “gunstig”; indien de invulling van het criterium onvoldoende aanvaardbaar wordt geacht, wordt de kandidatuurstelling “ongunstig” beoordeeld; de beoordeling gebeurt per criterium en een ongunstige beoordeling leidt tot de uitsluiting van verdere beoordeling
- na de selectie van de kwalitatief gunstig beoordeelde kandidaten, wordt de invulling van het kwantitatief-criterium van de financiële vergoeding geëvalueerd; de drie beste financiële voorstellen worden in aanmerking genomen voor verdere onderhandelingen. Een definitieve financiële screening zal door een derde gebeuren.

9. Bij het eerste criterium wordt de offerte van de THV Nature Power/NeG Micon Holland BV en van de THV Thomas Wind als ongunstig beoordeeld. Voor het tweede, derde en vierde criterium krijgen de vijf overblijvende kandidaten allen een gunstige beoordeling.

Bij het onderzoek aan de hand van het vijfde criterium, de financiële vergoeding, zijn de kandidatuurstellingen van NV Aspiravi, THV NV SPE Power Company/NV Electrawinds en NV Vleemo de beste drie.

10. Uit het verslag van deze onderhandelingsfase blijkt dat het Havenbedrijf voor de beoordeling met het vijfde beoordelingscriterium, zich in hoofdzaak heeft gesteund op de voor het pilootproject voorgestelde vergoedingen omdat dit onderdeel van het project het meest zekere onderdeel was. Aldus werd berekend welke kandidaten -in het kader van het pilootproject- de hoogste toegevoegde waarde voor het Havenbedrijf creëren. Hieruit bleek dat de laatst vermelde drie offertes het beste scoren, met duidelijke voorsprong op de twee overige kandidaten. Vermits het Havenbedrijf initieel had aangegeven dat er met

maximaal drie kandidaten verder zou worden onderhandeld, heeft het diverse berekeningen gemaakt, teneinde een aantal kandidaten (minstens 2 van de resterende 5) te weren voor verdere onderhandelingen.

Hoewel in eerste instantie voor de keuze van de drie beste kandidaten, bij de beoordeling van de financiële vergoeding, het meeste belang is gehecht aan de vergoedingen voor het “zekere” pilootproject, wou het Havenbedrijf blijkbaar toch ook nog toetsen of, door de vergoedingen die voor de overige turbines werden voorgesteld, de opportuniteiten voor het Havenbedrijf niet zouden worden beïnvloed, vanuit de idee dat mogelijkerwijze een kandidatuur die niet zo hoog scoorde op het pilootproject, voor het volledige project wel een duidelijk uitgesproken financiële opportuniteit voor het Havenbedrijf zou kunnen betekenen.

Ook bij deze berekeningen bleek het voor het Havenbedrijf dat SPE Power Company/Electrawinds, Aspiravi en Vleemo de meest interessante vergoedingen voorstelden en dat het verschil met de twee overige kandidaten (Electrabel en Ecopower) voldoende groot was zodat het Havenbedrijf stelde dat laatstgenoemden niet in aanmerking kwamen voor verdere onderhandelingen over de financiële vergoeding.

11. Vervolgens heeft het Havenbedrijf een beroep gedaan op een extern deskundige om het bij te staan bij de beoordeling van de ultieme financiële voorstellen van de drie resterende kandidaten. De NV Deloitte & Touche Management Solutions NV heeft de drie resterende kandidaturen geëvalueerd en steunde zich hierbij op de volgende assumpties :

- de analyse gebeurt volgens een specifieke verdisconteringsmethode, namelijk de “net present value” methode (de NPV-methode) waarbij de toekomstige waarde naar het heden wordt verdisconteerd;
- er wordt aangenomen dat de windmolens worden opgesteld op gronden die eigendom zijn van het havenbedrijf, of op in concessie gegeven gronden, waarvoor het Havenbedrijf niets dient te betalen aan de concessiegever.

Vervolgens worden de kandidaten op 10 december 2002 (Vleemo per faxbericht, SPE Power Company/Electrawinds en Aspiravi per e-mail) uitgenodigd voor een nadere toelichtingsvergadering op 13 december 2002. Aan elk van de kandidaten worden specifieke vragen bezorgd ter verduidelijking van hun kandidatuurstelling. Tevens krijgen de kandidaten de mogelijkheid om hun

aanbieding te optimaliseren. De kandidaten krijgen ook een kopie van het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst toegestuurd. In het e-mailbericht aan de kandidaten SPE Power Company Electronics en Aspiravi deelt het Havenbedrijf mee :

“In bijlage vindt u een paar vragen over de financiële aspecten van uw voorstel en een ontwerp van samenwerkingsovereenkomst.

Graag bespreken wij beide documenten verder op een vergadering op vrijdag 13 december 2002 om [...] uur op het Havenhuis.

Na deze vergadering zal het volledige dossier van het project windmolenpark ter beslissing aan ons directiecomité worden voorgelegd”.

12. Op de vergadering van 13 december 2002 worden de kandidaten voor het eerst in kennis gesteld van de assumpties op grond waarvan hun financieel bod zal worden beoordeeld :

- de berekening van de financiële vergoeding volgens de voormelde NPV-methode;
- de realisatie van het project op gronden, eigendom van het havenbedrijf, zodat de economische waarde van het project wordt beoordeeld, (het havenbedrijf treedt aldus op als concessiegever voor het volledige havengebied rechteroever, ongeacht de reële eigendomsstructuur van de te benutten terreinen);
- de timing van het project : na de realisatie van het vergunde pilootproject zouden tegen einde 2004 acht windmolens van 2 MW gerealiseerd worden, en tegen eind 2006 een windturbinepark met een bijkomend geïnstalleerd vermogen van 70 MW.

13. Met een e-mailbericht van 18 december 2002 zendt de verwerende partij een financiële analyse van het ingediende dossier aan de drie kandidaten, nodigt zij hen uit op een vergadering van 20 december 2002, waarop zij hun bemerkingen inzake de financiële analyse kunnen toelichten en biedt zij de mogelijkheid om hun aanbod van financiële vergoedingen voor een laatste maal te optimaliseren.

14. Op de vergadering van 20 december 2002 bevestigen alle kandidaten kennis te hebben genomen van de samenvatting van hun eerder geformuleerd financieel bod en van de assumpties op grond waarvan de biedingen zullen worden geëvalueerd. Tevens bevestigen ze een geoptimaliseerd bod te doen ; zij wijzigen allen een aspect van de offerte :

- Aspiravi bevestigt een aantal data van uitbetaling correcter te kunnen stellen en trekt het minimum van de variabele vergoeding op; ze bevestigt tevens akkoord te gaan met de principes zoals voorgesteld in het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst;
- SPE Power Company/Electrawinds bevestigt de variabele vergoeding op te trekken tot 10 % van de opbrengst van de groene stroomcertificaten voor de laatste 10 werkingsjaren; ze gaat akkoord met de principes opgenomen in het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst; ze verwijst evenwel naar haar offerte van 13 juni 2002 waarbij het onderscheid op welke gronden de turbines geplaatst worden van belang is;
- Vleemo bevestigt als optimalisatie van de vergoedingen de variabele vergoeding op te trekken tot 5% van het gedeelte van de groene stroomcertificaten, de minimumvergoedingen te verhogen, een bijkomende partnershipvergoeding aan te bieden en de integratie van het project Kabeljauwpolder te verduidelijken; ze verklaart zich akkoord met de principes van het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst.

15. De werkgroep stelt voor de volgende rangorde te hanteren als eindrangschikking :

1. NV Vleemo
2. NV Aspiravi
3. THV NV SPE Power Company/NV Electrawinds.

16. Bij brieven van 6 januari 2003, 13 januari 2003, 15 januari 2003 en 19 februari 2003 verhoogt de laatstgenoemde tijdelijke handelsvennootschap haar bod.

Bij e-mailbericht van 17 januari 2003 deelt de NV Aspiravi mede dat indien de verwerende partij meerdere exploitatierisico's samen met de verzoekende partij zou willen dragen, zij meer lucratieve voorstellen zou kunnen formuleren.

17. De raad van bestuur van het Havenbedrijf beslist op 21 en 30 januari 2003 om op voorstel van het directiecomité geen rekening te houden met de financiële voorstellen die ná 20 december 2002 werden geformuleerd en om bijgevolg in eerste instantie enkel nog met NV Vleemo verder te onderhandelen.

Meer in het bijzonder beslist de raad om juridisch advies in te winnen omtrent, onder meer, de vraag of de algemene bevraging juridisch correct is verlopen.

18. In het juridisch advies van 20 februari 2003 worden onder meer de volgende bevindingen verwoord, volgens de notulen van de raad van bestuur van 25 februari 2003 :

“1. Betreffende de vraag of de bevraging juridisch correct is verlopen

Voor de gevoerde bevragingsprocedure bestaat geen bijzonder wettelijk kader, zodat moet worden teruggevallen op de beginselen van behoorlijk bestuur, het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, het gelijkheidsbeginsel en de formele en materiële motiveringsplicht. Het is aldus voor het bestuur in beginsel niet verboden om bijkomende onderhandelingsronden te organiseren.

Uit de feitelijke context van deze procedure blijkt dat er behoorlijke motieven voorhanden waren om aan de kandidaten, na de vergadering van 13 december 2002, een bijkomende kans te geven om hun financieel bod bij te stellen. Tijdens de vergadering van 13 december 2002 werden de kandidaten immers voor het eerst op de hoogte gebracht van de beoordelings- en waarderingsmethode aan de hand waarvan hun bieding zou worden geëvalueerd. Het havenbedrijf heeft in haar briefwisseling (per e-mail) met de drie kandidaten echter duidelijk aangegeven dat het om de laatste ronde ging. Met de optimalisering die nadien werden ingediend kon dan ook geen rekening meer worden gehouden.

Besluit : Er zijn geen redenen bekend op grond waarvan het regelmatig verloop van de gevoerde bevragingsperiode in rechte op ernstige wijze in twijfel kan worden getrokken. Er lijkt dus geen ernstig wettigheidsbezwaar te bestaan tegen een principieel toewijzingsvoorstel aan Vleemo, weze het dat uit de daaropvolgende besprekingen zal moeten blijken dat het samenwerkingsverband Vleemo-Nuon voldoende contractuele garanties zal moeten bieden. Worden die garanties door dit samenwerkingsverband niet geboden, zullen met de tweede (of, zo nodig zelfs de derde) best gerangschikte kandidaat besprekingen worden gevoerd.”.

19. Op 25 februari 2003 beslist de raad van bestuur :

- geen gevolg te geven aan de voorstellen die na 20 december 2002 zijn overgemaakt;
- de rangschikking van de kandidaten als volgt vast te leggen :
 - 1) NV Vleemo
 - 2) NV Aspiravi
 - 3) THV NV SPE Power Company/NV Electrawinds;
- over de uitbouw van het project windmolenpark in de haven van Antwerpen te onderhandelen met NV Vleemo, de meest gunstig gerangschikte kandidaat met het oog op de toewijzing en om tot een akkoord te komen over de samenwerkingsovereenkomst die minstens de verbintenissen en het aanbod van financiële vergoedingen die het eindresultaat vormen van de verschillende

- onderhandelingsrondes, inclusief het aanbod in verband met het project Kabeljauwpolder, moet bevatten;
- opdracht te geven aan de werkgroep om de samenwerkingsovereenkomst verder aan te vullen in samenwerking met AB/CONC en AB/JC :
 - de bijzondere concessievoorwaarden voor het terrein van het pilootproject op te maken,
 - een ontwerp van kaderovereenkomst op te maken voor de concessie van andere terreinen voor de realisatie van het globaal project;
 - de werkgroep te mandateren hierover besprekingen te voeren met NV Vleemo;
 - indien er voor een volgende raad van bestuur geen akkoord bereikt wordt, de werkgroep te mandateren om te trachten met de op één na gunstigst gerangschikte kandidaat een akkoord te bereiken over de samenwerkingsovereenkomst. Zo er dan nog geen akkoord tot stand is gekomen, wordt de werkgroep gemandateerd te onderhandelen met de derde gerangschikte kandidaat.

20. Bij brief van 26 februari 2003 wordt aan de verzoekende partij de inhoud van de beslissing van 25 februari 2003 medegedeeld.

21. Besprekingen worden gevoerd met Vleemo op 28 februari 2003, 11 maart 2003, 19 maart 2003 en 21 maart 2003.

22. Het directiecomité beslist op 31 maart 2003 aan de raad van bestuur voor te stellen :

- “- het samenwerkingsprotocol [...] tussen het Havenbedrijf en Vleemo nv met tussenkomst van Nuon Nederland nv als borg en Nuon Belgium nv als tussenkomende partij, goed te keuren;
- het model van concessieovereenkomst tussen het Havenbedrijf en Vleemo nv met het oog op de ontwikkeling en uitbating van Project Fase van het windmolenpark ... goed te keuren;
- deze beslissing over te maken aan Aspiravi [...]”.

23. De raad van bestuur volgt dat voorstel in zijn vergadering van 1 april 2003.

24. Bij brief van 2 april 2003 zendt de raadsman van de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekende partij het evaluatieverslag van de toelichtingen van 15 november 2002, het evaluatieverslag van de toelichtingen van 13 en 20 december 2002, en de financiële rapporten betreffende de vergoedingen

voorgesteld door de drie kandidaten. Bij brief van 11 april 2003 gebeurt zulks met de tabellen van de gedetailleerde berekeningswijze van de vergoedingen.

25. Op 22 april 2003 vindt een informatievergadering, onder andere met de verzoekende partij, plaats.

26. Bij brief van 23 april 2003 zendt de raadsman van de verwerende partij aan de raadsman van de verzoekende partij verslag van de toelichtingsvergaderingen en de gedetailleerde berekeningen van de drie kandidaten.

De ontvankelijkheid

27. De verwerende partij doet in haar laatste memorie afstand van de door haar in haar memorie van antwoord aangevoerde exceptie.

28. De tussenkommende partijen werpen in een exceptie op dat het beroep niet ontvankelijk is in zoverre het de tweede bestreden beslissing betreft, namelijk de impliciete beslissing om de rangschikking niet vast te leggen met de verzoekende partij als eerst gerangschikte, en geen exclusieve onderhandelingen met hen op te starten.

In het auditoraatsverslag is deze exceptie gegrond bevonden. De verzoekende partij heeft op dit standpunt niet gereageerd in haar laatste memorie. De Raad van State gaat er in die omstandigheden van uit dat de verzoekende partij zich neerlegt bij het standpunt van het auditoraatsverslag. Minstens verduidelijkt de verzoekende partij niet op welke wijze de nietigverklaring van de betrokken impliciete weigeringsbeslissingen haar een voordeel zou verschaffen dat al niet begrepen zou zijn in de nietigverklaring van de expliciete beslissingen die voorwerp van het beroep zijn.

De exceptie wordt bijgevolg aanvaard.

29.1. De tussenkommende partijen voeren voorts een exceptie aan gesteund op de ontstentenis van belang in hoofde van de verzoekende partij : wat de eerste twee aangevochten beslissingen betreft omdat het “voorbeslissingen” zijn die slechts een “tussentijdse schakel in de gunningsprocedure zijn” en wat de derde aangevochten beslissing betreft omdat op 13 juni 2003 een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de verwerende partij en de tussenkommende partijen, een nietigverklaring door de Raad van State geen einde maakt aan die overeenkomst en de verzoekende partij enkel de bedoeling heeft om subjectief rechtsherstel te verkrijgen, zijnde de ontbinding van de overeenkomst voor de burgerlijke rechter.

29.2. De beslissing van 25 februari 2003, eerste voorwerp van het beroep, om de verzoekende partij als tweede te rangschikken, exclusief onderhandelingen aan te gaan met de tussenkommende partijen en geen onderhandelingen met de verzoekende partij, tenzij de onderhandelingen met de

tussenkomen de partijen mislukken, is griefhoudend voor de verzoekende partij, met dadelijke rechtsgevolgen, en is aldus een aanvechtbare beslissing.

Het derde voorwerp van het beroep is de toewijzing van het project.

Het belang van een verzoekende partij om bij de Raad van State een beslissing inzake de toewijzing van een opdracht te bestrijden, bestaat er idealiter in opnieuw op zijn minst kans te maken om die opdracht toegewezen te krijgen en die zelf uit te voeren. Het enkele feit echter dat het voormelde doel onbereikbaar is geworden moet niet noodzakelijk tot gevolg hebben dat een verzoekende partij elk rechtstreeks belang bij de vordering tot nietigverklaring verliest. Het beroep strekt immers tot de nietigverklaring van een toewijzingsbeslissing, afsplitsbare bestuurshandeling waardoor de verzoekende partij is voorbijgegaan. Een verzoekende partij ontleent aan dat voorbijgaan in principe een gekwalificeerd moreel belang dat gediend wordt, en dat spijs, zoals te dezen, het sluiten of zelfs de uitvoering van de overeenkomst betreffende de opdracht, gediend blijft door een nietigverklaring van de toewijzingsbeslissing. Het voornoemd moreel belang ter ondersteuning van het annulatieberoep volstaat. Het feit dat de verzoekende partij uiteindelijk zou beogen bij de gewone rechter de ontbinding te verkrijgen van de betrokken overeenkomst kan daaraan geen afbreuk doen.

De exceptie wordt dienvolgens niet aanvaard.

De gegrondheid van het beroep

De middelen

30. In het inleidend verzoekschrift voert de verzoekende partij acht middelen aan (blz. 15 tot 76).

In hun essentie worden ze hierna weergegeven :

“Het eerste middel is genomen uit de schending van het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel (in hun Europees rechtelijke context), uit de schending van de formele en materiële motiveringsplicht overeenkomstig de Wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen en de dienovereenkomstige

bepalingen, op grond van een schending van het verbod op willekeur, en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het Havenbedrijf de bestreden beslissingen heeft gegrond op de 'externe beoordeling' van een auditkantoor van de financiële voorstellen die werden gedaan op 20 december 2002,

Terwijl, eerste onderdeel, het Havenbedrijf in een e-mail d.d. 10 december 2002 (stuk 7) aan verzoekster heeft gemeld dat de financiële voorstellen die zouden worden besproken op de toelichtingsvergadering d.d. 13 december 2002, als de finale eindvoorstellen zouden beschouwd worden, aangezien het volledige dossier na deze toelichtingsvergadering ter beslissing aan het directiecomité zou worden voorgelegd.

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, zelfs in de mate dat het Gemeentelijk Havenbedrijf van Antwerpen vanaf het begin van oordeel geweest zou zijn dat de in casu georganiseerde bevragingsprocedure diende te verlopen in verscheidene fases waarbij de drie overgebleven kandidaten tot tweemaal toe hun bod mochten optimaliseren -quod non gezien de bewuste email d.d. 10 december 2002- de te garanderen objectiviteit en het transparantiebeginsel minstens vereisten dat deze te volgen werkwijze vanaf het begin werd vastgelegd en als dusdanig werd meegedeeld.

[...]

Tweede middel.

Het tweede middel is genomen uit de schending van artikel 2, 5/ juncto artikel 9, §1 van het Havendecreet d.d. 2 maart 1999, artikel 4, 4/ van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000, uit de schending van artikel 14 §1 van het Besluit van de Vlaamse regering met betrekking tot de distributienetbeheerders voor elektriciteit, uit de schending van het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en uit bevoegdheidsoverschrijding, en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het havenbedrijf heeft aanvaard dat Vleemo een voorstel heeft ingediend waarbij de Kabeljauwpolder werd betrokken, en doordat dit voorstel door het Havenbedrijf zonder meer werd aanvaard, en als volgt geïncorporeerd in het model van concessieovereenkomst (zie meer bepaald 2.3.6.) :

[...]

Terwijl, eerste onderdeel, dient vastgesteld te worden dat reeds uit de aankondiging van de opdracht blijkt dat het voorwerp van de bevragingsprocedure alles te maken heeft met 'domeinconcessies' die uiteraard vóóronderstellen dat de door het havenbedrijf ter beschikking gestelde terreinen behoren tot het Havengebied. Dat het dan ook logisch is dat in de aankondiging op continue wijze verwezen wordt het 'havengebied'.

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, daarenboven niet betwist kan worden dat de onwettige inbreng van de Kabeljauwpolder in voorliggend project het gehele voorstel van Vleemo van meet af aan onwettig gemaakt heeft.

[...]

Terwijl, derde onderdeel, precies uit de afwezigheid van het bestaan van een mogelijks wettige tegenprestatie voor de 2 miljoen euro volgt dat het Havenbedrijf zich in een positie heeft gewrongen die op termijn onhoudbaar zal worden.

[...]

Derde middel.

Het derde middel is genomen uit de schending van het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, een kennelijke beoordelingsfout, en met

toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen de NV Vleemo geselecteerd heeft en deze zelf weerhouden heeft als begunstigde, daar waar deze kandidaat van meet af aan diende afgewezen te worden,

Terwijl, eerste onderdeel, de kandidatuur van de NV Vleemo reeds naar aanleiding van de ‘allereerste’ selectieronde (selectieronde I) (zie de synthese en beoordeling van de kandidatuurstellingen d.d. 20 september 2002) definitief had moeten uitgesloten worden, op grond van het kennelijk niet beantwoorden aan de vooropgestelde elementen/vereisten.

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, de verdere selectie van de NV Vleemo des te meer klemmt omdat het Havenbedrijf zonder meer aanvaardt dat Vleemo een tweede, ja zelfs een derde kans krijgt (die de NV 3 E, de NV Aertssens aannemingsbedrijf, de BVBA Ine en Seeba Energiesysteme GmbH door hun eerdere uitsluiting evenwel niet kregen) om deze essentiële tekortkoming recht te zetten door eerst een beroep te doen op Nuon België, met wie nochtans geen samenwerkingsverband bestond op het ogenblik dat de offertes werden ingediend, en, finaal, op expliciete vraag van het Havenbedrijf, zelfs nog een bijkomend beroep te doen op Nuon Nederland voor de financiële borgstelling toen zelfs de onwettige tussenkomst van Nuon België blijkbaar niet eens kon volstaan (zie stuk 25, beoordeling d.d. 20 september, pagina 16) :

[...]

En terwijl, derde onderdeel, selectieregels op alle kandidaten op dezelfde wijze dienen gehanteerd te worden.

[...]

Vierde middel.

Het vierde middel is genomen uit de schending van het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, de vergunningsvoorschriften van de bevragsingsprocedure, en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen op 15 november 2002 (zie stuk 14) heeft besloten dat de kandidatuur van de NV Vleemo -die voorzag in de bouw van 2 Vestas V 80 turbines met een ashoogte van 78 meter- als ‘gunstig’ kon worden weerhouden voor wat betreft het derde criterium, met name de ‘uitbouw pilootproject 2 turbines benoorden Zandvlietsluis’,

Terwijl, het Havenbedrijf in haar schrijven d.d. 25 oktober 2002 (zie stuk 6, pagina 3) uitdrukkelijk heeft gesteld dat, wanneer de kandidaat de evaluatiecriteria toelicht met elementen die strijdig zijn aan de bouw- en milieuvergunning, dit voor het Havenbedrijf zonder meer een reden vormt om deze kandidaat niet verder te selecteren.

[...]

Vijfde middel

Vijfde middel, genomen uit de schending van artikel 4, 4/ van het Elektriciteitsdecreet van 17 juli 2000, uit de schending van artikel 14 §1 van het Besluit van de Vlaamse regering met betrekking tot de distributienetbeheerders voor elektriciteit, uit de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen met de NV Vleemo een concessieovereenkomst heeft afgesloten die de volgende afspraak bevat (zie pagina 6 van de concessieovereenkomst) :

[...]

Dat het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen aldus, in het kader van de domeinconcessie die werd afgesloten met de NV Vleemo, onder meer een variabele vergoeding zal ontvangen die afhankelijk is van de ‘marktprijs’ tegen

de welke Vleemo de door hun turbines geproduceerde elektriciteit aan Nuon België zal kunnen 'verkoppen'.

Terwijl, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen nochtans door de VREG als distributienetbeheerder werd aangewezen van het distributienet van elektriciteit met een spanningsniveau van minder dan 30kV op het volledige grondgebied van het havengebied 'rechteroever', het havengebied 'petroleum instellingen zuid' en het gebied tussen Havenweg en Schijns (zie Besluit van de VREG, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad op 26 september 2002).

[...]

Zesde middel.

Het zesde middel, is genomen uit de schending van het patere legem beginsel en het gelijkheidsbeginsel,

Doordat, het Havenbedrijf een model concessieovereenkomst met Vleemo beoogt te besluiten onder voorwaarden die niet overeenstemmen met het finale eindvoorstel van Vleemo (zie hieromtrent de uitvoerige technische toelichting van de bedrijfsleider van Aspiravi, die meerdere ingenieurs- en bedrijfseconomische opleidingen genoot, stuk 19).

Terwijl, het havenbedrijf in de eerste bestreden beslissing uitdrukkelijk heeft gesteld dat -in haar bewoordingen- 'de samenwerkingsovereenkomst minstens de verbintenissen en het aanbod van financiële vergoedingen die het eindresultaat vormen van de verschillende onderhandelingsrondes, moet bevatten'; alsook : 'indien het Havenbedrijf met de meest gunstig gerangschikte kandidaat geen akkoord bereikt over de samenwerkingsovereenkomst, met de op één na gunstig gerangschikte kandidaat getracht zal worden een samenwerkingsovereenkomst af te sluiten'.

[...]

Zevende middel.

In de meest ondergeschikte orde, voorzover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de zes voorgaande middelen niet ernstig zouden zijn.

Het zevende middel is genomen uit de schending van het 'bestek' (lees de aankondiging in het Bulletin en de uitgangspunten van het Havenbedrijf zoals vermeld in haar briefwisseling d.d. 30 augustus 2002 en 25 oktober 2002) en dus uit de schending van het patere legem beginsel (in hun Europees rechtelijke context), en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten,

Doordat, het Gemeentelijk Havenbedrijf Antwerpen haar beslissing om 'exclusief te onderhandelen' met één van de drie van de overgebleven kandidaten -met het oog op het opstellen van een samenwerkingsakkoord en het model van concessieovereenkomst- heeft gegrond op een exclusieve beoordeling in hoofde van een extern auditkantoor op grond van één evaluatiecriterium, met name van de voorgestelde financiële vergoedingen (het zogenaamde 'kwantitatieve criterium'), zij het na een gedwongen kunstmatig opgelegde 'bijsturing' -in functie van een 'theoretisch wiskundig model'- van de ingediende voorstellen ter zake,

Terwijl, eerste onderdeel, in de oproep tot kandidaatstelling duidelijk werd gesteld dat, in de bewoordingen van het Gemeentelijke Havenbedrijf Antwerpen, 'op basis van de binnengekomen voorstellen' -en dus op grond van al de elementen die de voorstellen volgens de oproep dienden te bevatten- zou geoordeeld worden welke projecten het meest gunstig zou zijn (zie stuk 3, oproep in het Bulletin d.d. 15 maart 2002).

[...]

Terwijl, tweede onderdeel, zelfs in de mate dat het Gemeentelijk Havenbedrijf van Antwerpen vanaf het begin van oordeel geweest zou zijn dat de in casu georganiseerde bevragingsprocedure diende beoordeeld te worden aan de hand van de vier selectiecriteria en het ene gunningscriterium, de te garanderen objectiviteit en het transparantiebeginsel minstens vereisten dat

deze te volgen werkwijze vanaf het begin werd vastgelegd en als dusdanig werd meegedeeld.

[...]

Achtste middel.

In de meest ondergeschikte orde, voorzover de Raad van State van oordeel zou zijn dat de zes voorgaande middelen niet ernstig zouden zijn.

Het achtste middel is genomen uit de schending van artikel 4, §1 juncto artikel 9, §1 van het havendecreet d.d. 2 maart 1999, uit de schending van het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, uit machtsoverschrijding, uit de schending van de materiële en formele motiveringsplicht, en met toepassing van artikel 159 van de Grondwet ten aanzien van de eerste twee bestreden besluiten.

Doordat, de finale rangschikking van de drie overgebleven kandidaten zoals weerhouden door het Havenbedrijf uitsluitend berust op (lees een blinde slaafse uitvoering is van) een ‘theoretische wiskundige berekening’ van een ‘extern auditkantoor’ van de zozegde finale financiële voorstellen van de drie kandidaten.

Doordat, eerste onderdeel, de berekening van het auditkantoor vertrekt van allerhande ‘assumpties’, zijnde theoretische vóóronderstellingen,

Terwijl, eerste onderdeel, in eerste instantie dient vastgesteld te worden dat het hanteren van assumpties met betrekking tot de technische elementen van het dossier in casu uit den boze is. Dat de kandidaten zelf de technische know-how en dus verantwoordelijkheid dienen te dragen voor het realistisch karakter van de voorstellen die zij formuleerden; dat zij toch niet voor niets eerst en vooral werden gevalideerd op hun technische bekwaamheid en ervaring ? Dat wanneer kandidaat W een turbine voorstelt volgens concept Y met een productie van Z Mwh deze kandidaat verantwoordelijk is voor de realisatie van dit project tegen die voorwaarden. En dat zij op grond van deze ‘eigen perceptie’ komt tot een financieel voorstel dat dit project haar inziens kan dragen.

[...]

Doordat, tweede onderdeel, de berekening van het auditkantoor van de voorstellen van variabele vergoedingen op geen enkele wijze rekening houdt met de parameters aan de hand waarvan deze vergoedingen worden berekend, en welke garanties geboden worden inzake de controle door het havenbedrijf op de transparantie van de bedrijfsvoering en de controle op het variabel gedeelte van de vergoeding,

Terwijl, tweede onderdeel, dient vastgesteld te worden dat het beoordelingskader dat werd opgesteld door het auditkantoor afbreuk doet aan het vooropgestelde beoordelingskader van het havenbedrijf voor wat betreft de evaluatie van de financiële voorstellen.

[...]

Doordat, derde onderdeel, uit geen enkel gegeven blijkt dat het Havenbedrijf zelf een autonoom oordeel heeft geveld over de drie overgebleven offertes, doch er zich veeleer mee vergenoegd heeft de evaluatie over te laten aan een extern auditkantoor zoals blijkt uit het ‘verslag van toelichtingen van het auditkantoor’.

Terwijl, derde onderdeel, het Havenbedrijf als concessieverlenende overheid ‘zelf’ tot een eigen beoordeling diende te komen van de resultaten van de bevragsprocedure.

[...]”.

Bespreking

31. In het auditoraatsverslag worden enkel het eerste en derde middel besproken.

32.1. Wat het eerste middel betreft, heeft de verzoekende partij in de algemene omschrijving van de rechtsschendingen in haar inleidend verzoekschrift (blz. 17) gesteld dat schending werd aangevoerd van “het patere legem beginsel, het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel” en dit “in hun Europeesrechtelijke context”. In het eerste onderdeel worden die drie voormelde beginselen geschonden geacht en daartoe wordt in een -bijkomend- argument verwezen naar een arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen : “(zie in soortgelijke zin H.v.J. [...])”(blz. 19). In het tweede onderdeel van dat middel wordt de schending van het “transparantiebeginsel” aangevoerd waarbij -opnieuw als argument ten overvloede- wordt verwezen naar twee arresten van het voormelde Hof van Justitie, ditmaal in de bewoordingen “Dat in dit verband tevens dient verwezen te worden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie [...]”(blz. 25). Voorts wordt “omtrent het gelijkheidsbeginsel” een passus uit een interpretatieve mededeling van 12 april 2000 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen geciteerd.

In de memorie van antwoord heeft de verwerende partij vooral de feitelijke uitgangspunten van de verzoekende partij en in elk geval niet de Europeesrechtelijke argumentatie aan commentaar onderworpen. De tussenkommende partijen doen hetzelfde in hun memorie : ook zij betwisten en nog wel uitvoerig het feitelijke uitgangspunt van de verzoekende partij, dat er sprake was van ‘finale’ eindvoorstellen op de vergadering van 13 december 2002. Ook zij gaan niet in op de argumenten die door de verzoekende partij gestoeld zijn op de Europeesrechtelijke context.

32.2. In het derde middel steunt de verzoekende partij zich op de grief dat de gekozen kandidaat van meet af aan diende te worden afgewezen. In het tweede onderdeel wordt meer in het bijzonder geargumenteed betreffende de samenwerkingsverbanden en hetgeen als een wijziging in de oorspronkelijke offerte wordt aangemerkt wordt in strijd bevonden met twee arresten van het meervermelde Hof van Justitie.

De verwerende partij probeert uitvoerig, opnieuw in hoofdzaak op feitelijke gronden, het middel in zijn beide onderdelen te weerleggen, eveneens zonder daarbij de twee voornoemde arresten in de argumentering te betrekken. De

tussenkomen de partijen besteden negen bladzijden aan het weerleggen van het middel in zijn drie onderdelen. Bij het tweede onderdeel stellen zij dat het door de verzoekende partij eerstgeciteerde arrest van het Hof van Justitie niet per analogie te dezen kan worden toegepast en wijzen op feitelijke verschillen betreffende de band tussen de betrokken ondernemingen.

32.3. In haar memorie van wederantwoord betoogt de verzoekende partij bij het eerste onderdeel van het eerste middel, als antwoord op het standpunt van de tussenkomen de partijen onder meer hetgeen volgt :

“Aangezien én verwerende partij én de tussenkomen de partijen de draagwijdte van de Europese beginselen inzake de gelijkheid en de transparantie, in het kader van een sui generis procedure voor de toewijzing van een domeinconcessie waarbij meerdere buitenlandse kandidaten betrokken zijn, betwisten, niettegenstaande de draagwijdte van deze beginselen inzake de toewijzing van concessies uitvoerig werd toegelicht door de Europese Commissie in haar Interpretatieve Mededeling van 12 april 2000, is het aangewezen de volgende prejudiciële vraag tot uitlegging te stellen aan het Europees Hof van Justitie :

‘Dienen de Europese beginselen inzake gelijkheid en transparantie (zoals bedoeld in de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over de concessieovereenkomsten in het communautaire recht, zoals opgesteld te Brussel op 14 april 2000; PB.C. 29 april 2000, afl. 121, 2), in het kader van de toewijzing van een domeinconcessie, voor het gebruiken van domeingoederen behorende tot het Havengebied van Antwerpen voor de uitbating van een windmolenpark door privé-ondernemers, zo geïnterpreteerd te worden dat de concessieverlenende overheid verplicht is om de eigenlijke organisatie van de marktbevraging in ieder geval voorafgaandelijk vast te leggen in procedurevoorschriften, en dienen deze procedurevoorschriften daarenboven voorafgaandelijk bekendgemaakt te worden aan de mogelijks geïnteresseerden ten einde de gelijkheid van de inschrijvers en de transparantie van de bevragsingsprocedure te vrijwaren ?’”.

De verzoekende partij gaat er daarbij van uit dat de Raad van State verplicht is de vraag te stellen.

Betreffende het tweede onderdeel van het derde middel doet de verzoekende partij gelden :

“Wat betreft het tweede onderdeel betwist het Havenbedrijf de toepasbaarheid van de rechtspraak van het Hof van Justitie zoals aangehaald in het annulatieberoep.

Verwerende partij gaat daarbij voorbij aan het feit dat de bedoelde rechtspraak is gesteund op de draagwijdte van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel, die ook in casu dienden gerespecteerd te worden.

Aangezien én verwerende partij (én de tussenkomen de partijen) de draagwijdte van de Europese beginselen inzake de gelijkheid en de transparantie in het kader van een sui generis procedure voor de toewijzing van een

domeinconcessie waarbij meerdere buitenlandse kandidaten betrokken zijn betwisten, niettegenstaande de draagwijdte van deze beginselen inzake de toewijzing van concessies uitvoerig werd toegelicht door de Europese Commissie in haar Interpretatieve Mededeling van 12 april 2000, is het aangewezen de volgende prejudiciële vraag tot uitlegging te stellen aan het Europees Hof van Justitie :

‘Dienen de Europese beginselen inzake gelijkheid en transparantie (zoals bedoeld in de Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie over de concessieovereenkomsten in het communautaire recht, zoals opgesteld te Brussel op 14 april 2000; PB.C. 29 april 2000, afl. 121, 2), in het kader van de toewijzing van een domeinconcessie, voor het gebruiken van domeingoederen behorende tot het Havengebied van Antwerpen voor de uitbating van een windmolenpark door privé-ondernemers, zo geïnterpreteerd te worden dat de concessieverlenende overheid niet gerechtigd is om bij de beoordeling van de ingediende kandidaturen, naar aanleiding van een bevragsingsprocedure en de daarin door het bestuur gehanteerde selectieregels, één enkele kandidaat na de indiening van de kandidaturen en na de opening van de inhoud van de voorstellen vooralsnog de mogelijkheid te geven zijn kandidatuur te wijzigen en te optimaliseren door de inbreng van een nieuwe partner ten einde zich alsnog te confirmeren, minstens beter te profileren in het kader van de selectie ?’”.

33. In het auditoraatsverslag wordt onder “bespreking” bij deze middelen gesteld wat volgt :

“eerste en derde middel

Verzoekster verzoekt in haar memorie van wederantwoord, enerzijds bij het eerste middel en anderzijds bij het derde middel, de Raad van State twee prejudiciële vragen, zoals geciteerd, aan het Hof van Justitie te stellen.

In haar verzoekschrift heeft verzoekster bij haar eerste middel verwezen naar :

- het arrest van 18 oktober 2001 in de zaak C-19/00, SIAC Construction, van het Hof van Justitie, waarin is gesteld :
[...]
- het arrest van 7 december 2000 in de zaak C-324/98, Telaustria en Telefonadress, van het Hof, punt 61, waarin is gesteld :
[...]
- het arrest van 18 juni 2000 in de zaak C-92/00, Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik ..., van het Hof, punt 45, waarin is gesteld :
[...]
- de Interpretatieve mededeling van de Europese Commissie van 12 april 2000 over concessieovereenkomsten in het communautaire recht (PB C, 2000, 121, 2), waarin o.a. is gesteld :
[....]

In haar verzoekschrift heeft verzoekster bij het derde middel verwezen naar :

- het arrest van 14 april 1994 in de zaak C-389/92, Ballast Nedam Groep, van het Hof, punt 17, waarin gesteld is :
[...]
- het arrest van 25 april 1996 in de zaak C-87/94, Commissie t/ België, van het Hof, punt 56, waarin gesteld is :
[...].

In haar memorie van wederantwoord verwijst verzoekster bij het derde middel ook nog naar de voormelde Interpretatieve mededeling van de Commissie.

Verzoekster is in haar memorie van wederantwoord van oordeel dat de Raad van State verplicht is de twee opgeworpen prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie.

Artikel 234 van het EG-Verdrag bepaalt :

‘Het Hof van Justitie is bevoegd, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen :

a) over de uitlegging van dit Verdrag

...

Indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is deze instantie gehouden zich tot het Hof van Justitie te wenden’.

In casu kan niet gesteld worden dat de opgeworpen vragen niet relevant zijn of dat de betrokken gemeenschapsbepaling in het betrokken domein, zijnde dat van een domeinconcessie, reeds door het Hof is uitgelegd of dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo evident is dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan, zodat de Raad van State, wiens beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, gehouden is de opgeworpen prejudiciële vragen te stellen.

De verslaggever is van oordeel dat in de vragen zoals geformuleerd telkens ‘ten einde ...’ dient geschrapt te worden.

6. Besluit

De twee opgeworpen prejudiciële vragen, zoals aangepast, te stellen aan het Hof van Justitie”.

34. In de laatste memorie besteedt de verzoekende partij enkel nog wezenlijke aandacht aan de exceptie die hierboven niet is aanvaard door de Raad van State, namelijk dat door het feit dat de overeenkomst reeds is gesloten, de verzoekende partij haar belang zou hebben verloren. De verzoekende partij vraagt de Raad van State, ingeval die exceptie zou worden aanvaard, een -derde-prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te stellen.

35. In een uitvoerig beargumenteerd betoog doet de verwerende partij in haar laatste memorie gelden, bij het eerste middel, dat het antwoord op de in dat verband gevraagde prejudiciële vraag niet dienend is, aangezien zij “immers een transparante bevragingsprocedure [heeft] georganiseerd, waarbij een oproep tot kandidaatstelling werd gepubliceerd in het Bulletin der Aanbestedingen waarin de voornaamste gegevens met betrekking tot de opdracht, de procedure (met name de mogelijkheid tot onderhandelen) alsook de gegevens die de kandidaatstellingen dienden te bevatten, werden bekendgemaakt”. In ondergeschikte orde noemt zij de vraagstelling “dermate onduidelijk dat geen zinvol antwoord mogelijk is”, en stelt zij een andere formulering voor. Bij het derde middel noemt de verwerende partij de gevraagde prejudiciële vraagstelling “niet pertinent voor de oplossing van het geschil nu de vraagstelling uitgaat van een feitelijk standpunt dat vreemd is aan de

voorliggende situatie”. In ondergeschikte orde -indien “inderdaad een discussie bestaat aangaande de draagwijdte van een Europese rechtsregel”- stelt zij een anders geformuleerde vraag voor.

36. De tussenkomende partijen stellen in hun laatste memorie op hun beurt op uitvoerig geargumenteerde wijze dat de opgeworpen prejudiciële vragen noch inzake vorm noch inzake inhoud aan de krachtens het verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschap vereiste voorschriften voldoen, meer in het bijzonder “omdat zij geen uitlegging beogen van het verdrag noch van het secundaire EG-recht”. Bij de eerste prejudiciële vraag wordt gesteld dat ze geen nuttige uitleggingswaarde heeft wegens de feitelijke voorgaanden. Voorts wordt uiteengezet dat het Hof van Justitie in het verleden reeds meermaals uitspraak deed, evenals de Raad en de Commissie, over het voorwerp ervan. Ook de tweede prejudiciële vraag wordt niet relevant genoemd want elke wijziging van de inschrijving van de tussenkomende partijen wordt ontkend.

37. Ter terechtzitting is het advies van het auditoraat met betrekking tot de prejudiciële vraagstelling beperkt tot hetgeen volgt :

“De kritiek van verweerster en tussenkomende partij inzake het eventueel stellen van de eerste prejudiciële vraag deel ik niet; enerzijds zal het Hof van Justitie kennis kunnen nemen van die kritiek en eventueel betrekken in de beoordeling en anderzijds draagt verzoekster het risico voor een eventueel onduidelijke of weinig zinvolle vraagstelling : het Hof van Justitie zal eventueel zelf wel zeggen dat de vraag onduidelijk is.

Wat de specifieke kritiek van tussenkomende partij betreft dat ze geen enkele verwijzing naar het Verdrag of naar secundair EG-recht bevat, kan geantwoord worden dat het transparantie- en gelijkheidsbeginsel beginselen zijn vervat in het Verdrag; ‘zoals bedoeld in de Interpretatieve Mededeling van de Commissie’ dient gelezen te worden als ‘zoals bedoeld in het Verdrag’.

Wat de tweede prejudiciële vraag betreft, ga ik akkoord met de in ondergeschikte orde door verweerster voorgestelde formulering : ze is preciezer en pertinenter dan de formulering van verzoekster.

Gelet op het in mijn verslag ingenomen standpunt inzake het belang van verzoekster dient de bijkomend door verzoekster in haar laatste memorie geformuleerde prejudiciële vraag aan datzelfde Hof niet gesteld te worden.

Ik adviseer derhalve aan het Hof van Justitie twee prejudiciële vragen te stellen, de eerste zoals geformuleerd door verzoekster, aangepast zoals in mijn verslag voorgesteld, en de tweede, zoals geformuleerd door verweerster”.

Beoordeling

38. Artikel 234 van het voormelde EG-verdrag maakt het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen bevoegd om bij wijze van prejudiciële

beslissing, een uitspraak te doen, onder meer over de uitlegging van dit verdrag en bepaalt dat, indien een vraag te dien aanzien wordt opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, deze instantie gehouden is zich tot het Hof van Justitie te wenden. Hoewel uitleggingsvragen ook betrekking kunnen hebben op de verduidelijking van aan het gemeenschapsrecht inherente aangeschreven rechtsbeginselen, dient de Raad van State in een verwijzingsbeslissing wel op een begrijpelijke manier aan te geven wat de feitelijke en juridische context van het voor de nationale instantie aanhangige geschil is en waarom hij een antwoord van het Hof noodzakelijk acht alvorens het geschil af te doen. Te dezen zijn acht middelen aangevoerd waarvan er zes in het auditorsverslag volledig onbesproken en de andere twee gedeeltelijk onbesproken zijn gelaten, nu in dat verslag ook betreffende die middelen in elk geval geen aandacht is besteed aan de strijd die partijen voeren betreffende de feitelijke premissen waarvan de beslechting dient vooraf te gaan aan de interpretatie van beginselen die een Europeesrechtelijke invulling krijgen vanwege de verzoekende partij.

39. Het dringt zich te dezen op dat eerst alle middelen worden onderzocht waarin geen Europeesrechtelijke betwistingen aan de orde zijn, en pas dan het eerste en het derde middel. Daarbij verdienen alle onderdelen van die middelen een onderzoek en behoort het betreffende de middelonderdelen waarin de prejudiciële vragen worden gesuggereerd, eerst de feitelijke betwistingen te bespreken en er een conclusie over te formuleren.

Daartoe dienen de debatten te worden heropend en het bevoegd lid van het auditoraat met een aanvullend onderzoek belast.

OM DIE REDENEN BESLIST DE RAAD VAN STATE :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen wat de tweede bestreden beslissing betreft.

Artikel 2.

De debatten worden heropend.

Artikel 3.

Het door de auditeur-generaal aangewezen lid van het auditoraat wordt belast met een aanvullend onderzoek, zoals in randnummer 39. wordt aangegeven.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op vijftien juli 2008, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.