

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 236.929 van 27 december 2016
in de zaak A. 215.070/XII-7859**

In zake: de NV HELIVENTURE FTO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jan Ghysels en Kris Wauters
kantoor houdend te 1170 Brussel
Terhulpsessesteenweg 187
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE KNOKKE-HEIST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 februari 2015, strekt tot de nietigverklaring van “het Besluit van het College van Burgemeester en Schepenen [van de gemeente Knokke-Heist] dd. 5 december 2014 waarbij deze de concessienota ‘uitbating Helihaven’ goedkeurt”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 231.315 van 22 mei 2015 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

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

Auditeur Ines Martens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 25 oktober 2016.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Kris Wauters, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Yasmine D'hanis, die *loco* advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De gemeente Knokke-Heist sluit op 26 augustus 2005 een concessieovereenkomst met de nv Crown Heliservice voor de ingebruikname van

een deel van het openbaar domein, gelegen te Westkapelle, met het oog op de uitbating van een helihaven. De concessie wordt gesloten voor een termijn van tien jaar, ingaande op 1 september 2004.

Op 24 maart 2010 keurt de gemeenteraad van Knokke-Heist de overdracht goed van de voormelde concessieovereenkomst aan de nv Heligroup.

Op 31 oktober 2013 keurt de gemeenteraad van Knokke-Heist de overdracht goed van de voormelde concessieovereenkomst aan de nv Knokke Heliport.

3.2. Op 26 september 2013 beslist de gemeenteraad van Knokke-Heist, met het oog op het aflopen van de voormelde concessieovereenkomst op 31 augustus 2014, om een nieuwe opdracht uit te schrijven voor de verdere uitbating van de helihaven. Een concessienota wordt goedgekeurd.

Blijkens deze nota zou de concessie – met een duur van tien jaar – worden gegund bij wege van onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

Drie offertes worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de nv Knokke Heliport.

Na een eerste analyse van de offertes, wordt besloten onderhandelingen aan te knopen met de twee eerst gerangschikte kandidaten, dit zijn de verzoekende partij als eerst gerangschikte en de nv Knokke Heliport.

Een tweede verslag van nazicht wordt opgesteld waarbij in de finale rangschikking de nv Knokke Heliport als eerste wordt gerangschikt.

3.3. Op 18 april 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist de opdracht te gunnen aan de nv Knokke Heliport.

3.4. Van 5 mei 2014 tot 9 mei 2014 vindt een ruimtelijke ontwerpweek plaats waaraan de gemeente, de provincie West-Vlaanderen en externe ontwerpers deelnemen. Hierop worden de ruimtevragen behandeld van lokaal en bovenlokaal belang binnen het gebied ten noorden van de kern van Westkapelle en ten zuiden van de nieuwe ziekenhuiscampus, gebied waarbinnen ook de helihaven gelegen is. De gebiedsdekkende visie die naar aanleiding van deze ontwerpweek wordt opgesteld, vormt de leidraad voor het toekomstig ruimtelijk beleid en wordt als grondslag aangewend door de provincie om de afbakeningslijn van het kleinstedelijk gebied van de gemeente Knokke-Heist aan te passen. In die visie zou er voor de helihaven op de huidige locatie geen plaats meer zijn.

3.5. Op 9 mei 2014 dient de verzoekende partij bij de Raad van State een verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in van de tenuitvoerlegging van de voormelde gunningsbeslissing alsook een beroep tot nietigverklaring. Dit beroep is bij de Raad gekend onder het nummer A. 212.443/XII-7656.

3.6. Op 16 mei 2014 trekt het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist de voormelde gunningsbeslissing in op grond van de volgende motivering:

“Overwegende dat de opdracht moet gewijzigd worden omwille van het heroriënteren van de helihaven in de loop van deze overeenkomst; Overwegende dat het wenselijk is om een aantal onduidelijkheden in de opdracht weg te werken:

- In de concessienota werd per vergissing verwezen naar de wetgeving op overheidsopdrachten
- Er is verwarring over de inhoud van de onderhandeling met de best gerangschikten.”

Op 23 mei 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist om de voormelde gunningsprocedure stop te zetten om de volgende reden:

“Overwegende dat de concessienota moet verduidelijkt worden op bepaalde essentiële punten en aangevuld met de heroriëntering van helihaven door wijziging van het Ruimtelijk uitvoeringsplan.”

Bij arrest nr. 227.855 van 24 juni 2014 verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, gekend onder het rolnummer A. 212.443/XII-7656, gelet op de intrekking van de bestreden beslissing. Bij arrest nr. 230.625 van 24 maart 2015 wordt het beroep tot nietigverklaring verworpen.

3.7. Met een brief van 23 juli 2014 verzoekt de gemeente Knokke-Heist de nv Knokke Heliport om een praktische regeling uit te werken met het oog op de sluiting van de helihaven op 31 augustus 2014. In deze brief wordt vermeld:

“Hierbij kunnen wij u meedelen dat het college van burgemeester en schepenen heeft beslist om geen verdere stappen te ondernemen met het oog op de uitbating van de helihaven na 31 augustus 2014. Overeenkomstig artikel III.1 van de concessieovereenkomst eindigt het recht tot het exploiteren van de helihaven van rechtswege door het verstrijken van de maximale duur van de overeenkomst, zijnde 31 augustus 2014.

Overeenkomstig artikel III.7 van de concessieovereenkomst moeten bij het verstrijken van de termijn de op dat ogenblik bestaande constructies worden verwijderd.

Terzake kunnen de nodige afspraken gemaakt worden met onze diensten.”

Op 31 augustus 2014 wordt de helihaven gesloten.

3.8. Op 25 september 2014 beslist het college van burgemeester en schepenen van de gemeente Knokke-Heist om de concessieovereenkomst,

gesloten met de nv Knokke Heliport, te verlengen voor een periode van zes maanden.

Tegen deze beslissing stelt de verzoekende partij bij de Raad van State een vordering tot schorsing in van de tenuitvoerlegging en een annulatieberoep. Dit beroep is gekend onder het rolnummer A. 214.112/XII-7765.

Bij arrest nr. 231.071 van 30 april 2015, verwerpt de Raad van State de vordering tot schorsing wegens gebrek aan spoedeisendheid.

Bij arrest nr. 232.150 van 10 september 2015 stelt de Raad van State de afstand van het geding vast met toepassing van artikel 17, § 7, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, naar luid waarvan ten aanzien van de verzoekende partij een vermoeden van afstand van geding geldt wanneer zij, nadat de vordering tot schorsing van een akte of een reglement is afgewezen, geen verzoek tot voortzetting van de rechtspleging indient binnen een termijn van dertig dagen die ingaat met de kennisgeving van het arrest.

3.9. Vervolgens wordt een nieuwe procedure opgestart om de concessie te gunnen op dezelfde locatie maar met een duur van drie jaar en met minder toegelaten activiteiten, waarbij de concessie zal worden gegund zonder onderhandelingsronde en aan de kandidaat die de hoogste jaarlijkse vergoeding voorstelt.

Volgens de verwerende partij strekt deze gunningsprocedure er slechts toe te voorzien in een tijdelijke oplossing.

Op 5 december 2014 keurt het college van burgemeester en schepenen een aangepaste concessienota goed.

In de concessienota wordt uitdrukkelijk vermeld dat de overheidsopdrachtenreglementering niet van toepassing is op de concessie (artikel 10) en dat de te sluiten concessieovereenkomst te beschouwen valt als een domeinconcessie (artikel 2).

Dit is de bestreden beslissing.

Deze concessienota wordt op dezelfde dag bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen.

3.10. Twee kandidaturen worden ingediend, namelijk door de bvba Helixense en de nv Knokke Heliport.

De verzoekende partij dient geen kandidatuur in.

3.11. Op 29 december 2014 wordt een verslag van nazicht van de kandidaturen opgesteld. Er wordt voorgesteld de concessie te gunnen aan de nv Knokke Heliport.

3.12. Op 20 februari 2015 beslist het college van burgemeester en schepenen van Knokke-Heist de concessie te gunnen aan de nv Knokke Heliport. De concessie vangt aan op 1 maart 2015 en eindigt op 28 februari 2018, waarbij de mogelijkheid bestaat om de concessie tweemaal te verlengen voor een periode van één jaar.

Op 20 februari 2015 ondertekenen de gemeente Knokke-Heist en de nv Knokke Heliport, de concessieovereenkomst.

Tegen voormelde beslissing om de concessie te gunnen aan de nv Knokke Heliport stelt de verzoekende partij op 16 april 2015 bij de Raad van State een vordering tot schorsing en een beroep tot nietigverklaring in, gekend onder rolnummer A. 215.633/XII-7864. Bij arrest nr. 232.918 van 17 november

2015 wordt de vordering tot schorsing verworpen. Het beroep over de vordering tot nietigverklaring is nog hangende.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. In haar memorie van antwoord werpt de verwerende partij een exceptie van gebrek aan belang op in hoofde van de verzoekende partij. De verwerende partij stelt dat de bestreden beslissing deel uitmaakt van een gunningsprocedure waaraan de verzoekende partij zelf niet deelnam, aangezien zij geen offerte indiende.

Onder verwijzing naar rechtsleer en de rechtspraak van de Raad van State wijst de verwerende partij erop dat enkel wie een offerte indient en dus op zijn minst kans maakt om de betreffende opdracht in de wacht te slepen, kan doen blijken van het rechtens vereiste belang om een gunningsbeslissing in rechte te bestrijden. Zij meent dat niet valt in te zien waarom dit anders zou zijn voor wat betreft de bestrijding van de beslissing tot goedkeuring van het bestek of zoals te dezen de concesssienota.

Onder verwijzing naar het benoemings- en bevorderings-contentieux voert de verwerende partij aan dat slechts het bestaan van een rechtvaardigingsgrond de onontvankelijkheid die voortvloeit uit de niet-kandidaatstelling kan wegnemen.

De verwerende partij verwijst ook naar het arrest Grossman van het Europees Hof van Justitie van 12 februari 2004 waarin volgens de verwerende partij wordt bevestigd dat wie niet deelneemt aan een bepaalde gunningsprocedure, geen belang heeft om die gunningsprocedure in rechte te bestrijden. Volgens het voormelde arrest wordt volgens de verwerende partij op die regel ook in een uitzondering voorzien in het geval er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor het niet indienen van een offerte, namelijk indien de besteksvoorwaarden het de betreffende inschrijver onmogelijk maakten een

offerte in te dienen omdat de besteksvoorwaarden discriminerend waren en hem verhinderden op nuttige wijze een offerte in te dienen.

Te dezen toont de verzoekende partij echter niet aan dat de beslissing tot goedkeuring van de concessienota haar verhinderde deel te nemen aan de gunningprocedure of dat deze beslissing haar op enigerlei wijze benadeelde bij het indienen van een offerte.

Noch de vermeend verkeerde kwalificatie van de overeenkomst als een domeinconcessie, noch de vermeende bevoegdheidsproblematiek verhinderde de verzoekende partij een offerte in te dienen.

De verzoekende partij beschikt volgens de verwerende partij dan ook niet over het vereiste persoonlijk belang en haar vordering is gelijk te stellen met een *actio popularis*, aangezien zij zich mengt in een gunningsprocedure waarbij zij geenszins betrokken is en hierin onwettigheden wenst te laten rechtzetten die haar op generlei wijze nadeel toebrengen.

De verwerende partij merkt tevens op dat de verzoekende partij zeer laat komt met haar kritiek aangezien de concessienota reeds op 5 december 2014 in het Bulletin der Aanbestedingen werd gepubliceerd en de verzoekende partij toen reeds kennis kon nemen van de inhoud van de nota. De offertes dienden op 23 december 2014 te worden ingediend en de verzoekende partij erkent dat zij zich voor het verstrijken van deze termijn reeds een oordeel had gevormd omtrent de zogenaamde onwettigheid van deze concessienota. In de concessienota wordt ook uitdrukkelijk gesteld dat de inschrijvers mogelijke bezwaren schriftelijk binnen zeven kalenderdagen dienen in te dienen. De verwerende partij verwijst ook naar de zogenaamde Neorec-rechtspraak van de Raad van State waarin wordt aangegeven dat een exceptie van gebrek aan belang bij een middel waarin wettigheidsbezwaren tegen het bestek worden aangevoerd, aanvaard kan worden wanneer het bestek ertoe verplichtte om meteen zichtbare rechtmatigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en

de betrokken onrechtmatigheid als een dergelijk zichtbaar bezwaar kan worden beschouwd.

De verwerende partij leidt ook uit de rechtsleer af dat de algemene zorgvuldigheidsplicht en de schadebeperkingsplicht de verzoekende partij gebood haar opmerkingen eerder kenbaar te maken en niet te wachten tot na de opening van de offertes en het moment waarop de verwerende partij op het punt stond een overeenkomst af te sluiten.

5. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de vraag omtrent de ontvankelijkheid van het beroep samenhangt met het grondrecht van toegang tot de rechter, dat onder meer wordt gegarandeerd door de artikelen 6 en 13 van het Europees Verdrag van 4 november 1950 ‘tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’. Elke beperking aan dit grondrecht moet beperkend worden geïnterpreteerd.

Voorts wijst zij er op dat het bestek – de verwerende partij noemt de concessienota het bestek – een reglementaire administratieve rechtshandeling betreft, waarbij de Raad het belang van een verzoekende partij bij een beroep tot nietigverklaring ruim interpreteert. De eventuele mogelijkheid om nadeel te ondervinden, volstaat om het belang aan te tonen.

Het belang van een verzoekende partij om het bestek te bestrijden, waarbij een overheid een overeenkomst gunt aan een concurrent, hangt samen met de wil om zelf die overeenkomst gegund te krijgen onder meer als referentie naar volgende opdrachten toe.

Om haar wettig belang te behouden, heeft de verzoekende partij zowel het besluit van 5 december 2014 tot vaststelling van het bestek als het besluit van 20 februari 2015 tot gunning van de concessie bij de Raad van State aangevochten, zodat zij nog de kans heeft om de opdracht zelf uit te voeren. Het

verlies van een kans, van geldelijke aard, geeft aan de verzoekende partij het vereiste belang bij de vernietiging van de door haar bestreden beslissing.

Het belang van de verzoekende partij vloeit onder meer voort uit het feit dat als de Raad van State de onwettigheid van het bestek aanneemt, de schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing tot gevolg heeft dat de verwerende partij de volledige gunningsprocedure moet overdoen. In dat geval krijgt de verzoekende partij de kans om wel een offerte in te dienen in het raam van een wettige gunningsprocedure die zal leiden tot een wettige gunningsbeslissing en tot een geldige overeenkomst. In het kader van de huidige procedure zou de verzoekende partij hebben deelgenomen aan een procedure die, als de Raad van State de middelen gegrond bevindt, onwettig is en die leidt tot een nietige overeenkomst.

Voorts stelt de verzoekende partij met verwijzing naar rechtspraak van de Raad van State dat de niet-gekozen kandidaat belang heeft om de gunningsbeslissing te bestrijden, zelfs als de overeenkomst reeds is uitgevoerd.

Wat het feit betreft dat de verzoekende partij niet heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure, meent de verzoekende partij dat uit het arrest Neorec van 13 juli 2010, nr. 206.598 blijkt dat de Raad van State van oordeel is dat twee cumulatieve voorwaarden vervuld moeten zijn opdat het belang van een verzoekende partij bij kritiek op het bestek in het raam van een betwisting van een gunningsbeslissing in dat geval is uit te sluiten. De verzoekende partij zou namelijk niet over het vereiste belang beschikken wanneer zij niet heeft deelgenomen aan de gunningsprocedure en bovendien geen procedure heeft opgestart tegen het bestek. Aangezien de verzoekende partij echter precies met huidige vordering de nietigverklaring van de concessienota vraagt en vervolgens ook de uit de concessienota voortvloeiende gunningsbeslissing heeft aangevochten waarbij zij middelen aanvoert die gesteund zijn op kritiek op de concessienota, voldoet zij nog aan één van de twee voorwaarden om op ontvankelijke wijze de gunningsbeslissing te bestrijden. De Raad van State heeft

in het arrest Labonorm geoordeeld dat de verzoekende partij in het raam van de betwisting van een gunningsbeslissing op elk ogenblik op een ontvankelijke wijze de onwettigheid van het bestek nog kan opwerpen.

De verzoekende partij meent ook dat het niet naleven van de door artikel 98 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken’ opgelegde waarschuwingsplicht niet lijkt te verhinderen dat een inschrijver zich ook later op fouten en vergissingen in het bestek mag beroepen. Bovendien betreft het hier geen overheidsopdracht zodat ook de betrokken wetgeving niet van toepassing is. Voorts geldt de eventuele melding, die niet verplicht is, enkel voor zichtbare rechtmatigheidsbezwaren. Te dezen gaat het om niet meteen zichtbare rechtmatigheidsbezwaren.

6. In de laatste memorie blijft de verzoekende partij erbij dat het bestek een reglementaire administratieve rechtshandeling is waarvan de mogelijke gevolgen volstaan om een belang te rechtvaardigen en waarbij niet nog moet worden aangetoond of zij werkelijk een nadeel heeft ondervonden.

De verzoekende partij meent dat niet kan worden betwist dat zij onder het toepassingsgebied van het bestek viel. Zij had in het verleden binnen het raam van een eerdere gunningsprocedure reeds deelgenomen aan de gunningsprocedure om hetzelfde voorwerp van een overeenkomst uit te voeren als het thans betwiste voorwerp. De verwerende partij erkende in het verleden reeds dat de verzoekende partij als onderneming de financiële, economische en technische capaciteiten had om een helihaven uit te baten. Het bestek was dus wel degelijk toepasselijk op de verzoekende partij bij de aanvang van de gunningsprocedure.

Volgens de verzoekende partij is het bestek omwille van verschillende redenen onwettig, zoals blijkt uit haar middelen. Bijgevolg meende zij het risico te lopen dat zij, door deel te nemen aan de gunningsprocedure,

kosten – voorbereiding van de offerte – zou maken die achteraf tevergeefs zouden kunnen zijn. Bovendien, indien de verzoekende partij had deelgenomen en de opdracht had binnengehaald, liep zij, gezien het onwettig karakter van het bestek, een verhoogd risico om alsnog de overeenkomst niet te kunnen uitvoeren. Immers, andere inschrijvers hadden in die situatie gemakkelijk de schorsing of de nietigverklaring kunnen verkrijgen van de gunningsbeslissing. Aldus hield het bestek op zich reeds een risico in dat de verzoekende partij schade ging leiden of een nadeel ondervinden wanneer zij zou deelnemen aan dergelijke onwettige gunningsprocedure. Zij toont aldus wel degelijk aan dat de concessienota mogelijke nadelige gevolgen had voor haar. De vraag is, aldus de verzoekende partij, in het huidige kader niet of aan haar werd voorbijgegaan. De vraag is of zij een mogelijk nadeel had als gevolg van de bestreden concessienota.

Voorts stelt zij dat het Hof van Justitie van de Europese Unie in zijn rechtspraak reeds heeft geoordeeld dat het al dan niet indienen van een offerte geen voorwaarde mag zijn om het instellen van een beroep tegen een bestek al dan niet te verhinderen.

Wat de Labonorm-rechtspraak betreft, betwist de verzoekende partij dat het feit of een onderneming al dan niet heeft deelgenomen aan een gunningsprocedure, van belang is om uit te maken of een voorbeslissing definitieve rechtsgevolgen heeft en dus aanvechtbaar is. Het bestek is wel degelijk een definitieve administratieve rechtshandeling, aangezien het rechtsgevolgen creëert eens het is goedgekeurd en bekendgemaakt, teneinde ondernemingen uit te nodigen om een offerte neer te leggen. Zoals zij hiervoor heeft aangetoond, heeft een onwettig bestek ook op andere manieren de mogelijkheid om schade te veroorzaken en is aldus het bestek ook griefhoudend voor haar; zij gaat er niet mee akkoord dat het griefhoudend karakter van een bestek alleen kan voortvloeien uit het feit dat dit bestek discriminerende bepalingen zou bevatten.

Beoordeling

7. Vooraf dient te worden opgemerkt dat het feit dat een verzoekende partij eventueel een middel van openbare orde aanvoert, zoals de onbevoegdheid van de steller van de bestreden beslissing – wat zij hier doet – niet op zich aantoonst dat een verzoekende partij belang heeft bij het beroep tot nietigverklaring tegen die beslissing. De aanwezigheid van het vereiste belang vergt een afzonderlijk onderzoek dat voorafgaat aan het onderzoek van de wettigheid van de bestreden beslissing. Het belang van een verzoekende partij bij de nietigverklaring van een bepaalde beslissing mag immers niet opgaan in het algemeen belang dat iedere burger heeft bij de handhaving van de wettigheid.

8. De verzoekende partij vecht de beslissing van 5 december 2014 van het college van burgemeester en schepenen van Knokke-Heist aan waarbij de concessienota met betrekking tot de gunning van een domeinconcessie voor een periode van drie jaar voor de uitbating van de helihaven te Knokke wordt goedgekeurd.

Het gaat er bij het aanvechten van beslissingen genomen in het kader van de gunning van een overheidsopdracht of de gunning van een concessie wezenlijk om dat de verzoekende partij zelf de overheidsopdracht of de concessie gegund wil krijgen. De verzoekende partij geeft te dezen zelf aan dat het er voor haar wezenlijk om gaat dat zij de concessie voor de uitbating van de helihaven zelf gegund wil krijgen.

In beginsel heeft een verzoekende partij die niet zelf aan de procedure voor de gunning van een concessie heeft deelgenomen dan ook geen belang bij het beroep tegen een beslissing waarbij met het oog op die gunning de concessienota wordt goedgekeurd, tenzij wanneer zou blijken dat die beslissing haar als potentiële inschrijver reeds onmiddellijk uitsluit van elke mogelijkheid om te kunnen deelnemen en dus ook van elke mogelijkheid om de concessie gegund te kunnen krijgen. Deze beslissing moet voor haar dan ook onmiddellijk grievende rechtsgevolgen met zich meebrengen. In tegenstelling tot wat de

verzoekende partij lijkt aan te nemen in haar laatste memorie, volstaat het aldus niet dat zij aantoont dat zij een potentiële inschrijver is, maar moet zij ook aantonen dat de concessienota haar als potentiële inschrijver onmiddellijk uitsloot van elke mogelijkheid om te kunnen deelnemen.

9. De argumentatie van de verzoekende partij aangaande het reglementair karakter van het bestreden besluit zodat haar belang ruim moet worden beoordeeld, noopt niet tot een ander standpunt.

Ook in dat beweerde geval moet zij aantonen dat het besluit op haar zou kunnen worden toegepast en haar situatie in ongunstige zin zou kunnen beïnvloeden.

De verzoekende partij toont hier echter op geen enkele wijze aan hoe de concessienota op haar zou kunnen worden toegepast, dan wel hoe zij in de toekomst daaraan nog onderworpen kan worden. Met de bekendmaking van de concessienota in het Bulletin der Aanbestedingen op 5 december 2014 werd aan eventuele geïnteresseerden – potentiële inschrijvers – de mogelijkheid verleend een offerte in te dienen en dit tot 23 december 2014. De verzoekende partij heeft evenwel geen kandidatuur ingediend.

De verzoekende partij toont niet aan hoe in dat geval de bestreden concessienota op zich haar nog enig nadeel zou kunnen toebrengen of haar situatie in ongunstige zin zou kunnen beïnvloeden. Zij geeft niet aan welke voorwaarden van de concessienota haar belemmerden om een inschrijving in te dienen, en haar dus bij voorbaat definitief zouden hebben uitgesloten van het verkrijgen van de concessie, noch toont zij aan hoe de concessienota haar op enigerlei wijze belemmerde onder gelijke omstandigheden als andere gegadigden, in te schrijven. De Raad van State ziet ook niet in hoe de concessienota, nu de verzoekende partij niet aan de procedure heeft deelgenomen, nog de in haar laatste memorie beschreven mogelijk nadelige gevolgen voor haar heeft, nu de in het geding zijnde concessie, zo lijkt, niet meer aan haar kan worden toegekend.

Het gegeven dat de concessienota eventueel onwettig zou kunnen zijn omdat ze door een onbevoegd orgaan zou zijn vastgesteld, dan wel omdat ten onrechte een domeinconcessie zou worden verleend terwijl het gaat om de ingebruikname van een goed dat zou behoren tot het privaat domein – dit zijn haar twee middelen, toont niet aan dat het haar belemmerde om in te schrijven voor de concessie of haar anderszins benadeelde ten opzichte van mogelijke andere inschrijvers.

De verzoekende partij heeft binnen de termijn van de kandidaatstelling de verwerende partij er ook niet van in kennis gesteld dat zij meende dat aan de concessie de voormelde fundamentele onwettigheden kleefden. De Raad van State ziet niet in waarom zij haar blijvende interesse voor de betrokken concessie niet heeft laten blijken door het indienen van een kandidatuur, zoals zij wél deed in de eerste concessieronde. Hierdoor zou zij eerder blijk hebben gegeven zich te hebben gekweten van haar schadebeperkingsplicht, dan door niet in te schrijven en naderhand – nadat de termijn om bezwaren te formuleren en deel te nemen was verstreken – alle middelen van recht te gaan aanwenden. Zoals blijkt uit de verslagen van nazicht uit de eerste ronde, heeft zij steeds als beste gescoord op het gunningscriterium van de jaarlijkse vergoeding, dat in de nieuwe procedure zelfs overblijft als het enige criterium tot gunning. Zij maakte dus een grote kans en veel voorbereidingstijd zou het haar ook niet hebben gevergd om opnieuw haar kandidatuur in te dienen. De beweerde onwettigheden verhinderden haar niet een kandidatuur in te dienen, noch benadeelden ze haar, minstens toont zij dit niet aan.

10. Ook het Hof van Justitie van de Europese Unie herinnert er in het arrest *Grossman Air Service* van 12 februari 2004 (C-230/02) aan dat de lidstaten niet verplicht zijn de beroepsprocedures open te stellen voor eenieder die voor de gunning van een overheidsopdracht in aanmerking wenst te komen, maar dat zij als voorwaarde mogen stellen dat de betrokkene door de door hem gestelde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Het Hof vervolgt dat de deelname aan een aanbestedingsprocedure in beginsel een voorwaarde kan

vormen die vervuld moet zijn om aan te tonen dat de betrokken persoon belang heeft bij de gunning van de betrokken opdracht of door de beweerde onrechtmatigheid van het besluit tot gunning van deze opdracht is of dreigt te worden gelaedeerd.

Het arrest Grossman overweegt voorts dat:

“28. Indien een onderneming evenwel geen offerte heeft ingediend wegens beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of in het bestek, die haar juist zouden hebben belet de te plaatsen opdracht volledig uit te voeren, heeft zij het recht rechtstreeks tegen deze specificaties beroep in te stellen, en zulks zelfs vóór sluiting van de procedure voor het plaatsen van de betrokken overheidsopdracht.

29. Enerzijds zou het immers buitensporig zijn, te verlangen dat een onderneming die beweerdelijk gelaedeerd is door discriminerende clausules in de aanbestedingsdocumenten, voordat zij gebruik kan maken van de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665 tegen dergelijke specificaties, een offerte moet indienen in het kader van de aanbestedingsprocedure, ofschoon de kans dat die opdracht aan haar wordt gegund nihil is wegens deze specificaties.

30. Anderzijds blijkt duidelijk uit de bewoordingen van artikel 2, lid 1, sub b, van richtlijn 89/665 dat de beroepsprocedures, waarin de lidstaten overeenkomstig genoemde richtlijn moeten voorzien, het met name mogelijk moeten maken ‘onwettige besluiten nietig te verklaren [...], met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties [...]’. Een onderneming moet dus rechtstreeks beroep kunnen instellen tegen dergelijke discriminerende specificaties, zonder het einde van de aanbestedingsprocedure af te wachten.”

Het Hof bevestigt dat het belang bij een vordering gericht tegen een gunningsprocedure mag worden ontzegd aan een verzoekende partij wanneer zij niet heeft deelgenomen aan deze procedure, tenzij zij geen offerte heeft ingediend omwille van beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten of het bestek die juist tot gevolg hebben dat de kans dat de opdracht aan haar wordt gegund “nihil” is.

Het volstaat dus niet, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij meent, dat zij wél een rechtstreeks beroep heeft ingediend tegen het besluit houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving. Die specificaties moeten haar ook benadelen of discrimineren.

11. Ten slotte wat het arrest Neorec van 13 juli 2010, nr. 206.598, betreft, behandelt de Raad van State daarin de vraag in welke mate een verzoekende partij die wél een offerte heeft ingediend voor een opdracht en die de wettigheid van de gunningsbeslissing betwistte terwijl zij het bestek zelf niet had aangevochten, nog belang had bij een middel waarin zij de onwettigheid van het bestek aanvoerde.

Met betrekking tot dat geval oordeelde de Raad van State in voormeld arrest:

“De Raad van State maakt zich ook in de huidige zaak de leer van het voormelde Labonorm-arrest eigen en valt de exceptie dienvolgens niet bij. De verzoekende partij mag derhalve tot staving van haar beroep tegen de bestreden beslissingen de onwettigheid van het bestek inroepen ook nu zij de beslissing tot vaststelling van het bestek als zodanig niet heeft aangevochten bij de Raad van State. Het beroep is ontvankelijk.”

Aangezien de verzoekende partij in de voormelde zaak Neorec wel onmiddellijk de verwerende partij had gesignaleerd dat zij aan een bepaalde vereiste van het bestek niet kon voldoen en wél een offerte mét voorbehoud had ingediend, kan de verzoekende partij in huidige zaak, die dat niet heeft gedaan, niet nuttig verwijzen naar dit arrest.

12. Gelet op het voorgaande toont de verzoekende partij aldus niet aan over het vereiste persoonlijk en rechtstreeks belang te beschikken bij haar beroep.

Bijgevolg is het beroep tot nietigverklaring niet ontvankelijk.

V. Kosten

13. Er is grond om met toepassing van artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en artikel 67 van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ te dezen het door de verwerende partij gevraagde basisbedrag van 700 euro toe te kennen, nu zij door de verwerping van het beroep tot nietigverklaring als in het gelijk gestelde partij dient te worden beschouwd.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 27 december 2016, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest