RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 258.747 van 8 februari 2024
in de zaak A. 237.332/XII-9269

In zake : 1. de NV MG REAL ESTATE
2. de NV EUTRACO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Saul Janssens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de NV DE VLAAMSE WATERWEG
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 27 september 2022, strekt tot de nietigverklaring van :

(1) “De beslissing van de Vlaamse Waterweg om de vermarkting van perceel D van de opdracht inzake de toekenning van één of meerdere concessies op het bedrijventerrein Genk-Zuid stop te zetten”;
(2) “De beslissing van de Vlaamse Waterweg om een nieuwe vermarkting voor de percelen A, B, D en E te organiseren waarbij het minimum jaarlijks overslagvolume 800 TEU of 20.800 ton per ha bedraagt”.

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.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 december 2023.

Staatsraad Patricia De Somere heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Saul Janssens, die verschijnt voor de verzoekende partijen, en advocaat Steven Van Geeteruyen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Frederic Eggermont heeft een met dit arrest gedeeltelijk eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verwerende partij beheert bedrijfsgronden gelegen in de nabijheid van het Albertkanaal.

Zij organiseert in 2021 een marktraadpleging met het oog op het verlenen van één of meer concessies op het industrieterrein Genk-Zuid, op de voormalige Ford Genk-site. Zij stelt vijf percelen ter beschikking: de percelen A, B, C, D en E. Enkel perceel C wordt rechtstreeks ontsloten via het Albertkanaal en betreft dus een "eerstelijns watergebonden perceel". De overige percelen betreffen "tweedelijns watergebonden" percelen.

3.2. In het marktraadplegingsdossier 'met het oog op het verlenen van één of meerdere concessies op Genk-Zuid', wordt in hoofdstuk 1 'Inleiding', punt 1.1 'Algemeen', het volgende gesteld:

> "[1] Voorliggend marktraadplegingsdossier heeft als voorwerp de organisatie van een marktraadpleging met het oog op het verlenen van één of meerdere concessies op het industrieterrein Genk-Zuid.
> [2] Het toekennen van dit concessierecht betreft geen overheidsopdracht. Bijgevolg is de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing. De toekenning van het concessierecht zal wel gebeuren op basis van een open en transparante marktraadpleging waarbij de begunstigde zal worden aangeduid op grond van selectie- en beoordelingscriteria. De beginselen van behoorlijk bestuur, transparantie, eerlijke mededinging en gelijkheid zullen in acht worden genomen.
> [3] […]
> [4] DVW heeft steeds het recht om de vermarktingsprocedure van één of meerdere terreinen te stoppen en al dan niet een nieuwe procedure op te starten, in voorkomend geval met het oog op de toekenning van enig ander recht. Zij heeft tevens het recht om met een of meerdere andere kandidaten te onderhandelen op basis van een door haar opgestelde (voorlopige) rangschikking. Ook is het mogelijk dat, al dan niet na deze onderhandelingen, aan de kandidaten wordt gevraagd een 'best and final offer' in te dienen."

In hoofdstuk 4 'De toewijzingsprocedure' wordt onder punt 4.3 'Beoordelingscriteria' gesteld dat het concessierecht zal worden verleend aan de kandidaat waarvan de kandidaatstelling het best aan de volgende vier criteria beantwoordt:

> "4.3.1. Concessierecht: EURO/m² per jaar (30 punten)
> [21] De kandidaat zal een concessierecht per m² per jaar voorstellen. Dit bedrag zal worden afgerond op twee cijfers na de komma. Het bedrag wordt aanzien als het tarief op 1/1/2021. De tarieven zijn onderhevig aan de index der consumptieprijzen gedurende de looptijd van de concessie.

Er geldt evenwel een minimumtarief van 3,79 euro/m² op 1/1/2021 geïndexeerd.
[22] De punten binnen dit beoordelingscriterium zullen worden toegekend aan de hand van de regel van drie.
4.3.2. Garanties watergebonden overslag: ton/TEU [Twenty Foot Equivalent Unit] [voetnoot: 1 TEU=26 ton] per jaar (50 punten)
[23] De kandidaat geeft een overzicht van de vooropgestelde overslaghoeveelheden gedurende 10 jaar.
Eerstelijns watergebonden bedrijf
Voor het terrein van 11 ha dat rechtstreeks wordt ontsloten via het Albertkanaal geldt alleszins een minimumoverslag van 60.000 ton per jaar [voetnoot: 400 ton per lopende meter kade]. Indien deze minimumverplichting niet wordt bereikt is men een vergoeding verschuldigd per ontbrekende ton. Deze voorwaarden zijn opgenomen in de domeinvergunning (in bijlage).
Overige
Bedrijven die zich kandidaat stellen voor de overige percelen geven eveneens een overzicht van de vooropgestelde overslaghoeveelheden via de waterweg gedurende 10 jaar. De gemiddelde jaarlijkse opgegeven overslaghoeveelheden worden opgenomen in de concessieovereenkomst. Indien deze jaarlijkse verplichting niet gehaald wordt, zal er een extra concessievergoeding worden aangerekend voor de ontbrekende overslaghoeveelheden. Per schijf van 10% die minder overgeslagen wordt, zal de extra concessievergoeding stijgen met 10% per m².
Deze verplichting is opgenomen in de concessieovereenkomst (in bijlage).
Voorbeeld: […]
De verificatie van de verladen goederen gebeurt op basis van een jaarlijks gedetailleerde oplijsting te maken met vermelding van onder meer volgende gegevens:
- Datum van het laden/lossen van de goederen
- Naam van het schip dat de goederen heeft geladen/gelost
- Lading of lossing
- Gebruikte kade
[24] De punten binnen dit beoordelingscriterium zullen voor elk van de terreinen worden toegekend op basis van de hoogst gemiddelde tonnages en aan de hand van de regel van drie.
4.3.3. Businessplan (10 punten)
[25] De kandidaat zal een businessplan voorleggen met betrekking tot de activiteiten die worden beoogd. Dit businessplan moet aantonen dat de kandidaat een concreet plan heeft om de toe te kennen concessie te gebruiken. Tevens moet dit businessplan dienen als onderbouwing van de aangegeven watergebonden overslag (2de beoordelingscriterium).
Dit businessplan dient minimum de volgende elementen te bevatten:
[…]
[26] Het businessplan zal in haar geheel kwalitatief worden beoordeeld op, onder meer, de haalbaarheid en maturiteit van het project, realisme en haalbaarheid van de beoogde doelstellingen en de volledigheid en betrouwbaarheid van de gegeven omschrijvingen.
Deze beoordeling zal resulteren in één van de volgende resultaten:

- Zeer goed: 10/10
- Goed: 8/10
- Matig: 6/10
- Zwak: 5/10
- Onvoldoende: < 5/10

4.3.4. Ingebruikname (10 punten)

[27] De kandidaat geeft aan of het project in zijn geheel zal worden uitgewerkt of in verschillende fasen. Dit wordt verder verduidelijkt door onder meer aan te geven wanneer men wenst te starten met de bouwwerken en wanneer de site operationeel zal zijn.

De punten binnen dit beoordelingscriterium zullen voor elk van de terreinen worden toegekend op basis van de snelste ingebruikname."

In hoofdstuk 6 'Contractuele bepalingen' zijn volgende bepalingen te dezen nog relevant:

"[33] De contractuele rechten en verplichtingen van beide partijen zullen worden vastgelegd in de overeenkomst houdende het concessierecht. Enkel het ondertekenen van deze overeenkomst door de beide partijen doet enig recht ontstaan in hoofde van de begunstigde.

Voor eerstelijns watergebonden bedrijven zal er eveneens een domeinvergunning afgeleverd worden voor de zone gelegen tussen de concessie en de oever. Deze domeinvergunning regelt het gebruik van de kade en het wateroppervlak.

In bijlage wordt een standaard concessieovereenkomst en domeinvergunning [voetnoot: Een domeinvergunning wordt enkel afgesloten met een eerstelijns watergebonden bedrijf] toegevoegd. Met het indienen van een kandidaatstelling gaat de kandidaat reeds principieel akkoord met de daarin opgenomen standaardbepalingen.

[34] De overeenkomst houdende het concessierecht zal worden toegekend voor een duurtijd van 27 jaar."

Blijkens het ontwerp van concessieovereenkomst, gevoegd als bijlage bij het marktraadplegingsdossier, betreffen de concessies een domeinconcessie, waarbij de concessionaris het goed zal inrichten in functie van de aan- en/of afvoer van goederen via de waterweg. Blijkens het ontwerp van vergunning 'voor het gebruik van openbaar en privaat domein van het Vlaamse gewest', eveneens gevoegd als bijlage bij het marktraadplegingsdossier, vergunning die enkel wordt afgegeven aan eerstelijns watergebonden bedrijven, is de vergunninghouder ertoe gehouden "jaarlijks aan de kaaimuur de volgende tonnage te laden of te lossen […]", en indien deze verplichte minimum-tonnage

niet wordt bereikt, is de vergunninghouder “per kalenderjaar een vergoeding per ontbrekende ton verschuldigd, berekend als volgt […]”.

3.3. Elf ondernemingen dienen een kandidatuur in voor één of meer percelen. Voor perceel E wordt geen dossier ingediend. De verzoekende partijen dienen een dossier in voor de percelen B en D.

3.4. Op 18 mei 2022 wordt een “beoordelingsdossier”, zijnde een beoordelingsverslag, opgemaakt.

Alle kandidaten worden geselecteerd. De voorstellen worden vervolgens beoordeeld (zowel de individuele voorstellen als de voorstellen voor een combinatie van meerdere percelen) aan de hand van de beoordelingscriteria.

In een nota aan de raad van bestuur van de verwerende partij wordt voorgesteld om een concessieovereenkomst te sluiten met [X] voor perceel A, met [Y] voor perceel B, met [Z] voor perceel C en met de eerste en de tweede verzoekende partij voor perceel D. Voor perceel E werd, zoals gezegd, geen dossier ingediend.

De documenten worden voorgesteld als voorbereiding van de bespreking op de raad van bestuur van 25 mei 2022. Het betrokken punt wordt evenwel niet geagendeerd.

3.5. Op 8 juni 2022 wordt een tweede “beoordelingsdossier” opgemaakt.

Wat het eerstelijnsterrein perceel C betreft, worden de drie voorstellen (opnieuw) getoetst aan de beoordelingscriteria. Wat het beoordelingscriterium van de gemiddelde jaarlijkse overslaghoeveelheden betreft, geeft de vergelijking (opnieuw) het volgende resultaat:

Kandidaat	Overslaghoeveelheden (ton)	Ton/m²	Punten
[W]	81.744	0,74	4,01
[Z]	1.015.560	9,23	50
[Y]	172.900	1,57	8,50

Wat de percelen A, B, D en E betreft, wordt vastgesteld "dat er bij de ingediende dossiers […] een zeer lage overslaghoeveelheid wordt gegarandeerd. Gelet op de schaarste aan watergebonden gronden en de ambities van De Vlaamse Waterweg wordt geoordeeld dat deze percelen meer watergebonden potentieel hebben. Er wordt voorgesteld een nieuwe vermarktingsprocedure op te starten waarin een minimale overslagverplichting wordt opgenomen".

De conclusie luidt:

> "4. Conclusie
> De kandidatuur van [Z] is de meest geschikte voor perceel C
> […]
> Voor de overige percelen (A, B, D en E) wordt geconcludeerd dat onvoldoende overslag wordt gegarandeerd door de ingediende dossiers en dat bijgevolg een nieuwe vermarktingsprocedure zich opdringt waarbij een minimaal overslagvolume wordt voorzien. De huidige procedure wordt voor deze percelen stopgezet."

In een nota van 13 juli 2022 aan de raad van bestuur van de verwerende partij wordt voorgesteld om enkel perceel C toe te wijzen, en de procedure voor de overige percelen stop te zetten. Overwogen wordt:

> "3. Voorstel van oplossing
> Met betrekking tot de ingediende kandidaturen werden volgende overwegingen gemaakt:
> • Overwegende dat het een kernopdracht is van De Vlaamse Waterweg om het vervoer over het water te stimuleren;
> • Overwegende dat het aantal watergebonden locaties zeer schaars is;
> • Overwegende dat uit de ingediende dossiers is gebleken dat voor de zones A, B en D onvoldoende overslag wordt gegarandeerd, waardoor het niet aangewezen is om deze zones op basis van de huidige marktraadpleging aan een kandidaat toe te wijzen. De ingediende dossiers tonen aan dat het noodzakelijk is om voor deze zones te voorzien in een minimale overslagverplichting.

> • Overwegende dat voor wat betreft zone C wel kandidaatstellingen werden ontvangen die voldoen aan de minimaal opgelegde overslagverplichtingen. Dat op basis van de beoordeling van de verschillende kandidaten (cfr. het beoordelingsverslag) de kandidatuur voor zone C van [Z] qua overslagvolume zowel relatief per ha als in totaliteit beduidend beter scoort dan de overige dossiers.
> Wordt aan de Raad voorgesteld:
> • om een concessieovereenkomst af te sluiten met [Z] voor zone C voor een concessietarief van 4,10 euro/m^2 en een minimale overslagverplichting van 44.260 TEU per jaar;
> • om voor de overige zones geen concessieovereenkomst af te sluiten met enige kandidaat en om terug een marktraadpleging te lanceren waarbij als minimum overslag 800 TEU (of 20.800 ton) per ha geldt en dit om de watergebonden terreinen beter tot hun recht te laten komen in overeenstemming met de kernopdrachten van De Vlaamse Waterweg."

3.6. De raad van bestuur van de nv Vlaamse Waterweg beslist op 13 juli 2022 "na kennisname van alle ingediende dossiers" om:

> "- op basis van het beoordelingsverslag met [Z] een concessieovereenkomst af te sluiten voor 27 jaar voor zone C; het ontwerp van concessieovereenkomst zal ter goedkeuring aan de Raad van Bestuur worden voorgelegd;
> - de vermarkting met betrekking tot de overige zones stop te zetten en een nieuwe vermarkting te organiseren voor de overige zones waarbij het minimum jaarlijks overslagvolume 800 TEU of 20.800 ton per ha bedraagt."

De verwerende partij deelt met een brief van 29 juli 2022 aan de verzoekende partijen mee dat de raad van bestuur besliste om de percelen A, B en D niet toe te wijzen op grond van de huidige marktraadpleging omdat de raad van bestuur van oordeel is "dat de ingediende dossiers voor deze zones onvoldoende overslaghoeveelheden genereren die via de waterweg vervoerd zullen worden", en dat de raad van bestuur daarom besliste dat een nieuwe marktraadpleging wordt georganiseerd voor de percelen A, B, D en E "met ditmaal een minimale overslagverplichting".

Dit zijn de bestreden beslissingen.

IV. Nadere omschrijving van het voorwerp van het beroep

4. De verzoekende partijen hebben aanvragen ingediend voor de toewijzing van de percelen B en D, doch niet voor de percelen A, C en E. De toewijzing van perceel C is niet in het geding.

Aangezien de verzoekende partijen geen aanvraag hebben ingediend voor de percelen A en E ten tijde van de eerste marktraadpleging, toen er geen minimaal overslagvolume was, rijst de vraag naar hun belang bij een vernietiging van de beslissing om een nieuwe vermarkting te organiseren voor die percelen A en E, met ditmaal wel een minimaal overslagvolume.

5. Nadat in het auditoraatsverslag daaromtrent een ambtshalve exceptie is opgeworpen, dringen de verzoekende partijen niet langer aan bij de aanvechting van de beslissing om een nieuwe vermarkting te organiseren voor de percelen A en E.

6. De eerste bestreden beslissing wordt bijgevolg geïnterpreteerd als zijnde de beslissing tot stopzetting van de toewijzingsprocedure, wat perceel D betreft, en de tweede bestreden beslissing als de beslissing om een nieuwe vermarkting te organiseren, wat de percelen B en D betreft.

V. Onderzoek van het enig middel

Standpunt van de partijen

7. In een enig middel voeren de verzoekende partijen de schending aan van de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel. Zij doen gelden dat de verwerende partij niet op een zorgvuldige en onderbouwde wijze tot het besluit is gekomen dat het door hen vooropgestelde overslagvolume voor perceel D onvoldoende is, en een jaarlijks overslagvolume van 800 TEU of 20.800 ton per hectare een realistisch minimum uitmaakt.

Zij lichten toe dat de verwerende partij in het (eerste) marktraadplegingsdossier enkel voor perceel C een minimale overslagverplichting had opgelegd, en aldus van oordeel was dat voor de percelen A, B, D en E geen minimale overslagverplichting nodig was. Hierdoor konden, volgens de verzoekende partijen, de kandidaten voor deze percelen in alle vrijheid een gebalanceerd voorstel indienen voor zowel de te behalen overslaghoeveelheden (op 50 punten) als het concessierecht (op 30 punten). Zij verduidelijken hun voorstel voor watergebonden overslag voor jaar 1 tot jaar 10, voor perceel B en voor perceel D, wat voor perceel B (ca 14,5 hectare) neerkomt op een gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid van 4.931 ton per hectare, en voor perceel D (ca 6,2 hectare) op een gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid van 8.597 ton per hectare.

De verzoekende partijen benadrukken dat de verwerende partij aanvankelijk blijkbaar geen probleem zag in de voor de percelen A, B en D voorgestelde volumes, aangezien eerst aan de raad van bestuur werd voorgesteld om een concessieovereenkomst te sluiten en zij aldus perceel D toegekend zouden krijgen. Het is de verzoekende partijen onduidelijk om welke redenen uiteindelijk werd voorgesteld om enkel perceel C toe te kennen en voor de andere percelen een nieuw marktbevraging te organiseren, en om welke redenen de door hen vooropgestelde overslaghoeveelheid voor perceel D ‘onvoldoende’ was. De verwerende partij doet inzonderheid niet blijken op grond van welke nieuwe elementen er voor deze tweedelijns watergebonden percelen (i) een minimale overslaghoeveelheid moet worden opgelegd, en (ii) een minimale jaarlijkse overslaghoeveelheid van 800 TEU/20.800 ton per hectare haalbaar en realistisch is.

De verzoekende partijen wijzen erop dat hun voorstel voor perceel D, namelijk een gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid van 8.597 ton per hectare, zelfs boven de minimale overslagverplichting ligt die voor perceel C werd vooropgesteld, namelijk een gemiddelde jaarlijkse hoeveelheid van 60.000 ton voor een oppervlakte van 11 hectare, en dus 5.454 ton per hectare. De overslag die de verzoekende partijen voor perceel D hebben voorgesteld, ligt dus beduidend

boven het minimum per hectare dat voor het nochtans interessantere perceel C werd vooropgesteld.

De verzoekende partijen leggen een vergelijkende tabel voor, waaruit blijkt dat ook de hoogst aangeboden tonnages voor de percelen A en B hoger liggen dan de voornoemde "initiële" minimale overslagverplichting voor perceel C, namelijk respectievelijk 10.000 en 11.924 ton per hectare. Op grond van een vergelijking tussen de minimum overslagvolumes aangeboden door de kandidaten die aanvankelijk waren voorgesteld voor de gunning van de percelen A, B, C en D, concluderen zij dat al die kandidaten "voldoen aan dezelfde minimumverplichting zoals opgelegd voor perceel C (maar dan naar de respectieve percelen herrekend)". Bovendien blijkt volgens hen uit de vergelijkende tabel dat voor geen enkel perceel (behoudens voor perceel C) een voorstel werd ingediend "dat maar in de buurt kwam van de nieuw vooropgestelde minimale eis van 20.800 ton /ha".

Er blijkt niet waarom een nieuw minimum overslagvolume van 20.800 ton per hectare wordt opgelegd dat bijna viermaal hoger ligt dan het minimum overslagvolume dat initieel voor perceel C was opgelegd, des te meer nu dit nieuwe minimum enkel zal gelden voor de – minder interessante – achterliggende percelen.

In zoverre de verwerende partij aldus zou verwijzen naar het overslagvolume dat voor perceel C werd vooropgesteld en dit als 'benchmark' zou gebruiken, is perceel C als enige eerstelijnsperceel niet vergelijkbaar met de andere percelen. Van de totaal negentien ingediende dossiers blijkt bovendien geen enkele kandidaat (behalve [Z]) een voorstel te hebben ingediend dat maar in de buurt komt van de nieuw vooropgestelde minimale eis van 20.800 ton per hectare. Het is volgens de verzoekende partijen dan ook onredelijk om op grond van één geïsoleerd voorstel te besluiten dat een veel hoger overslagvolume realistisch is. Overigens blijkt niet dat het overslagvolume voorgesteld door [Z] realistisch zou zijn, minstens blijkt niet dat het normaal en realistisch karakter ervan op zorgvuldige wijze werd onderzocht, terwijl een dergelijk groot verschil in de

vooropgestelde overslagvolumes noopt tot een grondig onderzoek naar het realistisch karakter ervan.

De verzoekende partijen stellen de vraag of de verwerende partij wel heeft nagegaan of het door [Z] vooropgestelde overslagvolume mogelijks speculatief kan zijn, in de zin dat erop wordt gespeculeerd (i) dat de Vlaamse Waterweg niet in staat zal zijn om op accurate wijze de minimumoverslag ten gronde te controleren, des te meer nu het marktraadplegingsdossier niet heeft vermeld welke controlesystemen zullen worden aangewend, (ii) dat ook het overslagvolume dat bestemd is voor doorvoer naar de achterliggende percelen in rekening kan worden gebracht, (iii) dat geen boetes worden toegepast zolang de minimumoverslag wordt gehaald vermits er niet in specifieke sancties zijn voorzien wanneer de kandidaat zijn vooropgestelde hoeveelheid niet heeft gehaald, en (iv) dat de door [Z] aangeboden prijs toelaat om eventuele boetes wegens onvoldoende overslag te incasseren.

8. In haar memorie van antwoord betwist de verwerende partij de zienswijze van de verzoekende partijen.

8.1. Vooreerst bestaat er te dezen geen verplichting tot toewijzing. In het marktraadplegingsdossier had zij, naar analogie met artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016, reeds expliciet voorzien in de mogelijkheid om de procedure voor één of meer terreinen te stoppen en al dan niet een nieuwe procedure op te starten.

8.2. Voorts verduidelijkt de verwerende partij dat de beslissing om de procedure stop te zetten steunt op deugdelijke motieven in feite en in rechte. Bij de vermarkting van watergebonden terreinen stelt zij tot doel het gebruik van de waterweg, hier het Albertkanaal, optimaal te stimuleren, en gelet op de schaarste van watergebonden terreinen is het haar taak en plicht om te waken over een optimaal gebruik van de waterweg. Zij heeft te dezen moeten vaststellen dat de voor perceel C opgegeven tonnages vele malen hoger liggen dan zowel de minimaal opgelegde tonnages voor perceel C als de door de kandidaten ingediende

tonnages voor de percelen A, B en D. Er moet dus volgens haar een verband zijn tussen een minimale overslagverplichting en de door de kandidaten opgegeven tonnages. Bijgevolg heeft zij, na kennisname van het ontwerp van beoordelingsverslag, geoordeeld dat het niet voorzien in een minimale overslagverplichting een gemiste kans is om het gebruik van de waterweg optimaal te stimuleren. Zij hoopt in het kader van een nieuwe vermarkting voor de percelen A, B en D, met een minimale overslagverplichting, biedingen met gevoelig hogere tonnages te ontvangen. De kritiek van de verzoekende partijen betreft dan ook een opportuniteitskritiek, terwijl het een discretionaire bevoegdheid van de verwerende partij is om, afgaande op de ervaring met perceel C, ook voor de andere percelen in een minimale tonnageverplichting te voorzien. Deze beweegreden is volgens haar deugdelijk, en niet kennelijk onredelijk.

De verwerende partij stelt nog dat initieel voor perceel C wèl en voor de percelen A, B, D en E niet in een minimale overslagverplichting was voorzien, omdat perceel C, in tegenstelling tot de andere percelen, een eerstelijns watergebonden terrein betreft. In dat geval dient de concessionaris, naast de concessieovereenkomst voor het terrein, ook een vergunning te verkrijgen voor het gebruik van de grondstrook grenzend aan het wateroppervlak. Deze vergunning wordt verleend met toepassing van het besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 ‘betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken’ (hierna: het Vlaams besluit van 29 maart 2002). In een dergelijke vergunning wordt standaard in een verplichte minimum-tonnage voorzien. Voor het gebruik van de tweedelijns watergebonden percelen A, B, D en E is geen vergunning vereist, zodat in dat geval een verplichte minimum-tonnage niet automatisch geldt.

8.3. De verwerende partij benadrukt ten slotte nog dat zij, teneinde de gelijkheid tussen (potentiële) gegadigden te waarborgen, heeft beslist om voor elk van de percelen A, B en D de procedure stop te zetten en een nieuwe procedure op te starten.

9. De verzoekende partijen stellen in hun memorie van wederantwoord vast dat de verwerende partij slechts een aantal zeer algemene opmerkingen maakt. Zij beperken zich tot een punctuele reactie op het verweer.

Vooreerst betwisten zij niet het standpunt dat er geen verplichting bestaat om tot toewijzing van een perceel over te gaan. Wel dient een dergelijke beslissing te steunen op deugdelijke motieven. Dit is volgens hen niet het geval. Integendeel blijken de beslissingen te zijn gesteund op louter theoretische aannames.

Voorts stellen de verzoekende partijen vast dat de verwerende partij in haar memorie van antwoord in essentie verwijst naar de haar toekomende discretionaire bevoegdheid, maar op geen enkele wijze nadere toelichting of onderbouwing geeft om hun grieven te weerleggen. Zij herhalen hun argumentatie, onder meer dat niet blijkt dat het overslagvolume, dat voor perceel C werd voorgesteld, als relevante ‘benchmark’ zou kunnen worden beschouwd om een minimaal overslagvolume van 800 TEU of 20.800 ton per hectare voor de achtergelegen percelen op te leggen. Zij verwijzen naar een andere site in Grimbergen waar is gebleken dat de kandidatuur van een onderneming met onrealistisch hoge tonnages in het kader van de omgevingsvergunningsaanvraag al werd verminderd naar nog maar één derde van het initieel opgegeven aantal containers op grond waarvan de opdracht was toegekend. In het dossier Grimbergen werd overigens uitgegaan van een equivalent van 33 ton voor 1 TEU, terwijl te dezen een equivalent van 26 ton wordt gehanteerd. Dit bevestigt dat de verwerende partij niet in staat is om op accurate wijze de minimumoverslag te controleren, waarbij zij overigens ook in de memorie van antwoord niet verduidelijkt over welke controlesystemen zij daartoe beschikt. Anders dan de verwerende partij stelt, is er volgens de verzoekende partijen van een verplicht minimum overslagvolume in het Vlaams besluit van 29 maart 2002 geen sprake, zodat de verwerende partij ook dit argument niet aannemelijk maakt.

Ten slotte stellen de verzoekende partijen dat de gelijkheid ook had kunnen worden gewaarborgd door de concessies wel toe te wijzen en geen nieuwe minimale overslagvolumes op te leggen.

10. In haar laatste memorie, na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, rijst volgens de verwerende partij de vraag in welke mate zij gehouden is om na te gaan of de voor perceel C vooropgestelde of gegarandeerde tonnages realistisch zijn. De toewijzing van een perceel houdt immers in dat voor de loskade een domeinvergunning wordt verleend terwijl voor het achterliggend perceel een concessieovereenkomst wordt gesloten. Hetzij in de vergunning, hetzij in de concessieovereenkomst wordt steeds voorzien in een overslagverplichting ten belope van de door de gekozen kandidaat gegarandeerde tonnages. Deze contractuele overslagverplichting bevat een sanctioneringsmechanisme, waarbij niet alleen wordt voorzien in hoge boetes maar zelfs in een mogelijkheid tot beëindiging van de vergunning of de concessie bij het herhaaldelijk niet behalen van de gegarandeerde tonnages. Indien bijgevolg de gegarandeerde tonnages voor perceel C totaal niet realistisch zouden blijken, dan zal dit *ipso facto* aanleiding geven tot het in werking treden van een sanctioneringssysteem.

11. De verzoekende partijen stellen in hun laatste memorie nog dat de omstandigheid dat er van een contractueel sanctiesysteem sprake zou zijn, geen afbreuk doet aan de verplichting van de verwerende partij om de minimumoverslag te controleren. Bovendien laat de verwerende partij na te verduidelijken op welke wijze zij dit op accurate wijze zou kunnen controleren.

Beoordeling

Wat de eerste bestreden beslissing betreft

12. De eerste bestreden beslissing is een beslissing tot niet-toewijzing van de concessie en tot stopzetting van de toewijzingsprocedure, wat perceel D betreft.

Overeenkomstig punt 1.1 van het marktraadplegingsdossier (zie overweging 3.2) heeft de verwerende partij steeds het recht om de vermarktingsprocedure van één of meer percelen te stoppen en al dan niet een nieuwe procedure op te starten, in voorkomend geval met het oog op de toekenning van een ander recht.

Zoals wordt aangenomen in het kader van artikel 85 van de wet overheidsopdrachten 2016 of artikel 56 van de wet van 17 juni 2016 'betreffende de concessieovereenkomsten', geldt ook te dezen dat de toewijzing van een (domein)concessie ertoe strekt aan de behoeften van de aanbestedende overheid te voldoen. De aanbestedende overheid beschikt in principe dan ook over een beoordelingsruimte bij het nemen van een beslissing om een concessie al dan niet toe te wijzen en om de toewijzingsprocedure al dan niet stop te zetten. Wel mag zij daarbij niet willekeurig te werk gaan en moet die beslissing steunen op deugdelijke motieven die de beslissing kunnen dragen.

Bij de beoordeling van de naleving van de materiële motiveringsplicht mag de Raad van State zijn oordeel omtrent de feiten niet in de plaats stellen van het oordeel van de administratieve overheid, maar mag hij desgevraagd wel nagaan of die beslissing met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.

13. Uit de nota van 13 juli 2022 aan de raad van bestuur van de verwerende partij blijkt dat de volgende feitelijke overwegingen aan de bestreden beslissingen tot stopzetting en tot herstarten van de toewijzingsprocedure ten grondslag liggen:

> "Overwegende dat het een kernopdracht is van De Vlaamse Waterweg om het vervoer over het water te stimuleren;
> Overwegende dat het aantal watergebonden locaties zeer schaars is;
> Overwegende dat uit de ingediende dossiers is gebleken dat voor de zones A, B en D onvoldoende overslag wordt gegarandeerd, waardoor het niet aangewezen is om deze zones op basis van de huidige marktraadpleging aan een kandidaat toe te wijzen. De ingediende dossiers tonen aan dat het noodzakelijk is om voor deze zones te voorzien in een minimale overslagverplichting."

De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat zij hoopt, afgaand op de ervaring met perceel C, waarbij werd vastgesteld dat de door de gekozen inschrijver opgegeven tonnages vele malen hoger liggen dan de voor dat perceel minimaal opgelegde tonnages, in het kader van een nieuwe vermarkting van de percelen A, B, D en E, met ditmaal een minimale overslagverplichting, hogere overslagvolumes te ontvangen.

14. De verwerende partij dient als beheerder van de waterwegen een optimaal gebruik ervan na te streven. Het motief om in het kader van een nieuwe vermarkting van de percelen biedingen te ontvangen met hogere tonnages dan de thans vooropgestelde tonnages, vormt in dit licht een deugdelijk motief om de procedure tot toewijzing van de concessie stop te zetten. Het kan de verwerende partij niet ten kwade worden geduid, gelet op de schaarste aan watergebonden gronden, haar ambities bij te stellen en hogere overslagvolumes voor haar watergebonden terreinen na te streven.

Voor zover de verzoekende partijen stellen dat het onduidelijk is waarom enkel de concessie voor perceel C werd toegewezen en de door hen vooropgestelde overslaghoeveelheid voor perceel D ‘onvoldoende’ werd bevonden, blijkt deze reden uit het dossier: in vergelijking met de vooropgestelde overslaghoeveelheid voor perceel C hebben de kandidaten voor de andere percelen een veel lagere hoeveelheid vooropgesteld.

Dit blijkt ook uit de vergelijkende tabel die de verzoekende partijen zelf voegen bij hun inleidend verzoekschrift: één kandidaat doet voor perceel C een aanbod aan tonnage dat veel hoger blijkt te liggen dan de door de andere kandidaten opgegeven tonnages voor de overige percelen.

15. De beslissing tot niet-toewijzing en stopzetting van de toewijzingsprocedure berust bijgevolg op een motief dat in rechte ter verantwoording van die beslissing in aanmerking kan worden genomen. De

verzoekende partijen tonen niet aan dat de eerste bestreden beslissing de materiële motiveringsplicht en het zorgvuldigheidsbeginsel schendt.

Wat de tweede bestreden beslissing betreft

16. De tweede bestreden beslissing is een beslissing tot het organiseren van een nieuwe toewijzingsprocedure voor de concessie voor de percelen A, B, D en E, waarbij "het minimum jaarlijks overslagvolume 800 TEU of 20.800 ton per ha bedraagt". Zoals hiervoor overwogen, heeft het beroep enkel betrekking op de beslissing in zoverre zij de percelen B en D betreft (zie overweging 6).

17. De verzoekende partijen bekritiseren deze beslissing omdat niet blijkt op grond van welke nieuwe elementen voor deze tweedelijns watergebonden percelen een minimale overslaghoeveelheid moet worden opgelegd en een overslaghoeveelheid van 800 TEU/20.800 ton per hectare haalbaar en realistisch wordt geacht.

17.1. De verwerende partij stelt in haar memorie van antwoord dat zij "heeft moeten vaststellen dat er een verband moet zijn tussen het voorzien in een minimale overslagverplichting en de door de kandidaten vooropgestelde tonnages". Het niet voorzien in een minimale overslagverplichting is volgens haar een gemiste kans om het gebruik van de waterweg optimaal te stimuleren.

De verzoekende partijen stellen daartegenover, met verwijzing naar de voornoemde vergelijkende tabel gevoegd bij het inleidend verzoekschrift, dat de door hen vooropgestelde overslaghoeveelheid voor perceel D, namelijk een jaarlijks gemiddelde van 8.597 ton per hectare, nu reeds boven het minimale overslagvolume ligt dat voor perceel C werd bepaald, namelijk een jaarlijks gemiddelde van 60.000 ton of 5.454 ton per hectare. Uit die tabel blijkt dat ook het overslagvolume dat door de andere, in eerste instantie gekozen, kandidaten voor de percelen A en B was vooropgesteld, voldoet aan de minimale overslagverplichting per hectare zoals opgelegd voor perceel C. Uit het "beoordelingsdossier" van 8 juni

2022 blijkt overigens dat de door de andere kandidaten opgegeven tonnages voor perceel C ook boven deze minimale overslagverplichting lagen.

Uit die tabel blijkt voorts dat één kandidaat een opmerkelijk hoger tonnage vooropstelt dan de andere kandidaten, namelijk de gekozen kandidaat [Z] voor perceel C.

De verzoekende partijen maken aldus aannemelijk dat er te dezen geen verband bestaat, zoals de verwerende partij afleidt, tussen het al dan niet vaststellen, in de eerste toewijzingsprocedure, van een minimale overslagverplichting en een welbepaalde hoogte van de in die procedure door de kandidaten aangeboden tonnages.

17.2. Dit neemt niet weg dat de verwerende partij op zich wel in een minimale overslagverplichting kan voorzien om het gebruik van de waterweg optimaal te stimuleren.

De vraag rijst alsdan wat door de verwerende partij als een haalbaar en realistisch minimaal overslagvolume voor een tweedelijns watergebonden perceel kon worden beschouwd.

De verwerende partij betwist niet dat zij geen nader onderzoek heeft verricht naar het realistisch karakter van het minimaal verplicht overslagvolume van 20.800 ton per hectare, noch van de overslagvolumes die door de gekozen kandidaat voor perceel C werden vooropgesteld. Volgens haar was dit laatste niet nodig, gelet op het contractueel sanctioneringsmechanisme in geval de gegarandeerde tonnages niet worden gehaald.

Met de verzoekende partijen wordt vastgesteld dat niet blijkt op grond van welke gegevens de verwerende partij, voor de betrokken tweedelijns watergebonden percelen, een minimum overslagvolume van 20.800 ton per hectare oplegt, nu dit volume bijna viermaal hoger is dan het minimum

overslagvolume dat voor perceel C, zijnde een eerstelijns watergebonden perceel, was vooropgesteld.

Zij stellen eveneens terecht dat de zeer hoge overslagvolumes die door de gekozen kandidaat voor perceel C werden aangeboden, niet kunnen volstaan om, zonder nader onderzoek, een minimum overslagvolume van 20.800 ton per hectare voor de andere percelen te verantwoorden. Voor zover de verwerende partij stelt dat een nader onderzoek niet nodig is gelet op het contractueel sanctioneringsmechanisme, lijkt zij de suggestie van de verzoekende partijen dat het door [Z] vooropgestelde overslagvolume voor perceel C mogelijks speculatief kan zijn, eerder te bevestigen dan te weerleggen.

18. Het middel is in de besproken mate gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State vernietigt de beslissing van de nv De Vlaamse Waterweg van 13 juli 2022 tot het organiseren van een nieuwe toewijzingsprocedure van de concessies voor de percelen B en D op het bedrijventerrein Genk-Zuid, met een verplicht jaarlijks minimum overslagvolume 800 TEU of 20.800 ton per hectare.

2. De Raad van State verwerpt het beroep voor het overige.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 400 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

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

Paul Lemmens,	kamervoorzitter,
Patricia De Somere,	staatsraad,
Inge Vos,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier	**De voorzitter**
Silja Doms	**Paul Lemmens**