

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIVe KAMER

A R R E S T

**nr. 265.966 van 11 maart 2026
in de zaak A. 242.023/XIV-39.512**

In zake: de NV E.
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Joost Bosquet
kantoor houdend te 2650 Edegem
Mechelsesteenweg 326
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VLAAMSE WATERWEG
nv van publiek recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Steven Van Geeteruyen, Jordy Hendrikx
en Paçik Majid
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partijen:

1. de NV D.E.
2. de NV G.D.
samen vormend een tijdelijke maatschap
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Barteld Schutyser en Emma Renglé
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 99
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 mei 2024, strekt tot de
nietigverklaring van:

“1. Het marktraadplegingsdocument met het oog op de toekenning van een
concessie van openbaar domein voor het exploiteren van een zandwinning en

monostortplaats voor bagger- en ruimingsspectie tijdelijke en/of definitieve opslag en laguneringsactiviteiten;

2. De beslissing van de raad van bestuur van de Vlaamse Waterweg NV van 20 december 2023 [om] met de [tussenkommende partijen] een concessieovereenkomst af te sluiten voor 27 jaar en aan de gedelegeerd bestuurder de volmacht te verlenen om deze concessieovereenkomst te ondertekenen [...].”

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv D.E. en de nv G.D., samen vormend de tijdelijke maatschap D.E. – G.D., hebben een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend.

Adjunct-auditeur Lennard Michaux heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 19 november 2025.

Kamervoorzitter Geert Debersaques heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Julie Philtjens, die *loco* advocaat Joost Bosquet verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Thomas Christiaens, die *loco* advocaten Steven Van Geeteruyen, Jordi Hendrikx en Paçik Majid verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Barteld Schutyser, die verschijnt voor de tussenkommende partijen, zijn gehoord.

Auditeur Lennard Michaux heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. Op 1 juli 2022 besluit de verwerende partij tot een marktraadpleging met het oog op de toekenning van een concessie van openbaar domein voor het exploiteren van een zandwinning en monostortplaats voor bagger- en ruimingsspecie, tijdelijke en/of definitieve opslag en laguneringsactiviteiten op de site Sint-Joris te Beernem.

Dit wordt verder uitgewerkt in het marktraadplegingsdocument, waarvan het voorwerp als volgt is omschreven:

“Voorliggend Marktraadplegingsdocument heeft als voorwerp de organisatie van een marktraadpleging met het oog op de mogelijke toekenning aan een private partner van:

Een domeinconcessie met betrekking tot de percelen gelegen op de site Sint-Joris Beernem in Beernem langsheen het kanaal Gent-Oostende (CEMT klasse IV) met het oog op de private exploitatie van een zandwinning en monostortplaats voor bagger- en ruimingsspecie, tijdelijke en/of definitieve opslag en laguneringsactiviteiten. Het is de concessionaris toegestaan bijkomende activiteiten te exploiteren tijdens de concessieduur voor zover deze in overeenstemming zijn met de vigerende wetgeving en in lijn met de bestemming.”

Dit is de eerste bestreden beslissing.

3.2. Drie kandidaatstellingen-bieding worden ingediend, waaronder die van de verzoekende partij en de tussenkomende partijen.

3.3. Op 20 december 2023 beslist de raad van bestuur van de verwerende partij een concessieovereenkomst af te sluiten voor 27 jaar met de tussenkomende partijen en om aan de gedelegeerd bestuurder volmacht te verlenen om deze concessieovereenkomst te ondertekenen.

Dit is de tweede bestreden beslissing.

IV. Tussenkoms

4. De nv D.E. en de nv G.D., samen vormend de tijdelijke maatschap D.E. – G.D., blijken voordeel te halen uit de bestreden beslissing(en) en hebben er belang bij dat het beroep wordt afgewezen. Bijgevolg wordt hun verzoek tot tussenkoms ingewilligd.

V. Verzoek tot vertrouwelijke behandeling van bepaalde stukken

5. Zowel de tussenkomsde partijen als de verwerende partij vragen om de vertrouwelijke behandeling van bepaalde door hen neergelegde stukken die zij in de inventaris als vertrouwelijk aanduiden en waarbij zij de redenen opgeven waarom zij om die vertrouwelijke behandeling vragen.

6. Geen van de partijen heeft het lichten van de vertrouwelijkheid van deze stukken gevraagd.

VI. Ontvankelijkheid

Standpunt van de partijen

7. De tussenkomsde partijen werpen in het verzoekschrift tot tussenkoms op dat het beroep tegen de eerste bestreden beslissing laattijdig is. Zij wijst erop dat het marktraadplegingsdocument werd gepubliceerd op 1 juli 2022.

8. De verzoekende partij verwijst in de memorie van wederantwoord naar de rechtspraak waaruit blijkt dat onregelmatigheden die een inschrijver-kandidaat aan een bestekbepaling verwijt, ook op ontvankelijke wijze kunnen worden ingeroepen tegen latere beslissingen in het kader van de plaatsingsprocedure. Evenzo staat het haar daarom in beginsel vrij om onregelmatigheden die zij aan de keuze voor een concessieprocedure verwijt, eveneens op ontvankelijke wijze aan te voeren tegen de latere beslissing om de concessie aan de tussenkomsde partijen te gunnen.

Beoordeling

9. Het auditoraat besluit tot de gegrondheid van de exceptie op grond van de volgende overwegingen:

“Gelet op het feit dat de eerste bestreden beslissing is gepubliceerd op 1 juli 2022 door verwerende partij en dat in de maanden nadien van datzelfde jaar verzoekende partij gecommuniceerd heeft met verweerder over de inhoud van het marktraadplegingsdocument, dienen tussenkomende partijen te worden bijgevalen dat de termijn van zestig dagen ruim overschreden is (zowel te rekenen vanaf de bekendmaking als vanaf de feitelijke kennisname).

Verzoekende partij tracht deze exceptie te weerleggen door te verwijzen naar de zgn. Labonorm rechtspraak van de Raad, alsook naar het recent arrest nr. 256.008. Echter, zoals zij zelf stelt houdt deze in dat het mogelijk is om onregelmatigheden uit de opdrachtdocumenten ‘ook nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen de latere beslissing om de concessie te gunnen’ [...]. Deze rechtspraak brengt aldus niet met zich mee dat de termijn om een verzoek tot nietigverklaring te laten gelden tegen de eerste bestreden beslissing zou worden verlengd, maar betreft de inroepbaarheid van elementen uit eerdere beslissingen tegen de uiteindelijke gunningsbeslissing.

Aangezien de grieven die verzoekende partij aanhaalt reeds kenbaar waren bij moment van kennisname van het marktraadplegingsdocument, en zij dus in de mogelijkheid was om op dat moment hiertegen een verzoek tot nietigverklaring in te dienen, dient te worden gesteld dat het huidige verzoek niet tijdig is ten aanzien van de eerste bestreden beslissing.”

10. Na kennisneming van het verslag van het auditoraat, heeft de verzoekende partij niet de gelegenheid benut die een laatste memorie biedt om nog een andere visie op de beoordeling door het auditoraat weer te geven. Zij laat immers na om op de bespreking van deze exceptie in het auditoraatsverslag nog inhoudelijk te reageren en beperkt zich tot het volharden in haar argumentatie.

In die omstandigheden ziet de Raad van State geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en besluit, na eigen onderzoek, aldus, de redenering van het auditoraat bijvallend, dat de exceptie *ratione temporis* gegrond is wat de eerste bestreden beslissing betreft.

Hierna wordt onder “de bestreden beslissing” enkel de tweede bestreden beslissing bedoeld.

VII. Onderzoek van de middelen

A. Eerste middel

Standpunt van de partijen

11. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een eerste middel de schending aan van de artikelen 3, 25, 35, 37 en 38 van de wet van 17 juni 2016 ‘inzake de concessieovereenkomsten’ (hierna: de wet van 17 juni 2016), van artikel 4 van het koninklijk besluit van 25 juni 2017 ‘betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten’ (hierna: het koninklijk besluit van 25 juni 2017) en van het *patere legem*-beginsel, doordat de verwerende partij “een marktraadplegingsprocedure *sui generis* heeft georganiseerd voor de toewijzing van een concessie voor exploitatie waarbij eveneens diensten voor [de verwerende partij] zouden worden geleverd en deze beschouwt als een domeinconcessie,” terwijl de bestreden concessie een concessie voor diensten betreft in de zin van artikel 2, 7°, b), van de wet van 17 juni 2016 “aangezien de overeenkomst niet louter en alleen voorziet in de toelating om privaat gebruik te maken van het openbaar domein, maar eveneens verplichtingen [heeft] opgelegd om diensten uit te voeren zonder dat hiervoor expliciete volumes voor werden bedongen.”

Zij vat het middel als volgt samen:

“In het eerste middel voert verzoekende partij wettigheidskritiek aan tegen de onterechte kwalificatie van de concessie als een domeinconcessie met een marktraadplegingsprocedure *sui generis*. Een domeinconcessie is een administratieve overeenkomst met als essentieel kenmerk dat de concessiehouder het goed ter beschikking krijgt louter en alleen voor zuiver private doeleinden. Daartegen wordt in de voorliggende concessie eveneens voorzien in het leveren van diensten voor verwerende partij met een variabel volume. Uit het marktraadplegingsdocument blijkt onomstotelijk dat [de verwerende partij] diensten zal afnemen van de concessiehouder tegen betaling voor de opslag en bewaring van species. Voor de afname van deze diensten werd in het marktraadplegingsdocument voorzien in de verplichting tot het afleveren van voldoende garanties om steeds bergingscapaciteit te voorzien onder het mom van een derde beoordelingscriterium.

Door de kwalificatie als domeinconcessie wordt de toepassing van de concessiewetgeving en het bijhorende [koninklijk besluit] van 25 juni 2017 omzeilt

waardoor de concessie voor een ongerechtvaardigde lange termijn van 27 jaar wordt gesloten. De door [de verwerende partij] gekozen plaatsingsprocedure biedt t.o.v. de concessiewetgeving minder waarborgen voor de geïnteresseerde ondernemingen inzake transparantie en gelijke behandeling.”

12. De verwerende partij betwist in de memorie van antwoord, wat zij herneemt in haar laatste memorie, de ontvankelijkheid van het middel, stellende in essentie dat de kritiek “tegen de kwalificatie van de overeenkomst als domeinconcessie” laattijdig zou zijn. Zij merkt hierbij op dat deze kwalificatie door geen enkele geïnteresseerde in vraag werd gesteld, en dat bovendien de verzoekende partij “heeft kennis genomen van de opdracht, meerdere vragen heeft geformuleerd en uiteindelijk een offerte [heeft] ingediend”. Door te wachten met de betwisting van de kwalificatie tot na de ongunstige gunningsbeslissing, moet volgens haar worden vastgesteld dat dit getuigt van een gebrek aan zorgvuldigheid dat onverenigbaar is met dat van een normale en zorgvuldige inschrijver.

De tussenkommende partijen voeren een gelijkaardige exceptie aan.

Beoordeling

13. De opgeworpen exceptie heeft tot gevolg dat een inschrijver verplicht zou zijn om reeds tijdens de plaatsingsprocedure de onwettigheid waarmee een opdracht behept zou kunnen zijn, te identificeren en op te werpen teneinde zijn toegang tot de rechter te vrijwaren opdat die de aangevoerde onwettigheid aan zijn toetsingsrecht kan onderwerpen. Een dergelijke nagestreefde voorafgaande meldingsplicht kan evenwel niet verantwoorden dat het feit dat een overheid een onwettigheid begaat, minder verregaande gevolgen heeft dan het feit dat de rechtzoekende dit niet onmiddellijk heeft opgemerkt. In dat verband dient eraan te worden herinnerd dat het uitgangspunt moet zijn dat een aanbestedende overheid de fundamentele plicht heeft om wettige bepalingen op te stellen. Deze zorgvuldigheidsplicht en plicht tot rechtmatig optreden die op de overheid rust, kan niet in de praktijk worden omgezet naar een zorgvuldigheidsplicht van de rechtszoekende (vgl. GwH 11 april 2023, nr. 59/2023, punt B 17.2,

ECLI:BE:GHCC:2023:ARR.059). In dat kader kan aldus van een inschrijver niet worden vereist dat hij reeds tijdens de plaatsingsprocedure expliciet voorbehoud maakt voor de wettigheid van een bepaling of die reeds opwerpt. Integendeel, hij mag uitgaan van het vermoeden dat de bepalingen – te dezen de formele kwalificatie in het marktraadplegingsdocument als domeinconcessie – in overeenstemming zijn met het recht, zonder dat hij moet onderzoeken, en in het kader van de plaatsingsprocedure reeds moet opwerpen, dat die onwettig zijn, op straffe van anders zijn toegang tot de rechter te verliezen.

In de mate dat de verwerende partij en de tussenkommende partijen het anders zien, gaan zij uit van een verkeerde rechtsopvatting.

De exceptie wordt verworpen.

14. Het auditoraat besluit op grond van de volgende overwegingen dat het eerste middel ongegrond is:

“Artikel 2, 7° van de wet van 17 juni 2016 [...] stelt het volgende omtrent de concessie van diensten:

‘b) concessie voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbesteders de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken als bedoeld in punt a), laten verrichten en beheren door een of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.

De gunning van een concessie voor werken of voor diensten houdt de overdracht aan de concessiehouder in van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagrisico of het aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is;’

In de parlementaire voorbereiding bij deze wet wordt stilgestaan bij het onderscheid tussen concessie van diensten en domeinconcessies [Memorie van Toelichting, Parl. Doc. (Kamer), 54-1708/001, p.16]:

‘Zo is, in principe, de domeinconcessie(-machtiging), die in het Belgisch administratief recht gedefinieerd wordt als een voorlopige en herroepbare administratieve overeenkomst waarbij de overheid, op exclusieve en tijdelijke basis, de toelating verleent gebruik te maken van het openbaar domein, met het oog op een

privatieve exploitatie, geen concessie in de zin van dit ontwerp. Indien de domeinconcessie (-machtiging) daarentegen slechts een onlosmakelijk en bijkomstig onderdeel van een overeenkomst vormt dat, voor een aanbesteder, hoofdzakelijk betrekking heeft op het laten uitvoeren van werken of diensten die aan de door hem bepaalde eisen voldoen en waarvan hij de uitvoering kan eisen/afdwingen, waarbij de tegen prestatie bestaat in het recht om het werk of de diensten te exploiteren, zal de overeenkomst als een concessie in de zin van dit ontwerp worden beschouwd. Tot slot herinneren we eraan dat alhoewel domeinconcessies ‘in de strikte betekenis’ geen concessies zijn als bedoeld in dit ontwerp, de verlening ervan niettemin onderworpen blijft aan de algemene beginselen en voorschriften van het administratief recht, met name aan het beginsel van gelijke behandeling en de verplichting tot uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.’

Op basis van deze bepalingen stellen PETITAT en VAN GARSSE het volgende: ‘Dit betekent dat wanneer het werkelijk voorwerp van de ‘domeinconcessie’ eigenlijk en hoofdzakelijk het verrichten van diensten inhoudt die aan welbepaalde voorwaarden moeten voldoen en waarvan de overheid ook de uitvoering kan afdwingen men toch te maken heeft met een concessie van diensten. Het moet met andere woorden gaan om een bepaalde exploitatieplicht op een door de overheid bepaalde wijze die ook kan worden afgedwongen. Worden er zodoende in een domeinconcessie stringente exploitatievoorwaarden opgenomen voor een welomschreven te verstrekken dienst (bijvoorbeeld m.b.t. openingsuren, te verkopen goederen, clausules om prestaties af te dwingen), dan is het niet uitgesloten dat de domeinconcessie toch als een concessie voor diensten wordt gekwalificeerd.’[V. Petitat & S. Van Garsse, ‘De ene concessie is de andere niet – het onderscheid tussen domeinconcessies en concessies van diensten’, Jaarboek Overheidsopdrachten 2019-2020, p. 433].

De verschillende argumenten van de partijen zijn er dan ook op gericht om aan te tonen dat, hetzij, het (hoofd)voorwerp van de overeenkomst wel degelijk de private exploitatie van publieke gronden betreft, hetzij, dat het (hoofd)voorwerp van de overeenkomst het leveren van diensten aan verwerende partij is.

Uit de verschillende stukken en uiteenzettingen dienen vier elementen te worden meegenomen bij de beoordeling van dit vraagstuk.

Ten eerste, hoewel niet doorslaggevend als dusdanig, moet er vertrokken worden van de kwalificatie die verwerende partij zelf heeft gegeven aan de vooropgestelde overeenkomst. Hieromtrent kan het volgende worden teruggevonden in het marktraadplegingsdocument:

‘Voorliggend Marktraadplegingsdocument heeft als voorwerp de organisatie van een marktraadpleging met het oog op de mogelijke toekenning aan een private partner van:

Een domeinconcessie met betrekking tot de percelen gelegen op de site Sint-Joris Beernem in Beernem langsheen het kanaal Gent-Oostende (CEMT klasse IV) met het oog op de private exploitatie van een zandwinning en monostortplaats voor bagger- en ruimingsspecie, tijdelijke en/of definitieve opslag en laguneringsactiviteiten. Het is de concessionaris toegestaan bijkomende activiteiten te exploiteren tijdens de concessieduur voor zover deze in overeenstemming zijn met de vigerende wetgeving en in lijn met de bestemming.

De toekenning van een domeinconcessie betreft geen overheidsopdracht. Hierdoor is de wetgeving inzake overheidsopdrachten niet van toepassing. Het door de concessionaris te exploiteren project heeft een zuiver privaat karakter.’[...]

In dit document wordt het voorwerp verder bepaald als volgt:

‘Met deze marktraadpleging wenst zij een domeinconcessie toe te kennen teneinde de concessionaris een zandwinning, monostortplaats voor bagger- en ruimingsspecie, tijdelijke en/of definitieve opslag en laguneringsactiviteiten te laten

exploiteren evenals bijkomende activiteiten voor zover deze verenigbaar zijn met de van toepassing zijnde wetgeving en in lijn met de bestemming.’

In de ontwerpovereenkomst die als bijlage werd gevoegd bij het marktraadplegingsdocument is het volgende te lezen:

‘De concessie wordt verleend met het oog op de private exploitatie van een zandwinning en een monostortplaats voor bagger- en ruimingsspecie, tijdelijke en/of definitieve opslag, laguneringsactiviteiten en eventuele andere activiteiten voor zover deze verenigbaar zijn met de vigerende wetgeving.’[...]

Hierbij dient aldus te worden vastgesteld dat de formele beschrijving van de overeenkomst inderdaad de kenmerken bezit van een domeinconcessie.

Ten tweede, en hierbij aansluitend, moet ook de volgende passage uit de notulen van de Raad van Bestuur van verweerder van 20 december 2023 worden meegenomen:

‘Een bestuurder stelt vast dat dit geen standaardconcessie is maar vraagt zich af waarom er geen minimaal verplichte overslagvolumes opgenomen zijn in de overeenkomst.

Volgens [XXX] zou de overeenkomst in dat geval gezien kunnen worden als een overheidsopdracht. Hij meent dat de exploitant er evenwel alle belang bij heeft op zoveel mogelijk specie te laten aanvoeren via de waterweg. Voor [de verwerende partij] is er de mogelijkheid voorzien slib af te voeren naar de stortplaats tegen een vooraf bepaalde prijs. Dit is evenwel geen verplichting. Indien [de verwerende partij] elders goedkoper kan storten kan dat ook.’

Uit deze passage blijkt dat er bij de voorbereiding van de overeenkomst door verweerder bewust is rekening gehouden met de grenzen waarbinnen men kan spreken van een domeinconcessie. Het feit dat verwerende partij weloverwogen heeft besloten om bepaalde voorwaarden niet stringenter te formuleren, om op die manier binnen de contouren van een bepaald type overeenkomst te blijven, is een bijkomend element waaruit blijkt dat verwerende partij weloverwogen heeft gekozen voor de figuur van de domeinconcessie.

Ten derde dient te worden ingegaan op de argumenten van verzoekende partij dat uit het tweede en derde beoordelingscriterium zou blijken dat het hoofddoel van de overeenkomst wel degelijk het leveren van diensten aan verwerende partij zou zijn.

Deze beoordelingscriteria lezen als volgt:

‘4.2 Huurprijs voor bergingscapaciteit voor monodeponie voor baggerspecie(conform acceptatienormen) (20 punten).

De Kandidaat zal een huurprijs per m³ bergingscapaciteit voor monodeponie voor baggerspecie (conform acceptatienormen) aangeleverd door/in opdracht [van de verwerende partij] via de waterweg aanleveren. Deze huurprijs is all-in, inclusief handling en exclusief heffingen.

Dit beoordelingscriterium wordt kwantitatief beoordeeld in de evaluatie van de Offerte. Aan de Kandidaat die de laagste huurprijs biedt wordt 20 punten toegekend. De overige Kandidaten krijgen een score volgens de regel van drie.

Teneinde de biedingen onderling met elkaar te kunnen vergelijken, wordt als uitgangspunt genomen dat door/in opdracht van [de verwerende partij] over een duurtijd van 27 jaar jaarlijks 30.000 m³ bergingscapaciteit wordt gehuurd.

4.3 De aanpak waardoor wordt gegarandeerd dat [de verwerende partij] steeds over een zekerheid van huur van bergingscapaciteit kan beschikken (10 punten).

De kandidaat geeft aan op welke wijze hij garandeert dat [de verwerende partij] zelf jaarlijks een minimale bergingscapaciteit kan huren.’[...];

De vraag die hierbij dient gesteld te worden is of deze huur van bergingscapaciteit voldoende is om de kwalificatie te laten verschuiven naar een concessie van diensten, of dat deze dusdanig bijkomstig zijn dat de overeenkomst dient getypeerd te blijven als een domeinconcessie.

Hierbij dient ten eerste te worden opgemerkt dat het klopt, zoals verwerende partij stelt, dat er geen garantie is dat deze diensten ook daadwerkelijk zullen worden opgenomen. Zowel in het marktraadplegingdocument, in de brieven van 16 november 2024 aan de verscheidene inschrijvers,[...] alsook in de hierboven vernoemde notulen van de Raad van Bestuur wordt duidelijk aangegeven dat verwerende partij er zich niet toe verbindt om ook daadwerkelijk van deze mogelijkheid gebruik te maken. Bovendien staat het vast dat de 30.000m³ slechts gehanteerd wordt als benchmark, om de offertes onderling te kunnen vergelijken. Tussenkomen partijen dienen aldus te worden gevolgd in de vaststelling dat deze diensten allesbehalve gedetailleerd zouden zijn omschreven.

Bovendien dient deze mogelijkheid van afname van bergingscapaciteit te worden afgezet tegenover het volwaardige overzicht aan activiteiten die op deze gronden mogelijk zijn. Hieromtrent kan het volgende worden teruggevonden in punt 2.2. Vergunningstoestand van het marktraadplegingdocument:

‘De Gronden zijn tot en met 2 juli 2029 vergund voor de volgende activiteiten:

- Zandontginning (oppervlakte 60.000 m²);
- Monostortplaats baggerspecie (1.600.000 m³);
- Behandeling specie (tussen 150.000 m³ - 3.000.000 m³);
- Opslag erts en andere minerale producten.’[...]

Hieruit volgt dan ook dat – zelfs indien, zoals verzoekende partij stelt, er wel degelijk een garantie zou zijn dat verwerende partij gebruik zou maken van de bergingscapaciteit – dit slechts een beperkt onderdeel uitmaakt van de verschillende activiteiten die geëxploiteerd kunnen worden door de gekozen inschrijver op basis van de overeenkomst. Dit zou hoe dan ook niet volstaan om tot de conclusie te komen dat de wijze van exploitatie op stringente wijze wordt gedefinieerd in de overeenkomst, of dat de diensten die worden afgenomen het eigenlijke hoofdvoorwerp zouden uitmaken hiervan.

Ten vierde, en ten slotte, dient nog te worden stilgestaan bij volgens verzoekende partij andere verplichtingen ‘die centraal [zouden] staan doorheen de concessie’. Verzoeker omschrijft deze als volgt in het Verzoekschrift [...]:

‘- de overname van de vergunde activiteiten met een aanzienlijk aandeel voor de nazorgplicht gedurende 30 jaar die de duur van de concessie overstijgt;

Naast de concessievergoeding wordt betreffende de monodeponie voor baggerspecie een huurprijs gevraagd die zo laag mogelijk dient te zijn voor de gebruiker (volgens de systematiek van de beoordelingscriteria);

- Het afdekken en realiseren van de nabestemming dient door de concessiehouder conform de vergunning en de richtlijnen van OVAM te worden gerealiseerd, inclusief de nazorg;

- Het stellen van een bankwaarborg i.p.v. verwerende partij ter garantie van de nazorgplicht t.b.v. 3.586.273,99 euro;

- voorafgaandelijke goedkeuring voor onderconcessie.’

Omtrent deze elementen dienen echter verwerende partij en tussenkomen partijen te worden bijgevalen dat deze verplichtingen, enerzijds, het gevolg zijn van de toepasselijke regelgeving, alsook, anderzijds, inherent verbonden zijn met het eigenlijke voorwerp van de domeinconcessie. Dit betreffen geen verplichtingen waarbij verweerder, op basis van discretionaire beslissingsruimte, zou hebben getracht vorm te geven aan de eigenlijke exploitatie van de concessie.

Er dient dan ook te worden geconcludeerd dat noch uit de formele omschrijving in de verscheidene documenten noch uit de manier waarop de concessie vorm wordt gegeven door verwerende partij kan worden afgeleid dat deze dient gekwalificeerd te worden als een concessie van diensten. Over het algemeen behoudt deze namelijk de eigenschappen van een domeinconcessie (‘een voorlopige en herroepbare administratieve overeenkomst waarbij de overheid, op exclusieve en tijdelijke basis, de toelating verleent gebruik te maken van het openbaar domein, met het oog op een

privatieve exploitatie’) zonder dat verwerende partij in werkelijkheid de exploitatie hiervan in detail zou regelen of in hoofdzaak het verkrijgen van bepaalde diensten voorop stelt.”

15. De verzoekende partij betwist in haar laatste memorie deze conclusie op grond van drie opmerkingen, die evenwel niet tot het gegrond bevinden van het middel leiden.

Vooreerst merkt de verzoekende partij op dat, hoewel de notulen van de raad van bestuur mee in aanmerking moeten worden genomen, deze volgens haar enkel aantonen dat de verzoekende partij geen overheidsopdracht voor ogen had.

Dit argument weerspreekt evenwel niet het voormelde standpunt dat uit de aangehaalde passage van die notulen blijkt dat de verwerende partij bij de voorbereiding van de overeenkomst bewust rekening heeft gehouden met de grenzen waarbinnen kan worden gesproken van een domeinconcessie, en dat het feit dat de verwerende partij er bovendien weloverwogen voor heeft gekozen om bepaalde voorwaarden niet stringenter te formuleren, een bijkomend element vormt waaruit blijkt dat zij bewust heeft geopteerd voor de rechtsfiguur van de domeinconcessie.

Ten tweede herhaalt de verzoekende partij dat de huur van de bergingscapaciteit verder zou gaan dan het louter toekennen van een recht om een economische activiteit uit te oefenen. Volgens haar zou de tussenkommende partij verplicht zijn om een dienst uit te voeren die de verwerende partij normaal zelf zou verrichten, conform de instructies van deze laatste, en zou zij zich niet vrij kunnen terugtrekken uit het voorzien van bergingscapaciteit.

Met dit argument herhaalt de verzoekende partij evenwel op parafraserende wijze haar eerdere standpunt zoals uiteengezet in haar vorige processtukken, zonder dat zij hiermee het hiervoor ingenomen standpunt weerlegt.

In een laatste opmerking stelt de verzoekende partij dat het variabel karakter van de afnamemogelijkheid van de bergingscapaciteit ertoe zou leiden dat het hypothetische volume ervan kan worden opgedreven tot een groter volume, waardoor deze verplichting wél een essentieel element en geen randvoorwaarde zou vormen.

Deze parafrasering van haar eerder aangevoerde argumenten spreekt evenwel niet de hiervoor gedane bevindingen tegen, namelijk dat er geen garantie bestaat dat deze dienst daadwerkelijk zal worden opgenomen, dat de norm van 30.000 m³ slechts wordt gebruikt als benchmark, en dat deze bergingscapaciteit moet worden afgezet tegen het volledige overzicht van de verschillende activiteiten die op deze gronden mogelijk zullen zijn.

16. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het eerste middel ongegrond.

B. Tweede middel

Standpunt van de partijen

17. De verzoekende partij voert in het verzoekschrift in een tweede middel de schending aan van het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel en het verbod op willekeur, alsook het zorgvuldigheidsbeginsel en het materiële motiveringsbeginsel, het *patere legem*-beginsel en de formele motiveringsplicht zoals neergelegd in de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 ‘betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen’ (hierna: de wet van 29 juli 1991), doordat de bestreden beslissing nalaat de aangeboden prijszettingen op een gelijke en pertinente vergelijkingsbasis te toetsen (eerste en tweede beoordelingscriterium) en “waarbij de gehanteerde beoordelingsmethode niet beschikt over een onderscheidend vermogen om een waardeoordeel te vormen, waarbij alleszins de motieven niet

toelaten na te gaan op grond van welke onderscheidende kenmerken en motieven de beoordeling aanleiding heeft gegeven tot een puntentoe wijzing binnen de rangschikking (derde beoordelingscriterium)”.

Zij vat het middel als volgt samen:

“In het eerste middelenonderdeel van het tweede middel voert verzoekende partij wettigheidskritiek aan tegen de marktraadplegingsprocedure zonder inachtneming van het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het verbod op non-discriminatie doordat verwerende partij heeft nagelaten de nodige waarborgen te garanderen waardoor een vergelijking van de ingediende biedingen onmogelijk is. De aanbestedende overheid is verplicht om haar beoordelingscriteria op te stellen met de nodige zorgvuldigheid en transparantie opdat de vergelijkbaarheid van de offertes kunnen worden gewaarborgd. Alle inschrijvers moeten beschikken over de vereiste informatie om hun prijszetting te bepalen zowel voor de concessievergoeding als voor de huurprijzen. In de voorliggende procedure is het marktraadplegingsdocument behept met algemene en abstracte formuleringen m.b.t. de beschrijving van de vergunningstoestand en de beschrijving van de site. Verzoekende partij heeft vastgesteld dat de aangeboden huurprijzen een grote divergentie vertonen op grond waarvan de vergelijkbaarheid van de biedingen in vraag worden gesteld. Op basis van de motieven opgenomen in het gunningsverslag kan niet worden geverifieerd of de aanbestedende overheid de nodige garanties heeft genomen om de vergelijkbaarheid van de biedingen te waarborgen.

In het tweede middelenonderdeel van het tweede middel voert verzoekende partij wettigheidskritiek aan tegen de afwezigheid van een objectieve en niet discriminatoire beoordelingsmethodiek, minstens werd deze niet voorafgaandelijk ter kennis gebracht. In het gunningsverslag worden geen daadkrachtige en deugdelijke motieven opgenomen die verantwoorden dat iedere kandidaat of inschrijver het maximum van de punten (10 punten) heeft behaald op het derde beoordelingscriterium. Verwerende partij heeft nagelaten om over te gaan tot een beoordeling *in concreto* van de diverse plannen van aanpak waarmee de inschrijver of kandidaat moest aan tonen op welke wijze zij een garantie/zekeerheid konden bieden voor de huur van een minimale bergingscapaciteit.”

18. De tussenkomende partijen betwisten in het verzoekschrift tot tussenkomst het belang van de verzoekende partij bij het tweede middelonderdeel. In essentie doen zij gelden dat zij als eersten zijn gerangschikt en de verzoekende partij als derde, waarbij in de eindbeoordeling een puntenverschil van 16,8 punten tussen hen bestaat. Aangezien dit middelonderdeel uitsluitend betrekking heeft op het derde beoordelingscriterium, dat een gewicht van 10/100 heeft, zou het volgens hen onmogelijk zijn dat een andere quoterings dit puntenverschil zou kunnen overbruggen. Dit maakt, zo stellen zij, dat dit middelonderdeel de verzoekende partij geen voordeel kan opleveren.

In de memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij op deze exceptie. Zij voert aan dat, indien zou worden vastgesteld dat het marktraadplegingsdocument een onwettig beoordelingscriterium bevat, deze onwettigheid tot gevolg heeft dat het marktraadplegingsdocument als geheel onwettig is. Aldus zou de vermeende onwettigheid ertoe leiden dat de concessie aan geen enkele inschrijver had mogen worden toegewezen. Het gegrond bevinden van de aangevoerde wettigheidskritiek zou de verzoekende partij, aldus haar stelling, een rechtstreeks voordeel verschaffen, aangezien zij bij een herlancering van de procedure opnieuw een offerte zou kunnen indienen. Daarenboven wordt haar belang, zo betoogt zij, bepaald op basis van het gehele middel, en niet op basis van slechts één onderdeel ervan. Ondergeschikt meent de verzoekende partij dat haar wettigheidskritiek wél invloed kan hebben op de definitieve rangschikking. Uit het marktraadplegingsdocument blijkt immers dat iedere inschrijver minstens 5 op 10 punten moet behalen op het derde beoordelingscriterium. In de hypothese dat de verwerende partij zou zijn overgegaan tot een zorgvuldigere beoordeling, en in de meest verregaande hypothese zoals de tussenkomenende partijen zelf stellen, zouden zij – en mogelijks ook de andere kandidaat-inschrijver – uitgesloten worden van verdere deelname.

In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij zich op het standpunt dat het belang bij dit middelonderdeel moet worden beoordeeld samen met het eerste middelonderdeel. Zij voert daarbij aan dat zij “op geen enkele wijze de intentie had om twee strikte, afsplitsbare en onderscheiden middelonderdelen te ontwikkelen.”

Beoordeling

Eerste middelonderdeel

19. Het auditoraat besluit op grond van de volgende overwegingen dat het eerste middelonderdeel ongegrond is:

“[...]

In het eerste middelonderdeel van het tweede middel laat verzoeker een aantal grieven gelden die de gelijkheid van de verschillende inschrijvers in gedrang zouden brengen.

In het marktraadplegingsdocument zijn drie beoordelingscriteria terug te vinden op basis waarvan de verschillende offertes getoetst zouden worden: (i) de jaarlijkse concessievergoeding (70/100), (ii) de huurprijs voor bergingscapaciteit voor monodeponie voor baggerspecie (20/100) en (iii) een plan van aanpak voor de garantie aan verweerder wat betreft bergingscapaciteit (10/100).

Over het algemeen dient aldus te worden vastgesteld dat deze domeinconcessie door verweerder in concurrentie is gesteld, waarbij een beoordeling van de offertes wordt vooropgesteld op basis van vooraf vastgestelde beoordelingscriteria. Deze aanpak ligt qua methodiek in lijn met de verplichtingen die voortvloeien uit het gelijkheidsbeginsel en de bijbehorende transparantieplichtingen.

Daarbij dient bovendien te worden opgemerkt dat de drie inschrijvers, op basis van de ontvangen informatie, in staat zijn gebleken om een uitgewerkte offerte in te dienen, waarbij ook invulling wordt gegeven aan de drie hierboven vermelde beoordelingscriteria. Uit het administratief dossier volgt bovendien dat verwerende partij tijdens de procedure de verschillende vragen van de geïnteresseerde kandidaten heeft beantwoord omtrent verscheidene aspecten van de domeinconcessie.[...]

Ten slotte volgt ook uit het beoordelingsverslag dat verwerende partij, op basis van de vooropgestelde beoordelingscriteria en andere bepalingen van het marktraadplegingsdocument, de offertes heeft vergeleken en hierbij op gemotiveerde wijze een rangschikking heeft opgemaakt.[...]

Er kan als dusdanig dan ook niet – op basis van het algehele verloop van de procedure – worden gesteld dat verweerder in casu het gelijkheidsbeginsel zou hebben geschonden.

Bovendien dient er nog op vier meer specifieke kritieken van verzoeker te worden gereageerd:

(i) Volgens verzoeker zou het voorwerp van de concessie en andere voorwaarden slechts worden omschreven door middel van een ‘algemene en abstracte formulering’ waarbij er geen ‘verdere indicaties van de exploitatie en dienstverlening’ worden gegeven. Ten eerste dient hier opnieuw opgemerkt te worden dat ondanks deze kritiek verzoekende partij en de andere kandidaten toch in staat waren om een uitgewerkte offerte in te dienen. Bovendien, en ten tweede, moet hierbij worden verwezen naar de bespreking van het eerste middel, waarbij werd aangetoond dat een mate van flexibiliteit bij de exploitatie inherent is aan het gekozen type overeenkomst.

(ii) Ten tweede bekritiseert verzoekende partij dat, door de onzekerheid wat betreft de huur van bergingscapaciteit door verweerder, ook het eerste beoordelingscriterium wat betreft de concessievergoeding onzeker wordt. Hierdoor zou des te meer de objectieve vergelijking van de offertes in gedrang komen. Hierbij dient echter te worden opgemerkt dat, gelet op de vrijheid die kandidaten hadden bij het opstellen van de verschillende elementen (concessievergoeding, huurprijs, plan van aanpak) dit soort van risico-afwegingen konden worden opgevangen en dat het daarbij niet abnormaal is dat tussen de verschillende onderdelen van de offerte er een wisselwerking ontstaat. Bovendien bleek het onzeker karakter qua huur van bergingscapaciteit ook uit het marktraadplegingsdocument – wat niet heeft verhinderd dat meerdere offertes zijn ingediend – en is hiermee ook door verzoekende partij rekening gehouden in haar offerte (zie punt iv).

(iii) Daarnaast wijst verzoeker op de significante verschillen qua aangeboden huurprijzen om opnieuw aan te tonen dat de offertes niet onderling vergelijkbaar zijn. Hierbij haalt zij voornamelijk aan dat – gelet op de onzekerheid die zou bestaan bij de concrete invulling – zij in haar offerte bepaalde aannames en uitgangspunten

heeft moeten hanteren, waarbij zij de vraag stelt of ook de andere offertes voldoende zekerheden bieden en rekening houden met relevante scenario's.

Daarop dient eerst en vooral te worden gereageerd dat een analyse op basis van de algemene beginselen niet inhoudt dat de Raad van State zich in de plaats zou stellen van verwerende partij en daarbij een eigen beoordeling doorvoert van de offertes op basis van de beoordelingscriteria. Als dusdanig blijkt uit het beoordelingsverslag dat verwerende partij is nagegaan of aan de verschillende vereisten is voldaan, waarbij niet blijkt dat er zich schendingen van het gelijkheidsbeginsel hebben voorgedaan.

Wat betreft de vergelijkbaarheid qua prijszetting en prestaties, dient te worden opgemerkt dat in de verscheidene offertes inderdaad bepaalde aannames en garanties kunnen worden teruggevonden (bijv. wat betreft moeilijkheden bij verdere vergunningsprocedures of veranderingen qua milieuwetgeving). Deze zijn niet identiek aan degenen die verzoekende partij voorstelt, maar dit betekent uiteraard niet dat daardoor het gelijkheidsbeginsel automatisch is geschonden. Op basis van de offertes blijkt namelijk niet dat verweerder verplicht ervan had moeten uitgaan dat bepaalde kandidaten de vooropgestelde verplichtingen niet zouden uitvoeren.

Uit het administratief dossier blijkt dan ook niet dat verwerende partij niet op een objectieve wijze de verschillende elementen van de offertes heeft kunnen aftoetsen.

(iv) Ten slotte verwijst verzoekende partij ook naar de onzekerheid die zou hebben bestaan omtrent de 30.000m³ bergingscapaciteit. Hieromtrent stelt zij onder meer het volgende: 'Het aanpassen van het vast volume naar een variabel volume maakte de beoordeling van de offertes aan het derde beoordelingscriterium onmogelijk, aangezien een gelijke en pertinente vergelijkingsbasis ontbreekt.'

Hieromtrent dient te worden opgemerkt dat uit de offerte van verzoekende partij, en ook uit het beoordelingsverslag, blijkt dat er wel degelijk is rekening gehouden bij het opstellen van deze offerte met een variabel volume. In het beoordelingsverslag wordt namelijk volgende passage uit de offerte van verzoeker overgenomen: 'Indien uit te planning blijkt dat [de verwerende partij] minder of meer capaciteit nodig heeft, kan [de verzoekende partij] hun plan hieraan aanpassen.'. Dit toont des te meer aan dat (i) verzoeker wel degelijk weet had van het variabel karakter van het volume alsook (ii) in staat is gebleken om ondanks dit een vergelijkbare offerte in te dienen."

20. De verzoekende partij betwist in haar laatste memorie deze conclusie op grond van de volgende opmerkingen, die evenwel niet tot het gegrond bevinden van het middel leiden.

Vooreerst benadrukt de verzoekende partij dat zij aan de kaak stelt dat er volgens haar "geen rem" staat op de te huren bergingscapaciteit, aangezien het volume van 30.000 m³ louter hypothetisch zou zijn. Hierdoor zouden de kandidaten onvoldoende informatie hebben over het voorwerp van de concessie, wat volgens haar de vergelijkbaarheid van de offertes aantast. De kandidaten zouden de beoordelingscriteria niet op dezelfde wijze hebben geïnterpreteerd, aangezien hun respectieve aannames niet zouden overeenstemmen.

Met dit argument gaat de verzoekende partij evenwel voorbij aan het gegeven dat de verwerende partij duidelijk heeft gecommuniceerd dat het opgegeven volume louter dient om de biedingen onderling te kunnen vergelijken. Het marktraadplegingsdocument stelt immers uitdrukkelijk:

“Teneinde de biedingen onderling met elkaar te kunnen vergelijken, wordt als uitgangspunt genomen dat door/in opdracht van DVW over een duurtijd van 27 jaar jaarlijks 30.000 m³ bergingscapaciteit wordt gehuurd.”

In dezelfde zin is in het verslag van vragen en antwoorden het volgende gesteld:

“De opgegeven volumes zijn louter bestemd om de biedingen met mekaar te vergelijken en zijn hooguit richtinggevend voor eventuele afnames door DVW. [...]”

Aldus toont de verzoekende partij niet aan dat – met dit gegeven in het achterhoofd – het “niet nader bepalen van de omvang van de bergingscapaciteit” ertoe leidt dat de kandidaten onvoldoende feitelijke informatie zouden hebben. Voorts doet, zoals in het auditoraatsverslag reeds is vastgesteld, het loutere feit dat in de offertes aannames zijn opgenomen op zich geen afbreuk aan de vergelijkbaarheid van de offertes; minstens toont de verzoekende partij dit niet aan. Het in de laatste memorie voor het eerst uitgewerkte rekenvoorbeeld omtrent haar aannames betreffende PFAS is niet alleen laattijdig – aangezien niets haar heeft belet dit reeds in het verzoekschrift uit te werken –, maar bevestigt bovendien enkel dat in hoofde van de verzoekende partij een eigen aanname bestond. Daaruit volgt niet zonder meer dat dit afbreuk heeft gedaan aan de vergelijkbaarheid; minstens toont de verzoekende partij dat niet aan. Deze opmerking brengt aldus geen elementen bij die aanleiding zouden geven om af te wijken van het standpunt ingenomen in het auditoraatsverslag.

In een tweede bemerking stelt de verzoekende partij dat zij wel degelijk is uitgegaan van een vast volume en niet van een variabel volume – en dat zij haar huurprijs heeft bepaald op basis van een “bepaald volume, met uitzondering van kleine spelingen” – en handhaaft zij haar standpunt dat zij over onvoldoende informatie beschikte omtrent de te verwachten dienst, zijnde de huur

van de bergingscapaciteit, “hoewel dit nochtans uitermate belangrijk is voor de bepaling van de huurprijs en het bieden van zekerheid”.

Om dezelfde redenen als hierboven uiteengezet, leidt ook deze opmerking niet tot een ander oordeel dan dat vervat in het auditoraatsverslag.

21. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het eerste middelonderdeel ongegrond.

Tweede middelonderdeel

22. Het auditoraat besluit op grond van de volgende overwegingen dat het tweede middelonderdeel niet ontvankelijk is:

“In het tweede middelonderdeel van het tweede middel uit verzoekende partij kritiek op, enerzijds, de wijze waarop het derde gunningscriterium is beoordeeld door verwerende partij, alsook, anderzijds, de manier waarop dit gemotiveerd wordt in het beoordelingsverslag. Daarbij dient dan ook te worden vastgesteld dat verzoekende partij niet stelt dat het criterium als dusdanig onwettig zou zijn, of dat de weging (10/100) ervan niet toelaatbaar zou zijn.

Tussenkomen partijen dienen dan ook te worden gevolgd in hun redenering dat het gegrond verklaren van dit middelonderdeel er niet toe kan leiden dat verzoekende partij als eerste wordt gerangschikt. Hierbij kan worden verwezen naar volgend citaat uit de rechtspraak van de Raad:

‘Nu een herbeoordeling van de offerte van de verzoekende partij, als gevolg van het per hypothese gegrond bevinden van de grieven opgeworpen in het tweede onderdeel, niet leidt tot het overbruggen van het totale puntenverschil tussen de offerte van de gekozen inschrijver en die van de verzoekende partij, heeft de verzoekende partij geen belang meer bij dat onderdeel.[...]’

Verzoekende partij kan bovendien niet gevolgd worden dat, mocht haar grief gegrond worden bevonden, dit zou betekenen dat ‘het marktraadplegingsdocument op zich onwettig is’, waardoor ‘de toewijzing van de concessie aan geen enkele inschrijver had mogen plaatsvinden’. De uitgewerkte argumentatie in dit middelonderdeel betreft, zoals reeds gesteld, niet de wettigheid van het beoordelingscriterium als dusdanig (of zoals beschreven in het marktraadplegingsdocument), maar eerder de toepassing hiervan. Het gegrond bevinden van het middelonderdeel zou aldus niet de volledige procedure vitiëren. Dat verzoeker hierdoor dus de kans zou krijgen om ‘een nieuwe offerte in te dienen’ is niet correct.

Ten slotte, dat in het marktraadplegingsdocument wordt vermeld dat ‘de kandidaat die niet op elk van onderstaande criteria minstens de helft van de punten behaalt, van verdere deelname [kan] worden uitgesloten’, betekent niet dat hierover anders dient te worden geoordeeld. Dit zou namelijk enkel ertoe kunnen leiden dat verzoeker als eerste wordt gerangschikt indien (i) het middelonderdeel gegrond is,

(ii) op basis van een nieuwe evaluatie de oorspronkelijk gekozen inschrijver van een score van 10/10 afdaalt naar een score lager dan 5/10, (iii) verwerende partij hierna van de mogelijkheid gebruik maakt om deze inschrijver te weren en bovendien (iv) verzoeker het verschil met de tweede gerangschikte (9,3/100) bij deze nieuwe beoordeling ook weet te overbruggen of (v) deze tweede gerangschikte kandidaat ook wordt geweerd wegens het niet behalen van de helft van de punten. Dit is een uiterst onzekere en hypothetische mogelijkheid, op basis waarvan verzoeker geen belang bij dit middelonderdeel kan laten gelden.”

23. De verzoekende partij betwist in haar laatste memorie deze conclusie op grond van het argument dat dit middelonderdeel samen moet worden beoordeeld met het eerste middelonderdeel, argumenterend dat zij “op geen enkele wijze de intentie [had] om twee strikt afsplitsbare en onderscheiden middelonderdelen te ontwikkelen”.

Dit standpunt strookt niet met het in het verzoekschrift gehanteerde concept, waarbij de verzoekende partij uitdrukkelijk twee onderscheiden middelonderdelen onderscheidt en ontwikkelt, elk met duidelijk onderscheiden grieven en argumenten. Overigens is het eerste middelonderdeel hiervoor ongegrond bevonden, zodat het standpunt dat het gegrond bevinden ervan zou moeten leiden tot het ontvankelijk verklaren van dit middelonderdeel, hoe dan ook faalt.

24. De Raad van State ziet geen reden om het anders te zien dan het auditoraat en bevindt aldus, na eigen onderzoek, de redenering van het auditoraatsverslag bijvallend, het tweede middelonderdeel niet ontvankelijk.

Conclusie

25. In de mate dat het tweede middel ontvankelijk is, is het ongegrond.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv D.E. en de nv G.D., samen vormend de tijdelijke maatschap D.E. – G.D., tot tussenkomst wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt het beroep.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 24 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

De tussenkommende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 300 euro, elk voor de helft.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, op elf maart tweeduizend zesentwintig, door de Raad van State, XIVE kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Joris Casneuf

Geert Debersaques