

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 117.305 van 20 maart 2003
in de zaak A. 133.952/XII-3794.**

In zake : 1. de NV SPE POWER COMPANY,
 2. de NV ELECTRAWINDS,
 samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaat C. De Wolf,
 kantoor houdende te Maarkedal,
 Etikhovestraat 6

tegen :

het GEMEENTELIJK HAVENBEDRIJF ANTWERPEN,
dat woonplaats kiest bij
advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse,
kantoor houdende te Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkommende partij :

de NV VLEEMO,
die woonplaats kiest bij
advocaat B. Martens,
kantoor houdende te Brussel,
Louizalaan 106.

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Spe Power Company en de NV Electrawinds, samen een tijdelijke handelsvennootschap vormend, op 11 maart 2003 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van verwerende partij dd. 25 februari 2003 [...] om met betrekking tot het dossier 'Windmolenproject in de Antwerpse haven', na beoordeling van de kandidaturen die werden ingediend naar aanleiding van een oproep tot kandidaten van een onderhandelingsprocedure,

(i) de rangschikking vast te stellen als volgt :

1. Vleemo nv
2. Aspirave nv
3. THV Spe Power Company nv - Electrawinds nv;

(ii) aansluitend exclusief onderhandelingen op te starten met belanghebbende partij, als meest gunstig gerangschikte kandidaat;

(iii) bijgevolg geen onderhandelingen op te starten met de TV Spe Power Company nv - Electrawinds nv, behalve indien bij de onderhandelingen met belanghebbende partij en desgevallend met de nv Aspiravi geen akkoord wordt bereikt”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 12 maart 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 18 maart 2003, om 11.00 uur;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten D. D'Hooghe en R. Heijse, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaten B. Martens en A. Verlinden, die verschijnen voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de NV Vleemo met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift heeft gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijkt te halen uit de bestreden beslissing en er belang bij heeft dat de vordering wordt afgewezen; dat haar verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

Overwegende dat de tussenkomende partij een aantal excepties opwerpt die de ontvankelijkheid van de vordering betreffen; dat er te dezen vooralsnog geen noodzaak bestaat om over deze excepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties slechts noodzakelijk zou zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, hetgeen hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

Overwegende dat luidens artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid kan worden besloten onder de drievoudige voorwaarde dat een uiterst dringende noodzakelijkheid voorhanden is, dat ernstige middelen worden aangevoerd die de vernietiging van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de derde voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen omtrent het nadeel betogen hetgeen volgt :

“Opdat uw Raad de schorsing van de tenuitvoerlegging van een bestreden beslissing zou kunnen bevelen, moet een Verzoekende Partij aantonen dat die onmiddellijke tenuitvoerlegging haar een moeilijk te herstellen en ernstig nadeel dreigt te berokkenen.

Die voorwaarde is in voorliggend geval evident vervuld. Immers, wanneer Verwerende Partij overgaat tot het betekenen aan de gekozen kandidaat van de beslissing dat zij een overeenkomst met haar wenst af te sluiten, verliest Verzoekende Partij elke kans op een herstel in natura.

Immers, ingevolge het arrest van de Raad van State nr. 87.983 d.d. 15 juni 2000 kan een schorsingsvordering niet langer enig nuttig gevolg sorteren, indien de gunningsbeslissing betekend is en de overeenkomst bijgevolg ontstaan is. In dergelijk geval is er overeenkomstig voormeld arrest d.d. 15 juni 2000 immers een gebrek aan een moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden beslissingen door uw Raad zal Verzoekende Partij dan ook in de mogelijkheid stellen om de te begeven opdracht alsnog te bekomen en aldus, nog los van de positieve financiële gevolgen, een bijkomende referentie te verwerven voor dit soort opdrachten.

Zoals Verzoekende Partij reeds heeft opgemerkt in haar schrijven d.d. 16 januari 2003 behoort het voorliggende project in het havengebied van Antwerpen waarschijnlijk tot de grootste en tevens windtechnisch meest interessante onshore windmolenparken op het Belgisch grondgebied. In haar hoedanigheid van publieke electriciteitsproducent wenst Verzoekende Partij haar maatschappelijke verantwoordelijkheid t.a.v. het Vlaamse beleid op te nemen en haar voorttrekkersrol op het vlak van hernieuwbare energie in Vlaanderen te bestendigen.

Hierbij staat het dan ook buiten kijf dat het project een zeer belangrijke opportuniteit voor Verzoekende Partij vertegenwoordigt in de realisatie van een dergelijk grootschalig windmolenpark.

Wat betreft Electrawinds, moet worden benadrukt dat het gaat om een familiale holding die gevestigd is en operationeel is vanuit Loppem. Op dit ogenblik beheert zij reeds een belangrijk privaatrechtelijk windenergiepark in Vlaanderen en is mede toonaangevend op het vlak van de ontwikkeling van windenergieprojecten.

Verzoekende Partij heeft er dan ook naar gestreefd om een uitermate competitieve offerte in te dienen, die volledig in overeenstemming was met de randvoorwaarden zoals die door Verwerende Partij waren vastgelegd. Wat betreft de rechten die met het oog op het ontwikkelen van het project, desgevallend bij derden zouden moeten worden betrokken, was Verzoekende Partij zelfs bereid om het risico terzake van de betalingen volledig op zich te

nemen, met als enige bedoeling om conform te blijven met de door Verwerende Partij gestelde randvoorwaarden.

In deze omstandigheden is er dan ook sprake van een kennelijk moeilijk te herstellen ernstig nadeel wanneer Verzoekende Partij, op basis van een beoordeling die kennelijk de wettigheidstoets niet doorstaat, de kans dreigt verloren te zien gaan om mee te dingen naar de ontwikkeling van een windmolenpark in het havengebied van Antwerpen. Dit nadeel is des te ernstiger nu, zoals uit de projectdocumenten blijkt, het project precies tot doel heeft om een globale benadering van de ontwikkeling van windmoleninitiatieven in de Antwerpse regio te bekomen en Verwerende Partij zich hierbij zelfs tot een exclusiviteit verbindt, zoals blijkt uit het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst :

'Het Havenbedrijf engageert zich gedurende de looptijd van het project met geen andere partijen dan X initiatieven te nemen omtrent windenergie in het havengebied op rechteroever'.

In deze omstandigheden kan dan ook moeilijk worden betwist dat de voorliggende opdracht een zeer waardevolle referentie uitmaakt en dat Verzoekende Partij dan ook het recht heeft op een correcte wijze te worden behandeld, met naleving van de bepalingen van het bestek, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel”;

Overwegende dat de bestreden beslissing onder meer luidt als volgt :

“Besluit : met eenparigheid van stemmen;

artikel 1 : geen gevolg te geven aan de voorstellen die na 20 december 2002 zijn overgemaakt;

artikel 2 : om de rangschikking van de kandidaten als volgt vast te leggen :

1. Vleemo nv;

2. Aspiravi nv;

3. SPE Power Company nv - Electrawinds nv;

artikel 3 : over de uitbouw van het project windmolenpark in de haven van Antwerpen te onderhandelen met Vleemo nv, de meest gunstig gerangschikte kandidaat met het oog op de toewijzing en om tot een akkoord te komen over de samenwerkingsovereenkomst die minstens de verbintenissen en het aanbod van financiële vergoedingen die het eindresultaat vormen van de verschillende onderhandelingsrondes, inclusief het aanbod in verband met het project Kabeljauwpolder, moet bevatten;

artikel 4 : opdracht te geven aan de werkgroep om de samenwerkingsovereenkomst verder aan te vullen in samenwerking met AB/CONC en AB/JC :

- de bijzondere concessievoorwaarden voor het terrein van het pilootproject op te maken;

- een ontwerp van kaderovereenkomst op te maken voor de concessie van andere terreinen voor de realisatie van het globaal project;

artikel 5 : de werkgroep te mandateren hierover besprekingen te voeren met Vleemo nv;

artikel 6 : indien er voor een volgende raad van bestuur geen akkoord bereikt wordt, de werkgroep te mandateren om te trachten met de op één na gunstigst gerangschikte kandidaat een akkoord te bereiken over de samenwerkingsovereenkomst. Zo er dan nog geen akkoord tot stand is gekomen, wordt de werkgroep gemandateerd te onderhandelen met de derde gerangschikte kandidaat;”;

Overwegende dat de verzoekende partijen blijkens de door hen gegeven nadeelsbeschrijving nastreven om de partij te zijn die met de verwerende partij de in de bestreden beslissing bedoelde samenwerkingsovereenkomst sluit en het nadeel in essentie leggen in het verlies van “elke” kans op een herstel in natura, indien de verwerende partij aan de gekozen kandidaat de beslissing zou betekenen dat zij met die kandidaat een overeenkomst wenst te sluiten;

Overwegende dat te dezen de bestreden beslissing een rangschikking vastlegt op grond waarvan eerst wordt onderhandeld met de tussenkomende partij (artikelen 2 en 3), voorts, indien met die partij geen overeenkomst wordt bereikt, met de tweede gerangschikte kandidaat en tenslotte “met de derde gerangschikte kandidaat”, meer bepaald met de verzoekende partijen (artikel 6); dat die beslissing dus niet inhoudt dat reeds een kandidaat wordt gekozen om daarmee de overeenkomst te sluiten; dat de onderhandelingen en hun uitkomst er uiteindelijk nog kunnen toe leiden dat het de verzoekende partijen zijn waarmee wordt onderhandeld en waarmee zelfs de overeenkomst wordt gesloten; dat dienvolgens de vaststelling dat “elke kans” op herstel in natura verloren gaat voor de verzoekende partijen bij de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing, niet met de inhoud van die beslissing strookt; dat de verwerende partij door de bestreden beslissing immers nog niet aan enige toewijzing toe is en zeker nog niet aan de betekening van die toewijzing, waardoor een overeenkomst zou kunnen ontstaan; dat aldus niet is aangetoond dat het geschetste nadeel voortvloeit uit de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing; dat de gevraagde schorsing het door de verzoekende partijen geschetste nadeel dan ook niet zou kunnen weren;

Overwegende dat niet voldaan is aan de derde van de voorwaarden gesteld in artikel 17, §§ 1 en 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State die vervuld moeten zijn wil een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid worden toegewezen,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de NV Vleemo in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, elk voor de helft.

De kosten van de tussenkomst in de schorsingsprocedure, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig maart 2003, door :

de H.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.