

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 119.020 van 6 mei 2003
in de zaak A. 135.434/XII-3825.**

In zake : 1. de NV SPE POWER COMPANY,
 2. de NV ELECTRA WINDS,
 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 1060 Brussel,
Henri Wafelaertsstraat 47-51, bus 1.

tussenkommende partijen :

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

DE VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Spe Power Company en de NV Electra Winds op 15 april 2003 hebben ingediend om “de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid, te verzoeken van de beslissing van verwerende partij d.d. 1 april 2003 om met betrekking tot het dossier 'Windmolenproject' in de haven van Antwerpen, aansluitend op de beslissing d.d. 25 februari 2003 [...] houdende het opstarten van exclusieve onderhandelingen met de vennootschap Vleemo nv :

- (i) het samenwerkingsprotocol in het kader van het gebruik van havengebieden met het oog op de uitbouw van een windmolenpark in het havengebied rechteroever Antwerpen tussen het Havenbedrijf en Vleemo nv met tussenkomst van Nuon Nederland nv als borg en Nuon Nelgium nv als tussenkommende partij, goed te keuren;

- (ii) het model van concessieovereenkomst tussen het Havenbedrijf en Vleemo nv met het oog op de ontwikkeling en uitbating van het Project Fase (...) van het windmolenpark voor de productie van elektriciteit uit hernieuwbare energiebronnen in het havengebied rechteroever Antwerpen, ne varietur door partijen te tekenen, goed te keuren”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 16 april 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 25 april 2003, om 11.00 uur, op welke datum de zaak in voortzetting is uitgesteld tot de terechtzitting van 29 april 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 M. Schuurmans, die verschijnen voor de tussenkomende partijen;

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 en de NV Nuon Belgium met een ter terechtzitting neergelegd verzoekschrift van 25 april 2003 hebben gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen; dat zij voordeel blijken te halen uit de bestreden beslissingen en er belang bij hebben dat de vordering wordt afgewezen; dat hun verzoek dienvolgens moet worden ingewilligd;

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 tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partijen een eerste middel steunen op :

“Schending van artikel 24 van de Wet van 24 december 1993; Schending van artikel 123 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken; Schending van artikel 124 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; Schending van artikel 127 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; Schending van artikel 93, § 2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996; Schending van artikel 28 van het Koninklijk Besluit van 26 september 1996”;

dat zij, na deze bepalingen zoals aangehaald te hebben vermeld, voorts de tekst van die bepalingen weergeven en ten slotte in een “toelichting” stellen hetgeen volgt :

“Verwerende Partij dient gekwalificeerd te worden als een aanbestedende overheid zoals bedoeld in artikel 26 van de Wet van 24 december 1993, d.w.z. een publiekrechtelijk rechtspersoon belast met de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling voor vervoerders over de zee of langs de binnenwateren, van zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals.

Echter, in casu moet worden vastgesteld dat het voorwerp van de opdracht, zoals opgenomen in de bestreden beslissing, helemaal geen betrekking heeft op het maatschappelijk doel van Verwerende Partij. Meer nog, zoals Verwerende Partij zelf erkent is zij als gevolg van haar erkenning als distributienetbeheerder voor elektriciteit, niet langer gerechtigd om zelf energie te produceren of op rechtstreekse of onrechtstreekse wijze een deelneming aan te houden in een producent van energie. Precies met dit oogmerk wenst Verwerende Partij de overeenkomsten die het voorwerp uitmaken van de bestreden beslissing, met Belanghebbende Partij af te sluiten.

Verzoekende Partij meent bijgevolg dat in voorliggend geval Verwerende Partij niet gerechtigd is om zich te beroepen op haar statuut, zoals opgenomen in artikel 26 van de Wet van 24 december 1993 nu de door haar gegunde opdracht kennelijk buiten het kader van de door haar uitgeoefende activiteit valt en bovendien wettelijk moet vallen. Of anders uitgedrukt, er kan als dusdanig geen sprake zijn dat in voorliggend geval Verwerende Partij de opdracht gunt in de uitoefening van één van de werkzaamheden omvat door de zogenaamde bijzondere sectoren, zijnde water, energie, vervoer en telecommunicatie.

In die zin is Verwerende Partij dan ook, gegeven de aard van de opdracht, gehouden om de bepalingen van de wetgeving inzake overheidsopdrachten na te leven. Weliswaar kan aangevoerd worden dat, met het oog op de toewijzing van de opdracht, Verwerende Partij niet gebonden was door een specifieke gunningsprocedure. Echter, in het kader van de gunningsprocedure voor een concessie van openbare werken is de aanbestedende overheid, overeenkomstig artikel 127 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, gehouden tot een kwalitatieve selectie waarbij de essentiële principes zoals die zijn vermeld voor wat betreft de selectie- en gunningsprocedures inzake klassieke overheidsopdrachten, moeten worden in acht genomen (Flamme, M.-A., Mathei, Ph., Flamme, Ph., Delvaux, A., Dardenne, Cl., Praktische Commentaar bij de Reglementering van de Overheidsopdrachten, Deel 1A, zesde uitgave, 1996-1997, blz. 1235).

In ieder geval heeft Verzoekende Partij de bekendmakingsregels, zoals die verplicht zijn voorgeschreven door de bepalingen van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996, kennelijk geschonden. Verder moet op grond van artikel 28 van

het Koninklijk Besluit van 26 september 1996 het bestek 'alle noodzakelijke bijzonderheden vermelden' betreffende de concessie alsmede een aantal artikelen als contractuele clausules overnemen.

Uit het administratief dossier blijkt dat Belanghebbende Partij tijdens de gunningsprocedure, haar kandidaatstelling ten gronde en substantieel heeft versterkt door het afsluiten van een kaderovereenkomst met Nuon Belgium nv. Dit betekent dat Belanghebbende Partij tijdens de gunningsprocedure haar kandidaatstelling heeft verbeterd terwijl, overeenkomstig artikel 93, § 2 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 (van toepassing op tijdelijke handelsvennootschappen) de samenstelling van 'geselecteerde kandidaten' niet meer gewijzigd kan worden behoudens andersluidende bepaling in het bestek.

Hoewel als dusdanig Belanghebbende Partij en Nuon Belgium nv en Nuon Nederland nv geen tijdelijke handelsvennootschap vormen, zijn de verbintenissen die m.n. door Nuon Nederland nv worden aangegaan ten aanzien van Verwerende Partij, m.n. een hoofdelijke, onvoorwaardelijke en onherroepelijke borgstelling (zie artikel 17 van het samenwerkingsprotocol) vanuit inhoudelijk oogpunt bijna identiek als in een tijdelijke handelsvennootschap.

Bijgevolg heeft Verzoekende Partij bij het nemen van de bestreden beslissing de op haar rustende verplichting tot gelijke behandeling en tot transparantie geschonden, zoals zij tijdens de gunningsprocedure ten aanzien van alle geïnteresseerden dienden te worden in acht genomen. Deze wettigheidskritiek zal in het tweede middel uitvoerig worden uitgewerkt”;

Overwegende dat bij een annulatiemiddel waarin zes rechtsbepalingen geschonden worden geacht, mag worden verwacht dat duidelijk wordt aangegeven op welke wijze die bepalingen zijn geschonden; dat zulks des te meer geldt in een procedure die strekt tot een schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid; dat te dezen de verzoekende partijen er niet in slagen om meteen duidelijk te maken op welke wijze welke van de bestreden beslissingen welke van de aangevoerde bepalingen schendt en op welke wijze; dat de verzoekende partijen er in het middel in zijn essentie beschouwd, lijken van uit te gaan dat ten onrechte bij het nemen van de bestreden beslissing de regels van de concessie voor openbare werken niet zijn nageleefd; dat zij daarbij naar de schending van “bekendmakingsregels” verwijzen maar niet aangeven welke regels; dat voorts de verzoekende partijen, met toepassing van een door hen als onrechtmatig aangemerkte procedure, in elk geval als de derde van drie kandidaten waren gerangschikt waarmee de verwerende partij de laatste fase van haar onderhandelingen heeft gevoerd; dat het aldus dan ook nog eens niet duidelijk is, in de huidige stand van de procedure, welk voordeel een nietigverklaring of schorsing op grond van het eerste middel de verzoekende partijen zou bijbrengen en dus welk belang zij bij het middel hebben; dat dit alles volstaat om aan het eerste middel het vereiste ernstig karakter te ontzeggen;

Overwegende dat een tweede middel steunt op “schending van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, m.n. het gelijkheidsbeginsel en het

transparantiebeginsel; schending van de rechtsregel “patere legem quam ipse fecisti”; schending van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen”; dat dit middel in vier onderdelen wordt ontwikkeld; dat in een eerste onderdeel (“schending van het eerste criterium ‘professionele bekwaamheid en deskundigheid’”) wordt betoogd dat de tussenkomen- de partij aan dat criterium niet voldeed; dat in het tweede onderdeel (“schending van het criterium ‘financiële draagkracht-continuïteit van het project’”) op analoge wijze wordt geargumenteed; dat in het vierde onderdeel wordt gesteld dat de tussenkomen- de partijen geen “ernstige risico-analyse” hebben voorgelegd; dat elk van deze onderdelen dienvolgens betrekking hebben op vermeende deficiënties in de positie van de tussenkomen- de partijen; dat echter in de eindrangschikking van de kandidaten niet enkel de tussenkomen- de partijen als eerste waren geklasseerd, maar de NV Aspiravi als tweede en de verzoekende partijen pas als derde kandidaat waarmee zou worden onderhandeld; dat in de gegeven omstandigheid, dat de verzoekende partijen geen grieven aanbrengen tegen de kandidatuur van NV Aspiravi en haar rangschikking, de verzoekende partijen er geen belang lijken bij te hebben een nietigverklaring en dienvolgens een schorsing te verkrijgen betreffende de bestreden beslissingen op grond van die middelonderdelen; dat zulks er immers op het eerste gezicht toe zou leiden dat de onderhandelingen niet met de verzoekende partijen, maar met de NV Aspiravi zouden moeten worden gevoerd;

Overwegende dat in een derde onderdeel van het tweede middel de verzoekende partijen het criterium “financiële vergoeding” geschonden achten; dat in dit uitvoerig uitgewerkt onderdeel de verzoekende partijen niet meteen de wijze beschrijven waarop de bestreden beslissingen het voormelde criterium zouden hebben geschonden, maar vooreerst een deel van de historiek van de onderhandelingen hernemen en op grond van cijfermatige berekeningen stellen dat zij op 15 november 2002 de hoogste vergoeding aan de verwerende partij boden; dat zij voorts betogen, bij e-mail van 18 december 2002 een financiële analyse te hebben ontvangen opgesteld door NV Deloitte & Touche Management Solutions waarbij als eerste gehanteerde assumptie wordt gesteld “Al deze molens kunnen op gronden in eigendom van het Havengebied geplaatst worden of op in concessie gegeven gronden waarvoor het havenbedrijf niet dient te betalen aan concessiehouder”; dat de verzoekende partijen daarbij opmerken dat bij de financiële beoordeling aldus plots zonder enige toelichting of motivering de gronden die eigendom zijn van derden buiten beschouwing worden gelaten, met afwijking van de inhoud van het eigen criterium en dat verzoekende partijen juist een heel specifiek plan van vergoedingen

hadden ontwikkeld dat van toepassing was zowel op gronden in eigendom van de verwerende partij als op gronden die dit niet waren; dat de verzoekende partijen dan verwijzen naar de beslissing van 25 februari 2003 van de verwerende partij en haar nota in een voorgaande schorsingsprocedure waaruit volgens de verzoekende partijen blijkt dat die wijziging uitdrukkelijk is erkend door de verwerende partij, en dient om de biedingen vergelijkbaar te maken; dat op dat punt in hun betoog aangekomen, de verzoekende partijen stellen een aantal “kritische bedenkingen c.q. wettigheidskritieken” te willen maken bij de laatstgenoemde motivering; dat zij vervolgen met de verklaring zich te kunnen vinden “in de overweging dat het moeten instaan voor de beschikbaarheid van terreinen die in eigendom toebehoren aan derden een 'belangrijke onzekere factor' vormt”; dat zij dan de offertes van 20 december 2002 herberekenen en tot de vaststelling komen dat zij, “met de assumpties van Deloitte & Touche, maar rekening houdend met alle terreinen in het havengebied, dus ook de terreinen die niet in eigendom zijn van verwerende partij, nog steeds het hoogste bod heeft uitgebracht”; dat de verzoekende partijen dan aanvoeren : “de essentiële wettigheidskritiek die [...] ten aanzien van de bestreden beslissing kan worden geuit, zit evenwel verrat in de regeling met betrekking tot de Kabeljauwpolder”; dat daarbij wordt uiteengezet dat in de uiteindelijke overeenkomst bepalingen zijn opgenomen omtrent de vergoedingen die zullen worden toegekend ingeval turbines op die terreinen zullen worden geplaatst, die niet aan het havenbedrijf toebehoren; dat zij vervolgens nog kritische beschouwingen wijden aan de “successfee” die zal worden betaald indien de noodzakelijke vergunningen voor de plaatsing van minimaal tien windmolens op de Kabeljauwpolder worden verkregen;

Overwegende dat, wat de selectieronde betreft die doorgang vond met de drie voornoemde kandidaten en waarbij een beroep werd gedaan op een extern financieel deskundige, de verwerende partij stelt dat op een vergadering van 13 december 2002 de drie betrokken kandidaten voor het eerst op de hoogte werden gebracht van de assumpties op grond waarvan hun financieel bod zou worden beoordeeld; dat volgens de verwerende partij vervolgens “besloten [werd] om de kandidaten een laatste maal uit te nodigen voor een toelichting op 20 december [2002]”, waarbij hun de kans zou worden geboden “om in functie van de hen meegedeelde assumpties hun bod te optimaliseren” hetgeen in een e-mail van 18 december 2003, gericht aan de drie kandidaten is vermeld; dat de verwerende partij betreffende de vergadering van 20 december 2002 in haar nota vaststelt wat volgt :

“Op de vergadering van 20 december 2002 bevestigt iedere kandidaat kennis te hebben genomen van de samenvatting van hun eerder geformuleerd financieel bod en van de assumpties op grond waarvan de biedingen zullen geëvalueerd worden. Tevens bevestigen ze een geoptimaliseerd bod te doen : zij wijzigen allen een aspect van de offerte (zie stuk 12) :

- [...]

- SPE/Electrawinds bevestigt de variabele vergoeding op te trekken tot 10 % van de opbrengst van de groenestroomcertificaten voor de laatste 10 werkingsjaren. Zij gaat akkoord met de principes opgenomen in het ontwerp van samenwerkingsovereenkomst. Zij verwijst evenwel naar haar offerte van 13 juni 2002 waarbij het onderscheid op welke gronden de turbines geplaatst worden van belang is. Voor turbines die geplaatst worden op gronden die aan derden toebehoren, komt de voorgestelde variabele vergoeding immers integraal aan het Havenbedrijf toe omdat SPE de onderhandelingen met de derde zal voeren voor het bekomen van de concessie. De vergoeding die hiervoor aan de concessiegever moet worden betaald zal SPE integraal ten laste nemen (stuk 12, p 10, eerste paragraaf). Daarentegen zal [...] de vaste jaarlijkse vergoeding ten voordele van het Havenbedrijf komen te vervallen (zie stuk 12, p 8, antwoord op de vragen) De werkgroep herhaalt in duidelijke bewoordingen dat het havenbedrijf zich bij de beoordeling zal baseren op de totale enveloppe die door de kandidaten potentieel beschikbaar wordt gesteld als werden alle turbines op gronden in eigendom van het havenbedrijf geplaatst (stuk 12, p 10).

De kandidaat wenst zijn aanbieding zoals voorgelegd te handhaven, voorbehoud te maken bij de gehanteerde assumpties en te benadrukken dat buiten de aangeboden vergoedingen de kandidaat het voordeel heeft dat in onderhandelingen met derden overige commerciële aanbiedingen inzake stroomlevering in overweging kunnen genomen worden (stuk 12, p 10, laatste paragraaf).”;

dat de verzoekende partijen bij die vergadering de volgende commentaar geven :

“Op 20 december 2002 is de vergadering doorgegaan, doch hierbij heeft verzoekende partij vastgesteld dat verwerende partij eenzijdig de invulling van het vijfde gunningscriterium, m.n. de financiële vergoeding, wezenlijk had gewijzigd. In een schrijven d.d. 6 januari 2003 (stuk 10) en 16 januari 2003 (stuk 11) heeft verzoekende partij deze handelswijze aangeklaagd en er tevens op aangedrongen dat aan de inschrijvers alsnog de mogelijkheid zou worden gegeven om het financiële luik van hun offerte aan te passen, waarbij in concreto reeds door verzoekende partij betere financiële voorwaarden werden voorgesteld”;

Overwegende, vooreerst, dat de verzoekende partijen zelf het in rekening brengen van de voornoemde Kabeljauwpolder als hun “essentiële” wettigheidskritiek aanmerken; dat echter dit gegeven enkel bij de beoordeling van de bieding van de tussenkomende partijen tussenkomt; dat echter zoals reeds hoger is vastgesteld, NV Aspiravi en niet de verzoekende partijen de tweede gerangschikte kandidaat is waarmee zou moeten worden onderhandeld; dat dienvolgens, nu de verzoekende partijen geen grieven aanbrengen tegen de kandidatuur van NV Aspiravi en haar rangschikking, de verzoekende partijen er geen belang lijken bij te hebben de

nietigverklaring en dienvolgens de gevraagde schorsing te verkrijgen betreffende de bestreden beslissingen op grond van dit gegeven van het middelonderdeel, dat volgens de verzoekende partijen de essentiële wettigheidskritiek is; dat voorts op 20 december 2002 de verzoekende partijen de kans hadden om, zoals de twee andere kandidaten, op grond van de meer vernoemde assumpties waarvan zij niet betwisten dat zij hun bekend waren, een aangepast financieel voorstel te doen; dat zij echter verkozen zich gedeeltelijk buiten die assumpties te plaatsen hoewel zij terzelfdertijd verklaren zich er te kunnen in vinden; dat ten slotte, in de huidige stand van het geding, er mag worden van uitgegaan dat pas vanaf 20 december 2002 de definitieve beoordelingsregels voor het financieel aspect van de biedingen vastgelegd werden; dat deze regels aan de drie kandidaten gelijktijdig lijken te zijn bekendgemaakt en niet is aangetoond dat de drie kandidaten bij het afwegen van hun biedingen aan het financieel criterium ongelijk zouden zijn behandeld; dat in die omstandigheden ook in het derde onderdeel van het middel en in verband met de toetsing aan het financieel criterium, de schendingen van de in het middel aangevoerde rechtsregels niet lijken aangetoond; dat het tweede middel in zijn geheel niet ernstig is;

Overwegende dat geen van de aangevoerde middelen ernstig is;

Overwegende dat niet voldaan is aan 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 en de NV Nuon Belgium 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 250 euro, komen ten laste van de tussenkomende partijen, elk voor de helft.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op zes mei 2003, door :

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

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.