

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.593 van 20 augustus 2009
in de zaak A. 101.947/XII-3001.**

In zake : de NV ECOWATT,
die woonplaats kiest bij
advocaat P. Mallien,
kantoor houdende te Antwerpen,
Meir 24.

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat D. D'Hooghe,
kantoor houdende te 1000 Brussel,
Loksumstraat 25.

tussenkomen de partijen :

1. de CVBA WEST-VLAAMSCHE ELEKTRICITEITS-
MAATSCHAPPIJ,
 2. de NV SPE,
 3. de NV VLAAMSE MILIEUHOLDING,
- samen vormend de tijdelijke vereniging Waterkracht Oudenaarde,
die woonplaats kiezen bij
advocaat C. De Wolf,
kantoor houdende te Maarkedal,
Etikhovestraat 6.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Ecowatt op 19 maart 2001 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “de gunningsbeslissing van de Minister-Vice President van de Vlaamse Regering, Vlaams Minister van Mobiliteit, openbare Werken en Energie, [...] d.d. 15 december 2000 betreffende de onderhandelingsprocedure voor concessie voor openbare werken, bestek nr. 16EGKO/00/05 voor het bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale ter hoogte van de nieuw te bouwen stuwen op de Bovenschelde te Oudenaarde”;

Gezien het verzoekschrift tot tussenkomst van 14 juni 2001;

Gelet op de beschikking van 19 juni 2001 die de tussenkomst van de cvba West-Vlaamsche Elektriciteitsmaatschappij, de nv SPE en de nv Vlaamse

Milieuholding, samen vormend de tijdelijke vereniging Waterkracht Oudenaarde toelaat;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 9 november 2004 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 11 mei 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 9 juni 2009;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. De Coninck, die loco advocaat P. Malliën verschijnt voor verzoekende partij, van advocaat N. Kiekens, die loco advocaat D. D'Hooghe verschijnt voor verwerende partij, en van advocaat C. De Wolf, die verschijnt voor tussenkomende partijen;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De gegevens van de zaak

1. Verwerende partij besluit, blijkens een op 12 november 1999 in het Bulletin der Aanbestedingen gepubliceerde oproep tot kandidaten, om “een concessie van openbare werken te verlenen aan een onderneming of aan een vereniging van ondernemingen die zich verbonden hebben om de concessie te bekomen” voor het ontwerpen, de bouw, de financiering en de exploitatie van een

waterkrachtcentrale ter hoogte van een nieuw te bouwen stuw op de Bovenschelde te Oudenaarde.

2. Twee kandidaturen worden ontvangen: deze van verzoekende partij en deze van tussenkomende partijen. Op 25 februari 2000 beslist verwerende partij om de beide kandidaten te selecteren “om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure voor het afsluiten van de concessieovereenkomst”.

Met een aangetekend schrijven van 9 augustus 2000 zendt verwerende partij een exemplaar van het bestek aan de beide kandidaten.

3. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria :

“1. De technische, ecologische en landschappelijke aanpak voor het zorgvuldig inpassen van de in concessie te geven mini-waterkrachtcentrale in het totale ontwerp voor het vernieuwen en ontdebelen van de stuw te Oudenaarde. De bijzondere aandacht van de beoordelingscommissie zal hierbij uitgaan naar het optimaal functioneren van de ontworpen visnevengeul in relatie met de op te richten mini-waterkrachtcentrale (de vismigratie moet in opwaartse richting optimaal geleid worden naar de voorziene lokstroom van de visnevengeul en in afwaartse richting optimaal beveiligd worden tegen de aanzuiging naar de turbinekamer). Tevens zal er aandacht besteed worden aan de vereisten en aspecten inzake waterstromingen, turbulentie, veiligheid, zwerfvuilverwijdering en milieuvriendelijkheid.

Aangezien dit criterium voor 40% van het totaal in aanmerking komt, zal de beoordelingscommissie een waardecijfer toekennen van 0 tot 40.

[...]

2. De hoeveelheid jaarlijk opgewekte energie in kWh, die door het voorgestelde ontwerp van energiewinning, door de concessiehouder gegarandeerd wordt;

Aangezien dit criterium voor 40% van het totaal in aanmerking komt, zal de beoordelingscommissie een waardecijfer toekennen van 0 tot 40.

[...]

3. De aangeboden ‘variabele retributie’ als fractie van de maximale retributie ter waarde van 1 BEF per kWh door de concessiehouder te storten in het Fonds voor Hernieuwbare Energie.

Aangezien dit criterium voor 20% van het totaal in aanmerking komt, zal de beoordelingscommissie een waardecijfer toekennen van 0 tot 20”.

Voorts bepaalt het bestek nog :

“De concessieovereenkomst zal uiteindelijk afgesloten worden met de kandidaat wiens inschrijving, rekening houdend met voornoemde criteria en na eventuele onderhandelingen, door de aanbestedende overheid als voordeligste wordt beoordeeld”.

4. Op 6 oktober 2000 dienen zowel verzoekende partij als tussenkomende partijen een inschrijving in. De inschrijving van verzoekende partij bevat naast een basisofferte ook twee varianten.

5. Een door verwerende partij samengestelde beoordelingscommissie maakt op 15 november 2000 een rapport op waarin de offertes aan de gunningscriteria worden getoetst. De offertes worden als volgt gerangschikt :

	Offerte	Behaald op 40 voor gunnings-criterium 1: technische ecologische en landschappelijke aanpak	Behaald op 40 voor gunnings-criterium 2: hoeveelheid jaarlijks opgewekte energie	Behaald op 20 voor gunnings-criterium 3 aangeboden variabele retributie	Behaald op 100 voor alle gunnings-criteria
1	Offerte TVWO	30	40	20	90
2	Basisofferte Ecowatt N.V.	30	29.40	0.15	60
3	Variante 1 Ecowatt N.V.	30	25.50	0.13	56
4	Variante 2 Ecowatt N.V.	30	28.15	0.14	28

Voor het onderdeel “ecologische waarde” van gunningscriterium 1 krijgt verzoekende partij 16 op 20, tussenkomende partij 14 op 20.

Vervolgens stelt de beoordelingscommissie aan de bevoegde minister voor om, “gelet op de rangschikking van de offertes”, “de concessieovereenkomst te sluiten met de TV Waterkracht Oudenaarde”.

6. Op 15 december 2000 besluit de bevoegde minister, “gelet op het rapport van de beoordelingscommissie van 20 november 2000, dat als bijlage bij deze beslissing is gevoegd en er integrerend deel van uitmaakt”, om “de concessie voor openbare werken voor het bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale ter hoogte van de nieuw te bouwen stuwen op de Boven-Schelde te Oudenaarde [toe te kennen] aan de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Oudenaarde”. Dit is de bestreden beslissing.

7. Verwerende partij brengt verzoekende partij met een brief van 15 januari 2001 op de hoogte van deze beslissing.

8. Bij aangetekend schrijven van 25 januari 2001 vraagt verzoekende partij aan verwerende partij om “de gemotiveerde beslissing over te maken overeenkomstig het artikel 25 van het KB van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken”.

Met een tweede aangetekend schrijven, eveneens van 25 januari 2001, vraagt verzoekende partij aan verwerende partij om haar “in het kader van artikel 7 van het Vlaamse decreet van 18 mei 1999 betreffende de openbaarheid van bestuur” de volledige inschrijving van tussenkomende partijen alsook alle latere briefwisseling met laatstgenoemde toe te zenden.

9. Verwerende partij stuurt de gemotiveerde toewijzingsbeslissing aan verzoekende partij met een brief van 2 februari 2001. Een kopie van de offerte van tussenkomende partijen en van het rapport van de beoordelingscommissie wordt evenwel geweigerd.

10. Op 13 februari 2001 gaat verzoekende partij, overeenkomstig artikel 14 van het voornoemde decreet, tegen deze weigering in beroep bij de administratie Kanselarij en Voorlichting.

11. Op 14 maart 2001 wordt dit beroep afgewezen.

12. Het voorliggende annulatieberoep wordt ingesteld op 19 maart 2001.

13. Op 14 mei 2001 wordt een annulatieberoep bij de Raad van State ingesteld tegen de beslissing van de administratie Kanselarij en Voorlichting van 14 maart 2001.

In een eerste arrest van de Raad van State, nr. 146.481 van 23 juni 2005, wordt vastgesteld dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep in de mate dat dit gericht is tegen de weigering om het rapport van de beoordelingscommissie over te leggen, nu “de verzoekende partij niet betwist over de volledige tekst van dit stuk te beschikken door de neerlegging ervan in het administratief dossier van de zaak A. 101.947/XII-3001”, zijnde de huidige zaak. Voorts worden de debatten heropend.

Op 27 april 2006 volgt het arrest van de Raad van State nr. 157.990, waarbij de beslissing van de administratie Kanselarij en Voorlichting van 13 februari 2001 wordt vernietigd, “in zoverre deze beslissing de offerte van de tijdelijke vereniging Waterkracht Oudenaarde betreft”.

De gegrondheid van het beroep

14. In een *eerste middel* voert verzoekende partij de schending aan van “art. 17, 24 en 25 van de Wet d.d. 24 december 1993 inzake overheidsopdrachten, artikel 131 van het K.B. ‘nr. 1’ d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het gelijkheidsbeginsel (art. 11-12 gecoörd. G.W.), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel”. Zij onderbouwt dit middel als volgt :

“Doordat : De offerte van de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Oudenaarde als onregelmatig afgewezen had dienen te worden, wegens het niet voldoen aan het eerste gunningscriterium, met name het realiseren van een optimale visbescherming. Rekening houdend met het feit dat maatregelen met betrekking tot vismigratie bepaalde investeringen aan infrastructuur vergen die kostenverhogend zijn impliceerde deze niet-conformiteit met het eerste gunningscriterium de mogelijkheid voor de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Oudenaarde om een hogere variabele retributie voor te stellen (derde gunningscriterium) waardoor de offertes niet meer vergelijkbaar zijn.

Terwijl : Deze offerte integendeel als meest voordelige weerhouden werd door de gunningsbeslissing”.

Dit middel wordt nader uitgewerkt in de memorie van wederantwoord, na inzage door verzoekende partij van het administratief dossier. Verzoekende partij bekritiseert de toetsing van de offertes aan de drie gunningscriteria waarbij voornamelijk kritiek wordt geleverd op de beoordeling van het eerste gunningscriterium met betrekking tot de opwaartse en afwaartse vismigratie. Voorts geeft verzoekende partij opmerkingen over de negatieve beoordeling van haar inschrijving wat zwerfvuilproblematiek en veiligheid betreft en over de -te- positieve beoordeling van de inschrijving van tussenkomende partij wat de landschappelijke inplanting betreft.

15. In het auditorsverslag wordt het eerste middel deels onontvankelijk, deels ongegrond bevonden. In haar laatste memorie komt verzoekende partij enkel nog terug op de beoordeling van de offertes aan de hand van het eerste gunningscriterium en op de betrokken problematiek rond de vismigratie. Dienvolgens wordt verzoekende partij geacht enkel nog aan te dringen op het aldus beperkte eerste middel waaromtrent zij in de laatste memorie specificeert :

“De offerte van de tussenkomende partijen gaat er van uit dat bij de afwaartse vismigratie ‘onmiddellijke en uitgestelde mortaliteit omwille van de turbine niet uit te sluiten is’.

Om dit probleem te omzeilen stelt tussenkomende partij voor om een studie uit te voeren ‘om de meest geschikte beschermingstechnieken te bepalen, aangepast aan de te verwachten vissoorten op de Boven-Schelde, en dit volgens het alaraprincede en om geschikte vissoorten uit te zetten’.

Dit is niet aanvaardbaar met het duidelijk gunningscriterium: het optimaal functioneren van de ontworpen visnevengeul in relatie met de op te richten mini waterkrachtcentrale”.

Volgens verzoekende partij bestaat “het optimaal beveiligen van de vismigratie tegen de aanzuiging naar de binnenkoker [...] erin om de maximale stroomsnelheid te beperken”. Uit de in opdracht van verwerende partij uitgevoerde studie “Boven-Schelde. Ontwerp vistrappen en nevengeulen als vispassages voor de stuwen te Asper, Oudenaarde en Kerkhoven” blijkt volgens verzoekende partij dat “het optimaal functioneren van de ontwerp visnevengeul vereist dat de maximale stroomsnelheid zou beperkt worden tot 0,5 m/s”. Hieruit leidt verzoekende partij vervolgens af dat de toetsing van de offertes aan het eerste gunningscriterium veronderstelt dat “men op zijn minst gaat rekening houden met de door de overheid

zelf vastgestelde maximale stroomsnelheid van 0,5 m/s, onverminderd of dit nu al dan niet in het bestek is opgenomen”.

Beoordeling

16. Uit het rapport van de beoordelingscommissie blijkt dat de “ecologische aanpak”, als onderdeel van het eerste gunningscriterium “de technische, ecologische en landschappelijke aanpak”, wordt gequoteerd op 20 punten. De offerte van tussenkomende partijen krijgt 14 punten op 20 toebedeeld, de basisofferte en de beide varianten van verzoekende partij scoren 16 op 20. Deze laatste quotering wordt als volgt gemotiveerd :

“In vergelijking met de offerte van TVWO zijn de offerte en de varianten van N.V. Ecowatt op ecologisch vlak iets minder gunstig inzake de opwaartse vismigratie omdat de uitstroomsnelheid van de turbines bij de ontwerpen van de N.V. Ecowatt iets groter is. Het ontbreken van voorstellen voor eventuele aanplantingen wordt ook als minder gunstig beschouwd, evenals het niet verwijderen van het zwerfvuil. Daartegenover staat dat de offerte en de varianten van N.V. Ecowatt op het vlak van de ecologie bijzonder veel aandacht besteden aan de afwaartse vismigratie. Voornamelijk omwille van de laatstgenoemde omschrijving worden de offerte en de varianten van N.V. Ecowatt door de commissie 2 punten hoger gequoteerd dan de offerte van de TVWO”.

Deze beoordeling door verwerende partij blijkt niet onzorgvuldig te zijn. Verzoekende partij lijkt een overdreven groot belang te hechten aan één element van één onderdeel van het eerste gunningscriterium, met name de afwaartse vismigratie. Voorts eist het bestek geen stroomsnelheid van lager dan 0,5 m per seconde. Ten slotte worden de opmerkingen betreffende zwerfvuil, veiligheid en landschappelijke inplanting in het auditorsverslag loutere beweringen genoemd die door niets worden gestaafd en waarmee “de Raad van State weinig of niets aankan”. Verzoekende partij toont niet de onjuistheid hiervan aan, door alleen maar te reageren, in haar laatste memorie, dat het “geenszins opmerkingen [betreft] waarmee de Raad van State weinig of niets aankan”.

Hoe dan ook volgt uit het puntenverschil dat een eventuele lagere quotering van de offerte van tussenkomende partijen voor “ecologische aanpak” niet tot gevolg zou kunnen hebben dat de concessie aan verzoekende partij dient te worden toegewezen, vermits zelfs een nul-score voor tussenkomende partijen op het onderdeel “ecologische aanpak” hoogstens tot een puntenverschil van 14 punten zou kunnen leiden, terwijl de offerte van tussenkomende partijen 90 punten ontving,

tegenover de best geklasseerde basisofferte van verzoekende partij, die 60 punten toebedeeld kreeg. Dienvolgens heeft de verzoekende partij zelfs geen belang bij dit middel.

Het middel wordt niet aanvaard.

17. Verzoekende partij werpt in een *tweede middel* de schending op van “artikel 47 van de Vennootschappenwet juncto artikel 121, 127 en 16 tot en met 20 van het K.B. ‘nr. 1’ d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, en van het gelijkheidsbeginsel juncto de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder de zorgvuldigheidsplicht”.

Verzoekende partij stelt daartoe vast dat de door tussenkomende partijen gevormde tijdelijke vereniging in weerwil van het verbod neergelegd in het voormelde artikel 47 “wel degelijk een gemeenschappelijke naam voert”. Voorts stelt zij in vraag of “het louter exploiteren van een concessie wel onder de noemer ‘bepaalde handelsverrichting’” valt. Ook stelt verzoekende partij nog dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden doordat verwerende partij “het bovenvermelde over het hoofd [heeft] gezien” en tussenkomende partijen desondanks toch heeft “weerhouden als kandidaat”.

In haar laatste memorie stelt verzoekende partij dat het middel als volgt moet worden “herschreven” : “schending van art. 47 van de Vennootschappenwet, juncto art. 127 van het KB nr. 1 dd. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, alsmede het gelijkheidsbeginsel juncto de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder de zorgvuldigheidsplicht”.

Het aldus beperkte middel is niet ontvankelijk, in zoverre het steunt op de schending van het voormelde artikel 47. Op het ogenblik dat de bestreden beslissing werd genomen, was het Wetboek van vennootschappen met inbegrip van die bepaling nog niet van toepassing : pas op 6 februari 2001 trad dit wetboek in werking.

Voorts kan de kritiek van verzoekende partij betreffende de fictieve gemeenschappelijke naam niet worden betrokken op het geschonden geachte artikel 127 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, luidend als volgt :

“de aanbestedende overheid selecteert de kandidaten op grond van de inlichtingen betreffende de persoonlijke toestand van de kandidaten en van de inlichtingen en de documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de voorwaarden op financieel, economisch en technisch vlak waaraan ze moeten voldoen”.

Uit hetgeen voorafgaat volgt voorts dat niet wordt ingezien op welke wijze de bestreden beslissing het gelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel zou schenden.

Het middel wordt niet aanvaard.

18. Verzoekende partij steunt een *derde middel* op de schending van “de wet betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen d.d. 29 juli 1991 in het bijzonder van artikel 3, [...] van artikel 25 van het K.B. ‘nr. 1’ d.d. 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken en het decreet openbaarheid bestuurshandelingen d.d. 18 mei 1999”. Zij doet hiertoe gelden :

“Doordat : De bestreden beslissing verwijst enkel naar het verslag van de beoordelingscommissie, zonder de motieven van dit verslag te herhalen.

Terwijl : Dit verslag geenszins bij de beslissing gevoegd was, ondanks de uitdrukkelijke vraag van verzoekster om er kennis van te krijgen”.

Dit middel wordt aangebracht in twee onderdelen. In het eerste middelonderdeel stelt verzoekende partij dat hoewel de bestreden beslissing uitdrukkelijk verwijst naar het rapport van de beoordelingscommissie, dit rapport niet bij deze beslissing werd gevoegd. Verzoekende partij voegt hier nog aan toe dat “haar belangen schade [...] eventueel verholpen [kan] worden door latere inzage in het administratief dossier en het doen gelden van nieuwe of aanvullende middelen, waarvoor voorbehoud”.

In het tweede middelonderdeel verwijst verzoekende partij naar het hiervoor vermelde annulatieberoep dat zij heeft ingesteld tegen de beslissing van de administratie Kanselarij en Voorlichting van 14 maart 2001 en het recht dat zij heeft om afschrift te ontvangen van het verslag van de beoordelingscommissie.

19. Te dezen werd het kwestieuze rapport door verwerende partij neergelegd als stuk 10 van het administratief dossier. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij “dat zij intussen door de inzage van het administratief dossier kennis gekregen [heeft] van het bewuste beoordelingsverslag”. Dienvolgens moet de door haar geleden belangenschade zoals zij deze in het inleidend verzoekschrift zelf heeft bepaald, als verholpen worden beschouwd. Aldus is ze zonder belang bij het eerste onderdeel van het middel.

20. Wat het tweede onderdeel betreft dient met verwerende partij te worden vastgesteld dat “het tweede onderdeel van het derde middel [...] niet gericht [is] tegen de beslissing die met onderhavig beroep wordt bestreden”, nu dit onderdeel gericht is tegen de beslissing van de administratie Kanselarij en Voorlichting van 14 maart 2001.

Ook het tweede onderdeel van het derde middel is niet ontvankelijk.

**OM DIE REDENEN
BESLIST DE RAAD VAN STATE :**

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep tot nietigverklaring, bepaald op 173,53 euro, komen ten laste van verzoekende partij.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 371,85 euro, komen ten laste van tussenkomende partijen, elk voor een derde.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op
twintig augustus 2009, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.