

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 206.351 van 1 juli 2010
in de zaak A. 112.969/XII-3347**

In zake : de NV ECOWATT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Pascal Mallien
kantoor houdend te Antwerpen
Meir 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

het VLAAMSE GEWEST
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten David D'Hooghe en Leopold Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tussenkommende partijen :

1. de CVBA WEST-VLAAMSE ELEKTRICITEITS-
MAATSCHAPPIJ
 2. de NV SPE
 3. de NV VLAAMSE MILIEUHOLDING
- samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap Waterkracht
Bovenshelde
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 19 november 2001, strekt tot de nietigverklaring van “de gunningsbeslissing van de Minister-Vice President van de Vlaamse regering, Vlaams Minister van Mobiliteit, openbare Werken en Energie, [...] d.d. 5 september 2001 betreffende de onderhandelingsprocedure voor concessie voor openbare werken, bestek nr. 16EGKO/01/10 voor het bouwen en exploiteren van een waterkrachtcentrale ter hoogte van de nieuw te bouwen stuwen op de Bovenshelde te Asper”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Gelet op het arrest nr. 198.247 van 26 november 2009 waarbij de debatten worden heropend en de terechtzitting bepaald wordt op 19 januari 2010;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat Jeroen De Coninck, die loco advocaat Pascal Mallien verschijnt voor de verzoekende partij, van advocaat Nathanaëlle Kiekens, die loco advocaat David D’Hooghe verschijnt voor de verwerende partij, en van advocaat Carlos De Wolf, die verschijnt voor de 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 :

III. Feiten

3. Verwerende partij besluit, blijkens een op 15 september 2000 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 Asper.

4. Drie kandidaturen worden ontvangen: deze van verzoekende partij, deze van tussenkomende partijen en deze van de nv Besix. Op 19 december 2000 beslist verwerende partij om verzoekende partij en tussenkomende partijen te selecteren “om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure voor het afsluiten van de concessieovereenkomst”. Daarnaast wordt vastgesteld dat de nv Besix haar kandidatuur heeft ingetrokken bij brief van 7 november 2000.

Met een aangetekend schrijven van 26 maart 2001 stuurt verwerende partij een exemplaar van het bestek aan de beide kandidaten.

5. Het bestek vermeldt de volgende gunningscriteria:

“1. De technische, ecologische en landschappelijke aanpak voor het zorgvuldig inpassen van de in concessie te geven miniwaterkrachtcentrale in het totale ontwerp voor het vernieuwen en ontdebellen van de stuw te Asper. De bijzondere aandacht van de beoordelingscommissie zal hierbij uitgaan naar het optimaal functioneren van de ontworpen visnevengeul in relatie met de op te richten miniwaterkrachtcentrale (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 en wel als volgt:

De ecologische aanpak, waarbij de milieuvriendelijkheid en de zwerfvuilverwijdering in het algemeen en het optimaal functioneren van de visnevengeul in het bijzonder, als zeer belangrijk wordt aanzien, wordt gequoteerd op 20 punten.

Voor de technische aanpak enerzijds (inplanting van de ontworpen constructies en consequenties voor de waterstromingen en -turbulenties, de voorgestelde turbine, de elektromechanische uitrusting, de veiligheid met o.m. de afstandsbeveiliging) en voor de landschappelijke aanpak anderzijds (met name de visie i.v.m. de inpassing en de integratie van de miniwaterkrachtcentrale in het landschap) zal telkens een waardecijfer tussen 0 tot 10 worden toegekend. (Zowel de technische als de landschappelijke aanpak worden bijgevolg gequoteerd op 10 punten).

[...]

2. De hoeveelheid jaarlijks 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 totaal aangeboden ‘variabele retributie’ zijnde het bedrag in BEF per kWh geproduceerde nuttige energie (€cent per kWh) dat de concessiehouder zal storten in het Fonds voor Hernieuwbare Energie vermenigvuldigd met de verwachte energieopbrengst.

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”.

De uiterste datum voor het indienen van de offertes is 11 mei 2001.

6. Verwerende partij richt op 12 april 2001 een schrijven aan verzoekende partij en tussenkomende partijen waarbij de kandidaten het volgende wordt meegedeeld:

“De volgende tekst van het 3e gunningscriterium op blz 7 van het bestek wordt opgeheven

3. De totaal aangeboden ‘variabele retributie’ zijnde het bedrag in BEF per kWh geproduceerde nuttige energie (€cent per kWh) dat de concessiehouder zal storten in het Fonds voor Hernieuwbare Energie vermenigvuldigd met de verwachte energieopbrengst.

en vervangen door:

3. De aangeboden ‘variabele retributie’ zijnde het bedrag in BEF per kWh geproduceerde nuttige energie (€cent per kWh) dat de concessiehouder zal storten in het Fonds voor Hernieuwbare Energie”.

7. Zowel verzoekende partij als tussenkomende partijen dienen een offerte in.

8. Een door verwerende partij samengestelde beoordelings-commissie maakt op 22 juni 2001 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 TVWB	30	40	20	90
2	Offerte Ecowatt N.V.	25	30	10	65

Vervolgens stelt de beoordelingscommissie aan de bevoegde minister voor om de opdracht toe te wijzen aan de tussenkomen de partijen, “en met deze inschrijver de onderhandelingen aan te knopen met het oog op het sluiten van de concessieovereenkomst”.

9. Op 5 september 2001 besluit de bevoegde minister, “gelet op het rapport van de beoordelingscommissie van 22 juni 2001, 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 Asper [toe te wijzen] aan de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Bovenschelde”. Dit is de bestreden beslissing.

10. Verwerende partij brengt verzoekende partij met een brief van 19 september 2001 op de hoogte van deze beslissing.

11. Bij aangetekend schrijven van 26 september 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 26 september 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 de tussenkomen de partijen alsook alle latere briefwisseling met deze toe te zenden.

12. Verwerende partij stuurt de gemotiveerde toewijzingsbeslissing aan verzoekende partij met een brief van 11 oktober 2001. Een kopie van de offerte van tussenkomen de partijen en van het rapport van de beoordelingscommissie wordt evenwel geweigerd.

13. Op 9 november 2001 gaat verzoekende partij, overeenkomstig artikel 14 van het voornoemde decreet, tegen deze weigering in beroep bij de administratie Kanselarij en Voorlichting.

14. Het voorliggende annulatieberoep wordt ingesteld op 19 november 2001.

15. Op 27 november 2001 verklaart de directeur-generaal van de administratie Kanselarij en Voorlichting het beroep van 9 november 2001 gedeeltelijk gegrond. Het rapport van de beoordelingscommissie wordt ter inzage aan verzoekende partij gestuurd, doch de offerte van tussenkomende partijen komt niet in aanmerking voor openbaarmaking.

IV. Gegrondheid van het beroep

Uiteenzetting van het eerste middel

16. 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 overheids-opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, van het gelijkheidsbeginsel (art. 10-11 gecoörd. G.W.), en van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bijzonder het zorgvuldigheidsbeginsel”. Zij ontwikkelt dit middel als volgt:

“Doordat: De offerte van de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Bovenschelde 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 Bovenschelde 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”.

In haar toelichting erkent verzoekende partij dat de kwestieuze opdracht het voorwerp uitmaakt van een concessie voor openbare werken in de zin van artikel 24 en 25 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten. Zij betoogt dat verwerende partij zich te dezen echter heeft verbonden tot gunning middels een onderhandelingsprocedure - zij verwijst naar het opschrift van het bestek, “onderhandelingsprocedure voor een concessie van

openbare werken” en naar het schrijven van verwerende partij van 26 maart 2001 waarin sprake is van “de onderhandelingsprocedure” - en stelt dat aldus ook artikel 17 van diezelfde wet van toepassing is op de in het geding zijnde toewijzingsprocedure. Verzoekende partij voert vervolgens aan dat uit de bestreden beslissing blijkt dat te dezen niet onderhandeld werd en dat de offertes enkel werden onderzocht “naar [hun] respectieve verdiensten [...] in het licht van de verschillende gunningscriteria” en dat verwerende partij aldus *de facto* overeenkomstig artikel 16 van de voornoemde wet van 24 december 1993 heeft gehandeld.

Zij betoogt voorts dat zij de “quasi-zekerheid” heeft dat de offerte van tussenkomende partijen als onregelmatig diende te worden afgewezen wegens het niet voldoen aan het eerste gunningscriterium, in het bijzonder het aspect inzake het realiseren van een optimale visbescherming. Uit een overheidsstudie getiteld “Bovenschelde. Ontwerp vistrappen en nevengeulen als vispassages voor de stuwen te Oudenaarde, Asper en Kerkhove” in het jaar 1998 uitgevoerd door het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer, blijkt volgens verzoekende partij dat de maximale instroomsnelheid 0,5 m/s mag bedragen. Een instroomsnelheid van 1 m/s zou volgens verzoekende partij “aanleiding [...] geven tot massale schade aan de visstand”.

Zij werpt ten slotte op dat verwerende partij de ingediende offertes niet enkel aan de gunningscriteria mocht toetsen, doch ook hun conformiteit met de “basisgegevens van het bestek” diende na te gaan. Eén van deze basisvereisten is volgens haar “het vrijwaren van de vismigratie” en de daar volgens haar bij horende maximale instroomsnelheid van 0,5 m/s. Doordat verwerende partij de overeenstemming met de “basisvereisten” niet heeft onderzocht zijn de offertes “niet meer gelijkwaardig en de facto niet meer vergelijkbaar”, waardoor het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

17. In haar memorie van wederantwoord stelt verzoekende partij dat zij, nu zij kennis heeft genomen van het administratief dossier, de aanvankelijk enkel in het derde middel opgeworpen schending van de “motiveringswet” nu ook wil “in verband brengen” met de kritiek opgeworpen in het eerste middel.

Vervolgens stelt zij dat, hoewel de opdracht inderdaad het voorwerp uitmaakt van een concessie van openbare werken, en bijgevolg de artikelen 89 en 110 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de

overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken te dezen niet van toepassing zijn, dit niet betekent dat “men zich niets moet aantrekken van het wezen van de overheidsopdracht” en de aanbestedende overheid alsnog gehouden is de regelmatigheid van de offertes na te gaan. Zij herneemt vervolgens haar stelling dat één van de basisvereisten van het bestek het vrijwaren van de vismigratie is en dat de offertes bijgevolg “de bescherming van de visstand als essentieel [moeten] beschouwen”. Aangezien in de offerte van tussenkomende partij “de aanzuiging naar de turbinekamer de te voorziene lokstroom naar de visgeul onmogelijk maakt”, diende te dezen dan ook te worden besloten tot de “inhoudelijke onregelmatigheid”. Verzoekende partij voert nog aan dat de toetsing van de inhoudelijke regelmatigheid “niet voldoende in rechte en in feite is gemotiveerd” in het rapport van de beoordelingscommissie.

Voorts betoogt verzoekende partij dat de vaststelling van verwerende partij dat de offerte van tussenkomende partij in een instroomsnelheid voorziet van 0,4 m/s “materieel foutief” is en “feitelijke grondslag” mist. Zij verwijst hierbij naar de hoeveelheid jaarlijks opgewerkte energie in kWh die tussenkomende partij vooropstelt (4 miljoen kWh per jaar) en stelt dat dergelijke productie niet kan worden bereikt met een instroomsnelheid van 0,4 m/s en dat tussenkomende partij daartoe een hogere snelheid zal nodig hebben. Verzoekende partij verwijst hierbij opnieuw naar de voordien reeds vermelde studie van het Instituut voor Bosbouw en Wildbeheer en stelt dat het “de overheid derhalve bekend [is] dat de stroomsnelheid onder of rond de 0,5 m/s dient behouden te blijven”. Zij stelt dat tussenkomende partijen “er op gespeculeerd [hebben] dat er enkel met de gunningscriteria zou worden rekening gehouden” en stelt dat aldus beide offertes niet met elkaar kunnen worden vergeleken.

Wat betreft de verplichting voor verwerende partij om te onderhandelen verwijst verzoekende partij naar het feit dat tussenkomende partijen bij hun offerte slechts een rapport “in voorbereiding” hebben gevoegd betreffende een andere stuwdam. Zij stelt dat verwerende partij aldus met beide inschrijvers had moeten onderhandelen, “en desgevallend beide partijen gelasten aanvullende studies te verrichten”.

Verzoekende partij besluit dat de offerte van tussenkomende partijen inhoudelijk onregelmatig diende te worden bevonden, minstens een nulscore had moeten krijgen voor het eerste gunningscriterium.

18. In haar laatste memorie vat verzoekende partij haar argumentatie als volgt samen: “de Raad van State [dient] te toetsen of de aanbestedende overheid wel voldoende aandacht heeft besteed aan de verenigbaarheid van de waterkrachtcentrale met de ontworpen visnevengeul voor de migratie van vissen”. Zij erkent dat het bestek weliswaar geen instroomsnelheid bepaalt, doch uitdrukkelijk stelt dat er bijzondere aandacht zal gaan naar het optimaal functioneren van de ontworpen visnevengeul. Volgens verzoekende partij blijkt uit het verslag van de beoordelingscommissie dat deze bijzondere aandacht niet aanwezig was in de offerte van tussenkommende partijen.

Voorts legt verzoekende partij zich neer bij de vaststelling in het auditorsverslag dat de schending van artikel 17 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, niet aanwezig is omdat dat artikel te dezen niet van toepassing is.

Beoordeling

19.1. De Raad van State stelt vast dat verzoekende partij erkent dat de litigieuze opdracht niet werd toegewezen middels een onderhandelingsprocedure doch wel het voorwerp uitmaakte van een concessie voor openbare werken in de zin van artikelen 24 en 25 van diezelfde wet.

19.2. De toewijzing van een concessie voor openbare werken is wel onderworpen aan titel VIII van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, waarin artikel 131 bepaalt dat het bestek de gunningscriteria dient te vermelden en dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om te onderhandelen over de voorwaarden van de overeenkomst behalve indien het bestek het anders bepaalt. Het toepasselijke bestek bepaalt (blz. 7) dat de overeenkomst zal worden gesloten met de kandidaat waarvan de inschrijving, rekening houdend met de genoemde criteria en na “eventuele” onderhandelingen als voordeligste wordt beschouwd: daaruit blijkt geen verplichting tot onderhandelen.

Het subcriterium “ecologische aanpak”, waarvan de maatregelen ter bescherming van de vismigratie onderdeel zijn, is een gunningscriterium maar geen regelmatigheidseis, zoals verzoekende partij lijkt te betogen. Volgens het bestek wordt dat subcriterium gequoteerd op 20 punten. Uit het rapport van de

beoordelingscommissie blijkt dat van deze 20 punten, er 15 worden toebedeeld aan de quoterings van de “vismigratie (werking visnevengeul)”, waarmee meteen is voldaan aan de krachtens het bestek vereiste “bijzondere aandacht” voor “het optimaal functioneren van de ontworpen visnevengeul”. De stelling van verzoekende partij dat de offerte van tussenkomende partijen onregelmatig moest worden verklaard, minstens voor het gehele eerste gunningscriterium (dat in het bestek in zijn geheel op 40 punten is gequoteerd) een nulscore diende te verkrijgen kan dan ook niet worden gevolgd, nu de aan kritiek onderworpen maatregelen ter bescherming van de vismigratie effectief worden beoordeeld en een eigen afzonderlijke quoterings op 15 punten hebben gekregen.

Uit deze vaststelling volgt de niet-ontvankelijkheid van het eerste middel, nu, zelfs bij een nulscore op het onderdeel “vismigratie (werking visnevengeul)” van het subcriterium “ecologische aanpak”, de offerte van tussenkomende partijen nog steeds als eerste gerangschikt zou blijven, vermits de offerte van tussenkomende partijen voor het betrokken onderdeel 10 punten op 15 behaalde en het puntenverschil tussen de beide offertes 25 punten bedraagt. Verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij dit middel nu zij uit het gegrond bevinden ervan geen voordeel kan halen.

Het eerste middel wordt niet aanvaard.

Uiteenzetting van het tweede middel

20. De verzoekende partij voert in een tweede middel de schending aan 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”. Zij betoogt hiertoe:

“Doordat:

- a) Een tijdelijke vereniging geen fictieve of gemeenschappelijke naam kan dragen.
- b) Een tijdelijke vereniging uit haar aard niet de exploitatie van een concessie als doel mag hebben.

Terwijl:

- a) De benaming ‘Waterkracht Asper’ wel degelijk fictief en gemeenschappelijk is.
- b) De uitbating van een concessie geen bepaalde handelsverrichting is.

Zodat: De aanbestedende overheid de Tijdelijke Vereniging Waterkracht Bovenschelde in eerste instantie niet had mogen selecteren voor het indienen van een offerte en anderzijds de beoordelingscommissie deze formele onregelmatigheid had moeten betrekken in haar beoordeling”.

De verzoekende partij betoogt daarbij:

“Artikel 47 van het nieuwe Wetboek van Vennootschappen (voorheen artikel 175) stelt: ‘De tijdelijke handelsvennootschap is een vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, die zonder een gemeenschappelijke naam te voeren, één of meer bepaalde handelsverrichtingen tot doel heeft”.

De verzoekende partij stelt vervolgens vast dat de door de tussenkomende partijen gevormde tijdelijke vereniging “wel degelijk een gemeenschappelijke naam voert”. Voorts rijst volgens haar de vraag of “het louter exploiteren van een concessie wel onder de noemer ‘bepaalde handelsverrichting’” valt.

Wat betreft de schending van de artikelen 16 tot en met 20 van het reeds genoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996, die de kwalitatieve selectie van de aannemer behelzen, stelt verzoekende partij dat deze bepalingen te dezen van toepassing zijn, “vermits de aanbestedende overheid zichzelf naast de regels met betrekking tot de concessie”, ook “de gunningsregeling van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking heeft opgelegd”.

Voorts stelt de verzoekende partij nog dat het zorgvuldigheidsbeginsel is geschonden doordat de verwerende partij “het bovenvermelde over het hoofd [heeft] gezien” en de tussenkomende partij desondanks toch heeft “weerhouden als kandidaat”.

21. In haar laatste memorie beperkt de verzoekende partij het middel tot de 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”.

Beoordeling

22. In de eerste plaats kan de grief van verzoekende partij die zij bij wijze van vraagstelling formuleert (“de vraag rijst of het louter exploiteren van een concessie wel onder de noemer ‘bepaalde handelsverrichting’ kan worden gecatalogeerd”) niet als een ontvankelijk middelonderdeel kan worden aangemerkt.

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”.

Ten slotte moet worden vastgesteld dat de gekozen inschrijver zich eerst kandidaat stelde onder de naam “Tijdelijke Vereniging Waterkracht Oudenaarde”, als dusdanig is geselecteerd en vervolgens deze naam op 7 maart 2001 wijzigde in “Tijdelijke Handelsvennootschap Waterkracht Bovenschelde”. Verzoekende partij spreekt verkeerdelijk van “Waterkracht Asper”.

In hun memories blijken verwerende en verzoekende partij het er over eens dat een mogelijke sanctie op schending van het betrokken artikel 47 van het Wetboek van Vennootschappen, dat een tijdelijke handelsvennootschap niet toestaat om een gemeenschappelijke naam te voeren, is dat de door de tussenkomende partijen gevormde tijdelijke handelsvennootschap dient te worden geherkwalificeerd als een maatschap in de zin van artikel 46 van het Wetboek van Vennootschappen. Weliswaar beweert de verzoekende partij in haar verzoekschrift dat het verschil “verregaande gevolgen [heeft] aangaande RSZ-aansluiting, de vereiste registratie door de wetgeving tegen de koppelbazerij en de BTW-wetgeving”. Deze affirmatie in het verzoekschrift wordt echter niet concreet onderbouwd, net zomin als de weerslag op de bestreden beslissing, zodat deze affirmatie niet tot een ontvankelijk middelonderdeel leidt.

Het middel wordt niet aanvaard.

Uiteenzetting van het derde middel

23. De 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, anderzijds [...] 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”.

Beoordeling

24. In haar laatste memorie geeft verzoekende partij toe dat artikel 25 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 te dezen niet van toepassing is.

Voorts erkent zij in haar memorie van wederantwoord dat zij door inzage van het administratief dossier kennis heeft gekregen van het rapport van de beoordelingscommissie. In haar laatste memorie beklemtoont zij dat de formele motiveringsplicht geschonden is omdat de verwerende partij geweigerd heeft om het verslag van de beoordelingscommissie meteen ter kennis te brengen.

Aldus verwacht de verzoekende partij de formele motiveringsplicht met de kennisgeving van de motieven. Zoals de verzoekende partij ondertussen uit het administratief dossier heeft kunnen opmaken, is de bestreden beslissing wel degelijk formeel gemotiveerd. Wat ook de weerslag weze van eventuele gebreken in de kennisgeving ervan, deze vermogen niet de wettigheid van de beslissing uit het oogpunt van de formele motivering in het gedrang te brengen.

Het derde middel is niet gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 173,53 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 375 euro, elk voor een derde.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 1 juli 2010, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest