

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

V^e KAMER

ARREST

nr. 259.447 van 11 april 2024

A. 231.384/V-2.035

In zake : **de besloten vennootschap WATTELSE**,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Benoit GORS,
Koningsgalerij 30
1000 Brussel,
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

- 1. de stad Houffalize**,
vertegenwoordigd door haar gemeentecollege,
- 2. de gemeente Gouvy**,
vertegenwoordigd door haar gemeentecollege,
- 3. het OCMW van Brugge**,
alle bijgestaan en vertegenwoordigd door
de advocaten Véronique VANDEN ACKER, François VISEUR
en Manon de THIER,
Louizalaan 140
1050 Brussel
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partijen:

- 1. de naamloze vennootschap ENECO WIND BELGIUM**,
 - 2. de naamloze vennootschap ELECTRABEL**,
- beide bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Kevin POLET,
avenue René Magritte 25
1300 Waver
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

Met een verzoekschrift van 18 september 2020 vordert WattElse bv de
nietigverklaring van:

“ (vertaling)

- de beslissing van het gemeentecollege van Houffalize van 3 juni 2020 waarbij de offerte van de ontwikkelaar Eneco-Engie wordt gekozen als de meest voordelige voor het project ‘Ontwikkeling, bouw en exploitatie van windmolenparken in de gemeente Houffalize’ – eerste bestreden beslissing [...];
- de impliciete beslissing om het contract in het kader van het voornoemde project niet aan de verzoekende partij te gunnen – tweede bestreden beslissing;
- de beslissing van het gemeentecollege van Gouvy van onbekende datum houdende instemming met de voornoemde beslissingen van de stad Houffalize, ingeval die beslissing bestaat – derde bestreden beslissing;
- de beraadslagingen van 15 en 30 juni 2020 van respectievelijk het vast bureau en de raad of het college van het OCMW van Brugge, houdende een voorstel tot instemming met of houdende instemming met de voornoemde beslissingen van de stad Houffalize – vierde en vijfde bestreden beslissing [...];
- de beraadslaging van de gemeenteraad van de stad Houffalize van 22 juli 2020 houdende goedkeuring van het contract met de ontwikkelaars ‘Electrabel nv’ (Engie) en ‘Eneco Wind Belgium nv’ waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize – zesde bestreden beslissing [...];
- de beraadslaging van de gemeenteraad van de gemeente Gouvy van 22 juli 2020 houdende goedkeuring van het contract met de ontwikkelaars ‘Electrabel nv’ (Engie) en ‘Eneco Wind Belgium nv’ waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize – zevende bestreden beslissing [...];
- de beraadslaging van de OCMW-raad van Brugge van onbekende datum, ingeval die beslissing bestaat, houdende goedkeuring van het contract met de ontwikkelaars ‘Electrabel nv’ (Engie) en ‘Eneco Wind Belgium nv’ waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize – achtste bestreden beslissing”.

II. Verloop van de rechtspleging

Bij arrest nr. 248.148 van 17 augustus 2020 is de vordering tot schorsing verworpen die bij uiterst dringende noodzakelijkheid was ingesteld tegen de eerste zes bestreden handelingen, is beslist dat de stukken 13, 15 en 16 van het dossier van de verzoekende partij en de stukken A, B, C en D van het administratief dossier in dat stadium van de procedure als vertrouwelijk werden beschouwd, is de onmiddellijke tenuitvoerlegging van dat arrest bevolen, en is beslist dat de verzoekende partij werd verwezen in de kosten, namelijk het rolrecht van 200 euro, de bijdrage van 20 euro en de rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die werd toegekend aan de verwerende partijen ten belope van elk een derde. Dat arrest is ter kennis gebracht van de partijen.

Met een verzoekschrift van 4 december 2020 hebben Eneco Wind Belgium nv en Electrabel nv verzocht als tussenkomende partij te mogen optreden.

Dat verzoek tot tussenkomst is ingewilligd bij een beschikking van 13 januari 2021.

De memories van antwoord, van wederantwoord en van tussenkomst zijn op regelmatige wijze uitgewisseld.

Eerste auditeur bij de Raad van State Muriel Vanderhelst heeft een verslag opgesteld op basis van artikel 12 van de algemene procedureregeling.

Het verslag is ter kennis gebracht van de partijen.

De partijen hebben een laatste memorie ingediend.

Bij een beschikking van 17 januari 2024 is de zaak vastgesteld op de terechtzitting van 13 februari 2024.

Staatsraad Florence Piret heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Camille Courtois, *loco* advocaat Benoit Gors, die voor de verzoekende partij verschijnt, advocaat Véronique Vanden Acker, die voor de verwerende partijen verschijnt, en advocaat Antoine Van Kerckhove, *loco* advocaat Kevin Polet, die voor de tussenkomende partijen verschijnt, zijn gehoord.

Eerste auditeur Muriel Vanderhelst heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Uiteenzetting van de dienstige feiten

1. Het huidig beroep betreft een project voor de “ontwikkeling, bouw en exploitatie van een windmolenpark op het grondgebied van de stad Houffalize” en op de toekenning, met het oog daarop, “van de bouwrechten voor een periode van 30 jaar vanaf de datum waarop de enige vergunning voor de bouw van de windturbines wordt verkregen”.

Bij dat project zijn de stad Houffalize, de gemeente Gouvy en het OCMW van Brugge betrokken, gelet op de eigendomsrechten die zij hebben op de percelen waarop het geplande windmolenpark zou worden gebouwd.

Het beoogde project moet ertoe leiden dat grondrechten op die percelen worden verleend aan de ontwikkelaar die wordt geselecteerd na een oproep tot mededinging (projectoproep), en in dat verband een overeenkomst wordt gesloten tussen die ontwikkelaar en de drie voorgenoemde overheidsinstanties.

2. In juni 2019 is een eerste projectoproep gelanceerd, maar deze werd niet afgerond omdat de ingediende offertes niet bevredigend werden geacht. De verwerende partijen zien in december 2019 af van die eerste procedure en starten op basis van een aangepast bestek een nieuwe procedure.

3. Op 29 januari 2020 beslist de gemeenteraad van Houffalize het volgende:

“ (vertaling)

Artikel 1: In het kader van de projectoproep voor de ‘Ontwikkeling, bouw en exploitatie van windmolenparken in de gemeente Houffalize’, een project dat principieel is goedgekeurd op de gemeenteraad van 07/06/2019 en waarvoor op diezelfde gemeenteraad de nadere regels zijn vastgesteld, wordt het bestek goedgekeurd dat door het OCMW van Brugge in overleg met de gemeentecolleges van Gouvy en Houffalize is herzien.

Artikel 2: Bevestigt wordt het gemeenteraadsbesluit van 07/06/2019, waarin het volgende werd besloten:

1/ de komst van een windmolenpark op de gemeentepercelen gelegen in bosgebied, nabij de autosnelweg E25, tussen de dorpen Dinez en Tailles enerzijds en tussen Mabompré en Houffalize anderzijds, wordt principieel goedgekeurd;

2/ er wordt een projectoproep georganiseerd voor het bouwen van windturbines op de gemeentepercelen op de hierboven genoemde sites;

3/ de gemeente Gouvy en het OCMW van Brugge, die beide eigenaar zijn van percelen gelegen in bosgebied en grenzend aan de bovenvermelde gemeentelijke eigendommen tussen de dorpen Dinez en Tailles, worden bij die projectoproep betrokken;

4/ het gemeentecollege wordt opgedragen een ontwikkelaar te selecteren na het voltooiën van de procedure inzake de projectoproep;

5/ een opstalrecht aan de geselecteerde ontwikkelaar te verlenen, bij notariële akte en uitsluitend op zijn kosten.

Bij een beslissing van hun respectieve raden zullen de gemeente Gouvy en het OCMW van Brugge eveneens instemmen met de herziening van het bestek en hun verbintenis bevestigen om aan de gemeente Houffalize

jaarlijks een bedrag van 12.500 euro af te dragen per windturbine die op hun eigendom wordt gebouwd, ongeacht wat het bedrag is dat door de geselecteerde ontwikkelaar wordt geboden, voor zover dat bedrag gelijk is aan of hoger is dan 12.500,00 euro en voor zover de gemeente Houffalize geen belasting op de windturbines int. Het bedrag zal jaarlijks worden geïndexeerd (beginindex: index mei 2019).

De afdracht is verschuldigd zodra en zolang de gemeente Gouvy en het OCMW van Brugge de opstalvergoeding ontvangen”.

In de tekst zelf van de beslissing wordt onder meer naar de volgende gemeenteraadsbesluiten verwezen:

“ (vertaling)

Gelet op het besluit van de gemeenteraad van 30/10/2013 betreffende de Waalse windturbinekaart, waarbij een minimumafstand van 1.000 meter wordt opgelegd tussen iedere windturbine en ieder woongebied of iedere vergunde alleenstaande woning die reeds voor de aanvang van het project bestond, en dit ongeacht wat de oriëntatie is ten opzichte van de overheersende winden.

Gelet op het besluit van de gemeenteraad van 21/11/2013 waarbij de aanbevelingen worden overgenomen die het Parc Naturel des Deux Ourthes in verband met windturbines voorstelt, en waarin nogmaals wordt gewezen op de verplichting een afstand van 1.000 meter in acht te nemen tussen iedere windturbine en ieder woongebied of iedere vergunde alleenstaande woning die reeds voor de aanvang van het project bestond, en dit ongeacht wat de oriëntatie is ten opzichte van de overheersende winden”.

In het bestek staat het volgende:

“Deel 1: achtergrond

[...]

De gebieden ‘Mabompré’ en ‘Les Tailles-bois de Cedrogne’ worden voorgesteld voor de ontwikkeling van projecten binnen dit kader.

[...]

Het aantal windturbines dat door de kandidaat-ontwikkelaars kan worden geïnstalleerd, moet realistisch zijn en voldoen aan de voorschriften ter zake en passen binnen het beheer van de zones, met een maximum van 10 masten ten noorden van Houffalize en 8 masten ten zuiden van Houffalize.

Het huidige Waalse referentiekader is van toepassing. In aanvulling op de aanbevelingen van [het] vermelde kader moeten de kandidaten voor de ontwikkeling van een project op het gemeentelijke grondgebied Houffalize:

- de aanbevelingen respecteren van het Parc Naturel des Deux Ourthes (PNDO), met uitzondering van artikel 2, punt 2.2 [...].
- respecteren van een minimale afstand van 1000 meter ten opzichte van alle

delen van woongebieden, van landelijke woningen of vergunde alleenstaande woningen, ongeacht de oriëntatie ten opzichte van de overheersende winden. Mits akkoord van de eigenaars en de huurders van deze alleenstaande woningen, kan deze afstand worden verkort tot vier keer de hoogte van de windturbine.

Uitzondering: voor de Ferme Belle Vue, eigendom van het OCMW van Brugge en naastgelegen eigendom van [...], zal de afstand ten minste op 450 meter ten noorden en 550 meter ten zuiden liggen.

in bijlage: [oorspronkelijke tekst in het Frans]

annexe 1: referentiekader voor windmolens van het Waals Gewest.

annexe 2: de regels en aanbevelingen voor de bouw en de exploitatie van windturbines op het grondgebied van [het] PNDO.

[...]

Bovendien wensen de gemeenten Houffalize, Gouvy en het OCMW van Brugge het ontwikkelen overeenkomstig onderstaande bepalingen [...].

Die bepalingen (in de Franse versie van het bestek “*lignes directrices*”) worden opgelijst en in detail omschreven in een deel 2 met als opschrift “bepalingen” (in de Franse versie van het bestek “*critères*”).

4. Op 18 februari 2020 beslist de OCMW-raad van Brugge op zijn beurt een nieuwe gunningsprocedure op te starten op basis van het gewijzigde bestek.

5. Op 19 februari 2020 beslist de gemeenteraad van Gouvy eveneens het volgende:

“ (vertaling)

1/ de komst van een windmolenpark op een gemeenteperceel gelegen in bosgebied, nabij de autosnelweg E25, tussen de dorpen Dinez en Tailles, wordt principieel goedgekeurd;

2/ er wordt een samenwerking met de gemeente Houffalize en het OCMW van Brugge aangegaan voor het organiseren van een projectoproep voor de bouw van windturbines op het hierboven vermeld gemeentelijk perceel;

3/ in het kader van die projectoproep wordt het bestek goedgekeurd dat is opgesteld door het gemeentecollege van Houffalize en dat als opschrift draagt ‘Lastenboek voor de ontwikkeling, de bouw en de exploitatie van een windmolenpark op de Gemeente van Houffalize’;

4/ het gemeentecollege van Houffalize wordt opgedragen een ontwikkelaar te selecteren na het voltooien van de procedure inzake de projectoproep ;

5/ een opstalrecht wordt verleend aan de geselecteerde ontwikkelaar, bij notariële akte en uitsluitend op zijn kosten;

6/ aan de gemeente Houffalize wordt jaarlijks een bedrag van 12.500 euro

afgedragen per windturbine die op haar grondgebied wordt gebouwd, ongeacht wat het bedrag is dat door de geselecteerde ontwikkelaar wordt geboden, voor zover dat bedrag gelijk is aan of hoger is dan 12.500,00 euro en voor zover de gemeente Houffalize geen belasting op de windturbines int. Het bedrag zal jaarlijks worden geïndexeerd (beginindex: index mei 2019). De afdracht is verschuldigd zodra en zolang de gemeente Gouvy de opstalvergoeding ontvangt”.

6. De regels voor de bekendmaking van de projectoproep worden door het gemeentecollege van Houffalize bepaald.

Op 8 april 2020, de uiterste datum voor het indienen van de offertes, zijn elf offertes ingediend, waaronder die van de verzoekende partij.

7. Op 14 april 2020 beslist het gemeentecollege van de gemeente Gouvy het onderzoek van de offertes, de onderhandeling met de ondernemingen en het uitwerken van een gunningsvoorstel aan het gemeentecollege van Houffalize toe te vertrouwen.

8. In het kader van het onderzoek van de offertes wordt met een e-mail van 5 mei 2020 aanvullende informatie opgevraagd bij de verzoekende partij. Zij wordt bevraagd omtrent talrijke punten van haar offerte, in het bijzonder over het volgende:

“ (vertaling)

Lijkt het project van het gebied ‘Mabompré’ u in overeenstemming te zijn met het bestek en het referentiekader voor windmolens in het Waals Gewest:

- Inachtneming van de minimumafstand van 1000 meter ten opzichte van ieder woongebied of landelijk woongebied of ten opzichte van iedere bestaande vergunde alleenstaande woning.

Bent u eventueel in het bezit van overeenkomsten met de eigenaars van die vergunde alleenstaande woningen?”.

Er worden op 13 mei 2020 per e-mail bepaalde elementen van antwoord verstrekt, maar niet op het bovengenoemde punt. Dat punt wordt beantwoord in twee e-mails van 13 en 20 mei 2020. Hoewel de verzoekende partij heeft verzocht die twee berichten vertrouwelijk te behandelen, kan, zonder dat die vertrouwelijke behandeling wordt ondermijnd of inbreuk wordt gemaakt op het ingeroepen zakengeheim, het volgende worden opgemerkt.

In de e-mail van 13 mei 2020 wordt enkel vermeld dat “een afstand van 1000 meter in acht wordt genomen ten opzichte van de woningen die met zekerheid

kunnen worden aangeduid (die op het gewestplan voorkomen en alleenstaand zijn)”.

In de e-mail van 20 mei 2020, die volgt op een ontmoeting tussen de verzoekende partij en de eerste en de derde verwerende partij, stelt de verzoekende partij het volgende:

“ (vertaling)

a. In dat verband zijn wij, zoals we tijdens onze ontmoeting hebben uitgelegd, ervan uitgegaan dat de gebieden van camping C&P (westen van de autosnelweg) en het gebied van Hôtel L’Ermitage (oosten van de autosnelweg) die op het gewestplan in ‘recreatiegebied’ liggen, niet bewoond waren. Het gaat vermoedelijk om een inschattingsfout, en we begrijpen dat de Gemeente wenst dat de windturbines op minimaal 1000 meter van die gebieden worden gebouwd, aangezien de uitbaters daar mogelijk permanent verblijven. Die interpretatie, die wellicht overhaast was, heeft ermee te maken dat in een gebied voor bedrijfsruimten conciërgewoningen strikt genomen geen woning vormen wanneer het gaat om de toepassing van de vereiste afstand tot windturbines. Het spreekt echter vanzelf dat WattElse bereid is een nieuwe buffer ten opzichte van die gebieden aan te houden, wat betekent dat het aantal windturbines zou dalen van 8 naar 6 ten opzichte van het plan zoals dat in onze offerte is voorgesteld”.

9. Op 29 mei 2020 maakt de schepen die met het dossier van de eerste verwerende partij belast is, een verslag van het onderzoek van de offertes, waaruit het volgende naar voren komt:

“(vertaling)

(...)

2/ Controle op de inachtneming van de vormvereisten in de ontvangen offertes

De 11 ingediende offertes beantwoorden aan de vormvereisten van het bestek.

3/ Eerste analyse ten gronde van de ontvangen offertes

Vanwege de lockdown ten gevolge van COVID-19 en omdat een dergelijke taak onmogelijk via videoconferentie kan worden uitgevoerd, heeft elke entiteit haar eigen analyse ten gronde van de offertes gemaakt, en zijn die analyses daarna met elkaar vergeleken. Volgens de weging die in het bestek wordt gebruikt, zijn de offertes van de volgende drie ontwikkelaars interessant: Eneco-Engie, WattElse en Luminus. Op verzoek van de verschillende ontwikkelaars en om het zakengeheim te respecteren, kan de samenvattende tabel van die weging, waarin de financiële gegevens van de verschillende offertes zijn opgenomen, niet bij dit verslag worden gevoegd.

Er resten echter nog vragen, en dus is aanvullende informatie opgevraagd bij de drie voornoemde ontwikkelaars. Deze zijn uitgenodigd voor een gesprek op 15 mei 2020.

4/ Onderhoud met de afvaardigingen van de 3 ontwikkelaars

(...)

De ontwikkelaars werden verzocht vragen van de gemeenten en van het OCMW van Brugge te beantwoorden tijdens bijeenkomsten op verschillende tijdstippen van de dag: Luminus om 10 uur, Eneco-Engie om 13 uur en WattElse om 15.30 uur.

Uit de besprekingen komt naar voren dat de ontwikkelaars Eneco-Engie en Luminus positief op de vragen reageren, en blijkt dat hun respectieve offertes effectief voldoen aan de vereisten van het bestek. De ontwikkelaar WattElse daarentegen neemt de voorschriften van het bestek onvoldoende in acht. Dat is vooral te wijten aan het feit dat in hun project de minimumafstanden die bij de bouw van windturbines ten opzichte van de bestaande vergunde woningen moeten worden geëerbiedigd, niet in acht worden genomen, en aan het feit dat er geen overeenkomst is bereikt met de eigenaars van die woningen.

Elke ontwikkelaar handhaaft zijn offerte. De gewogen analyse van de gunningscriteria wordt bevestigd. Bij die objectieve vergelijking komt de vennootschap Eneco-Engie als beste naar voren.

5/ Conclusies

Na die verschillende analyses en ontmoetingen stellen de gemeenten Houffalize en Gouvy en het OCMW van Brugge voor om Eneco-Engie te selecteren als ontwikkelaar voor de bouw van windturbineprojecten op hun eigendommen, gelegen op het grondgebied van de gemeente Houffalize”.

Er wordt nog vermeld dat dit verslag, opgesteld door [P.C.], schepen bevoegd voor energie, wordt goedgekeurd door de gemeenteraden van Houffalize en van Gouvy en door de stad Brugge, dat met het oog op het verlenen van een recht aan de geselecteerde ontwikkelaar, een ontwerp van notariële akte aan de respectieve gemeenteraden zal worden voorgelegd en dat bij dat ontwerp een overeenkomst zal worden gevoegd die de rechten en plichten van de partijen nauwkeurig omschrijft.

Het verslag wordt ondertekend, “voor Houffalize” op 3 juni 2020 door de algemeen directeur en de burgemeester, “voor Gouvy” op 9 juni 2020 door de algemeen directeur en de burgemeester, en “voor Brugge” op 22 juni 2020 door de algemeen directeur en de burgemeester.

10. Op 3 juni 2020 beslist het gemeentecollege van Houffalize het volgende:

“ (vertaling)

Artikel 1: Het verslag over de analyse van de ontvangen offertes dat op 29/05/2020 door (...) is opgesteld, wordt goedgekeurd.

Artikel 2: De offerte van de ontwikkelaar Eneco/Engie wordt geselecteerd als zijnde de meest voordelige.

Artikel 3: Het college van de gemeente Gouvvy en het college van de stad Brugge wordt verzocht het voornoemde verslag goed te keuren en instemming te verlenen aan deze beslissing.

Artikel 4: Aan de gemeenteraad wordt het ontwerp van notariële akte betreffende de optie om een opstalrecht uit te oefenen voorgelegd, alsook een overeenkomst tussen de drie overheidsinstanties en de ontwikkelaar Eneco/Engie”.

Dat is de eerste bestreden beslissing.

De tweede bestreden beslissing is de impliciete beslissing waarbij de offerte van de verzoekende partij niet in aanmerking wordt genomen.

11. Op 9 juni 2020 neemt het gemeentecollege van de gemeente Gouvvy akte van het analyseverslag van de offertes.

De derde bestreden beslissing is de beslissing van het gemeentecollege van Gouvvy van “onbekende datum, ingeval die beslissing bestaat” houdende instemming met de eerste en de tweede bestreden beslissing.

12. Op 15 juni 2020 neemt het vast bureau van het OCMW van Brugge het volgende besluit:

Besluit

Artikel 1

Er werden 11 offertes ingediend:

Na analyse van de offertes werden de firma's LUMINUS, ENECO-ENGIE en WATTELSE die het meest interessante aanbod indienden uitgenodigd om verdere toelichting te geven bij hun dossier aan afvaardiging van het OCMW Brugge en de gemeente Houffalize die bij mandaat de gemeente Gouvvy vertegenwoordigde.

Nadat de dossiers werden toegelicht en na verdere analyse van de offertes werd vastgesteld dat de firma WATTELSE niet voldoet aan de voorwaarden van het lastenboek.

Van de overgebleven offertes is deze van ENECO-ENGIE financieel de meest voordelige voor alle partijen.

Artikel 2

Aan te sluiten bij de beslissing van het college van Burgemeester en Schepenen van Houffalize en deze voor te leggen aan de OCMW-Raad, namelijk:

1. Het rapport van de analyse van de offertes opgemaakt door [REDACTED] Schepenen te Houffalize op 29.05.2020 goed te keuren.
2. Het aanbod van Eneco-Engie te weerhouden als het voor de 3 partijen meest voordelige aanbod.
3. Het ontwerp van notariële akte waarin voor Eneco-Engie de mogelijkheid opgenomen is om recht van opstal te bekomen voor de plaatsing van windmolens goed te keuren volgens de afspraken gemaakt met de gemeenten Houffalize en Gouvvy.

Op 30 juni 2020 bevestigt de OCMW-raad in identieke bewoordingen het besluit van het vast bureau.

Dat zijn de vierde en de vijfde bestreden beslissing.

13. Ondertussen brengen de diensten van de eerste verwerende partij de verzoekende partij in een e-mail van 26 juni 2020 ervan op de hoogte dat niet voor haar offerte gekozen is en bezorgen ze haar als bijlage het besluit van het gemeentecollege van 3 juni 2020 en het analyseverslag van de offertes.

14. In een e-mail van 29 juni 2020 vraagt de verzoekende partij de eerste verwerende partij aan te geven hoe haar offerte gerangschikt is op basis van de wegingscoëfficiënten die in het bestek worden beschreven.

15. In een e-mail van de dag erna antwoordt de schepen die met het dossier belast is als volgt:

“ (vertaling)

Ik kan u die weging per criterium niet bezorgen, omdat elk criterium werd afgewogen tegen de beste offerte. Dat levert voor ons problemen op ten aanzien van het zakengeheim.

Ik kan u evenwel uw volledige rangschikking geven:

Uw vennootschap is als tweede gerangschikt, met 74,84 punten op een mogelijk maximum van 100 punten.

Die rangschikking geeft enkel de weging van een aantal criteria weer, aangezien andere onderdelen al dan niet eliminerend zijn (inachtneming van het bestek)”.

16. Op 7 juli 2020 sturen de burgemeester en de algemeen directeur van de stad Houffalize de verzoekende partij een e-mail die als volgt gesteld is:

“ (vertaling)

Aansluitend bij de e-mail die onze administratie u op 26 juni jongstleden heeft gestuurd, brengen wij u ter kennis dat uw offerte 74,84 punten heeft behaald op een mogelijk totaal van 100 punten, waardoor ze als tweede gerangschikt is ten opzichte van de geselecteerde ontwikkelaar (nv Electrabel

– Engie/Eneco), wiens offerte 76,16 % heeft behaald. De aldus opgestelde rangschikking steunt zowel op het onderzoek naar de naleving van de vereisten van het bestek als op de gunningscriteria van het bestek.

Als bijlage vindt u de tabel met een uitsplitsing van het beoordelingscijfer volgens de positieve punten van uw offerte, alsook hun aanpassing.

Deze aanvullende informatie wordt u meegedeeld ingevolge de toestemming die we hebben gekregen van de geselecteerde ontwikkelaar, en dit in het kader van de naleving van de wet inzake het zakengeheim”.

17. Op 17 juli 2020 stuurt de raadsman van de verzoekende partij aan het gemeentecollege van de stad Houffalize een ingebrekestelling met het verzoek de beslissing van 3 juni 2020 in te trekken.

18. Op 22 juli 2020 neemt de gemeenteraad van de stad Houffalize het volgende besluit:

“ (vertaling)

Het contract met de ontwikkelaars ‘Electrabel nv’ (Engie) en ‘Eneco Wind Belgium nv’ waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize, zoals opgenomen in de bijlage, wordt goedgekeurd.

De gemeente Gouvy en de stad Brugge worden verzocht het voornoemde contract goed te keuren. Dat contract zal ten overstaan van notaris STASSER door de verschillende partijen worden ondertekend, op kosten van de ontwikkelaars.

Rekening houdend met de vordering tot schorsing die Elicio nv op 13 juli 2020 bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingesteld bij de Raad van State, wordt beslist het gemeentecollege te belasten met de uitvoering van deze beslissing in zoverre en nadat de gevolgen van het voornoemde beroep of van het door iedere andere ontwikkelaar of belanghebbende derde in te stellen beroep definitief opgeheven zijn”.

Dat is de zesde bestreden beslissing.

19. Dezelfde dag neemt de gemeenteraad van de gemeente Gouvy het volgende besluit:

“ (vertaling)

Artikel 1: Goedgekeurd wordt het contract met de ontwikkelaars ‘Electrabel nv’ (Engie) en ‘Eneco Wind Belgium nv’ waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize, zoals opgenomen in de bijlage.

Artikel 2: Notaris Stasser wordt opgedragen dit dossier op kosten van de

ontwikkelaars af te handelen.

Artikel 3: Het gemeentecollege wordt belast met de uitvoering van deze beslissingen, in zoverre en nadat de gevolgen van de voornoemde vordering tot schorsing die Elicio nv bij uiterst dringende noodzakelijkheid heeft ingesteld, of van het beroep dat iedere andere ontwikkelaar of belanghebbende derde zal instellen, definitief opgeheven zijn”.

Dat is de zevende bestreden beslissing.

De achtste bestreden beslissing is het besluit van de OCMW-raad van Brugge van “onbekende datum, ingeval die beslissing bestaat”, houdende goedkeuring van het contract waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van het omstreden windmolenproject.

IV. Nietigheid van de memorie van antwoord en van de laatste memorie, in zoverre ze door de derde verwerende partij zijn ingediend

Luidens artikel 65 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973, is ieder processtuk dat door een partij die aan de wetgeving op het gebruik van de talen in bestuurszaken is onderworpen, aan de Raad van State wordt gericht in een andere taal dan die welke haar bij die wetgeving is opgelegd, nietig.

De verwerende partijen zijn onderworpen aan de wetgeving op het gebruik van de talen in bestuurszaken en behoren tot verschillende taalstelsels (de eerste twee verwerende partijen maken in hun binnendiensten gebruik van de Franse taal en de derde verwerende partij maakt in haar binnendiensten gebruik van de Nederlandse taal).

De memorie van antwoord en de laatste memorie, ingediend voor de drie verwerende partijen samen, zijn in het Frans gesteld.

Er is van rechtswege reden om de nietigheid van die processtukken uit te spreken, in zoverre ze door de derde verwerende partij zijn ingediend.

V. Ontvankelijkheid van de tussenkomst

V.1. Standpunten van de partijen

De verzoekende partij werpt in haar memorie van wederantwoord een exceptie van niet-ontvankelijkheid van het verzoekschrift tot tussenkomst op. Zij meent dat dit verzoekschrift te laat komt omdat het de procedure vertraagt en dat het

afbreuk doet aan haar rechten van verdediging, aangezien de memorie van tussenkomst na de memorie van wederantwoord zal worden ingediend en zij dus pas in haar laatste memorie zal kunnen antwoorden op de argumenten van de tussenkomende partijen, dat wil zeggen in een stadium waarin alle bezwaren reeds zijn onderzocht door de auditeur die met het onderzoek van de zaak belast is. Zij stelt voorts dat de tussenkomende partijen op de hoogte zijn van het ingestelde beroep, en dit op zijn minst sinds de voorafgaande informatievergadering over de bouw van windturbines van 21 oktober 2020, aangezien het beroep daar ter sprake gekomen is. Zij beweert dat de tussenkomende partijen hun tussenkomst bewust hebben uitgesteld om kennis te kunnen nemen van de memorie van wederantwoord en op basis daarvan hun eigen argumentatie op te stellen, en dat ze haar op die manier verhinderd hebben kennis te nemen van hun argumenten vóór haar wederantwoord.

De tussenkomende partijen wijzen vooreerst op de inhoud van artikel 52, § 1, tweede lid, van het algemeen procedurereglement. Ze verwijzen vervolgens naar verschillende arresten waarin de Raad van State heeft geoordeeld dat het verzoek tot tussenkomst de procedure vertraagde wanneer de memorie van tussenkomst werd ingediend na de indiening van het verslag van de auditeur of *in extremis* voor de terechtzitting. Ze stellen echter dat het verzoekschrift tot tussenkomst *in casu* nog voor de memorie van antwoord en de memorie van wederantwoord is ingediend, en in elk geval nog voor de kennisgeving van het verslag van de auditeur, zodat hun tussenkomst de procedure niet vertraagt. Bovendien wijzen ze erop dat de verzoekende partij in de fase van de laatste memories zal kunnen antwoorden op hun argumenten, zodat die exceptie zou moeten worden verworpen.

V.2. Onderzoek

Bij een verzoekschrift van 4 december 2020 vragen Eneco Wind Belgium nv en Electrabel nv als tussenkomende partijen in deze procedure te mogen optreden.

De tussenkomst is bij beschikking voorlopig toegestaan. De ontvankelijkheid van de tussenkomst wordt definitief vastgesteld in het arrest.

Op de datum waarop het verzoekschrift tot tussenkomst is ingediend, luidde artikel 52, § 1, van het algemeen procedurereglement als volgt:

“Het verzoekschrift tot tussenkomst wordt ingediend uiterlijk binnen een termijn van dertig dagen na de ontvangst van de zending bedoeld in artikel 6, § 4, of de bekendmaking van het bericht bedoeld in artikel 3^{quater}.

Bij ontstentenis van kennisgeving of bekendmaking kan de met de zaak belaste kamer een latere tussenkomst toelaten, voor zover deze de procedure niet vertraagt.”

Uit de stukken van het dossier blijkt dat de griffie Eneco Wind Belgium nv en Electrabel nv geen afschrift van het verzoekschrift heeft overgezonden. Er is dus geen sprake geweest van een zending zoals bedoeld in artikel 6, § 4, van de algemene procedureregeling, zodat de tussenkomst in dit geval mogelijk is “voor zover deze de procedure niet vertraagt”.

Uit niets blijkt dat de procedure door die tussenkomst vertraging heeft opgelopen. De auditeur-rapporteur heeft de argumenten die in de memorie van tussenkomst zijn vervat, kunnen onderzoeken, en de verzoekende partij heeft in haar laatste memorie daarop kunnen antwoorden, zodat evenmin sprake kan zijn van een aantasting van het recht van verdediging of van het beginsel van de wapengelijkheid.

Bovendien kwamen Eneco Wind Belgium nv en Electrabel nv na de omstreden projectoproep als de besten uit de bus. Ze doen blijken van een belang om aan de zijde van de verwerende partijen tussen te komen ter ondersteuning van de bestreden beslissingen.

Er is reden om het verzoek tot tussenkomst in te willigen.

VI. Ontvankelijkheid van het beroep

VI.1. Standpunten van de partijen

A. Verzoekschrift

De verzoekende partij geeft meteen te kennen dat zij er belang bij heeft in rechte op te treden in zoverre ze een offerte heeft ingediend als reactie op de omstreden projectoproep, een offerte die als tweede is gerangschikt, zodat de bestreden beslissingen, die het contract niet aan haar toewijzen, haar rechtstreeks en onherroepelijk schade berokkenen.

Zij komt terug op een argument dat de verwerende partijen hebben aangevoerd in het kader van de procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid, namelijk dat zij geen belang bij het beroep zou hebben vanwege het onregelmatige karakter van haar offerte. Zij stelt dat zij de onregelmatigheid van haar offerte uitdrukkelijk betwist en wijst op de bestaande tegenstrijdigheid tussen het analyseverslag van de offertes en de tabel waarop dat onderzoek is gebaseerd, alsook

op de latere beslissingen die haar door de stad Houffalize op 30 juni en op 7 juli 2020 zijn meegedeeld. Zij voert aan dat, volgens vaste rechtspraak, een offerte geacht wordt regelmatig te zijn tenzij de aanbestedende overheid tijdens het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes het tegendeel kan bewijzen. Volgens haar hebben de verwerende partijen echter op geen enkel ogenblik werkelijk aangetoond dat haar offerte onregelmatig zou zijn en hebben ze die offerte ook niet onregelmatig verklaard. Zij stelt voorts dat het analyseverslag van de offertes geen enkel gevolg trekt uit de bewering betreffende het niet in acht nemen van de minimumafstanden, en ze verwijst vervolgens overigens naar het onderzoek van de weging van de gunningscriteria, dat ervoor heeft gezorgd dat de verzoekende partij als tweede is gerangschikt.

Zij merkt op dat in het besluit van het gemeentecollege van Houffalize van 3 juni 2020 louter het analyseverslag van de offertes wordt goedgekeurd maar er geen sprake is van de vermeende onregelmatigheid van haar offerte, dat de schepen die met het dossier belast is in de kennisgeving van 30 juni 2020 stelt dat de offerte van de verzoekende partij als tweede gerangschikt is maar noch uitdrukkelijk, noch impliciet aangeeft dat die offerte om een of andere reden onregelmatig zou zijn, en ten slotte dat de brief van 7 juli 2020 uitdrukkelijk vermeldt dat de offerte van de verzoekende partij als tweede gerangschikt is en dat de aldus opgestelde rangschikking steunt op zowel het onderzoek naar de naleving van de vereisten van het bestek als op de in het bestek opgenomen gunningscriteria. Zij leidt uit die laatste beslissing af dat haar offerte als regelmatig wordt beschouwd. Zij is voorts van oordeel dat, indien haar offerte onregelmatig was geweest, die niet met de andere offertes had moeten worden vergeleken, omdat er dan sprake zou zijn geweest van concurrentievervalsing: aangezien de beoordeling van elke offerte afhangt van de beoordeling van de andere offertes, zou het in aanmerking nemen van een onregelmatige offerte in het stadium van de vergelijking van de offertes die vergelijking van de regelmatige offertes immers vertekenen.

In ondergeschikte orde voert zij aan dat, indien uit de tegenstrijdige informatie in het administratief dossier zou worden afgeleid dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig zou zijn verklaard en op basis daarvan zou zijn uitgesloten, *quod non*, dat punt van de bestreden beslissing wordt aangevochten in het vierde onderdeel van het eerste middel.

B. Memorie van antwoord

De verwerende partij betwist de ontvankelijkheid van het beroep in verschillende opzichten, onder meer wat het belang om in rechte op te treden betreft. In verband met dat laatste voert de verwerende partij, naast een grief genomen uit de

ontstentenis van een wettig belang gezien het maatschappelijk doel van de verzoekende partij, het volgende aan:

“ (vertaling)

De verzoekende partij meent dat ze belang heeft bij ‘het verkrijgen van de nietigverklaring van de bestreden beslissingen’ aangezien ze een offerte heeft ingediend, haar offerte als tweede is gerangschikt en ‘het contract haar zou zijn toegewezen indien haar offerte correct zou zijn beoordeeld’ (verzoekschrift, p. 7, § 25).

De offerte van de verzoekende partij had echter hoe dan ook niet geselecteerd kunnen worden, daar ze niet conform de ‘1000-meterregel’ was die in het bestek was opgelegd. De verzoekende partij heeft dat op 20 mei 2020 zelf aan de stad Houffalize bevestigd.

Bijgevolg zijn de correcte toepassing van de gunningscriteria en de gegeven motivering irrelevant, voor zover dit ene motief, die correct en legitiem is, op zich rechtvaardigt dat haar offerte als zijnde niet-conform is afgewezen.

Wat dat betreft, heeft de rechtspraak waarop de verzoekende partij zich baseert, uitsluitend betrekking op overheidsopdrachten, waarvoor een duidelijke procedure bestaat die een aanbestedende overheid verplicht de offertes van de inschrijvers op hun regelmatigheid te beoordelen (en een beslissing te nemen over de (on)regelmatigheid ervan), voordat ze de kwaliteit van de offertes kan toetsen aan de gunningscriteria.

Een dergelijke aanpak wordt echter niet voorgeschreven voor de gunning van zakelijke rechten op een perceel dat in het bezit is van een overheidsinstantie: de overheidsinstantie is namelijk niet verplicht zich uitdrukkelijk uit te spreken over de vraag of de kandidaturen al dan niet conform zijn, voordat zij de kwaliteiten ervan in het licht van de vastgestelde criteria beoordeelt.

Daarom is de rechtspraak inzake overheidsopdrachten niet op het onderhavige geval toepasbaar.

Het is dan ook niet uitgesloten dat een verwerende partij die zich voor uw Raad moet verdedigen, de ontstentenis van het vereiste belang bij de nietigverklaring van de bestreden handeling aanvoert wanneer vaststaat dat een voorstel hoe dan ook geen enkele kans op slagen heeft omdat het niet in overeenstemming is met een wezenlijk vereiste.

Niettemin staat vast, zoals blijkt uit het administratief dossier (stukken 15 tot en met 18) en zoals de verzoekende partij stelt (verzoekschrift p. 8, § 28), dat de verwerende partijen er uitdrukkelijk op hebben gewezen dat het voorstel van de verzoekende partij niet in overeenstemming is met de 1000-meterregel.

Aangezien het niet gaat om een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht noch om een concessie (RvS 17 augustus 2020, nr. 248.148), was er ook geen reden om de ‘offerte’ van de verzoekende partij uitdrukkelijk ‘onregelmatig’ te verklaren”.

C. Memorie van wederantwoord

De verzoekende partij houdt staande dat haar offerte niet onregelmatig is verklaard maar dat ze als tweede is gerangschikt.

Zij meent dat de memorie van antwoord op dat punt geen antwoord geeft en louter een cirkelredenering maakt met de bewering dat haar offerte onregelmatig is. Zij betoogt dat het feit dat het niet om een procedure inzake een overheidsopdracht gaat, niet betekent dat de offerte niet regelmatig zou moeten worden verklaard, noch dat de bevoegde overheden niet verplicht zouden zijn een onregelmatigheid vast te stellen en hun beslissing te motiveren. Een dergelijke redenering zou, om de redenen die al in het verzoekschrift zijn genoemd, leiden tot een schending van het mededingingsbeginsel.

Verder stelt zij dat de argumenten van de verwerende partijen in feite neerkomen op een - verboden - motivering *a posteriori*, die bovendien in strijd zou zijn met de beslissingen die zij zelf hebben genomen. In dat verband herinnert ze aan de inhoud van de beslissingen en brieven van 3 juni, 30 juni en 7 juli 2020, die in het verzoekschrift zijn aangehaald. Zij voegt daaraan toe dat haar offerte door geen enkele unanieme beslissing van alle verwerende partijen onregelmatig is verklaard.

Zij wijst erop dat volgens de rechtspraak van de Raad van State een exceptie van niet-ontvankelijkheid, gebaseerd op de onregelmatigheid van een offerte die niet vooraf door de aanbestedende overheid aan het licht is gebracht, moet worden verworpen. Zij is van mening dat deze rechtspraak, ontwikkeld met betrekking tot overheidsopdrachten en concessies, ook op het onderhavige geval toepasselijk is.

Zij voegt daar nog aan toe dat zij betwist dat haar offerte onregelmatig was, “aangezien de beweerdde onregelmatigheid van de offerte op geen enkele wijze is gemotiveerd”, hetgeen zij in het derde en vierde onderdeel van haar eerste middel nader uiteenzet.

D. Memorie van tussenkomst

De tussenkomende partijen sluiten zich aan bij de verwerende partij.

Om te beginnen betogen zij dat de non-conformiteit van de offerte van de verzoekende partij uit de bestreden beslissingen blijkt en bevestiging vindt in het administratief dossier. Zij citeren een uittreksel uit “deel 1” van het bestek en stellen dat de bewoordingen ervan duidelijk zijn: het windmolenproject moet een minimumafstand van 1000 meter respecteren ten opzichte van elk woongebied of

van elke bestaande vergunde alleenstaande woning.

Zij wijzen erop dat het recht inzake overheidsopdrachten en concessies *in casu* niet van toepassing is; het gaat hier om de gunning van een contract van de administratie, waarop in de eerste plaats de regels van het privaatrecht van toepassing zijn. Zij betogen dat het verbintenissenrecht een onderscheid maakt tussen wezenlijke en bijkomstige elementen en dat de wezenlijke elementen van het contract die zijn waarop de instemming noodzakelijkerwijs moet slaan, omdat het contract niet denkbaar is als over die elementen geen overeenstemming bestaat, terwijl de bijkomstige elementen van de overeenkomst die zijn waarvan de partijen hun instemming niet hebben willen laten afhangen (bijvoorbeeld een bevoegdheidsbeding). Zij betogen dat de verwerende partijen, door uitdrukkelijk op te leggen dat een minimumafstand van 1000 meter in acht moest worden genomen, van dit vereiste een wezenlijk element van het contract hebben gemaakt en dat ze derhalve niet akkoord kunnen gaan met een offerte die niet aan dat wezenlijke vereiste voldoet.

Vervolgens stellen zij dat de verzoekende partij is ondervraagd over de niet-naleving van die voorwaarde. Zij geven uittreksels weer van de vraag die is gesteld en van het antwoord dat de verzoekende partij heeft gegeven. Zij zijn van mening dat deze in haar processtukken kibbelt over het begrip “alleenstaande woning”. Volgens hen zijn een hotel en een camping wel degelijk plaatsen waar mensen kunnen leven en wonen, zodat het wel degelijk woningen zijn, zelfs alleenstaande woningen, wat de verzoekende partij in haar e-mail van 20 mei 2020 overigens heeft erkend. Zij merken bovendien op dat de naleving van de 1000-meterregel zou hebben betekend dat de offerte van de verzoekende partij volledig zou moeten worden herzien (door het aantal windturbines te verminderen van 8 naar 6) en daarbij het gehele, met name economische, evenwicht van het project gewijzigd zou worden, wat onmogelijk is, zowel ten aanzien van het bestek als ten aanzien van het beginsel inzake gelijke behandeling en ten aanzien van het verbintenissenrecht, dat bepaalt dat een offerte onherroepelijk is gedurende de door de aanbieder gestelde termijn en dat een offerte alleen herroepen kan worden voor zover die herroeping de geadresseerde bereikt vóór de offerte zelf.

Zij stellen voorts dat de non-conformiteit van de offerte van de verzoekende partij klaar en duidelijk wordt vermeld in het analyseverslag van de offertes, dat alle verwerende partijen overigens uitdrukkelijk hebben goedgekeurd.

In een tweede onderdeel stellen de tussenkomende partijen dat de non-conformiteit van de offerte van de verzoekende partij inhoudt dat zij geen belang heeft bij het beroep. Zij verwijzen naar arrest nr. 240.403 van 11 januari 2018

(ECLI:BE:RVSCE:2018:ARR.240.403) en concluderen dat de verwerende partijen geen andere mogelijkheid hadden dan de offerte van de verzoekende partij te weigeren, aangezien uit niets blijkt dat die offerte in overeenstemming is met een essentiële vereiste van het bestek.

E. Laatste memorie van de verzoekende partij

De verzoekende partij voert het volgende aan:

“ (vertaling)

4. Om te beginnen geven de ‘bevindingen’ in het verslag [opgesteld door de eerste auditeur] aanleiding tot een aantal opmerkingen. Die bevindingen worden in het verslag namelijk ten onrechte gepresenteerd als feitelijke situaties:

(i) Uit het besluit van 22 juli 2020 van de gemeenteraad van de tweede verwerende partij valt niet af te leiden dat die partij het analyseverslag van de offertes heeft goedgekeurd:

- enerzijds betekent het feit dat het gemeentecollege op zijn vergadering van 9 juni 2020 geen bezwaar heeft gemaakt, juridisch gesproken niet dat het het verslag heeft goedgekeurd;

- anderzijds volstaat evenmin de ondertekening van het analyseverslag van de offertes door de algemeen directeur en de burgemeester, bij gebreke van een delegatie van bevoegdheid (in de vereiste vorm verleend door de bevoegde overheid).

De tweede verwerende partij heeft ter adstructie van haar memorie van antwoord trouwens geen enkel document bezorgd waaruit het bestaan van een dergelijk goedkeuringsbesluit zou blijken.

(ii) In de veronderstelling dat de ‘weging van de criteria / quoterings van de offertes’ reeds na een eerste onderzoek heeft plaatsgevonden, dan is deze overigens bevestigd eenmaal alle informatie was ontvangen. Zowel uit het analyseverslag van de offertes als uit de brief van 7 juli 2020 blijkt immers dat de definitieve rangschikking van de offertes is vastgesteld aan het eind van dat onderzoek, dat betrekking had op zowel ‘de naleving van de vereisten van het bestek’ als op ‘de in het bestek opgenomen gunningscriteria in het bestek’.

(iii) Het verslag van de auditeur maakt melding van een tegenstrijdigheid tussen de brief van 7 juli 2020 en de beslissingen die de verwerende partijen eerder hebben genomen. In een dergelijke situatie mocht de auditeur in zijn verslag niet voor de ene of de andere versie kiezen, omdat hij zijn beoordeling dan in de plaats zou stellen van die van de overheid. Hoe dan ook laat *in casu* een andere interpretatie toe het geheel van documenten met elkaar in overeenstemming te brengen: de verwerende partijen hebben de offerte van de verzoekende partij niet onregelmatig verklaard en waren dat ook niet van plan. Zij hebben enkel geoordeeld dat de offerte 2 % minder

voordelig was, hetgeen wordt betwist.

Dit is des te meer het geval - en we komen hier nog op terug - omdat het inherent tegenstrijdig is om enerzijds een offerte te rangschikken, en dus de andere offertes ermee te vergelijken, en anderzijds *a posteriori* te argumenteren - louter in het belang van de zaak - dat die offerte (ook al was ze als tweede gerangschikt) in feite onregelmatig zou zijn. Ongeacht om welke soort procedure het gaat - overheidsopdracht of aanbesteding - een overheid kan een offerte die zij als onregelmatig beschouwt, niet opnemen in een rangorde van kandidaten die in aanmerking worden genomen, omdat dat rechtstreeks in strijd is met de beginselen van gelijkheid en mededinging.

Die verduidelijkingen zijn belangrijk omdat de regelmatigheid van de offerte uiteindelijk de basis vormt van het hele verslag.

5. Voor het overige moet de ontvankelijkheid van het beroep los van de beoordeling van de middelen worden beoordeeld. *In casu* is er geen reden om van die regel af te wijken. Dat geldt des te meer daar de beoordeling die in het verslag wordt gemaakt in verband met het feit dat een nietigverklaring nergens toe leidt, in de plaats lijkt te komen van de beoordeling door de overheid, zeker omdat - zoals we zullen zien - dit standpunt op een aanvechtbare - en bekritiseerde - lezing van het bestek steunt.

6. Het feit dat het hier niet zou gaan om een procedure inzake overheidsopdrachten, betekent niet dat de bevoegde overheden niet verplicht zouden zijn de onregelmatigheid van een offerte formeel vast te stellen en hun beslissingen op dat punt specifiek te motiveren. Zoals in het verzoekschrift tot nietigverklaring en in de memorie van wederantwoord wordt gesteld, wordt echter geen enkele uitdrukkelijke beslissing over de beweerde onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij bijgebracht, wat in het verslag niet wordt betwist. Het verslag toont dus niet aan dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig was, dat die onregelmatigheid zou zijn vastgesteld en dat dienaangaande een met redenen omklede beslissing zou zijn genomen.

7. Ook al zou het, zoals de auditeur lijkt te beweren, niet nodig zijn in twee afzonderlijke fasen te werk te gaan, waarbij eerst de regelmatigheid van de offertes wordt beoordeeld en vervolgens de regelmatige offertes worden vergeleken op basis van de in het bestek vastgestelde criteria, *quod non*, dan nog dienen de verwerende partijen in het kader van een dergelijke procedure het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers en het beginsel van mededinging in acht te nemen.

Het kan niet dat de verwerende partijen alle offertes vergeleken en gerangschikt hebben zonder rekening te houden met de (on)regelmatigheid ervan: indien zij offertes die zij als regelmatig beschouwden, zouden hebben vergeleken met offertes die zij als onregelmatig beschouwden, zouden zij immers een waarderingscijfer hebben toegekend aan bepaalde offertes die zij vervolgens zouden hebben moeten afwijzen. Dat zou een invloed gehad hebben op het waarderingscijfer van de regelmatige offertes. Dat zou neerkomen op het vergelijken van onvergelykbare zaken: regelmatige en onregelmatige offertes. Dat is onmogelijk. Men kan geen appels met peren vergelijken (en ze daarna als appels rangschikken).

Door een dergelijke handelwijze toe te geven, zouden de verwerende partijen

in feite toegeven dat ze aan concurrentievervalsing hebben gedaan.

Het is dus duidelijk dat indien de verwerende partijen de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig hadden beschouwd, zij daaraan geen waarderingscijfer zouden hebben gegeven, noch de rangorde van de offertes zouden hebben bevestigd.

In die zin benadrukt uw Raad dat ‘wanneer een verwerende partij tegen een beroep een exceptie van niet-ontvankelijkheid opwerpt, ontleend aan een onregelmatigheid in de offerte van een verzoekende partij die niet eerder door de aanbestedende overheid aan het licht is gebracht, het niet aan de Raad van State staat die offerte onregelmatig te verklaren wanneer de aanbestedende overheid zelf geen punt heeft gemaakt van die onregelmatigheid tijdens de gunningsprocedure van de kwestieuze opdracht. Om die reden staat het niet aan hem na te gaan of de offerte behept is met de onregelmatigheid die de verwerende partij aanvoert’ (zie met name RvS 28 augustus 2019, nr. 245.328, *bv Polygraph*’).

8. De verwerende partijen bleven overigens gebonden aan de motiveringsplicht. In de motivering van de bestreden beslissing wordt echter geen enkel motief opgegeven voor de onregelmatigverklaring van de offerte.

En niet zonder reden: de offerte van de verzoekende partij is door de verwerende partijen niet onregelmatig verklaard. Integendeel: ze werd als tweede gerangschikt.

In het verslag wordt die vaststelling niet bijgetreden en wordt geoordeeld dat ‘hoewel niet uitdrukkelijk wordt gesteld dat die vaststelling [van onregelmatigheid] de afwijzing van haar offerte tot gevolg heeft, die vaststelling op zijn minst een doorslaggevende reden vormt die rechtvaardigt dat de betreffende zakelijke rechten aan een andere ontwikkelaar en niet aan de verzoekende partij worden toegekend’ (p. 17). Nochtans maakt geen enkele beslissing van de verwerende partijen, noch enig document van het administratief dossier, melding van dat motief, en nog minder van een dergelijk ‘doorslaggevend motief’, en vloeit de niet-toekenning van de zakelijke rechten aan de verzoekende partij niet voort uit de onregelmatigheid van haar offerte, maar wel uit de rangschikking, waarin de verzoekende partij op de tweede plaats staat, met 2 % minder dan Eneco/Engie.

Indien, zoals in het verslag van de auditeur wordt gesteld, de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij zou rechtvaardigen dat het contract niet wordt toegekend, dan nog hadden de verwerende partijen dat uitdrukkelijk moeten vermelden en hadden ze hun beslissingen in dat verband met bijzondere redenen moeten omkleden, aangezien zij zodoende uitdrukkelijk zouden afwijken van het analyseverslag van de offertes, luidens welk de offerte van de verzoekende partij – zowel qua regelmatigheid als inhoudelijk – als tweede werd gerangschikt.

9. Volgens het onderzoek in het verslag van de auditeur lijkt de vermeende onregelmatigheid van de offerte te steunen op het feit dat de afstand van 1000 meter een essentiële vereiste van het bestek zou zijn geweest, dat die afstand in de offerte van de verzoekende partij niet zou zijn gerespecteerd - wat in de bestreden handeling kort maar duidelijk zou zijn gemotiveerd - en dat de vermeende vaststelling van onregelmatigheid zou steunen op dat niet-

vervulde vereiste.

Die opeenvolgende feiten blijken nochtans niet uit de bestreden beslissing noch uit de andere beslissingen van de verwerende partijen.

Uw Raad is echter van oordeel dat ingevolge de formelemotiveringsplicht ‘de aanbestedende overheid hoe dan ook duidelijk moet maken waarom zij meent de bepaling van de opdrachtdocumenten waarvan de offerte afwijkt, als ‘essentieel’ te moeten beschouwen, wanneer die bepaling in die documenten niet uitdrukkelijk als essentieel wordt bestempeld’ (RvS 20 november 2019, nr. 246.130, *nv Infrastructure & Construction*).

10. Het verslag neigt naar een gemakkelijksoplossing, doordat het uitgaat van een uitdrukkelijke beslissing over de regelmatigheid van de offerte, terwijl van een dergelijke beslissing in de rechtsorde geen sprake is.

Bij ontstentenis van een uitdrukkelijke unanieme beslissing van de drie verwerende partijen kan niet worden aangenomen dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is, omdat de auditeur haar beoordeling dan in de plaats zou stellen van die van de overheid en aanvullende motieven voor de genomen beslissingen zou aanbrengen. Volgens het adagium ‘*ce qui se conçoit bien s’énonce clairement*’: indien de offerte van de verzoekende partij een onregelmatigheid zou bevatten, stond het aan de verwerende partijen om dit vast te stellen en hun beslissing duidelijk te motiveren. Dit veronderstelt dus dat moest worden vastgesteld welk voorschrift van het bestek zou zijn geschonden en hoe de offerte dit voorschrift zou hebben geschonden. Van een dergelijke analyse is geen sprake, aangezien het analyseverslag van de offertes zelf besluit dat de offerte van de verzoekende partij als tweede wordt gerangschikt.

De redenering in het verslag van de auditeur kan een dergelijke leemte niet ondervangen, tenzij de auditeur haar eigen beoordeling in de plaats zou stellen van die van de verwerende partijen, hetgeen niet toelaatbaar is. Dat is des te meer het geval daar *in casu* geen enkele motivering, opgegeven in de beslissingen en brieven die in het verslag worden aangevoerd, laat uitschijnen dat een vermeende onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij zou rechtvaardigen dat die partij het contract niet toegekend zou krijgen:

- Verslag van het onderzoek van de offertes (goedgekeurd door de eerste en de derde verwerende partij): een ‘eerste analyse ten gronde van de ontvangen offertes’ wordt uitgevoerd, waarna de ontwikkelaars worden gehoord. Na die gesprekken en nadat is geoordeeld dat de ‘minimumafstanden die ten opzichte van de bestaande vergunde woningen in acht moesten worden genomen’ niet zijn gerespecteerd in de offerte van de verzoekende partij, wordt de weging van de gunningscriteria bevestigd. Met andere woorden: de inachtneming van dit punt van het bestek was duidelijk niet doorslaggevend (anders zou het voorafgaandelijk gevoerde onderzoek niet bevestigd zijn). Bovendien wordt de offerte van de verzoekende partij niet formeel afgewezen, aangezien haar plaats in de rangschikking wordt bevestigd.
- Besluit van de gemeenteraad van Houffalize van 3 juni 2020: dit besluit houdt slechts de goedkeuring in van het ‘analyseverslag van de offertes’, en zegt niets over een (vermeende) onregelmatigheid van de offerte van de

verzoekende partij.

- Beslissing van 15 juni 2020 in naam van de OCMW-raad van de derde verwerende partij: na een tweede onderzoek wordt – zonder nadere precisering – geoordeeld dat de offerte van de verzoekende partij niet aan de voorwaarden van het bestek beantwoordde, en dat de offerte van Eneco-Engie financieel gesproken de meest voordelige van de overblijvende offertes was.

Wat echter de beslissing van het vast bureau van het OCMW van Brugge van 15 juni 2020 betreft, dient te worden vastgesteld, zoals de verzoekende partij reeds in haar verzoekschrift heeft gedaan, dat het luidens de tekst zelf van die beslissing louter om een voorstel van beslissing ging dat aan de raad van het OCMW moest worden voorgelegd ('en deze voor te leggen aan de OCWM-raad', stuk 19). Omdat ze niet is goedgekeurd, heeft die handeling dus duidelijk niet de draagwijdte die de verwerende partijen of het verslag eraan proberen te geven.

- Brief van 30 juni 2020 (stuk 22): deze brief vermeldt inderdaad – zonder nadere precisering – dat de niet-inachtneming van het bestek 'eliminierend' zou zijn. In voorkomend geval zou de offerte van de verzoekende partij dus zijn uitgesloten en zou ze niet in de rangschikking zijn opgenomen. De offerte is echter in de rangschikking gehandhaafd.
- Brief van 7 juli 2020 (stuk 23): na een onderzoek betreffende zowel 'de inachtneming van de vereisten van het bestek als van de daarin opgenomen gunningscriteria' is de rangschikking van de offertes opgemaakt en bevestigd. In werkelijkheid heeft de eerste verwerende partij dus zelf aan de verzoekende partij uitdrukkelijk bevestigd dat het feit dat haar offerte op de tweede plaats was gerangschikt, betekende dat die offerte voldeed aan alle vereisten van het bestek (dus ook de afstand van de windturbines), of op zijn minst dat een eventuele niet-ervulling de regelmatigheid van de offerte niet aantastte, dit in tegenstelling tot wat de verwerende partijen thans met het oog op hun zaak proberen staande te houden.

In het verslag van de auditeur wordt erop gewezen dat de voornoemde brief niet uitgaat van het gemeentecollege. Hij is nochtans ondertekend door de algemeen directeur en de burgemeester van de stad Houffalize. Ook het analyseverslag van de offertes is enkel door de algemeen directeur en de burgemeester van elke verwerende partij ondertekend en dat lijkt in het verslag van de auditeur wel te worden gevalideerd. Men kan niet naargelang het uitkomt nu eens van mening zijn dat het analyseverslag van de offertes rechtsgeldig door die twee personen is ondertekend, en naderhand staande houden dat wanneer diezelfde twee personen een brief ondertekenen, zij de gemeente niet rechtsgeldig zouden vertegenwoordigen... Men dient de zaken door een en dezelfde bril te bekijken.

Uit geen enkele van de voormelde beslissingen valt op te maken dat de drie verwerende partijen de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig zouden hebben beschouwd. Voor het overige wijst niets erop dat de afstand van 1000 meter een substantieel of essentieel element van het bestek was. Hooguit werd de inachtneming van het bestek beschouwd als een element van de beoordeling, en onder meer op dat punt is de beoordeling van de verwerende partijen verkeerd, wat de reden is waarom de verzoekende partij

een beroep heeft ingesteld en daar een belang bij heeft.

Niets toont aan dat de verzoekende partij (gelet op de informatie waarover ze beschikte) dat criterium niet in acht zou hebben genomen.

11. Op p. 14 van het verslag worden twee argumenten aangehaald om aan te tonen dat het vereiste inzake de afstand van 1000 meter een essentiële vereiste is.

De beide argumenten zijn onjuist.

Enerzijds zegt de ‘zorg die wordt besteed aan het verkrijgen van aanvullende inlichtingen’ niets over het al dan niet essentieel karakter van een vereiste. Die inlichtingen kunnen nuttig zijn om een keuze tussen de offertes te maken en om ze dienstig te rangschikken, maar vormen daarom nog geen voorwaarde voor de regelmatigheid van de offertes.

Anderzijds zijn de bewoordingen van het bestek niet doorslaggevend, integendeel, aangezien de afstand van 1000 meter wordt vermeld in het deel met als opschrift ‘achtergrond’ (in het Frans: ‘*contexte*’) en niet als een van de criteria (noch een van de gunningscriteria, noch een van de ‘bepalingen’ – in het Frans ‘*lignes directrices*’).

Bovendien heeft de verzoekende partij, anders dan wat het verslag op p.16 doet uitschijnen, de toepassing van het principe ‘*patere legem quam ipse fecisti*’ niet aangevoerd in verband met het vermeende essentiële karakter van het vereiste inzake de afstand van 1000 meter, maar in verband met de werkwijze voor de beoordeling in het kader van een bestek.

12. Voorts is arrest nr. 240.403, dat de tussenkommende partijen in hun memorie van tussenkomst aanvoeren, hier irrelevant. De lering van dat arrest is *in casu* niet toepasbaar, want anders dan in die andere zaak wordt hier de volledigheid van de offerte van de verzoekende partij niet ter discussie gesteld.

13. In het recht inzake overheidsopdrachten is ‘een offerte (...) substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken’.

Dat is hier niet het geval.

De offertes konden op basis van dat criterium niet worden vergeleken en de inschrijvers konden er zich om verschillende redenen niet onherroepelijk toe verbinden een afstand van 1000 meter in acht te nemen, omdat de milieueffectenbeoordeling, die mogelijk zou aanbevelen de oorspronkelijk geplande windturbines te verplaatsen, nog niet was opgesteld.

Dat is de reden waarom een project dat op de voorafgaande informatievergadering is voorgesteld, doorgaans nog wordt gewijzigd voordat de vergunningsaanvraag wordt ingediend.

Het zou kunnen dat Eneco-Engie, dat de zakelijke rechten in kwestie heeft verkregen, haar project na de milieueffectenbeoordeling zou moeten wijzigen en de afstand van 1000 meter niet meer in acht zou nemen, maar niettemin

een enige vergunning bekomt om haar windmolenpark aan te leggen en te exploiteren. Met andere woorden: indien na de milieueffectenbeoordeling blijkt dat de afstand niet kan worden gerespecteerd, zou de offerte van de verzoekende partij zijn uitgesloten omwille van een reden waarmee hoe dan ook geen rekening kon worden gehouden. Dat is een flagrante schending van het gelijkheidsbeginsel en van het beginsel van de vrije mededinging tussen inschrijvers.

De plaats van de windturbines, noodzakelijkerwijs in theorie in dit stadium, kon dan ook niet maken dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig was.

14. Die onzekerheid is waarschijnlijk de reden waarom de afstand van 1000 meter wordt vermeld in deel 1 ‘Achtergrond’ en niet bij de criteria (van deel 2, dan wel van deel 6).

De essentiële elementen waren uiteraard de elementen die zijn opgenomen in de samenvattende controlelijst op pagina 7 (pagina 17 van de Nederlandse versie) van het bestek (stuk 7): het aantal windturbines, de vergoeding per windturbine, de compensatie (voor de jacht), de instapvergoeding per windturbine, de verdeelsleutel tussen de partijen (ontwikkelaar, overheids- en/of coöperatieve investering), het feit dat het document in beide talen is opgesteld, ...

De afstand van 1000 meter is daar echter niet in opgenomen.

Niets in de structuur of in de bewoordingen van het bestek doet uitschijnen dat het in acht nemen van die afstand – die niet kan worden gewaarborgd vóór het verkrijgen van de vergunning – bepalend was voor het akkoord van de verwerende partijen en als een essentieel element zou moeten worden beschouwd.

Indien - en meer nog in zoverre - dat het geval was geweest, was het absoluut noodzakelijk dat de verwerende partijen de vermeende onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij kwalificeerden en uitdrukkelijk motiveerden. Dat hebben zij niet gedaan.

15. In ondergeschikte orde heeft de regelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij eveneens te maken met het feit dat die offerte rekening houdt met de afstand van 1000 meter ten opzichte van de bewoning, in de gebruikelijke betekenis van het woord.

Het is wel degelijk daarnaar dat het bestek heeft willen verwijzen, aangezien het de woorden ‘*habitation isolée*’ (alleenstaande woning) en ‘*maisons isolées*’ (alleenstaande huizen) door elkaar gebruikt (p. 2). Een camping en een hotel zijn uiteraard geen ‘huizen’.

In de veronderstelling dat de vermeende onregelmatigheid, op grond van de niet-inachtneming van het bestek, van de offerte van de verzoekende partij zou zijn aangetoond, *quod non*, zou die dus beslist toe te schrijven zijn aan een kennelijke beoordelingsfout van de verwerende partijen.

Sommige verklaringen van de verzoekende partij zijn ingegeven door de uitleg die de verwerende partijen na de opening van de offertes hebben verstrekt. De verwerende partijen dienden zich evenwel te houden aan het bestek dat ze hadden goedgekeurd. De verzoekende partij heeft haar offerte, waarin het bestek in acht werd genomen, gehandhaafd. Voor het overige

wordt met name naar de uiteenzettingen op pagina 22 van het verzoekschrift verwezen.

De motivering van de bestreden beslissing is onjuist en deze is onwettig.

16. Uit het voorgaande blijkt dat het bestek de afstand van 1000 meter niet maakt – en ook niet kon maken – tot een essentieel element waarvan de regelmatigheid van de offertes kan afhangen. Over die regelmatigheid is overigens geen enkele uitdrukkelijke beslissing genomen en er is ook geen motivering voor gegeven.

De offerte van de verzoekende partij had – in theorie – hooguit minder punten kunnen krijgen in de rangschikking. Dat is evenwel niet gebeurd, aangezien de verwerende partijen na het horen van de inschrijvers niets hebben veranderd aan de rangschikking.

17. De beoordeling door de verwerende partijen is overigens onjuist, hetgeen in het verzoekschrift en in de memorie van wederantwoord is aangetoond. Zonder die fouten zou de verzoekende partij als eerste zijn gerangschikt en zou het omstreden contract aan haar zijn toegewezen.

De verzoekende partij zou door de nietigverklaring van de bestreden beslissingen dan ook zeker een kans krijgen om de zakelijke rechten in kwestie te verkrijgen. Ze geeft dus wel degelijk blijk van het vereiste belang om elke beslissing te betwisten waarvan zij hier de nietigverklaring vordert.

18. Uit alle voorgaande elementen blijkt dat de verzoekende partij een persoonlijk, onmiddellijk, rechtstreeks, zeker, gerechtvaardigd, verkregen en actueel belang bij het bekomen van de vernietiging van alle bestreden handelingen aanvoert.

De exceptie van niet-ontvankelijkheid op grond van het feit dat de verzoekende partij geen belang bij de zaak heeft, moet dienovereenkomstig worden verworpen.

19. Wat het motief voor de niet-ontvankelijkheid op grond van het maatschappelijk doel van de verzoekende partij betreft, die door de verwerende partijen wordt aangevoerd, wordt verwezen naar de memorie van wederantwoord aangezien die reden niet in het verslag van de auditeur wordt vermeld. Hetzelfde geldt voor de vermeende onontvankelijkheid van het beroep:

- in zoverre het gericht is tegen de impliciete beslissing om het contract niet toe te wijzen aan de verzoekende partij;
- in zoverre het gericht is tegen de beslissingen van de gemeente Gouvy en van het OCMW [van Brugge] houdende goedkeuring van de beslissing van de stad Houffalize;
- in zoverre het gericht is tegen de beslissingen houdende goedkeuring van het contract waarin de grondrechten worden vastgelegd”.

VI.2. Onderzoek

De kwestieuze operatie dient te worden opgevat als de toekenning, aan een ontwikkelaar die na een oproep tot mededinging is geselecteerd, van zakelijke

rechten op percelen die toebehoren aan respectievelijk elk van de verwerende partijen, zodat die ontwikkelaar de percelen in kwestie kan bestemmen voor de ontwikkeling van een windmolenpark, zijnde de bouw en de exploitatie van windturbines. Het contract dat luidens het bestek tussen de verwerende partijen en de ontwikkelaar zal worden gesloten, strekt enkel tot de toekenning en de regeling van de zakelijke rechten die voor de ontwikkeling van het windmolenpark nodig zijn.

In arrest nr. 248.148 van 17 augustus 2020 heeft de Raad van State geoordeeld dat de kwestieuze operatie *prima facie* niet kon worden gekwalificeerd als een concessie van werken of diensten of als een overheidsopdracht, om de volgende reden:

- Het enige contract dat in het kader van het kwestieuze project in het geding lijkt te zijn, heeft geen betrekking op een voorwerp op grond waarvan het zou kunnen worden gekwalificeerd als een concessie van werken of diensten in de zin van de voornoemde bepalingen, en anderzijds lijkt er voor het overige geen enkele contractuele bepaling te bestaan die op een dergelijk voorwerp betrekking zou hebben, wat volstaat om een kwalificatie als “concessie” in de zin van artikel 2, 7°, van de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten uit te sluiten.
- De verzoekende partij zet niet concreet uiteen waarom het project als overheidsopdracht zou moeten worden gekwalificeerd, terwijl de Raad van State evenmin elementen kan vinden om die stelling te ondersteunen.

De verzoekende partij beweert, ter staving van haar vordering tot nietigverklaring, niet langer dat de kwestieuze operatie een concessie van werken of diensten dan wel een overheidsopdracht zou zijn. De Raad van State ziet geen redenen om af te wijken van de analyse die in arrest nr. 248.148 is gemaakt.

Deze operatie is dus niet onderworpen aan de twee wetten van 17 juni 2016, betreffende respectievelijk de concessieovereenkomsten en de overheidsopdrachten, noch aan de daarbij horende uitvoeringsbesluiten. Voorts wordt de vordering tot nietigverklaring juridisch geregeld in de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Luidens artikel 19, eerste lid, van die wetten kan een beroep tot nietigverklaring, zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van diezelfde wetten, voor de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State worden gebracht door elke partij die doet blijken van een benadeling of een belang. Een verzoekende partij

beschikt over dit rechtens vereiste belang indien twee voorwaarden vervuld zijn: enerzijds is vereist dat de bestreden administratieve rechtshandeling haar een persoonlijk, rechtstreeks, zeker en actueel nadeel berokkent en een wettig belang schaadt; anderzijds moet de eventuele nietigverklaring van die rechtshandeling haar een direct en persoonlijk voordeel verschaffen, hoe miniem ook.

Het staat aan de verzoekende partij het bewijs te leveren van haar belang om in rechte op te treden, in het bijzonder wanneer dat belang door een andere partij wordt betwist.

In casu bewijst de verzoekende partij haar belang om tegen de bestreden beslissingen in rechte op te treden, door te stellen dat indien haar offerte correct was beoordeeld, zij het contract voor de toekenning van de grondrechten noodzakelijk voor de verwezenlijking van haar windmolenpark zou hebben verkregen, dat de bestreden beslissingen die haar dat contract niet toekennen, haar rechtstreeks en definitief nadeel berokkenen en dat zij er dus onmiskenbaar belang bij heeft de nietigverklaring ervan te verkrijgen zodat deze opdracht niet aan een concurrent wordt gegund en zodat zij een nieuwe kans krijgt om de opdracht [zelf] uit te voeren.

De verwerende en de tussenkomenende partijen voeren onder meer aan dat de offerte van de verzoekende partij hoe dan ook niet in aanmerking had kunnen komen omdat ze niet in overeenstemming was met een essentiële vereiste van het bestek.

De verzoekende partij antwoordt in hoofdzaak dat de verwerende partijen niet hebben vastgesteld dat haar offerte onregelmatig was, dat zij die om die reden niet hebben afgewezen en dat het niet aan de Raad van State staat een offerte onregelmatig te verklaren wanneer de verwerende partijen dit motief van onregelmatigheid niet zelf hebben aangevoerd in de loop van de procedure van oproep tot het indienen van projecten.

In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, blijkt uit het analyseverslag waarnaar de beslissing van het gemeentecollege van de stad Houffalize van 3 juni 2020 en de besluiten van het vast bureau en de raad van het OCMW van Brugge van 15 en 30 juni 2020 verwijzen, maar ook uit de eigen motieven die in die twee laatstgenoemde besluiten zijn vervat, dat de offerte van de verzoekende partij is afgewezen op grond van het doorslaggevend motief dat het voorgestelde project voor de aanleg van windturbines geen rekening hield met de minimumafstanden die het bestek ten opzichte van de bestaande vergunde woningen oplegt.

Uit het analyseverslag van de offertes blijkt dat de steller ervan eerst is nagegaan of de elf ontvangen offertes beantwoordden aan de vormvoorschriften van het bestek. Vervolgens heeft hij “een eerste onderzoek ten gronde van de ontvangen offertes” uitgevoerd. Op basis van die beoordeling van de offertes, uitgevoerd aan de hand van de gunningscriteria, heeft de steller van het verslag de drie meest interessante offertes geselecteerd, daaraan toevoegend dat er “desondanks vragen blijven”, dat “aanvullende informatie” is opgevraagd bij de drie betrokken ontwikkelaars en dat met elk van hen een onderhoud is georganiseerd. Volgens het verslag is uit dat onderhoud en de ontvangen antwoorden gebleken dat de offertes van de ontwikkelaars Eneco-Engie en Luminus conform de vereisten van het bestek zijn, terwijl de offerte van de verzoekende partij daarentegen niet beantwoordde aan het vereiste van het bestek inzake de inachtneming van een afstand van 1000 meter tot aan de bestaande vergunde woningen. Ingevolge de vaststelling dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is, had de steller van het analyseverslag wellicht een nieuw onderzoek van de offertes moeten uitvoeren met uitsluiting van de offerte van de verzoekende partij, teneinde alleen de regelmatige offertes onderling te vergelijken. Hij heeft evenwel besloten de eerste analyse van de offertes te bevestigen door vast te stellen dat “op grond van deze objectieve vergelijking het voordeel wordt toegekend aan de vereniging Eneco-Engie”, wier offerte wordt beoordeeld als zijnde conform de bepalingen van het bestek. Deze handelwijze is weliswaar laakbaar maar heeft echter geen nadeel kunnen berokkenen aan de verzoekende partij aangezien haar offerte hoe dan ook als onregelmatig wordt beschouwd. De bevestiging van de eerste analyse van de offertes heeft in ieder geval geen enkele invloed kunnen uitoefenen op de beslissing om de offerte van de verzoekende partij onregelmatig te verklaren.

Door het analyseverslag van de offertes goed te keuren, nemen de beslissing van het gemeentecollege van de stad Houffalize van 3 juni 2020 en de besluiten van het vast bureau en de raad van het OCMW van Brugge van 15 en 30 juni 2020 de motivering ervan over. Bovendien bevestigen de twee laatstgenoemde beslissingen, op grond van een eigen motivering, dat na analyse van de offertes de ontwikkelaars die de drie meest interessant geachte offertes hebben ingediend, werden uitgenodigd om aanvullende informatie over hun project te geven, dat na een grondiger onderzoek van de offertes werd vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij niet beantwoordt aan de voorwaarden van het bestek, en dat, van de overblijvende offertes, die van Eneco-Engie economisch het voordeligst is voor alle partijen.

De omstandigheid dat het gemeentecollege van Gouvy tijdens zijn vergadering van 9 juni 2020 het analyseverslag van de offertes niet formeel zou

hebben goedgekeurd, heeft geen invloed op de vaststelling, door de eerste en de derde verwerende partij gedaan in de voornoemde beslissingen van respectievelijk 3, 15 en 30 juni 2020, dat de offerte van de verzoekende partij onregelmatig is. Hoewel de drie verwerende partijen onderling moeten overeenkomen om een ontwikkelaar te kiezen, volstaat het daarentegen dat een van hen beslist dat de offerte van een ontwikkelaar onregelmatig is om te rechtvaardigen dat die offerte wordt afgewezen. In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, was er geen unanieme beslissing van alle verwerende partijen nodig om haar offerte onregelmatig te verklaren.

De verwerende en de tussenkomenende partijen kunnen overigens worden bijgevalen wanneer zij beweren dat de inachtneming van de afstand van 1000 meter ten opzichte van elk woongebied of woongebied met een landelijk karakter en ten opzichte van elke bestaande vergunde alleenstaande woning (buiten een woongebied en buiten een woongebied met een landelijk karakter) een essentiële vereiste van het bestek is. Immers:

- De gemeenteraad van de stad de Houffalize verwijst in zijn beslissing van 29 januari 2020, waarin het bestek wordt goedgekeurd, naar zijn besluit van 30 oktober 2013 “betreffende de Waalse windturbinekaart, waarbij een minimumafstand van 1000 meter wordt opgelegd tussen iedere windturbine en ieder woongebied of iedere vergunde alleenstaande woning die reeds voor de aanvang van het project bestond, en dit ongeacht wat de oriëntatie is ten opzichte van de overheersende winden” en naar zijn besluit van 21 november 2013 “waarbij de aanbevelingen worden overgenomen die het Parc Naturel des Deux Ourthes in verband met windturbines voorstelt, en waarin nogmaals wordt gewezen op de verplichting een afstand van 1000 meter in acht te nemen tussen iedere windturbine en ieder woongebied of iedere vergunde alleenstaande woning die reeds voor de aanvang van het project bestond, en dit ongeacht wat de oriëntatie is ten opzichte van de overheersende winden”. Met die beraadslagingen beslist de gemeenteraad van de stad de Houffalize om aan elk windmolenproject op zijn grondgebied striktere eisen inzake de minimumafstanden op te leggen dan die waarin het referentiekader voor de vestiging van windturbines van het Waals Gewest en de algemene aanbevelingen van het Parc Naturel des deux Ourthes (PNDO) voorzien.
- Het bestek met betrekking tot de kwestieuze operatie – goedgekeurd door de bevoegde instanties van de drie verwerende partijen – neemt dat vereiste over in deel 1 “achtergrond”, (*“contexte”* in de Franse versie van het bestek) en stelt dat “de kandidaten voor de ontwikkeling van een project [...] een

minimale afstand van 1000 meter [moeten respecteren] ten opzichte van alle delen van woongebieden, van landelijke woningen of vergunde alleenstaande woningen, ongeacht de oriëntatie ten opzichte van de overheersende winden”, behalve wanneer de eigenaars en de eventuele huurders van deze alleenstaande woningen akkoord gaan om die afstand te verkorten tot vier keer de hoogte van de windturbine(s) in kwestie (conform de minder strikte regelgeving die van toepassing is in het Waals Gewest). Het bestek bepaalt voorts dat punt 2.2 van artikel 2 van de algemene aanbevelingen van het PNDO – dat minder strikte eisen oplegt inzake minimumafstanden – niet van toepassing is. Het vermeldt ten slotte de enige “uitzondering” waarin de vereiste minimumafstand van 1000 meter niet moet worden gerespecteerd (voor de “Ferme Belle Vue”, eigendom van het OCMW, en de naastgelegen eigendom van [...]) zal die afstand ten minste 450 meter ten noorden en 550 meter ten zuiden bedragen). Zoals de verwerende partij opmerkt, kon een kandidaat-ontwikkelaar “op geen enkele manier” een bouw van windturbines in zijn project voorstellen die ingaat tegen de 1000-meterregel (behoudens akkoord van de betrokken eigenaar/huurders).

- In tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, mag het vereiste van een minimumafstand van 1000 meter niet worden verward met een gunningscriterium, dat dient om offertes te beoordelen en onderling te vergelijken. Zoals de verwerende partij opmerkt, gaat het om een “voorwaarde/verplichting die, als ze niet wordt vervuld, de offerte niet ‘min of meer interessant’ maakt, doch ‘niet-conform’ of ‘onregelmatig’”, met dien verstande dat “de samenvattende controlelijst van deel 5 [...] uiteraard niet meer is dan een lijst van de elementen/inlichtingen die de offerte [onder meer] moet bevatten”, wat blijkt uit het feit dat die lijst het opschrift “Inschrijving aanbieden” draagt.
- De omstandigheid dat een ontwikkelaar gehouden kan zijn om zijn oorspronkelijke project – onverwachts – te herzien om het in overeenstemming te brengen met de aanbevelingen van de effectbeoordeling of om te voldoen aan de voorwaarden van de enige vergunning, ontslaat hem niet van de verplichting om, wanneer hij met andere ontwikkelaars in mededinging is gesteld voor de toekenning van de grondrechten in kwestie, een project in te dienen waarin de 1000-meterregel wordt nageleefd die het bestek voorschrijft.
- De verzoekende partij heeft goed begrepen dat het om een essentiële vereiste van het te sluiten contract ging: ter ondersteuning van een kaart waarop de aanleg van de geplande windturbines (in het rood), het Natura-2000-gebied

(in het groen) en de “1000-meterzone ten opzichte van de woning” (in het geel) aangeduid staan, voert zij in haar offerte namelijk aan dat “het voorgestelde project van 8 windturbines nauwgezet een afstand van 1000 meter in acht neemt ten opzichte van elk woongebied”. Bovendien erkent zij in haar e-mail van 20 mei 2020 dat ze een “inschattingsfout” heeft gemaakt door ervan uit te gaan dat de “terreinen van camping C&P (westen van de autosnelweg)” en het “gebied van Hôtel l’Ermitage (oosten van de snelweg)”, die in het gewestplan als “recreatiegebied” zijn opgenomen, niet “bewoond” waren, en stelt zij voor die fout te corrigeren via een wijziging van haar offerte, namelijk door het aantal windturbines voor dat gebied te verminderen van 8 naar 6. De verzoekende partij beweert in die e-mail niet dat de 1000-meterregel niet essentieel zou zijn of dat zij ervan zou mogen afwijken. Integendeel: wanneer zij merkt dat haar offerte niet conform dat bestekvereiste is, stelt zij voor haar offerte zo te wijzigen dat die daarmee wel in overeenstemming is.

- De e-mail van de diensten van de eerste verwerende partij van 30 juni 2020 en de brief van 7 juli 2020 – waar de verzoekende partij op hamert – antwoorden enkel op de vragen van de verzoekende partij wat haar rangschikking ten opzichte van de wegingscoëfficiënten betreft. Deze geschriften gaan niet uit van het gemeentecollege van de stad Houffalize. Het betreft in geen geval “latere beslissingen” die na een nieuw onderzoek van het dossier zijn genomen.

Aangezien het een essentiële vereiste van de projectoproep betreft, hebben de verwerende partijen geen andere keuze dan een offerte die dat vereiste niet naleeft, af te wijzen. Bijgevolg maakt een dergelijke offerte geen enkele kans om geselecteerd te worden en maakt de indiener ervan geen enkele kans de grondrechten voor de verwezenlijking van zijn windmolenproject toegewezen te krijgen. Behalve wanneer de verzoekende partij gegronde kritiek uit tegen de motieven betreffende de onregelmatigheid van haar offerte, heeft zij dan ook geen belang bij het beroep, aangezien dit beroep haar niet de kans biedt die grondrechten te verwerven.

De verzoekende partij betwist, in ondergeschikte orde, dat haar offerte onregelmatig kon worden verklaard, en verwijst in dat verband naar het derde en het vierde onderdeel van het eerste middel. De kwestie van de ontvankelijkheid van het beroep houdt verband met het onderzoek van die twee onderdelen.

VII. Eerste middel

VII.1. Standpunt van de verzoekende partij

De verzoekende partij ontleent een eerste middel aan de schending “van de Grondwet, met name de artikelen 10, 11, 33 en 159 ervan; van de omzendbrief van 23 februari 2016 *betreffende de immobiliere bewerkingen van de plaatselijke overheden*; van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, met name de artikelen 2 en 3 ervan; van de beginselen betreffende inhoudelijke motivering en materiële motivering van de bestuurshandelingen; van het transparantiebeginsel, van het beginsel inzake naleving van de mededinging en van het beginsel van gelijkheid en non-discriminatie tussen de inschrijvers voor een projectoproep; van de zorgvuldigheidsplicht en van het rechtszekerheidsbeginsel; van het algemene rechtsbeginsel ‘*patere legem quam ipse fecisti*’; alsook aan dwaling omtrent en tegenstrijdigheid van de motieven, en aan een kennelijke beoordelingsfout”.

In haar verzoekschrift vat de verzoekende partij het *derde onderdeel* van haar middel als volgt samen:

“ (vertaling)

De motivering van de eerste bestreden beslissing is lacunair en voldoet derhalve noch aan de vereisten voorgeschreven door de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, noch aan de vereisten van de omzendbrief van 23 februari 2016 *betreffende de immobiliere bewerkingen van de plaatselijke overheden*. Uit die motivering kan evenmin worden opgemaakt waarom de gekozen offerte als de meest voordelige is beoordeeld. De motivering steunt daarenboven uitsluitend op een analyseverslag van de offertes dat zelf lacunair is, strijdig met andere stukken van het administratief dossier en meerdere materiële fouten bevat. Die onwettigheden stralen ook af op alle andere bestreden beslissingen”.

In de uiteenzetting van dat onderdeel wijst de verzoekende partij op de draagwijdte van de formelemotiveringsplicht waaraan de bestuurlijke overheid moet voldoen, en geeft zij uittreksels weer van bepaalde stukken van het dossier. Tegen de motivering van de onregelmatigheid van haar offerte brengt zij in dat die motivering geen melding maakt van de aanvullende informatie die zij na haar onderhoud heeft verstrekt en waarin zij nochtans is ingegaan op de vermeende niet-inachtneming van een afstand van 1000 meter ten opzichte van de vergunde woningen, en dat in die motivering niet wordt uitgelegd waarom geen rekening is gehouden met haar toelichting. Zij herhaalt dat haar offerte noch in het analyseverslag van de offertes, noch in de eerste bestreden beslissing onregelmatig wordt verklaard, en dat uit de informatie die achteraf door de stad Houffalize is bezorgd, blijkt dat haar offerte als tweede werd gerangschikt. Volgens haar staat het analyseverslag van de offertes dus

volkomen haaks op het werkelijk uitgevoerde onderzoek van de offertes en bevat het dan ook een kennelijke beoordelingsfout. Zij leidt daaruit af dat de verwerende partijen, door dat analyseverslag van de offertes goed te keuren en de inhoud ervan over te nemen, beslissingen hebben genomen die op een kennelijk onjuiste en tegenstrijdige motivering steunen en het zorgvuldigheidsbeginsel hebben geschonden dat ze horen na te leven.

Het *vierde onderdeel* van het eerste middel wordt in ondergeschikte orde geformuleerd. De verzoekende partij brengt naar voren dat, zelfs indien men zou aannemen dat de verwerende partijen haar offerte als onregelmatig hebben beoordeeld, zij formeel bezwaar maakt enerzijds tegen de werkwijze en de motivering die tot de afwijzing van haar offerte hebben geleid, en anderzijds tegen de toepassing van het criterium waarop de afwijzing van haar offerte gebaseerd is.

Zij voert het volgende aan:

“ (vertaling)

(...) ‘Ingevolge de formelemotiveringsplicht mag de aanbestedende overheid die een offerte heeft ontvangen die volgens haar afwijkt van een bepaling van het bestek, zich niet beperken tot de vaststelling van die afwijking. Zij moet zich uitspreken of het om een al dan niet substantiële onregelmatigheid gaat, en in voorkomend geval uiteenzetten waarom zij beslist een offerte die behept is met een als niet-substantieel beschouwde onregelmatigheid, af te wijzen dan wel in aanmerking te nemen. Voorts moet de aanbestedende overheid ter motivering van de kwalificatie ‘substantiële’ onregelmatigheid hoe dan ook duidelijk maken waarom zij meent het ‘essentiële’ karakter van de bepaling van de opdrachtdocumenten waarvan de offerte afwijkt, te moeten handhaven wanneer die bepaling in die documenten niet uitdrukkelijk als essentieel wordt bestempeld’ (RvS 20 november 2019, nr. 246.130, *nv Infrastructure & Construction*).

Niet elke onregelmatigheid van een offerte ten opzichte van het bestek leidt dus noodzakelijk tot de afwijzing van de offerte in kwestie. Opnieuw moet ‘de aanbestedende overheid *de facto* het bestaan van een onregelmatigheid rechtsgeldig vaststellen, die onregelmatigheid als substantieel of als niet-substantieel kwalificeren, de redenen vermelden (...) waarop zij zich steunt om dat te doen, de consequenties uit die kwalificatie trekken en, indien de onregelmatigheid als niet-substantieel wordt gekwalificeerd, een motivering geven van de beslissing om de offerte omwille van die onregelmatigheid al dan niet af te wijzen’ (zie onder meer RvS 4 november 2016, nr. 236.354, *nv Sotraplant travaux routiers*).

Aangezien het gaat om verplichtingen die voortvloeien uit de beginselen betreffende de inhoudelijke en de formele motivering van bestuurshandelingen, alsook uit de beginselen volgens welke elke bestuurshandeling moet steunen op materiële gronden die juist, relevant, in rechte aanvaardbaar en niet-contradictoir zijn, zijn dergelijke beginselen *mutatis mutandis* ook van toepassing in het kader van een

mededingingsprocedure die gebaseerd is op de omzendbrief van 23 februari 2016 *betreffende de immobilaire bewerkingen van de plaatselijke overheden*.

(...) In voorkomend geval wordt echter noch in het analyseverslag van de offertes, noch in het besluit van 26 juni 2020, noch in enig ander document:

- aangetoond dat er een afwijking bestaat op het bestek;
- een uitspraak gedaan over het al dan niet substantiële karakter van die afwijking;
- aangetoond waarom de verwerende partijen menen het ‘essentiële’ karakter van de bepaling van de opdrachtdocumenten waarvan de offerte afwijkt te moeten handhaven;
- de offerte van de verzoekende partij uitdrukkelijk onregelmatig verklaard of uitdrukkelijk afgewezen.

In werkelijkheid kan de verzoekende partij uit de lezing van het analyseverslag van de offertes, of van elk ander document uit het administratief dossier in verband met de bestreden beslissingen, zelfs niet opmaken om welke precieze reden haar offerte zou zijn beschouwd als een offerte waarin ‘het bestek onvoldoende in acht wordt genomen’. Ook al wordt haar in het analyseverslag van de offertes ‘in hoofddorde’ in summiere bewoordingen verweten de minimumafstanden tussen de windturbines en de ‘bestaande vergunde woningen’ niet te respecteren, er kan immers uit geen enkele aanvullende toelichting worden opgemaakt welke windturbine(s) zich op minder dan 1000 meter van welke woning(en) zou(den) bevinden.

Hoewel de verzoekende partij na de vergadering van 15 mei 2020 heeft uitgelegd dat ‘wij ervan zijn uitgegaan dat de gebieden (...) die op het gewestplan in ‘recreatiegebied’ liggen, niet bewoond waren’ maar dat inderdaad ‘de uitbaters daar mogelijk permanent verblijven’ (stuk 16), gaat het enerzijds louter om een veronderstelling van de verzoekende partij, die de verwerende partijen nooit hebben bevestigd of tegengesproken, en ontslaat deze feitelijke toestand de verwerende partijen anderzijds niet van hun wettelijke verplichtingen, meer bepaald inzake de motivering van hun beslissingen.

(...) Indien zou blijken dat het inderdaad vanwege de aanwezigheid van ‘bestaande vergunde woningen’ op camping C&P of in Hôtel L’Ermitage is dat het analyseverslag van de offertes stelt dat de offerte van de verzoekende partij de vereisten van het bestek niet in acht zou nemen, zou dat ene motief daarenboven zelf onregelmatig zijn. Dat motief kon dan ook geen deugdelijke grondslag vormen voor de onregelmatigheid – en de afwijzing – van de offerte van de verzoekende partij: de verzoekende partij beschikte immers per definitie noch over de vereiste informatie, noch over enig middel om zelf te kunnen vaststellen of er op een camping of in een hotel ‘bestaande vergunde woningen’ aanwezig waren.

Een woonplaats is immers een element dat onder de bescherming van persoonsgegevens valt. De gemeentediensten hadden die informatie in geen enkel geval mogen bekendmaken indien de verzoekende partij hun erom had gevraagd. Enkel de verwerende partijen konden beschikken over deze informatie, die niet toegankelijk was voor de inschrijvende verzoekende

partij.

De verwerende partijen kunnen de geldigheid van de offertes echter niet laten afhangen van kennis van informatie waarover de inschrijvers niet beschikken, en niet zouden mogen beschikken. Zij zouden, integendeel, de ontwikkelaars alle informatie ter beschikking moeten stellen die deze laatsten nodig hebben om hun offerte op te stellen (zie onder meer P. THIEL, *Mémento marchés publics et PPP*, Luik, Wolters Kluwer, 2019, 537-538).

We voegen daaraan toe dat de verwerende partijen het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel zouden hebben geschonden indien daarenboven zou blijken dat ze naar aanleiding van de vraag of er op die plaatsen dergelijke woningen aanwezig zijn of waar de ‘bestaande vergunde woningen’ zich bevinden, daarover informatie hebben verstrekt aan andere inschrijvers (zie ook P. THIEL, *op.cit.*, 538).

Om al die redenen moet het vierde onderdeel van dit middel gegrond worden verklaard.

(...) Uit het voorgaande volgt dat de vier onderdelen van het eerste middel gegrond zijn”.

Wat het *derde onderdeel* betreft, verwijst zij in haar wederantwoord met betrekking tot de motivering van de onregelmatigheid van haar offerte, naar arrest nr. 247.061 van 14 februari 2020 (ECLI:BE:RVSCE:2020:ARR.247.061), waarin wordt opgemerkt dat, wanneer twijfel rijst over de regelmatigheid van bepaalde offertes, de bestuurlijke overheid zich daarover met een afdoende motivering moet uitspreken. Zij herhaalt dat de verwerende partijen zelfs niet uitleggen of haar offerte al dan niet als onregelmatig moet worden beschouwd en evenmin op welke concrete punten haar offerte het bestek niet in acht zou nemen. Zij voert aan dat elke verantwoording *a posteriori* met betrekking tot de vermeende onregelmatigheid van de offerte verboden is en er *in casu* op neerkomt dat niet enkel de motivering, maar meer nog de inhoud van de beslissingen inzake gunning van het contract op de helling komt te staan. Zij herhaalt dat het krachtens het beginsel van gelijkheid tussen de kandidaat-ontwikkelaars en krachtens het mededingingsbeginsel uitgesloten was om alle regelmatige en onregelmatige offertes te vergelijken en te rangschikken in een geval waarin, zoals *in casu*, de offertes aan elkaar worden getoetst, aangezien een dergelijke manier van werken het waarderingscijfer van de regelmatige offertes die het contract toegewezen kunnen krijgen, doet variëren, wat concurrentievervalsing is. Zij komt ook terug op “de kennelijke tegenstrijdigheid tussen de verschillende gegevens en inlichtingen die mettertijd aan de verzoekende partij zijn verstrekt om te bevestigen dat zij wel degelijk als tweede was gerangschikt, hetgeen betekent dat haar offerte voldeed aan alle vereisten van het bestek (ook aan de 1000-meterregel). Voor het overige herhaalt zij de argumenten van haar verzoekschrift.

Wat het *vierde onderdeel* betreft, voert zij aan dat de rechtspraak die zij

in haar verzoekschrift aanhaalt, relevant is, aangezien die betrekking heeft op de verplichting tot uitdrukkelijke motivering die van toepassing is op deze procedure inzake een vastgoedtransactie, ook al gaat het niet om een overheidsopdracht. Zij stelt voorts dat de verwerende partijen hun formelemotiveringsplicht moeten nakomen en hun beslissingen moeten baseren op een juiste, relevante en aanvaardbare motivering. Volgens haar zou de motivering van de bestreden beslissingen haar dan ook op zijn minst in staat moeten stellen te begrijpen of haar offerte al dan niet als onregelmatig is beschouwd en al dan niet is afgewezen, en na te gaan om welke concrete redenen haar offerte als onregelmatig is beschouwd. Zij betwist dat zij na haar onderhoud heeft toegegeven dat haar offerte onregelmatig zou zijn en stelt dat dit de verwerende partijen niet zou hebben ontslagen van hun wettelijke verplichtingen, meer bepaald van de verplichting tot motivering van hun beslissingen. Zij komt terug op het begrip “woning” en voert het volgende aan:

“ (vertaling)

(...) wat de regelmatigheid van het criterium zelf betreft op basis waarvan de verwerende partijen aanvoeren dat ze haar offerte hebben afgewezen, is de verzoekende partij verbaasd over de interpretatie die de verwerende partijen thans lijken te geven aan het vereiste dat de windturbines op een minimumafstand van 1000 meter ten opzichte van ‘elke bestaande vergunde alleenstaande woning’ (een begrip dat in het bestek niet nader wordt omschreven) moeten worden geplaatst.

De verwerende partijen voeren immers aan dat het begrip ‘woning’ een ‘feitelijk’ begrip zou zijn en dat het voor de verzoekende partij zou hebben volstaan om bijvoorbeeld via *Google Street View* de ‘voor bewoning bestemde huizen’ op te zoeken en daarna, ‘in geval van twijfel over een alleenstaande woning, aan de overheidsinstanties te vragen of die woning al dan niet vergund is’. Die overheidsinstanties hadden de verwerende partijen die informatie kunnen geven op basis van stedenbouwkundige gegevens.

(...) Ten eerste is het zo dat, ook al is het begrip ‘woning’ inderdaad een feitelijk begrip, het begrip ‘vergunde woning’ dan weer een rechtsbegrip is. De verzoekende partij beschikte over geen enkele informatie om te kunnen beoordelen of een ‘woning’, die zij in voorkomend geval via *Google Street View* had kunnen vinden, al dan niet vergund is. Volgens de redenering van de verwerende partijen had de verzoekende partij dus voor elk gevonden ‘woonhuis’ bij hen moeten navragen of het een vergunde woning was.

Een dergelijke werkwijze is duidelijk in strijd met het feit, zoals in het verzoekschrift wordt bekritiseerd, dat de verwerende partijen de geldigheid van de offertes niet kunnen laten afhangen van de kennis van informatie waarover de inschrijvers niet beschikken en dat ze, integendeel, aan de ontwikkelaars alle informatie ter beschikking dienen te stellen die deze laatsten nodig hebben om hun offerte op te stellen (zie onder meer P. THIEL, *Memento marchés publics et PPP*, Luik, Wolters Kluwer, 2019, 537-538). Aangezien de verwerende partijen daarover niets zeggen, merken we nogmaals op dat, indien de verwerende partijen wel degelijk is gevraagd waar de ‘bestaande vergunde woningen’ zich bevinden en ze daarover

informatie hebben verstrekt aan andere inschrijvers, zij in dat geval het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel zouden hebben geschonden (zie ook P. THIEL, *op.cit.*, 538).

(...) Ten tweede, en fundamenteeler nog, proberen de verwerende partijen in hun memorie duidelijk aan te voeren dat het begrip ‘bestaande vergunde alleenstaande woning’ zou moeten worden opgevat als de aanwezigheid van ‘voor bewoning bestemde huizen’ (memorie van antwoord, p. 19) die met een vergunning zijn gebouwd, dat wil zeggen in overeenstemming met een stedenbouwkundige vergunning (of nog voordat een dergelijk vereiste voor de bouw van gebouwen gold), waarover de verwerende partijen, naar eigen zeggen, de verzoekende partij hadden kunnen inlichten via stedenbouwkundige gegevens.

Een dergelijke volkomen nieuwe interpretatie vloeit absoluut niet voort uit het bestek.

Bovendien hebben de verwerende partijen zelf dat begrip nooit op die manier geïnterpreteerd; ze hebben het echter wel zo geïnterpreteerd dat geen windturbines konden worden geplaatst te dicht bij plaatsen waar personen hun vergunde woon- of verblijfplaats hebben, om te voorkomen dat die personen hinder zouden ondervinden van de nabijheid van de windturbines.

Ten bewijze hiervan wordt vermeld dat *in tempore non suspecto*, bij de besprekingen tussen de partijen in mei 2020, het feit dat de verzoekende partij Hôtel L’Ermitage en camping C&P niet als ‘bestaande vergunde alleenstaande woningen’ zou hebben beschouwd, inderdaad door de verwerende partijen werd bekritiseerd.

Indien het criterium van ‘bestaande vergunde alleenstaande woningen’ zou worden geïnterpreteerd overeenkomstig hetgeen de verwerende partijen thans aanvoeren, en indien de verzoekende partij, voordat zij een offerte indiende, alle ‘alleenstaande woonhuizen’ via *Google Street View* had moeten opzoeken, hoeft het echter geen betoog dat dat hotel en die camping geen deel zouden hebben uitgemaakt van die ‘woonhuizen’ waarvan de verzoekende partij de aanwezigheid had kunnen vaststellen. Op grond van het betreffende criterium moesten dus wel degelijk de gebouwen (en niet noodzakelijk de ‘woningen’ in de zin van ‘huizen’) worden gezocht waarin personen permanent verbleven. Met andere woorden: vastgoed waarin personen gedomicilieerd waren. Zoals in het verzoekschrift wordt uiteengezet, kon de verzoekende partij echter niet over die informatie beschikken.

Het is kennelijk in het belang van hun zaak dat de verwerende partijen thans aanvoeren dat het criterium van ‘bestaande vergunde alleenstaande woningen’ niet zou verwijzen naar elk gebouw waarin personen gedomicilieerd zijn of wettelijk verblijven. Die interpretatie is evenwel in tegenspraak met wat in mei 2020 met de verwerende partijen is besproken.

Bijgevolg is het vanzelfsprekend dat de verzoekende partij tot op de dag van vandaag niet weet in welk opzicht haar offerte als onregelmatig kon worden bestempeld in zoverre zij de afstand van 1000 meter niet in acht zou nemen, aangezien de verwerende partijen hebben nagelaten en nog steeds nalaten vast te stellen welke windturbinemast problemen zou doen rijzen ten opzichte van welke bestaande vergunde alleenstaande woning. Noch een

hotel, noch een camping – als het wel degelijk om die plaatsen gaat – beantwoordt aan de algemeen aanvaarde definitie van een woning ...

De verzoekende partij verwijst in dat verband dan ook naar de in haar verzoekschrift vervatte bezwaren, waarop de verwerende partijen geen enkel antwoord geven. Het vierde onderdeel van het middel is bijgevolg gegrond”.

In haar laatste memorie verwijst de verzoekende partij naar haar bespreking van de ontvankelijkheid van het beroep en naar haar vorige proceduregeschriften.

VII.2. Onderzoek

Om de redenen die reeds zijn uiteengezet in het kader van het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep, kan de verzoekende partij niet worden gevolgd wanneer zij aanvoert dat haar offerte als tweede is gerangschikt en dus als regelmatig zou zijn beschouwd. Zoals reeds is opgemerkt, zijn de offertes beoordeeld (samenvattende tabel) voordat de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij was vastgesteld, en is het feit dat er na die vaststelling niet is overgegaan tot een nieuwe vergelijking van de offertes weliswaar voor kritiek vatbaar, maar heeft dat de verzoekende partij geen schade kunnen berokkenen. Er is ook reeds uiteengezet dat de brief van 7 juli 2020 geen nieuwe beslissing van het bevoegde orgaan van de eerste verwerende partij vormde die na een nieuw onderzoek van het dossier zou zijn genomen, en dat het hoe dan ook volstaat dat een van de drie verwerende partijen de offerte van de verzoekende partij als onregelmatig heeft beschouwd opdat deze niet als gekozen ontwikkelaar wordt aangewezen, aangezien er over de gunningsbeslissing eensgezindheid moet bestaan binnen de bevoegde organen van de drie verwerende partijen. In de beslissingen die het vast bureau en de raad van het OCMW van Brugge op 15 en 30 juni hebben genomen, wordt evenwel duidelijk vermeld dat na een grondiger onderzoek van de offertes is vastgesteld dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek.

Wat de formelemotiveringsplicht betreft moet worden opgemerkt dat, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij stelt, het analyseverslag van de offertes – waarnaar wordt verwezen in de beslissing van 3 juni 2020 van de gemeenteraad van de stad Houffalize en in de beslissingen van 15 en 30 juni 2020 van het vast bureau en van de raad van het OCMW van Brugge – duidelijk vermeldt dat de offerte van de verzoekende partij niet voldoet aan de voorwaarden van het bestek omdat ze, “wat het project voor de plaatsing van windturbines betreft, niet de minimumafstanden respecteert die in acht moeten worden genomen ten opzichte van de bestaande vergunde woningen” en er “geen overeenkomst met de eigenaars van

diezelfde woningen bestaat”. De motivering van het verslag is weliswaar beknopt, maar ze is wel afdoend. Bij het onderzoek van de ontvankelijkheid van het beroep is reeds uiteengezet dat de 1000-meterregel een essentieel vereiste van het bestek was en dat een offerte die daaraan niet voldoet noodzakelijkerwijs wordt afgewezen. De vaststelling van de schending van dat voorschrift is een doorslaggevend motief dat op zich reeds de uitsluiting van de verzoekende partij rechtvaardigt. Voorts hoefde de uitleg die de verzoekende partij na haar onderhoud heeft verstrekt, niet te worden overgenomen en hoefde niet te worden toegelicht waarom die uitleg niet in aanmerking kon worden genomen, aangezien de verzoekende partij in haar e-mail van 20 mei 2020 zelf heeft toegegeven een “inschattingsfout” te hebben gemaakt. Het voorstel om het aantal windturbines van 8 naar 6 te verminderen om die vergissing recht te zetten, was op zijn beurt uiteraard niet aanvaardbaar, aangezien dat om een essentieel onderdeel van haar offerte ging.

De overige overwegingen van de verzoekende partij betreffende de noodzaak om de onregelmatigheid in kwestie als substantieel of als niet-substantieel te kwalificeren, om die keuze te rechtvaardigen en om aan te geven welke gevolgtrekkingen daaruit moeten worden gemaakt wat de afwijzing van de betrokken offerte betreft, zijn rechtstreeks ingegeven door de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Die maakt een onderscheid tussen verschillende soorten onregelmatigheden en vereist een omstandigere motivering wanneer de aanbestedende overheid te maken krijgt met een offerte die haar lijkt af te wijken van een bepaling van de opdrachtdocumenten. Zoals reeds is uiteengezet, is de regelgeving inzake overheidsopdrachten *in casu* echter niet van toepassing.

In haar e-mail van 20 mei 2020 heeft de verzoekende partij zelf erkend dat haar offerte de minimumafstand van 1000 meter ten opzichte van de “gebieden van camping C&P (westen van de autosnelweg)” en het “gebied van Hôtel L’Ermitage (oosten van de autosnelweg)”, die op het gewestplan in “recreatiegebied” liggen, niet respecteert, terwijl die gebieden mogelijk “bewoond” waren. In het analyseverslag van de offertes hoefde dan ook niet te worden vermeld “welke windturbine(s) zich op minder dan 1000 meter ten opzichte van welke woning(en) zou(den) bevinden”, aangezien de verzoekende partij *ipso facto* op de hoogte was van die informatie. In die e-mail vermeldt de verzoekende partij voorts zelf dat een “woning” een permanente verblijfplaats is. Zij maakt nergens melding van de verplichting daar gedomicilieerd te zijn. Het begrip “bestaande vergunde alleenstaande woning” dat in het bestek wordt gebruikt, verwijst naar elk pand dat buiten een woongebied ligt, dat met een vergunning is gebouwd en waar men duurzaam verblijft. Die interpretatie wordt bevestigd door de Nederlandse tekst van het bestek (“*vergunde alleenstaande woningen*”).

De verzoekende partij toont niet aan dat de verwerende partijen een kennelijke beoordelingsfout zouden hebben gemaakt doordat ze ervan uitgaan dat een campinggebied of een hotel woonruimtes kan bevatten. De verzoekende partij toont evenmin aan dat ze niet in staat was aan de vereiste gegevens te komen om die woningen te kunnen aanduiden. Zij beperkt zich ertoe te stellen dat “de woonplaats (...) een element is dat onder de bescherming van de persoonsgegevens valt” en dat zij derhalve geen toegang had tot dit soort gegevens. Om de hierboven uiteengezette redenen had zij dat soort gegevens evenwel niet nodig om haar offerte op te stellen. De verzoekende partij toont evenmin aan dat de beslissing om haar offerte onregelmatig te verklaren zou steunen op motieven die niet juist, niet relevant of niet aanvaardbaar zouden zijn.

Het derde en het vierde onderdeel van het eerste middel zijn niet gegrond.

Het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel, alsook het tweede middel, dienen niet te worden onderzocht aangezien ze niets van doen hebben met de vaststelling van de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij.

Het beroep is onontvankelijk.

VIII. Vertrouwelijke behandeling

De verzoekende partij vraagt de vertrouwelijke behandeling van haar offerte en van de aanvullende informatie die tijdens de in het geding zijnde procedure is verstrekt (bij het verzoekschrift gevoegde stukken 13, 15 en 16).

De verwerende partij vraagt op haar beurt de vertrouwelijkheid te handhaven wat de details van de quoteringen van de offertes betreft, de offertes van de verzoekende partij en van de tussenkomen partijen en het ontwerpcontract waarin de grondrechten worden vastgelegd met het oog op de realisatie van een windmolenproject in de gemeente Houffalize (stukken A tot D van het afzonderlijk administratief dossier).

Aangezien die verzoeken niet worden betwist, is er grond om de vertrouwelijkheid van de betrokken stukken te handhaven totdat ze aan de partijen worden teruggezonden.

IX. Rechtsplegingsvergoeding

De verwerende partijen vorderen een rechtsplegingsvergoeding, die wordt bepaald op het basisbedrag (770 euro). Er is grond om hun vordering toe te wijzen.

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst ingediend door Eneco Wind Belgium nv en nv Electrabel wordt ingewilligd.

Artikel 2.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 3.

De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten, namelijk het rolrecht van 200 euro, de bijdrage van 20 euro en de rechtsplegingsvergoeding van 770 euro die aan de verwerende partijen wordt toegekend.

Elk van de tussenkommende partijen wordt verwezen in de kosten van haar tussenkomst, die 150 euro bedragen.

Aldus uitgesproken te Brussel op 11 april 2024 door de Ve kamer van de Raad van State, samengesteld uit:

Pascale Vandernacht,	voorzitster van de Raad van State,
Patricia de Somere,	staatsraad,
Florence Piret,	staatsraad,
Gregory Delannay,	hoofdgriffier.

De hoofdgriffier,

De voorzitter van de Raad van State,

Gregory Delannay

Pascale Vandernacht