

REKENHOF

**Het Brusselse
Waterzuiveringsstation Noord
Uitvoering en financiering
van de concessieopdracht**

*Verslag van het Rekenhof
aan het Brussels Hoofdstedelijk Parlement*

Brussel, oktober 2006



REKENHOF

**Het Brusselse
Waterzuiveringsstation Noord
Uitvoering en financiering
van de concessieopdracht**

*Verslag van het Rekenhof
aan het Brussels Hoofdstedelijk Parlement*

*Goedgekeurd in de algemene vergadering
van het Rekenhof op 23 augustus 2006*

Inhoudsopgave

Inleiding	7	
1	Voorwerp en conclusies van het vorige verslag van het Rekenhof	7
2	Voorwerp van het huidige verslag	8
3	Controlemethodologie	8
4	Tegensprekelijke procedure	9
5	Algemeen overzicht van het concept en van de vormen van publiek-private samenwerking	9
5.1	Het concept van publiek-private samenwerking (PPS)	9
5.2	Vormen van samenwerking	11
Hoofdstuk 1		
Uitvoering van de contractueel bepaalde verplichtingen	13	
1	Toegewijde vennootschap	13
1.1	Oprichting van de toegewijde vennootschap	13
1.2	Aandeelhouderschap van de toegewijde vennootschap	14
1.3	Werking van de toegewijde vennootschap	15
1.4	Controle over de toegewijde vennootschap door de concessiegever	16
2	Terbeschikkingstelling van de terreinen	17
2.1	De terreinen van het zuiveringsstation	17
2.2	Terreinen buiten het stationsgebied	18
3	Verkrijgen van de toelatingen en vergunningen	18
3.1	Contractuele verplichtingen	18
3.2	Regelgeving en gevolgde procedure	19
3.3	De stedenbouwkundige attesten en vergunningen	20
3.4	Milieuattesten en -vergunningen	20
4	Studies en plannen	21
4.1	Contractuele verplichting	21
4.2	Uitvoering	22
5	Verzekeringen	22
5.1	Reglementaire en contractuele verplichtingen	22
5.2	Uitvoering	23
6	Sociale clausule	24
6.1	Contractuele verplichting	24
6.2	Uitvoering	24
7	Modaliteiten van de technische controle door de concessiegever	24
7.1	Contractuele verplichtingen	24
7.2	Uitvoering	26
8	Vordering van de werken	26

9	Analyse	27
9.1	De toegeweide vennootschap, sleutelement van de BOOT-overeenkomst van het station Noord	27
9.2	Terbeschikkingstelling van gronden	31
9.3	Verwerving van de vergunningen en toelatingen binnen een redelijke termijn	31
9.4	Draagwijdte van de onderschreven verzekeringen ten aanzien van de verplichtingen uit het BB	32
9.5	Naleving van de sociale clausule	32
9.6	Uitvoering van de studies en de werken overeenkomstig de ramingen	33
9.7	Technische controle op de opdracht door de concessiegever	33

Hoofdstuk 2

Bijakte 2 van 1 april 2003 bij de concessieovereenkomst

1	Ontstaan van de vraag tot wijziging van de overeenkomst	34
2	Voorwerp van bijakte 2	34
2.1	Verzekeringen	34
2.2	Voortijdige verbreking	35
2.3	Afstand van rechten en verplichtingen door de concessiegever	35
2.4	Intellectuele rechten	36
2.5	Betalingen (afstand van schuldvordering)	36
2.6	Klachten en verzoeken	36
2.7	Actiemiddelen van de aanbestedende overheid	37
2.8	Verbreking	38
3	Analyse	39
3.1	De algemene economische context en die van de opdracht van het Waterzuiveringsstation Noord	39
3.2	Bankability van het project	39
3.3	Draagwijdte van de wijzigingen en verantwoording van de bijakte	42

Hoofdstuk 3

Sanering van de terreinen

1	Situatie op het ogenblik van de opdrachtgeving	45
1.1	Ontbreken van saneringsnormen	45
1.2	Eisen van het BB	45
1.3	Verplichting tot bodemsanering in de concessieopdracht: bijzondere kenmerken	46
1.4	Studies van Environmental Resources Management (ERM)	46
1.5	De offerte van <i>Aquiris</i>	48
2	Situatie bij de milieuvergunningaanvraag	49
2.1	Dossier voor de aanvraag van het milieuattest	49
2.2	Géosan-studies	49
2.3	Steekproefronde voor de af te graven aarde	51

3	Milieuvergunning	52
3.1	Inhoud	52
3.2	Beroep aangetekend door de Stad Brussel	52
4	Klacht van <i>Aquiris</i> , analyse door de administratie en basisovereenkomst van 28 augustus 2003 betreffende de sanering	53
4.1	Klacht van <i>Aquiris</i>	53
4.2	Analyse door de administratie en haar consultants	55
4.3	Basisovereenkomst van 28 augustus 2003 voor de sanering	57
5	Financiële gevolgen van de kostenstijging en van de verlenging van de bouwtermijn: de overeenkomsten van 3 februari 2005	61
5.1	Financiële constructie van het project: opfrissing	61
5.2	Schadeloosstellingsprincipe	62
5.3	Overeenkomst financiële gevolgen van de sanering	62
5.4	De overeenkomst modaliteiten voor de aankoop van de collector	65
6	Uitvoering van de saneringswerken	68
7	Analyse	69
7.1	Ontoereikendheid van de gegevens beschikbaar op het ogenblik van de indiening van de offertes	69
7.2	Gebrek aan nauwkeurigheid in de offerte van <i>Aquiris</i> en coherentie ervan ten opzichte van de ERM-gegevens	70
7.3	Validering van de studies die na de opdrachtgunning werden uitgevoerd	71
7.4	Milieuvergunning: strategie van het BIM	72
7.5	Aangepastheid van het saneringsproject	72
7.6	Verantwoording van de meerkosten en van de termijnverlenging	73
7.7	Juridische aard van de overeenkomst van 28 augustus 2003	74
7.8	Twijfel over de betalingswijze van het prijssupplement, de aan het gewest toegekende optie en de overeenkomst financiële gevolgen van de sanering van 3 februari 2005	74
7.9	Overeenkomst modaliteiten van de aankoop van de collector van 3 februari 2005	78

Hoofdstuk 4

Financiering door het gewest 80

1	Financieringsmechanisme: opfrissing	80
2	Opmerkingen van het Rekenhof van oktober 2003	82
3	Actualisering van de gegevens op 1 juni 2005	83
3.1	Wetteksten	83
3.2	Budgettaire voorstelling	83
3.3	Ontvangsten	83
3.4	Uitgaven	86
3.5	Synthese	89

Conclusies 92

Bijlage: Antwoord van de minister 95

Lijst van afkortingen en symbolen

AB	Algemeen bestek
BA	Basisallocatie
BB	Bijzonder bestek
BBT 2000	BB type 2000
BGDA	Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling
BIM	Brussels Instituut voor Milieubeheer
BIWD	Brusselse Intercommunale voor Waterdistributie
BROH	Bestuur Ruimtelijke Ordening en Huisvesting
BTEX	Benzeen, toluen, ethylbenzeen, xylenen
BUV	Bestuur Uitrusting en Vervoer
BWRO	Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening
DBDMH	Dienst voor Brandweer en Dringende Medische Hulp
ERM	Environmental Resources Management
FPB	Federaal Planbureau
HRF	Hoge Raad van Financiën
Intosai	Internationale organisatie van de hoge controle-instellingen
ION	Instelling van openbaar nut
NO	Natte oxidatie
PAK	Polycyclische aromatische koolwaterstoffen
PPS	Publiek-private samenwerking
Uncitral	Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht

Inleiding

Dit verslag maakt deel uit van het globaal onderzoek van de concessieopdracht voor het concept, de bouw en de uitbating over een periode van 20 jaar van het waterzuiveringsstation ten noorden van Brussel en van de collector op de linkeroever van het kanaal van Willebroek. Het vormt de tweede fase van een progressieve controle die gelijke tred houdt met de vorderingen van de opdracht.

Ter informatie: de beslissing om te werken met een concessieopdracht dateert van 1994. Na drie jaar voorbereidingen in samenwerking met verschillende deskundigen, na de publicatie van de aankondiging eind 1997, een selectieprocedure en vervolgens een gunningsprocedure met onderhandelingsfase, werd de opdracht op 15 mei 2001 gegund aan de groep Aquiris, waarvan de hoofdaandeelhouder destijds de Franse firma Vivendi was.

De prijs van die opdracht bestaat uit een forfaitair bedrag, dat in 20 annuïteiten betaald wordt en uit twee delen bestaat: het ene heeft betrekking op de kosten van de werkzaamheden, is vast en niet herzienbaar; het andere, herzienbare deel vertegenwoordigt de kosten voor de uitbating van de werken. De prijs is enkel verschuldigd als de contractuele prestaties worden gehaald; de eerste annuïteit zal worden betaald één jaar na de voorlopige oplevering van de werken, dus in 2007.

De annuïteit die *Aquiris* heeft voorgesteld, komt neer op 42.083.773 EUR exclusief btw, waarde op de datum van de offerteopening, namelijk op 17 november 1999¹.

De betalingsmodaliteiten van die prijs zijn gewijzigd door de beslissing om het bedrag voor de kosten van de collector op de linkeroever (62.961.546 EUR exclusief btw) in één keer en afzonderlijk te betalen op de datum van de voorlopige oplevering van de installaties. De wijziging van het contract, die formeel werd vastgelegd door bijakte 1 van 19 december 2001, maakt het mogelijk de annuïteit met 5.383.634 EUR exclusief btw te verminderen.

1 Voorwerp en conclusies van het vorige verslag van het Rekenhof

In een eerste verslag² heeft het Rekenhof de wettelijkheid en de regelmatigheid van de gunningsprocedure onderzocht. Het heeft eveneens de beroepsprocedures geanalyseerd die de niet in aanmerking genomen aannemers hadden aangespannen en het financieringsmechanisme van het hele project. Dat verslag werd toegezonden aan het Brussels Hoofdstedelijk Parlement op 8 oktober 2003, nadat een tegensprekelijk debat was gevoerd met de administratie en met de minister belast met Waterbeleid.

Dat verslag heeft het mogelijk gemaakt tot de volgende hoofdconclusies te komen:

- De gunningsprocedure werd georganiseerd en beheerd door de directie Waterbeheer van het BUV met inachtneming van de toepasselijke normen.

¹ De prijs is niet vast; hij varieert enerzijds volgens het proportioneel karakter van een gedeelte van de exploitatiekosten (op basis van de verwijderde vuilvracht en de behandelde volumes) en anderzijds volgens de evolutie van de personeelskost en de prijzen van de industriële productie, gedurende de 20 exploitatiejaren.

² Rekenhof, *Het Brusselse waterzuiveringsstation Noord, gunning en financiering van de concessieopdracht*, oktober 2003.

- De analyse van de offertes, die parallel verliep met de resultaten van de onderhandelingen, is correct gebeurd.
- De gunningsbeslissing, die op basis van al de dossierstukken werd onderzocht, is in overeenstemming met de wetgeving op de overheidsopdrachten en met de procedure van de administratieve en budgettaire controle. Ze werd op adequate wijze gemotiveerd.
- De budgettaire transparantie werd onvoldoende geacht omdat in de gewestbegroting de lasten voor de toekomstige annuïteiten ontbreken en omdat er evenmin melding is gemaakt van het financieringsscenario waarbij een instelling van openbaar nut tussenbeide komt³.
- De wijziging in de concessieovereenkomst door de vervroegde aankoop van de collector heeft geleid tot een vermindering van de totale kost van de annuïteit. Ze heeft geen afbreuk gedaan aan de gelijke behandeling van de aannemers en heeft geen invloed gehad op de rechten van andere potentiële kandidaten.
- Het financieringsmechanisme van de opdracht berust gedeeltelijk op een spaarplan dat binnen een instelling van openbaar nut moet worden ingesteld, terwijl de jaarlijkse middelen, met inachtneming van de hypothesen die als basis hebben gediend voor het financieringsplan, voldoende leken voor de betaling van de annuïteit. Er werd aanbevolen het financieringsscenario opnieuw te evalueren.

Die conclusies heeft een lid van het Rekenhof becommentarieerd in de Commissie voor Leefmilieu van het Brussels Hoofdstedelijk Parlement op 18 november 2003.

2 Voorwerp van het huidige verslag

Dit tweede verslag heeft betrekking op de periode tussen de gunningsbeslissing en het einde van de eerste fase van de bouwwerken, die meer bepaald de grond-uitgravingen en -saneringen omvatten.

Het bevat allereerst een uiteenzetting en een analyse van de uitvoering van de verplichtingen uit het BB (BB): de oprichting van de toegewijde vennootschap, de terbeschikkingstelling van de terreinen, de verwerving van de nodige toelatingen en vergunningen voor de uitvoering van de werken, de algemene studies en de voorbereidende werkzaamheden, enz. (hoofdstuk 1).

Vervolgens onderzoekt het twee nieuwe aspecten: bijakte 2 bij de concessieovereenkomst en de bijkomende saneringswerken van de terreinen die gevolgen hebben gehad in termen van termijn en kosten (hoofdstukken 2 en 3).

Tot slot heeft het Rekenhof het financieringsmechanisme opnieuw onderzocht en geactualiseerd op basis van de nieuwe financiële en budgettaire gegevens (hoofdstuk 4).

3 Controlemethodologie

De controle vond in nauwe samenwerking met de administratie plaats in de lokalen van de directie Waterbeheer van het BUV. Zij vergde bovendien talrijke contacten met de leden van het ministerieel kabinet belast met Waterbeleid, het

³ Op dat vlak is de toestand sindsdien gunstig geëvolueerd (cf. infra hoofdstuk 4).

BIM, de leden van het Vlaams Kenniscentrum Publiek-Private Samenwerking⁴ in België en zijn Nederlandse tegenhanger.

Behalve anders vermeld steunt het onderzoek op de gegevens die op 1 april 2005 beschikbaar waren.

4 Tegensprekelijke procedure

Er vond een tegensprekelijk debat plaats met zowel de administratie⁵ als met het kabinet van de minister belast met Waterbeleid⁶.

Het onderhavige verslag houdt rekening met de standpunten die werden uitgewisseld.

Het antwoord van de minister dat bij dienstbrief van 22 mei 2006 aan het Rekenhof werd bezorgd, is als bijlage bij dit verslag opgenomen.

5 Algemeen overzicht van het concept en van de vormen van publiek-private samenwerking

5.1 Het concept van publiek-private samenwerking (PPS)

De publiek-private samenwerkingen, die op wereldniveau frequent voorkomen, zijn een manier om grote infrastructuurprojecten te realiseren die bestemd zijn om openbare diensten te verstrekken, en dat in heel uiteenlopende domeinen zoals het personen- en goederenverkeer, de gezondheidszorg, de veiligheid, het onderwijs, de waterzuivering, enz.

Binnen een context waarin de overheid steeds meer een regulerende rol vervult, wordt het succes van het concept zowel verklaard door de financieringsbehoeften waarmee die overheid geconfronteerd wordt, wil ze de schuldgraadnormen halen, als door haar betrachting te kunnen meegenieten van de knowhow die de privé-sector bezit.

De mogelijkheid voor PPS te kiezen wegens het effect ervan op het budgettaire tekort en de rijksschuld, heeft de Dienst voor Statistiek van de Europese Gemeenschap (Eurostat) ertoe aangezet duidelijkheid te verschaffen over de verwerking ervan in de nationale rekeningen en over de impact op de gegevens van de sector van de overheidsadministraties⁷.

Het succes van PPS ligt aan de oorsprong van recente initiatieven die het concept en de uitvoering van dergelijke contracten moeten aanmoedigen, vergemakkelijken en beheersen. Zo heeft de internationale organisatie van hoge controle-instellingen (Intosai) richting gegeven aan de controle van de financieringen en risico's die

⁴ Centrum opgericht door het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking.

⁵ Voorontwerp van verslag verstuurd op 29 september 2005. De administratie heeft geantwoord bij brief van 1 december 2005.

⁶ Ontwerpverslag dat op 9 februari 2006 aan de bevoegde minister werd bezorgd. Op haar initiatief werd op 25 april 2006 een ontmoeting op het ministerieel kabinet georganiseerd.

⁷ Richtlijn 18/2004 van 11 februari 2004 (<http://app.eurostat.cec.eu.int/>). Eurostat beveelt aan de activa van een samenwerking te klasseren als niet-openbare activa als twee voorwaarden vervuld zijn: de privépartner draagt het risico dat samenhangt met de bouw én minstens een van de volgende twee risico's: het risico van de beschikbaarheid en het vraaggebonden risico.

PPS behelst⁸. De Commissie van de Verenigde Naties voor internationaal handelsrecht (Uncitral) van haar kant heeft voor de Staten een vademecum opgesteld over de realisatie van infrastructuurprojecten via privéfinanciering⁹. Bovendien heeft de Europese Commissie een Groenboek gepubliceerd over de publiek-private samenwerkingen en over het gemeenschapsrecht op het gebied van de overheidsopdrachten en de concessies¹⁰. Dat Groenboek opent in het verlengde van de richtlijnen voor succesvolle partnerships¹¹ het debat over de toepassing of zelfs de aanpassing van het gemeenschapsrecht. Dat recht heeft trouwens een nieuwe procedure opgenomen voor de gunning van opdrachten, de concurrentiegerichtte dialoog¹². Die procedure zou vooral van toepassing zijn op zeer complexe opdrachten ingeval de aanbestedende overheid niet bij machte is de technische middelen te definiëren die nodig zijn om aan zijn behoefte tegemoet te komen of om een juridische en financiële constructie van het project vast te stellen.

In België houdt de reglementering op de overheidsopdrachten tot op heden nog geen rekening met de specificiteiten van dat type contract¹³. Daarentegen heeft het samenwerkingsconcept een opvallende vlucht genomen in het Vlaams Gewest sedert de goedkeuring van het decreet van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking¹⁴. Dat decreet wil samenwerkingsinitiatieven stimuleren en vergemakkelijken, rekening gehouden evenwel met de diversiteit van de projecten¹⁵. Daartoe wil het de rechtsonzekerheid die inherent is aan het concept, verkleinen door de goedkeuring van een normatieve beschrijving en door de facultatieve tussenkomst van een kenniscentrum¹⁶. Dat kenniscentrum moet uitgroeien tot een echt instrument voor coördinatie en beheer van de verworven kennis op het gebied van PPS¹⁷, om zo de coherentie van het gevoerde beleid te garanderen. Het zou de overheid eveneens in de gelegenheid moeten stellen op voet van gelijkheid onderhandelingen te voeren met de privésector.

Het partnerschap is noch op het internationale toneel noch in België nieuw: opdrachten voor concessies van werken of diensten en promotieopdrachten zijn bekend. Het originele aan de huidige complexe PPS-vormen is hun financiële dimensie. De leningverstrekkers groeien uit tot essentiële actoren bij de uitvoering

⁸ *Directives sur les meilleures pratiques pour le contrôle des financements public-privé et des concessions*, oktober 2001 en *Directives sur les meilleures pratiques pour l'audit du risque dans des partenariats publics/privés*, oktober 2004, Intosai, werkgroep voor de controle van de privatisering.

⁹ Uncitral Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, Verenigde Naties, New York, 2001 (<http://www.uncitral.org>).

¹⁰ Brussel, 30 april 2004, COM (2004) 327, final.

¹¹ *Guidelines for successful public-private partnerships*, opgesteld op initiatief van het directoraat-generaal Regionaal Beleid van de Europese Commissie in maart 2003.

¹² Overeenkomstig de definitie verstrekt in artikel 1, 11. c) van richtlijn 2004/18/ EG van het Europees Parlement en van de Raad van 31 maart 2004, *de concurrentiegerichtte dialoog is een procedure waaraan alle ondernemers mogen verzoeken deel te nemen en waarbij de aanbestedende dienst een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten gegadigden, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde gegadigden zullen worden uitgenodigd om in te schrijven*.

¹³ In Frankrijk vergemakkelijkt een ordonnantie van 17 juni 2004 betreffende de samenwerkingscontracten (ordonnantie 2004-559) voortaan het afsluiten van dergelijke contracten.

¹⁴ Belgisch Staatsblad van 19 september 2003.

¹⁵ Cf. D'HOOGHE, D. *L'organisation des partenariats public-privé (PPO): l'expérience de la Flandre*, handelingen van het colloquium: *Les partenariats public-privé: un défi pour le droit des services publics*, georganiseerd op 19 november 2004 door de Facultés universitaires Saint-Louis, La Chartre, Brussel, 2005, p. 164.

¹⁶ Het *Vlaams Kenniscentrum PPS*, cf. supra 3.

¹⁷ Verschillende Europese landen hebben al dergelijke centra voor coördinatie en promotie van PPS die erop gericht zijn *best practices* op dat vlak te verspreiden.

(voornamelijk bij de toewijzing van de te lopen risico's, het sluitstuk van de contracten). Het is vooral die nieuwe dimensie die in de nationale regelgevingen, en in het bijzonder in België, nog niet volledig aan bod komt.

5.2 Vormen van samenwerking

De verschillende vormen van samenwerking vertonen enkele gemeenschappelijke kenmerken¹⁸:

- ze hebben een gemeenschappelijke doelstelling van algemeen belang;
- de contracten hebben betrekking op opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, en dekken tegelijkertijd het concept, de financiering, de verwezenlijking, de exploitatie en het onderhoud;
- ze bestrijken een lange looptijd;
- ze vergen creativiteit en innovatie;
- de privésector zorgt voor de financiering, minstens gedeeltelijk;
- er is deling van de risico's, verantwoordelijkheden en voordelen.

Voor genoemd Groenboek maakt een onderscheid tussen twee grote samenwerkingsmodellen: het contractuele en het geïnstitutionaliseerde. Een contractuele samenwerking is gebaseerd op uitsluitend conventionele betrekkingen, terwijl een geïnstitutionaliseerde samenwerking een relatie impliceert binnen een aparte entiteit (gemengde onderneming).

Bij de contractuele samenwerking bestaan twee modellen volgens de relatie die er bestaat tussen de privépartner en de eindgebruiker. Als de betaling van de privépartner gebeurt in de vorm van retributies die rechtstreeks ten laste vallen van de gebruikers van de dienst, is sprake van het *concessiemodel* (geïnspireerd op het Franse voorbeeld). Bij het *model PFI*¹⁹ geschiedt de betaling van de privépartner door de overheidspartner.

De notie concessie van openbare werken omvat zowel op Europees²⁰ als op Belgisch²¹ vlak de twee modellen van contractuele samenwerking, aangezien de enige tegenprestatie voor de uitvoering van de werken bestaat in het exploitatierecht van het werk, waarbij de vergoeding gebeurt door de eindgebruiker (concessiemodel), ofwel in dat exploitatierecht én een door de overheid betaalde prijs, los van de vraag (model PFI).

Er is dus een hernieuwde belangstelling voor een juridische vorm die bijna in de vergetelheid was geraakt, namelijk die van de concessie voor openbare dienst. Die techniek vond ruime toepassing in het verleden²², maar was in onbruik geraakt bij het begin van de XX^e eeuw. Met uitzondering van enkele gevallen waarvoor

¹⁸ Zie het advies en de antwoorden van de Belgische overheid op de vragen die zijn gesteld in het *Livre vert* (Doc.COM (2004) 327, final) van de Europese Commissie: <http://europa.eu.int.com/internal-market/publicprocurement/PPO-fr.htm>.

¹⁹ *Private Finance Initiative*, een programma van de Britse regering voor de modernisering van de openbare infrastructuur langs privéfinanciering.

²⁰ Richtlijn 93/37 EG, artikel 1, d), en richtlijn 2004/18/EG, artikel 1, 4.

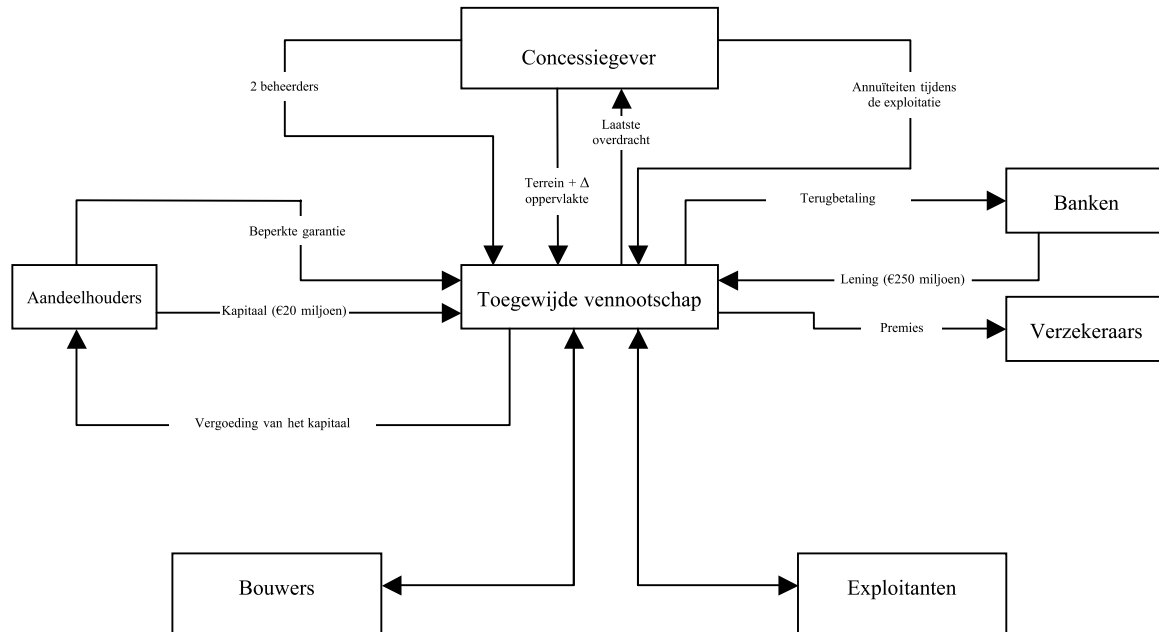
²¹ Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, artikel 24.

²² Die techniek werd reeds toegepast voor de bouw en exploitatie van het Craponnekanaal (1554). Ook België paste ze toe voor de aanleg van verschillende spoorlijnen, waaronder Antwerpen-Gent (1843), van verschillende lijnen voor de buurtspoorwegen (vanaf 1875) en voor concessies voor telegrafie en telefonie. Zie VAN GARSSE, S., *De concessieve techniek: oud en nieuw instrument van PPS*, in *Publiek-Private Samenwerking*, Die Keure, Brugge, 2004.

het initiatief van de plaatselijke besturen uitging, is het enige recente voorbeeld van een concessie voor openbare werken vóór het Waterzuiveringsstation Brussel-Noord (STEP Noord) de Antwerpse Liefkenshoektunnel²³.

In 1994, bij het concipiëren van de opdracht voor het station Noord, hebben de Brusselse gewestregering en haar administratie een structuur bedacht die voornamelijk is geïnspireerd op het model PFI en het type BOOT²⁴. Bijzonder aan de structuur is ook dat moet worden voorzien in de oprichting van een projectvennootschap die al de rechten en plichten van de concessiehouder voor haar rekening neemt.

Figuur 1 – PPS Station Noord



²³ De Liefkenshoektunnel is wel een slecht voorbeeld: nadat de concessie had geleid tot talrijke meerwerken waarop het Rekenhof kritiek had geleverd, is ze vervroegd beëindigd met de overdracht aan het Vlaams Gewest van de aandelen van de vennootschap die instond voor de exploitatie van de tunnel. Zie Boeken van het Rekenhof van de jaren 1991-1992 en 1998-1999.

²⁴ *Build-Own-Operate-Transfer*. Het is inderdaad gebruikelijk dat het voorwerp van de samenwerkingsstructuur, of zelfs hun opeenvolging in de tijd, wordt beschreven door een aantal Engelse acroniemen, zonder dat daaruit een conclusie kan worden getrokken over de toegepaste gunningsprocedures, de gehanteerde vergoedingsformule, enz. Voorbeelden: BOT (*Build-Operate-Transfer*); BTO (*Build-Transfer-Operate*); BROT (*Build-Rent-Operate-Transfer*); ROT (*Refurbish-Operate-Transfer*); MOO (*Modernize-Operate-Own*); DBFO (*Design-Build-Finance-Operate*); DBFM (*Design-Build-Finance-Maintain*). Die elementen kunnen naargelang het geval wel invloed hebben op de risicospreiding en bijgevolg op de bankability van de constructie.

Hoofdstuk 1

Uitvoering van de contractueel bepaalde verplichtingen

In dit stadium van de verwezenlijking van de concessieovereenkomst komt het er in de eerste plaats op aan de contractuele bepalingen betreffende de toegewijde vennootschap te beschrijven. Die bepalingen handelen over de oprichting van de vennootschap, de evolutie van haar aandeelhouderschap, haar werkingsprincipes, in het bijzonder door de oprichting van tijdelijke verenigingen, en over de mogelijkheden waarover de concessiegever beschikt om de activiteiten ervan te controleren (1). Daarna wordt de terbeschikkingstelling van de gronden onderzocht waarop het station en de collector zullen worden gebouwd (2), het verkrijgen door de concessiehouder van de nodige administratieve toelatingen en vergunningen voor de bouw en exploitatie van het station (3), de uitvoering van de studies en plannen die vereist zijn voor de oprichting van de bouwwerken (4), het onderschrijven van de verzekeringen voor het dekken van de aansprakelijkheid van de concessiehouder (5), de tenuitvoerlegging van de sociale clausule (6), de modaliteiten voor de technische controle door de concessiegever (7) evenals de vordering der werken (8). De analyse door het Rekenhof op basis van al die gegevens wordt afzonderlijk voorgesteld (9).

1 Toegewijde vennootschap

1.1 Oprichting van de toegewijde vennootschap

Contractuele verplichting

Overeenkomstig het BB²⁵ was de concessiehouder ertoe verplicht binnen de twee maanden volgend op de kennisgeving van de gunning van de opdracht een *exclusief toegewijde vennootschap voor de uitvoering van de concessieovereenkomst* op te richten in de vorm van een naamloze vennootschap naar Belgisch recht met maatschappelijke zetel in België.

De toegewijde vennootschap (Special Purpose Vehicle, SPV) is een frequente vorm van PPS. Ze vormt de kern van de samenwerkingscontracten en haar rol varieert van project tot project²⁶.

Uitvoering

De aannemende groep *Aquiris* heeft de toegewijde vennootschap opgericht, hierna *Aquiris NV* genoemd, bij notariële akte van 6 augustus 2001, dus binnen de voorgeschreven termijn²⁷. Haar maatschappelijke zetel is in Brussel gevestigd.

Het maatschappelijk kapitaal, dat werd vastgesteld op 19.950.000 EUR, werd volledig onderschreven en volgestort. Haar statuten laten de raad van bestuur toe dat kapitaal op te trekken met een bedrag niet hoger dan 25 miljoen EUR.

²⁵ Artikel 1.2.2.2.

²⁶ Ze kan onder andere de vorm aannemen van een gemengde vennootschap of van een filiaalmaatschappij van openbare en privéinvesteerdere.

²⁷ De kennisgeving van de gunning van de opdracht gebeurde op 26 juni 2001.

1.2 Aandeelhouderschap van de toegewijde vennootschap

Contractuele verplichting

Van bij de selectiefase dienden de kandidaten te preciseren uit welke verschillende partners de toegewijde vennootschap zou bestaan. Ze dienden ook te melden wat hun respectief procentueel aandeel was voor in totaal minstens 70% van het aandeelhouderschap. Vervolgens moesten de samenstelling van de aannemende groep en de respectieve participatie van haar leden in het kapitaal van de toegewijde vennootschap conform dat kandidaatstellingsdossier zijn.

Het BB bepaalt echter dat wijzigingen in de structuur van het aandeelhouderschap toegestaan zijn op voorwaarde dat de concessiegever daar vooraf schriftelijk mee instemt²⁸. Dergelijke wijzigingen hebben zich voorgedaan in de periode tussen de selectiebeslissing en de gunning. Ze werden goedgekeurd door de concessiegever.

Uitvoering

Sedert de oprichting van de toegewijde vennootschap hebben zich nieuwe wijzigingen voorgedaan. De hiernavolgende tabel geeft een evolutie van de samenstelling van het aandeelhouderschap.

Tabel 1 – Evolutie van de aandeelhouderstructuur van de toegewijde vennootschap

	Rol	Offerte	Oprichting	27/06/02 ²⁹
<i>Veolia³⁰ Water Systems³¹</i>	Concept, uitrustingen en exploitatie	36,5%	37%	37%
<i>Marubeni</i>	Ervaring met BOOT-contracten	20%	19%	0%
<i>Veolia Water³²</i>	Financiering	36,5%	37%	59%
<i>Denys</i>	Collector	1%	1%	1%
<i>Dalkia³³</i>	Onderhoud gebouwen	1%	1%	1%
<i>Vinci Constructions grands projets³⁴</i>	Burgerlijke bouwkunde	0,5%	0,5%	0%
<i>Bâtiments et Ponts Constructions</i>	Burgerlijke bouwkunde	0,5%	0,5%	0%
<i>M. Delens</i>	Burgerlijke bouwkunde	0,5%	0,5%	0%

²⁸ De statuten van de toegewijde vennootschap nemen dat principe over en onderwerpen de overdracht van aandelen aan een dubbele voorafgaande instemming, de ene door het gewest, de andere door de algemene vergadering. Voor cessies onder aandeelhouders of ten voordele van vennootschappen die lid zijn van een groep waartoe de aandeelhouder behoort, volstaat de toestemming van het gewest.

²⁹ Datum van aanvaarding door de minister van een nieuw verzoek tot wijziging van de aandeelhouderstructuur.

³⁰ *Veolia* is de nieuwe benaming voor *Vivendi Environnement*.

³¹ De vennootschap OTV (projectleider in de fase van selectie en offerte) heeft in 2001 haar rechten en verplichtingen afgestaan aan *Veolia Water Systems*.

³² De *Compagnie générale des Eaux* heeft haar maatschappelijke benaming veranderd en is *Vivendi* en vervolgens *Veolia* geworden waarvan *Veolia Water* deel uitmaakt.

³³ De vennootschap *Montenay* is van benaming veranderd om *Dalkia* te worden binnen de groep *Veolia Environnement*.

³⁴ De vennootschap *Campeon Bernard SGE* heeft haar maatschappelijke benaming veranderd in 2001 ingevolge de oprichting van de groep *Vinci*. *Vinci Constructions Grands Projets* is een van de entiteiten van *Vinci Construction*.

	Rol	Offerte	Oprichting	27/06/02
<i>Van Rymentant</i>	Burgerlijke bouwkunde	0,5%	0,5%	0%
<i>Sade</i>	Collector	0,5%	0,5%	0%
<i>Sodraep</i>	Collector	0,5%	0,5%	0%
<i>Jan De Nul</i>	Burgerlijke bouwkunde (saneringen inbegrepen)	2%	2%	2%
Totaal		100%	100%	100%

Er zijn belangrijke wijzigingen in het aandeelhouderschap opgetreden in de vorm van afstand van aandelen ten voordele van *Veolia Water*. Ze werden alle goedgekeurd door de concessiegever. De grootste wijziging betreft het vertrek van de Japanse groep *Marubeni* die, in de fase van de oprichting van de toegewijde vennootschap, 19% van de aandelen in handen had. *Marubeni* heeft als reden voor zijn terugtrekking vermeld dat het zijn verbintenis in te schrijven op de kapitaalverhogingen zoals voorzien op financieel vlak, niet langer kon honoreren. Andere wijzigingen betreffen het vertrek van zes vennootschappen van wie de participatie miniem was (elk 0,5%).

De toegewijde vennootschap is dus in hoofdzaak samengesteld uit de Franse vennootschappen *Veolia Water Systems* (concept en exploitatie) en *Veolia Water* (financiering)³⁵, met als kleinere partners de Belgische vennootschappen *Dalkia*³⁶ (onderhoud), *Jan De Nul* (burgerlijke bouwkunde van het station) en *Denys* (collector).

1.3 Werking van de toegewijde vennootschap

Contractuele verplichting

Het BB geeft grote werkingsvrijheid aan de toegewijde vennootschap. Zoals gebruikelijk heeft de groep *Aquiris* in haar offerte bepaald dat de verantwoordelijkheid voor elke fase van de realisatie en exploitatie zou worden toevertrouwd aan een groep professionals die beter het risico kan beheersen. De vennootschap *Aquiris* zelf zal instaan voor het verkrijgen van de toelatingen en vergunningen, voor het architecturaal concept van de bouwwerken en voor het plaatsen van de kwaliteitssystemen. Het contract voor concept en bouw van de werken zal ze echter toevertrouwen aan een tijdelijke vereniging van bouwfirma's en het exploitatiecontract aan een door OTV geleide vennootschap.

In november 1999, vóór de opening van de offertes, is een preliminaire overeenkomst over de bouw gesloten tussen *Aquiris* en een tijdelijke vereniging die voor een deel is samengesteld uit de toenmalige leden (OTV, *SNC Campenon Bernard SGE*, *Sade*, *Bâtiments et Ponts Constructions*, *Maurice Delens*, *Van Rymentant*, *Denys* en *Sodraep*). Die overeenkomst heeft tot doel de principes te bepalen voor het definitief contract dat zal worden gesloten ingeval de opdracht wordt gegend aan *Aquiris*.

De toegewijde vennootschap heeft geen operationele rol, maar is als medecontractant van de concessiegever als enige verantwoordelijk voor de uitvoering

³⁵ In haar antwoord van 1 december 2005 heeft de administratie erop gewezen dat de firma *Veolia Water Systems* zich toelegt op het concipiëren en bouwen van waterzuiveringsstations. De exploitatie is normaal in handen van de firma *Veolia Water*. Het is in die zin dat, met de instemming van het gewest op 17 oktober 2005, 350 aandelen van *Veolia Water Systems* die 35% van het kapitaal vertegenwoordigen zijn afgestaan aan *Veolia Water*.

³⁶ Lid van *Dalkia international*, filiaal van *Veolia Environnement*.

van de verplichtingen die de concessieovereenkomst oplegt. Ze fungeert dus hoofdzakelijk als structuur voor het controleren van de goede uitvoering van bovenvermelde contracten.

Uitvoering

Volgens de informatie waarover het Rekenhof beschikt, is de tijdelijke vereniging voor de bouw samengesteld uit twee van de zes groepen die de preliminaire overeenkomst voor de bouw hebben ondertekend (OTV en Denys³⁷) en uit de vennootschap *Jan De Nul*, die na dat contract tot de toegewijde vennootschap is toegetreden.

De betrekkingen tussen *Aquiris* en de tijdelijke vereniging voor de bouw zouden nog steeds worden beheerst door dat preliminaire contract voor de bouw dat dateert van november 1999. De definitieve overeenkomst die de verplichtingen van de partijen moest vastleggen, zou immers nog niet zijn ondertekend omdat er geen akkoord bestond over bepaalde punten, zoals de vorm van de waarborg die de tijdelijke vereniging moet neerleggen, de klachtenprocedure en de mogelijkheid om een geding aan te spannen over de aansprakelijkheid van *Aquiris*.

Het gewest heeft ingestemd met het verzoek van *Aquiris* zelf het station te exploiteren in plaats van dat door OTV te laten doen. Er zal dan ook geen exploitatieovereenkomst zijn³⁸.

1.4 Controle over de toegewijde vennootschap door de concessiegever

Contractuele verplichting

Het BB bepaalt dat de concessiegever minstens over twee bestuursmandaten moet beschikken binnen de toegewijde vennootschap en over minstens één vertegenwoordiger binnen elk bestuurs- beheers- of controleorgaan van de vennootschap. Hij moet alle documenten en informatie ontvangen die de vennootschap aan haar aandeelhouders, bestuurders, leden van bovenvermelde organen en haar commissarissen-revisoren bezorgt.

De statuten voorzien in de oprichting van drie consultatieve comités (het wetenschappelijk comité, het buurtcomité en het comité coördinatie collectoren) waarin het gewest minstens één mandaat bekleedt. Ze moeten daarnaast ook voorzien in de controle van de rekeningen door de commissarissen³⁹. Het gewest kan zich bij die commissarissen laten vertegenwoordigen door een speciaal daartoe aangestelde persoon die dezelfde onderzoeksbevoegdheden heeft.

Uitvoering

De twee bestuurders die de concessiegever vertegenwoordigen, zijn aangesteld⁴⁰. Er is geen specifieke statutaire bepaling die hen betreft⁴¹. Zij vormen de twee

³⁷ De andere vennootschappen zijn uit de groep verdwenen, cf. supra 1.2.

³⁸ Voormeld antwoord van de administratie.

³⁹ Aangesteld onder de leden van het Instituut der Bedrijfsrevisoren.

⁴⁰ De bestuurders die het gewest vertegenwoordigen, lijken aanvankelijk aangesteld bij gewone ministeriële beslissing. Op 3 februari 2005, op het ogenblik van de ondertekening van de overeenkomsten inzake de uitvoeringsmodaliteiten van bijakte 1 en van de overeenkomst inzake de meerkosten voor de sanering (zie infra hoofdstuk 3), heeft de gewestregering hun mandaat bevestigd.

⁴¹ Net zoals de andere bestuurders ontvangen ze presentiegeld en de algemene vergadering kan hen op ieder ogenblik afzetten.

belangrijkste ambtenaren die belast zijn met het beheer van het dossier, namelijk de directeur van de directie Waterbeheer en de inspecteur-generaal van de Uitrusting.

Een lid van het ministerieel kabinet belast met Waterbeleid woont als waarnemer eveneens de bijeenkomsten van de raad van bestuur bij.

Het gewest daarentegen neemt niet deel aan de consultatieve comités noch aan de rekeningencontrole.

2 Terbeschikkingstelling van de terreinen

2.1 De terreinen van het zuiveringsstation

Reglementaire en contractuele verplichtingen

De terreinen van het zuiveringsstation bestaan uit een aantal percelen, deels bebouwd, tussen de Vilvoordelaan, de Budasesteenweg, de kanaaldijk en de Essovestiging. De Zenne loopt er middendoor.

Volgens het kadaster zijn die percelen in totaal 9ha 47a 39ca groot.

Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft het goed aangekocht tussen 1981 en 1999 voor een totale prijs van 10.346.885 EUR (417.292.298 BEF).

De reglementering op de overheidsopdrachten⁴² bepaalt dat de terreinen bestemd voor de uitbating van de concessie tijdens de hele duur van de overeenkomst onderworpen zijn aan een recht van opstal ten voordele van de concessiehouder, waardoor deze over de volle eigendom van het werk beschikt tot de concessie afloopt. Op het einde van de concessie wordt het eigendomsrecht op dit werk en op de andere voor de concessie noodzakelijke bouwwerken die de concessiehouder zou hebben opgericht, vrij van om het even welk zakelijk recht zonder enige vergoeding overgedragen aan de concessiegever. Aangezien de concessiehouder gedurende de volledige duur van de concessie eigenaar is van het station en er een winstgevende activiteit op uitoefent, zou dat voor hem kunnen betekenen dat hij de onroerende voorheffing dient te betalen. Omdat het station echter een bestemming van openbare dienst krijgt, wat een reden voor vrijstelling zou kunnen zijn, heeft het gewest de inschrijvers gevraagd geen rekening te houden met die kosten⁴³.

Het BB bepaalt bovendien dat het terrein aan de concessiehouder wordt overgedragen in de staat waarin het zich bevindt, met alle erfdienstbaarheden die erop rusten, zonder waarborg voor de oppervlakte en voor duidelijke of verborgen gebreken. Daarenboven legt het BB de verplichting op dat de akte van afstand van het recht van opstal is verleden binnen de vier maand na de oprichting van de toegewijde vennootschap, onder de opschortende voorwaarde dat de nodige vergunningen voor het uitvoeren der werken worden verkregen. Van bij de kennisgeving van de gunning verleent het de concessiehouder een recht van toegang tot het terrein om studies uit te voeren, stalen en proeven te nemen, en – mits de nodige vergunningen en het voorafgaand akkoord van de administratie zijn verkregen – voorbereidende werkzaamheden (afbraak- en grondwerken, bodembehandeling) uit te voeren.

⁴² Artikel 31 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.

⁴³ Zie de gunningsbeslissing, p. 14.

Uitvoering

De constitutieve akte voor het recht van opstal is verleden bij notariële akte van 20 november 2001, dit is 3,5 maand na de akte van oprichting van de toegewijde vennootschap. De voorgeschreven termijn is dus in acht genomen.

Het recht van opstal is kosteloos en vrij van vergoeding.

2.2 Terreinen buiten het stationsgebied

Contractuele verplichtingen

Het BB bepaalt dat de concessiehouder aan de administratie moet voorstellen hoe het tracé van de collector en aanverwante bouwwerken eruit ziet en welke de voorwaarden zijn voor de aansluiting van de collector van de Woluwe. Om te kunnen beschikken over de nodige terreinen voor de installatie van die bouwwerken, moet de concessiehouder zelf de vergunningen verwerven. Als de gronden eigendom zijn van de Staat, het gewest, de provincie of de gemeente, kan de concessiehouder vragen dat ze ter beschikking worden gesteld krachtens de wet⁴⁴. Behoren ze aan anderen toe, dan moet de concessiehouder bij de gemachtigde personen de nodige eeuwigdurende vergunningen bekomen voor het plaatsen en onderhouden van de leidingen. Krijgt hij die toelatingen niet, dan gaat de concessiegever over tot de onteigening van de ondergrond van de terreinen op kosten van de concessiehouder.

Het BB stipuleerde aanvankelijk dat de eigendom van de leidingen en van de collectorgerelateerde installaties toebehoorde aan de concessiehouder tijdens de duur van de concessie en na het verstrijken van de overeenkomst overging naar de concessiegever tegen dezelfde voorwaarden als die voor de bouwwerken op de terreinen. Bijakte 1 van 19 december 2001 heeft die bepalingen gewijzigd door de concessiegevende overheid in de gelegenheid te stellen anticipatief de collector aan te kopen⁴⁵.

Uitvoering

Het tracé van de collector, dat zich voor een groot deel onder de gewestwegen bevindt, en het verwerven van de nodige vergunningen, lijken geen notoire problemen te hebben opgeleverd⁴⁶.

3 Verkrijgen van de toelatingen en vergunningen

3.1 Contractuele verplichtingen

Het BB bepaalt dat de concessiehouder zelf alle stappen moet ondernemen om de vergunningen te verwerven.

Onder de documenten waaruit de offerte dient te bestaan, vermeldt het BB met name een voorbereidende nota over de impactstudie en een termijnopgave voor

⁴⁴ Wet van 17 januari 1938 tot regeling van het gebruik door de openbare besturen, de verenigingen van gemeenten en de concessiehouders van openbare diensten of van diensten van openbaar nut, van de openbare domeinen van de Staat, van de provinciën en van de gemeenten, voor het aanleggen en het onderhouden van leidingen en inzonderheid van gas- en waterleidingen.

⁴⁵ De analyse van die bijakte is opgenomen in het vorige verslag van het Rekenhof, p. 57 en volgende. Zie ook infra hoofdstuk 4, 2.

⁴⁶ Zie brief van het gewest van 25 november 2002, waarin *Aquiris* toestemming krijgt om op grond van de *bijgevoegde vergunningen* te starten met de voorbereidende werken van de collector.

het verrichten van de algemene studies, met fasering van de aanvragen van milieuvergunningen, stedenbouwkundige vergunningen en toelatingen voor de uitvoering van werken op de openbare weg. Die termijn mag de 24 maanden echter niet overschrijden, te rekenen vanaf de kennisgeving aan de aannemer dat zijn offerte is aanvaard⁴⁷.

3.2 Regelgeving en gevolgde procedure

Om het zuiveringsstation te bouwen, is een stedenbouwkundige vergunning vereist overeenkomstig de ordonnantie van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw⁴⁸. Omdat er exploitatie is, is eveneens een leefmilieuvergunning vereist overeenkomstig de gewestordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen. Voor de bouw van de collector is evenwel alleen maar een stedenbouwkundige vergunning vereist.

De twee reglementeringen voeren procedures in waarbij diverse actoren optreden: in hoofdzaak het BIM en het BROH voor de aflevering van respectievelijk de milieuvergunning en de stedenbouwkundige vergunning, en – terwijl de procedure loopt – de gemeente een begeleidingscomité en de territoriaal bevoegde overlegcommissie. De ordonnantie betreffende de milieuvergunning onderscheidt verschillende procedures volgens het klasstype waartoe de installatie in kwestie behoort. De reglementeringen bevatten bijzondere bepalingen voor het indienen van vergunningsaanvragen voor gemengde projecten, m.a.w. projecten waarvoor zowel een milieuvergunning als een stedenbouwkundige vergunning vereist is, zoals hier het geval is. Die bepalingen zijn bedoeld om de identieke fasen van de twee procedures – zoals de aanvraag van de vergunning, de voorlegging voor advies aan de te raadplegen personen of diensten als die dezelfde zijn, de naleving van de bijzondere bekendmakingsmaatregelen – gelijktijdig te laten verlopen. Een impactstudie, die gemeenschappelijk is voor beide procedures, moet talrijke gegevens opleveren over de rechtvaardiging en de beschrijving van het project, over de gevolgen van het werk op milieu- en stedenbouwkundig vlak, over de analysemethoden, over de maatregelen ter vermindering of ter voorkoming van een negatieve weerslag, enz.

De aanvragen van stedenbouwkundige vergunningen en van milieuvergunningen kunnen worden voorafgegaan door een attestaanvraag. Die attesten bepalen de basisvoorwaarden waaraan de uit te voeren werken moeten voldoen en de algemene voorwaarden voor het verminderen of voorkomen van overlast.

Vanuit de optiek van de milieuvergunningsreglementering valt de bouw van een zuiveringsstation onder klasse I A, rubriek 221⁴⁹; voor die klasse zijn de beschikkingen het meest dwingend.

De groep *Aquiris* heeft voor het station van bij de offerte gekozen voor een procedure die steunt op de aanvraag van het attest vóór de vergunning.

⁴⁷ Zie artikel 28.4 van het BB.

⁴⁸ Voortaan is die ordonnantie geïntegreerd in het Brussels Wetboek van Ruimtelijke Ordening (BWRO), vastgesteld door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 9 april 2004 en bekrachtigd door de ordonnantie van 13 mei 2004. Het gaat om een codificatie tot inconcordantiestelling van artikel 70bis van 29 maart 1962 houdende organisatie van de ruimtelijke ordening en de stedenbouw, de ordonnantie van 29 augustus 1991 houdende organisatie van de planning en de stedenbouw, de ordonnantie van 4 maart 1993 inzake het behoud van het onroerend erfgoed, de ordonnantie van 18 juli 2002 inzake het voorkeepsrecht en de ordonnantie van 18 december 2003 houdende de rehabilitatie en de herbestemming van de niet-uitgebate bedrijfsruimten.

⁴⁹ Zie regeringsbesluit van 22 april 1999 tot vastlegging van de lijst van de installaties van klasse I A bedoeld in artikel 4 van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen.

Bovendien kwam de eerste vergadering van het begeleidingscomité tot de conclusie dat, met het oog op een snelle start van de saneringswerken, de aanvraag van een saneringsvergunning voor de terreinen het best losgekoppeld werd van een milieuvergunningsaanvraag. Voor die werken werd dus een afzonderlijke milieuvergunning aangevraagd (zie infra 3.4).

De volgende toelatingen waren vereist:

- een stedenbouwkundig attest voor het station;
- een stedenbouwkundige vergunning voor het station;
- een stedenbouwkundige vergunning voor de collector;
- een milieuattest voor het station;
- een milieuvergunning voor het station;
- een milieuvergunning voor de sanering van de bodem.

Om de nodige voorbereidende werken uit te voeren, diende *Aquiris* daarenboven een stedenbouwkundige vergunning te verwerven om de bestaande gebouwen op de terreinen af te breken. Gelet op de aanwezigheid van asbest, was ook een milieuvergunning voor de verwijdering van het asbest vereist. Tot slot was voor de verwezenlijking van de collector een toelating nodig om werken uit te voeren op het openbaar wegennet.

3.3 De stedenbouwkundige attesten en vergunningen

Voor het station heeft de procedure geduurd van 14 november 2001 (datum van de ontvangstbevestiging van de attestaanvraag) tot 10 juni 2003 (datum van aflevering van de stedenbouwkundige vergunning). De bijzondere voorwaarden die de vergunning oplegt, zijn bijkomende voorwaarden (zich houden aan verschillende plannen, aan het advies van de DBDMH en van de Haven van Brussel, contact opnemen met verschillende diensten zoals IWMB, Belgacom, Sibelga voor het begin van de werken, enz.).

De stedenbouwkundige vergunning voor de bouw van het afvoerkanaal linkeroever werd op 24 juni 2002 afgeleverd door de gemachtigde ambtenaar⁵⁰ na een procedure van zes maanden. De opgelegde voorwaarden zijn de gebruikelijke (inachtneming van verschillende plannen, van het gewestelijk stedenbouwkundig reglement en van de eisen van de gemeente inzake wegwerkzaamheden en aansluitingswerken).

De stedenbouwkundige vergunning voor de afbraakwerken van de bestaande gebouwen op de terreinen werd op 18 maart 2002 door de gedelegeerde ambtenaar afgeleverd. Ze werd toegekend met inachtneming van bepaalde voorwaarden, zoals het verwerven van een milieuvergunning voor de asbestverwijdering en het beperken van de afbraakwerken tot de structuren die boven de grond uitsteken, aangezien voor de afbraak van de funderingen een milieuvergunning voor bodemsanering aangevraagd moet worden.

3.4 Milieuattesten en -vergunningen

De milieuvergunning voor de asbestverwijderingswerken werd op 28 februari 2002 afgeleverd door het college van burgemeester en schepenen van de Stad Brussel,

⁵⁰ Als de aanvraag betrekking heeft op handelingen en werken van openbaar nut, wordt de vergunning afgegeven door de gemachtigde ambtenaar (artikel 139 van de ordonnantie betreffende de inrichting van de planning en de stedenbouw, vervangen door artikel 175 van het BWRO).

met inachtneming van verschillende voorschriften inzake de methode voor asbest-verwijdering, de werforganisatie, geluidsoverlast, enz.

Aquiris heeft op basis van het milieuattest dat het BIM heeft afgeleverd op 7 februari 2003, een aanvraag ingediend voor een milieuvergunning. Het BIM heeft de vergunning op 2 juni 2003 toegekend. De vergunning legt heel wat algemene en technische voorwaarden vast voor de exploitatie van het station (voor de water-, afval- en slibbehandeling, de geurhinder, de mobiliteit, de veiligheid, de geluidsoverlast, de opvolging van de werf, enz.) en bepaalt dat het BIM heel wat documenten moet ontvangen.

Overeenkomstig de reglementering wordt die vergunning voor 15 jaar toegekend. Na afloop van die periode kan ze één keer worden verlengd voor dezelfde periode.

De vergunning bepaalt dat de installaties binnen een termijn van twee jaar (die met één jaar kan worden verlengd) moeten gebouwd of in gebruik genomen zijn te rekenen vanaf de datum van aflevering, dus ten laatste op 1 juni 2006.

Aquiris is op 7 juli 2003 tegen die vergunning in beroep gegaan bij het milieucollege⁵¹ omdat het BIM het zuiveringsstation in de activiteit IPPC⁵² heeft ingedeeld, zoals gedefinieerd door de richtlijn 96/61/EEG van de Raad van 24 september 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging. Die indeling impliceert een jaarlijkse controle van verschillende lucht- of waterverontreinigende stoffen en het gebruik van de *beste beschikbare technieken*. Dat laatste punt baart de vennootschap *Aquiris* zorgen, omdat het haar zou kunnen verplichten in de toekomst dure technische aanpassingen uit te voeren.

In een beslissing van 16 september 2003 heeft het milieucollege het beroep ontvankelijk verklaard, ervan uitgaande dat de slibverwerking niet los kan worden gezien van het globaal proces van waterzuivering, dat is uitgesloten van het toepassingsgebied van de richtlijn IPPC. Het BIM heeft de beslissing betwist: het is van oordeel dat de slibverwerking en het waterzuiveringsproces twee duidelijk onderscheiden zaken zijn. Het heeft bijgevolg een beroep bij de regering ingediend tegen de beslissing van het milieucollege⁵³. In een besluit van 20 november 2003 heeft de regering echter verklaard dat het beroep onontvankelijk was wegens het ontbreken van belang in hoofde van het BIM, omdat ze van oordeel was dat de voorwaarden van de vergunning niet werden gewijzigd door de aangevochten beslissing.

Tot slot werd de milieuvergunning voor de saneringswerf op 24 december 2002 afgeleverd door het BIM. Die vergunning wordt in een afzonderlijke uiteenzetting toegelicht (cf. infra hoofdstuk 3, 3).

4 Studies en plannen

4.1 Contractuele verplichting

De concessieopdracht heeft in casu vooral betrekking op het concept van de werken. Het BB verplicht dan ook heel wat studies op milieuvlak, op technisch, financieel, stedenbouwkundig vlak, enz. Bepaalde studies moesten deel uitmaken

⁵¹ Brusselse instelling die overeenkomstig de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen kennis neemt van de beroepsprocedures tegen de beslissingen van de bevoegde overheid voor de toekenning van milieuvergunningen.

⁵² *Integrated pollution prevention and control*, deze notie dekt de installaties voor de verwijdering van ongevaarlijke afvalstoffen.

⁵³ Beroep op basis van artikel 81 van de bovenvermelde ordonnantie van 5 juni 1997.

van de offerte, andere moesten aan de concessiegever worden toegezonden binnen een termijn van maximum 24 maanden vanaf de kennisgeving van de opdracht, een termijn die in de offerte van *Aquiris* met twee maanden werd verminderd. Het gaat om:

- algemene studies (dossiers inzake aanvragen van stedenbouwkundige en milieuattesten en -vergunningen, waterbouwkundige studies, studieplanning, geraamde planning van de werken, financiële planning, masterschema voor de kwaliteit en plannen voor kwaliteitsverzekering⁵⁴);
- studies voor de uitvoering van het waterzuiveringsstation (burgerlijke bouwkunde, uitrustingen en elektriciteit);
- studies voor de uitvoering van het afvoerkanaal linkeroever.

4.2 Uitvoering

De contractuele termijn werd in acht genomen: het dossier werd op 29 april 2003 voorgelegd en door de administratie op 25 mei 2003 als zijnde volledig verklaard, met inachtneming van enkele opmerkingen van de technische consultant. Op diezelfde datum kreeg de concessiehouder de toelating om met de uitvoering van de werken te beginnen⁵⁵.

5 Verzekeringen

5.1 Reglementaire en contractuele verplichtingen

Artikel 36 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken bepaalt inzonderheid dat de concessiehouder op zijn kosten de verzekeringspolissen onderschrijft die het BB oplegt en dat hij het nodige doet om de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers en architecten te waarborgen. *Vóór* de start van de werken moet een eensluidend afschrift van die polissen worden voorgelegd.

De verzekeringspolissen moeten een clause bevatten waarmee de verzekeringsmaatschappijen zich ertoe verbinden de concessiegever kennis te geven van elke schorsing of verbreking van de polissen. Er is eveneens een clause vereist die stelt dat alle schadeloosstellingen uit hoofde van de borgen rechtstreeks tot het patrimonium van de aanbestedende overheid of van de benadeelde derde behoren, en dat vanaf het ogenblik waarop ze door de verzekeraar verschuldigd zijn.

Het BB neemt die bepalingen integraal over en voegt er voor de concessiehouder de verplichting aan toe op zijn kosten de volgende polissen te onderschrijven⁵⁶:

- *een verzekeringspolis burgerlijke aansprakelijkheid voor exploitatie, die eveneens de risico's dekt op ontploffing, verontreiniging, grondbewegingen en abnormale lasten uit nabuurschap* (artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek);
- *alsmede een verzekeringspolis voor alle werfrisico's.*

⁵⁴ Voor die laatste twee punten, zie infra 7.

⁵⁵ De machtiging neemt echter als opmerking de bedenkingen over van de technisch consultant waarop op dat ogenblik geen volledige antwoorden zijn gekregen.

⁵⁶ Artikel 1.2.5.

Het BB geeft eveneens aan dat alle polissen de aansprakelijkheid van de concessiegever moeten dekken en moeten voorzien in afstand van beroep tegen die concessiegever.

De bovenvermelde bepalingen van het BB worden aangevuld door bijakte 2 van 1 april 2003⁵⁷ met de precisering dat de beoogde schadeloosstellingen rechtstreeks toebehoren aan het patrimonium van de persoon die de schade lijdt en ten belope van de schade.

5.2 Uitvoering

Op 8 december 2003 stelde de administratie een proces-verbaal op van niet-overzending van de onderschreven verzekeringspolissen vóór het begin van de werken.

Als antwoord op dat proces-verbaal heeft de concessiehouder⁵⁸ uitgelegd dat er voor een polis alle werfrisico's een nota was opgesteld waarin de dekkingmodaliteiten zijn gepreciseerd. Wegens het gewijzigde volume van de werken ingevolge het saneringsprobleem werd de formele uitwerking van de volledige polis uitgesteld, maar die zou wel op handen zijn.

De administratie heeft in mei 2004 effectief een afschrift ontvangen van die polis, *General building, operate and transfer policy*, op datum van 20 oktober 2003⁵⁹. Ze dekt het bouwen, de burgerlijke aansprakelijkheid ten aanzien van derden, met inbegrip van de lasten uit nabuurschap, de risico's op vertraging bij de bouw, de schade aan de installaties en ook aan de machines, de risico's op onderbreking van de exploitatie, de transportrisico's en de vertragingen die voortvloeien uit de transportrisico's⁶⁰.

Bij de verzekerden vermeldt het contract het gewest en de leningverstrekkers, en inzonderheid de ingenieurs en architecten die meewerken aan de verwezenlijking van het project.

Het contract voorziet daarentegen niet in de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers en architecten⁶¹, noch in een clause die de verzekeringsmaatschappij ertoe verbindt het gewest in kennis te stellen van elke schorsing of verbreking, noch in de directe overdracht van de schadeloosstellingen naar het patrimonium van de aanbestedende overheid of van de benadeelde derde. De risico's op verontreiniging schijnen ook te zijn uitgesloten uit de polis die de exploitatie dekt.

In het kader van een lopende rechtsprocedure dreigt de doeltreffendheid van het verzekeringscontract op de proef te worden gesteld, zowel wat betreft de omvang van zijn toepassingsveld als de voorziene franchises. Dertien eisende partijen

⁵⁷ Cf. infra hoofdstuk 2, 2.1.

⁵⁸ Brief van 10 december 2003.

⁵⁹ *Aquiris* is wel degelijk de verzekeringnemer. De preliminaire overeenkomst over de bouw (cf. supra 1.3) draagt de kosten van de verzekeringen over aan de tijdelijke bouwvereniging, maar behoudt aan *Aquiris* het recht voor om over de polissen te onderhandelen en deze te onderschrijven met het akkoord van de tijdelijke vereniging.

⁶⁰ De verzekerde bedragen belopen 236.235.006 EUR voor de bouw, 5.000.000 EUR voor de burgerlijke aansprakelijkheid ten opzichte van derden en 236.235.006 EUR voor de exploitatierisico's. De voorziene schadevergoeding bevat verschillende beperkingen in het algemeen of per categorie, in termen van bedragen, soort gebeurtenis of aard van de uitgave waartoe de schade aanleiding geeft.

⁶¹ Een bepaling van de preliminaire overeenkomst over de bouw (cf. supra 1.3) vermeldt dat de tijdelijke bouwvereniging de wettelijke tienjarige verantwoordelijkheid ten opzichte van *Aquiris* draagt en zich tegen dat risico zal verzekeren.

beweren immers dat er zich grondverzakkingen hebben voorgedaan als gevolg van de bouwwerken van het station, waardoor schade aan hun gebouwen is berokkend⁶². *Aquiris*, de drie leden van de tijdelijke vereniging voor de bouwwerken, het gewest en de verzekeraar van *Aquiris* zijn betrokken.

6 Sociale clausule

6.1 Contractuele verplichting

Overeenkomstig punt 1.2.2.10 van het BB heeft de concessiehouder zich ertoe verbonden weinig gekwalificeerde en werkzoekende personen in dienst te nemen die als stagiairs worden gekwalificeerd of ze door zijn aannemers en hun onderaannemers te laten in dienst nemen.

De contractuele verplichting betreft de indienstneming en begeleiding van stagiairs ten belope van 900 man/maand tijdens de fase van de bouw en van 2 stagiairs tijdens de fase van de exploitatie.

De administratie wordt op de hoogte gebracht van de tewerkstellingscontracten die met de stagiairs worden afgesloten en van elke verandering die zich in hun situatie zou voordoen. Ze kan zich door de BGDA laten bijstaan voor de controle op de naleving van die verbintenissen.

Elke inbreuk tegen de verplichtingen van de sociale clausule geeft aanleiding tot een boete van 5000 EUR per niet-gepresteerde man/maand⁶³.

6.2 Uitvoering

Uit de briefwisseling in mei en juni 2004 tussen *Aquiris* en de administratie, blijkt dat die laatste heeft toegestaan de BGDA-criteria voor de toepassing van de sociale clausule te gebruiken, die opgenomen zijn in het typebestek 2000 (BBT2000)⁶⁴. Die criteria zijn soepeler dan die waarin het BB voor de concessieopdracht voorzag. Die soepelheid heeft de indienstneming mogelijk gemaakt van 59 stagiairs, van wie de prestaties eind januari 2005 436 man/maand vertegenwoordigden. Dat cijfer is hoger dan voorzien in de raming en wijst bijgevolg op de naleving van het kwantitatieve aspect van de sociale clausule.

7 Modaliteiten van de technische controle door de concessiegever

7.1 Contractuele verplichtingen

Het BB bepaalt dat de concessiegever alle informatie of documenten betreffende de overeenkomst moet ontvangen, dat hij ze ter plaatse mag verifiëren en dat hij alle technische opleveringen en proeven mag bijwonen zonder dat zijn betrokkenheid

⁶² Overeenkomstig de technische clausules van het BB had *Aquiris* vóór de aanvang der werken een tegensprekelijke plaatsbeschrijving der gebouwen rond de stationsterreinen laten opstellen.

⁶³ Artikel 20, §4bis, van het BB.

⁶⁴ Dat document, dat oorspronkelijk werd opgesteld op verzoek van de Brusselse staatssecretaris belast met Openbare Werken, is bedoeld als model voor de opdrachten voor wegwerkzaamheden van het gewest, van de gewestelijke instellingen van openbaar nut en van de gemeenten. Er bestaat evenwel geen enkele juridische norm die het gebruik ervan verplichtend maakt. De administratieve clausules ervan werden verbeterd door een tekst die de regering op 14 juni 2001 heeft goedgekeurd en die de aanbeveling verstrekt ernaar te verwijzen voor alle wegwerkzaamheden op het grondgebied van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

de concessiehouder van zijn aansprakelijkheid vrijstelt. De concessiehouder dient te antwoorden op elke vraag om inlichtingen vanwege de concessiegever.

Behalve die controle waarvan de precieze bepalingen niet vastgesteld zijn, voorziet het BB in een uitdrukkelijke en voorafgaande instemming van de concessiegever voor:

- de start van de uitvoering van de bouwwerken, binnen de twee maanden na de afgifte van de laatste algemene studies⁶⁵;
- het tracé voor de installatie van de collector op de linkeroever en de bijbehorende bouwwerken en de voorwaarden voor de aansluiting van de collector van de Woluwe⁶⁶;
- elk document dat een afwijking of een wijziging van de contractuele verplichtingen zou inhouden⁶⁷;
- elke onderaanneming⁶⁸;
- voorlopige oplevering en definitieve oplevering van de installaties⁶⁹.

De technische clausules van het BB bevatten eveneens enkele bepalingen over de controle van de concessiegever. Zo moeten alle bouwwerken en uitrustingen het voorwerp uitmaken van controles en proeven; de betrokken (geraamde en uitgevoerde) programma's moeten elke maand aan de administratie worden meegedeeld⁷⁰, evenals de processen-verbaal van alle proeven die in de fabriek worden uitgevoerd.

Een kwaliteitssysteem dat steunt op internationale normen⁷¹ wordt eveneens opgelegd aan de concessiehouder⁷². Dat heeft als doel de grenzen te bepalen van de prestaties en de verantwoordelijkheden van elke entiteit, de communicatiewijze vast te leggen tussen de entiteiten, en de transparantie en de opspoorbaarheid van de acties van de concessiehouder te verzekeren ten aanzien van de concessiegever. Die heeft de verplichting een intern systeem te organiseren voor de evaluatie en de controle inzake kwaliteitsprocessen tijdens de gehele duur van de overeenkomst.

De gevallen van niet-overeenstemming zijn in drie niveaus geklasseerd: zij die niet strijdig zijn met het BB en die rechtstreeks worden behandeld door de concessiehouder, die de concessiegever daarvan op de hoogte brengt; de gevallen die in strijd zijn met het BB, maar waarvoor de door de concessiehouder gevonden oplossing het mogelijk maakt terug te keren binnen het contractuele kader van de opdracht (de concessiehouder moet die gevallen voor opmerkingen aan de concessiegever voorleggen, samen met de genomen maatregel); en tot slot de gevallen die geen corrigerende maatregelen mogelijk maken. In dat laatste geval is een formele aanvaarding van de concessiegever vereist voor de inwerkingstelling van de betrokken werken.

⁶⁵ Artikel 28.4 van het BB.

⁶⁶ Punt 1.2.3.4 van het BB.

⁶⁷ Artikel 4, §2, van het BB.

⁶⁸ Artikel 10, §1, van het BB.

⁶⁹ Artikel 19, §1, van het BB.

⁷⁰ Functioneel programma, controles, proeven en tests, p. 2.

⁷¹ De normen ISO 9001 *Kwaliteitssysteem – Model voor het verzekeren van de kwaliteit bij de conceptie, ontwikkeling, productie, installatie en daarmee verband houdende prestaties*, ISO 9004-1, *Kwaliteitsmanagementsystemen en elementen van het kwaliteitssysteem – Richtlijnen* en ISO 9004-2 *Kwaliteitsbeheer en elementen van het kwaliteitssysteem – Richtlijnen voor de diensten*.

⁷² Technische clausules van het BB, functioneel programma, plan voor het beheer van de kwaliteit, p. 1 tot 11.

Voor het overige waren de bepalingen voor de controle door de administratie, met inbegrip van de overdracht van knowhow van de concessiehouder aan de concessiegever, als criterium voor de gunning opgelegd. Dat criterium heeft echter geen aanleiding gegeven tot belangrijke ontwikkelingen in de ingediende offertes.

7.2 Uitvoering

De leidende ambtenaar, aan wie het BB de controle heeft toevertrouwd op de follow-up van de aannemersverplichtingen, is de directeur van de directie Waterbeheer van het BUV. Om zijn opdracht uit te voeren, wordt hij bijgestaan door de technische consultant die al bij het concipiëren van de opdracht werd aangevraagd⁷³. Het werk van de consultant beschouwt de administratie als zeer bevreemdend.

De controle wordt op het terrein uitgevoerd door frequente bezoeken aan de bouwplaats en door maandelijkse vergaderingen ter plaatse in aanwezigheid van de concessiegever, de technische consultant, vertegenwoordigers van *Aquiris* en vertegenwoordigers van de tijdelijke vereniging voor de bouw. Dat leverde *Aquiris* in sommige gevallen processen-verbaal van vaststelling op van het administratieve of technische type.

De controle steunt ook op de talrijke documenten waarin het BB op algemene wijze voorziet en waarvoor de administratie de lijst bij elke maandelijkse vergadering vaststelt. Ingenieurs van de administratie nemen eveneens deel aan de opleveringen, proeven en tests van werken van burgerlijke bouwkunde en van uitrusting.

Naast die controle door de concessiegever voert *Aquiris* op een volledig transparante wijze een interne controle uit die is gericht op de beleidsuitvoering inzake kwaliteitsbeheer die het BB oplegt. De resultaten daarvan worden regelmatig aan de concessiegever meegedeeld, voornamelijk de gevallen van niet-overeenstemming met de offerte of het BB die *Aquiris* spontaan meldt. Frequent zijn er gevallen die niet overeenstemmen met de offerte, maar wel met het BB. Ze geven aanleiding tot corrigerende acties en beschrijvende fiches worden ter beschikking van de concessiegever gesteld. De enkele gevallen van niet-overeenstemming met het BB werden geregeld met instemming van de concessiegever. Het belangrijkste geval betrof de verzakkingen van het gebouw waar de biologische behandelingen gebeuren. De verzakkingen overtroffen de grenswaarden die het BB had vastgesteld en derhalve waren maatregelen noodzakelijk om de weerslag ervan, met name op de stabiliteit van de bouwwerken, te compenseren.

8 Vordering van de werken

Het BB stelt geen termijn vast voor bouwwerken, die termijn moest door de aannemer in zijn offerte worden bepaald. *Aquiris* heeft zich ertoe verbonden de werken (station en collector) op 26 juni 2003 aan te vatten en ze binnen een termijn van 31 maanden te verwezenlijken, dat is tegen 26 januari 2006. Overeenkomstig de offerte zijn de werken op 26 juni 2003 aangevat.

⁷³ Het contract dat met de technische consultant werd gesloten, had niet enkel betrekking op de uitwerking van het BB en de bijstand bij de gunning van de opdracht, maar ook op de technische follow-up in de fase van het concept en de verwezenlijking van de werken. Cf. Rekenhof, *Het Brusselse waterzuiveringsstation Noord, gunning en financiering van de concessieopdracht*, oktober 2003, op. cit. p. 13.

In mei 2005 zijn de werken voor de collector op de linkeroever voor 85% uitgevoerd, dat is een voorsprong van 1,5 maand ten aanzien van de offerteplanning, die de beëindiging ervan in januari 2006 voorzag. De werken van burgerlijke bouwkunde van het station zijn in dezelfde verhouding verwezenlijkt en de uitrustingen worden momenteel opgeleverd, geleverd en geïnstalleerd. Vergeleken met de nieuwe globale termijn voor de verwezenlijking van de werken, die met 8,25 maanden werd uitgesteld als gevolg van de bijkomende saneringswerken op de terreinen⁷⁴ (beëindiging van de bouw in oktober 2006 en tests tot maart 2007), worden de ramingen in acht genomen, ondanks het aanhoudend probleem van barsten in het beton dat is gebruikt voor het bouwen van de bekkens. Dat probleem heeft geleid tot een gerechtelijke procedure tussen de betonleveranciers en de aannemer van de werken, die de twee andere leden van de tijdelijke vereniging voor de bouw bij de zaak heeft betrokken, alsook twee studiebureaus, de concessiehouder en het gewest. De zaak loopt.

De verwezenlijking van de collector van de Woluwe, die door het Vlaams Gewest wordt beheerd, heeft daarentegen vertraging opgelopen. Die werken maken geen deel uit van de concessieopdracht, maar moeten het mogelijk maken het afvalwater afkomstig van het deelbekken⁷⁵ van de Woluwe⁷⁶ naar het station Noord te leiden. Die collector zal waarschijnlijk niet klaar zijn op het ogenblik dat het station met water wordt gevuld. In juli 2005 was de procedure voor de opdrachtgunning immers aan het lopen en volgens de planning zouden de werken tegen maart 2007 klaar zijn.

9 Analyse

9.1 De toegewijde vennootschap, sleutelement van de BOOT-overeenkomst van het station Noord

Begrip

Bij de concessie van het station Noord is de toegewijde vennootschap een private projectmaatschappij die de inbreng van kapitaal door privépartners concreet vorm geeft en de economische en financiële risico's voor de investeerders beperkt.

De motivering van de keuzes die op het niveau van het BB werden gemaakt tussen de verschillende manieren waarop het project georganiseerd en gefinancierd kon worden, evenals de onder meer juridische, financiële en budgettaire gevolgen die eruit voortvloeien, is niet in een document opgetekend.

Voor de concessiegever biedt de toegewijde vennootschap over het algemeen het voordeel een enkele gesprekspartner te hebben die geen andere activiteit heeft buiten het voorwerp van de concessie.

Voor de privé-investeerders maakt die techniek het mogelijk de inbreng van eigen middelen te beperken door een valorisatie van de kennis van de sponsors, de

⁷⁴ Cf. infra hoofdstuk 3.

⁷⁵ Het bekken van de Zenne in Brussel omvat drie deelbekkens: het zuidbekken waarvan het afvalwater door het station Zuid wordt gezuiverd, de deelbekkens Noord en van de Woluwe waarvan het water door het station Noord zal worden behandeld.

⁷⁶ Het Vlaams Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest zijn bij overeenkomst van 12 december 1990 ermee akkoord gegaan dat het rioolwater van het bekken van de Woluwe naar de terreinen van het toekomstige station Noord wordt geleid en dat die werken gelijktijdig met de bouw van het station worden verwezenlijkt (overeenkomst betreffende de verwezenlijking van de infrastructuur vereist voor de waterzuivering en de kostenverdeling van de saneringswerken aan de bekkens van de Zenne en van de Woluwe in de Brusselse zone, met inbegrip van de werkingskosten en de slibbehandeling).

risico's te verminderen en de financiële verplichtingen van de toegewijde vennootschap af te scheiden van die van de aandeelhouders.

De beperkte aansprakelijkheid van de promotoren kan worden beschouwd als een element dat de kost van de concessie vermindert. Het nadeel is echter dat het risico voor de leningverstrekkers stijgt.

Het gebruik van een juridische structuur die de rechten en verplichtingen van de aannemers van een overheidsopdracht overneemt, vereist bovendien de invoering van een mechanisme dat enerzijds de effectieve overdracht van die rechten en verplichtingen mogelijk maakt en anderzijds het behoud van de waarborgen geboden door de aannemers.

Eigen middelen van de toegewijde vennootschap

De gekozen financieringswijze impliceert dat de verhouding van het eigen kapitaal van de toegewijde vennootschap ten aanzien van de ontleende bedragen bepalend is voor de verdeling van de risico's over de privéaandeelhouders en de leningverstrekkers.

In casu was de financiële capaciteit van de groep en van elk van de leden ervan – hun mogelijkheid om de institutionele en financiële constructie ten laste te nemen – een selectie criterium. De algemene samenhang van de concessie was een van de gunningscriteria.

Het BB,⁷⁷ dat verplicht een toegewijde vennootschap op te richten, laat de aannemers de vrijheid het kapitaal ervan vast te stellen, maar eist een minimale waarborg (borgstelling)⁷⁸ van 12,4 miljoen EUR verdeeld over de leden van de aannemende groep a rato van hun participatie in het maatschappelijk kapitaal van de toegewijde vennootschap.

De aannemers dienen echter vaste en definitieve verbintenissen van derden voor te leggen met het oog op de financiering van de bouwwerken en de exploitatie ervan.

Omdat de aannemers niet hebben voorgesteld de waarborg van de aandeelhouders te verhogen, vertegenwoordigt het kapitaal van *Aquiris* (19,95 miljoen EUR) slechts 7,7% van het bedrag van de geplande investeringen (260 miljoen EUR). Het Rekenhof kan het relatieve belang van dat element op de bankability van het project niet evalueren. Enerzijds moet de ratio van de eigen middelen worden onderzocht ten aanzien van een veelheid van factoren die te maken hebben met de overeenkomst, de contractanten en de internationale context; anderzijds lopen de meningen van de deskundigen uiteen en laten ze ruimte voor een beoordeling geval per geval⁷⁹.

Geen enkele offerte heeft het bedrag van de contractuele borgstelling verhoogd. Aangezien de inwerkingstelling van die zekerheid geen enkele bijzondere uitvoeringsmaatregel vereist, komt het er bovendien op neer dat elk van de aandeelhouders van de toegewijde vennootschap zich ten aanzien van het gewest verbonden

⁷⁷ Artikel 28.5.

⁷⁸ Die waarborg dekt op onvoorwaardelijke wijze de uitvoering van alle verbintenissen van de toegewijde vennootschap tot het einde van de concessie.

⁷⁹ Cf. PLUCHART, J.-J., *L'ingénierie financière de projet*, Editions d'Organisation, Parijs, 2000, p. 120 e.v.

CORCHIA, D., en BENICCHOU, I., *Le financement de projets*, Editions ESKA, Paris, 1996, p. 160, geven een ratio van 15 tot 20% voor de sector van de elektriciteitsproductie, waterzuivering en afvalverwerking.

heeft voor het bedrag van 12,4 miljoen EUR, a rato van hun participatie in het kapitaal. Die situatie kan echter wijzigen door de overeenkomsten die de aandeelhouders onder elkaar sluiten. Zo bepaalt de preliminaire overeenkomst voor de bouw⁸⁰ dat de tijdelijke vereniging een waarborg op zich neemt van volledige voltooiing van de bouwwerken en de uitrusting tijdens een periode van 12 maanden vanaf de definitieve oplevering van de installaties. Die waarborg wordt inzonderheid gedekt door een waarborg van goede afloop voor een bedrag van 10% van de overeenkomst die tot 5% zakt na de voorlopige oplevering van de installaties.

Wijziging van de aandeelhoudersstructuur van de toegewijde vennootschap

De aandeelhoudersstructuur van de toegewijde vennootschap is geëvolueerd tijdens de stadia van selectie, gunning en uitvoering van het contract. Die wijzigingen kwamen er door het vertrek van verschillende vennootschappen (waaronder een Japanse financiële groep die op het ogenblik van de oprichting van de toegewijde vennootschap 19% van het kapitaal in handen had) en de overname van hun aandelen door de hoofdaandeelhouder *Veolia*. Die evoluties, die op economisch vlak als normaal gelden, kwamen tot stand met inachtneming van de bepalingen van het BB en hebben niets afgedaan aan de verbintenissen van de concessiehouder.

“Filialisering” van de toegewijde vennootschap

De filialisering of onderaanneming heeft als doel de toegewijde vennootschap in de gelegenheid te stellen niet alle risico's van het project op zich te moeten nemen door sommige ervan over te dragen aan de medecontractanten die vanwege hun specialisatie beter in staat zijn ze te dragen (back-to-back-overeenkomsten). Het gaat om een ultieme verdeling van de risico's die essentieel is voor de financiering⁸¹ en het welslagen van dergelijke projecten.

Geen enkele van de overeenkomsten bestemd om die interne organisatie definitief uit te werken, werd tot op heden ondertekend. De bouw van het station en van de collector berust op een preliminaire overeenkomst die bij de offerte van *Aquiris* gevoegd was en die enkel de principes uiteenzet. Ze werd afgesloten met een tijdelijke vereniging waarvan de meeste leden zich uit de overeenkomst hebben teruggetrokken en waarvan de belangrijkste aannemer die de bouwwerken uitvoert, geen deel uitmaakt.

Desondanks voert de tijdelijke vereniging de werken uit en lijkt ze te voldoen aan alle verplichtingen die de concessieovereenkomst oplegt. Het gebrek aan een echt bouwcontract zou evenwel in verband kunnen staan met de gevreesde moeilijkheden op het vlak van de financiële afwikkeling (cf. infra hoofdstuk 2, 3.2).

Controle op de toegewijde vennootschap door de vertegenwoordiging van de concessiegever

Sedert de kennisgeving van de opdracht en, bijgevolg, de totstandkoming van de concessieovereenkomst hebben de bepalingen van het BB, die o.a. de aanwezigheid van twee bestuurders aangesteld door het gewest opleggen, een contractueel karakter verworven.

⁸⁰ Cf. supra 1.3.

⁸¹ *De geldschietters besteden bijzondere aandacht aan de analyse van de bouwcontracten, de bevoorradingscontracten en de verkoopcontracten.* Cf. TOLEDO, A.-M. en LIGNIERES, P. *Le financement de projet*, Editions Joly, Paris, 2002, p. 70.

De vraag rijst dan ook of er een juridisch bezwaar tegen is dat de posten van bestuurders worden toegekend aan derden die geen aandeelhouders van de vennootschap zijn. Geen enkele wetsbepaling lijkt zich ertegen te verzetten dat de statuten van een onderneming aan een derde toelaten te beschikken over vertegenwoordigers in de beheers- of controleorganen van die vennootschap⁸². Wat meer bepaald de aanstelling van bestuurders door de algemene vergadering betreft, laat het wetboek van de vennootschappen overeenkomsten toe tussen aandeelhouders betreffende de uitoefening van het stemrecht, voor zover die overeenkomsten in de tijd beperkt zijn en op elk ogenblik door het maatschappelijk belang worden verantwoord⁸³. Daaruit volgt dat de aanwezigheid van overheidsbestuurders binnen de toegewijde vennootschap op zichzelf niet onwettelijk is.

Een probleem van functionele verenigbaarheid doet zich daarentegen voor tussen enerzijds de functie van bestuurder, die een verantwoordelijkheid impliceert voor de uitvoering van een ontvangen mandaat en voor fouten die bij het beheer worden begaan, terwijl ook sprake is van een solidaire verantwoordelijkheid ten aanzien van de vennootschap en van derden⁸⁴, en anderzijds de rol van de controleur belast met de verdediging van de belangen van het gewest⁸⁵, die wordt toebedeeld aan de vertegenwoordigers van de concessiegever.

Aangezien de overheidsbestuurders in kwestie in casu hoge ambtenaren zijn die binnen de administratie rechtstreeks belast zijn met het beheer van het dossier station Noord, heeft de bijzondere situatie als gevolg tegelijkertijd de overheidscontrole doeltreffender te maken en de functionele onverenigbaarheid te doen toenemen.

Wat er ook van zij, het Rekenhof heeft in de voorgelegde notulen van de raad van bestuur kunnen vaststellen dat de overheidsbestuurders er in de praktijk naar streven situaties van onverenigbaarheid te vermijden. In talrijke gevallen voeren de overheidsbestuurders immers artikel 523 van het Wetboek van de vennootschappen aan⁸⁶ en zien ervan af mee delicate beslissingen te nemen.

De fundamentele verhouding steunt op een *performantie*-overeenkomst, die resultaatsverplichtingen ten laste van de concessiehouder creëert en daardoor een grotere waakzaamheid vanwege de kredietverstrekkers en de verzekeraars vereist. Het lijkt dan ook wenselijk te vermijden dat de concessiegever verantwoordelijkheden op zich zou nemen in tegenspraak met de basisfilosofie van de concessie, die zouden voortvloeien uit de vermenging van functies als gevolg van de aanwezigheid van de gewestelijke bestuurders.

Een controle uitgeoefend door waarnemers die niet deelnemen aan het beslissingsproces, was waarschijnlijk een betere oplossing geweest. Momenteel geldt dat systeem voor de toegewijde vennootschap slechts bij goodwill en komt het bovenop de aanwezigheid van gewestelijke bestuurders.

⁸² Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bezit geen wetgeving die de rechten en verplichtingen van de overheidsbestuurder definieert die vergelijkbaar is met het Waals decreet van 12 februari 2004 betreffende het statuut van de overheidsbestuurder.

⁸³ Artikel 551, § 1, van het Wetboek van de vennootschappen.

⁸⁴ Artikelen 527 en 528 van het Wetboek van de vennootschappen.

⁸⁵ De statuten bevatten geen enkele beperking voor de bevoegdheden van de overheidsbestuurders en maken geen enkele taakverdeling tussen bestuurders.

⁸⁶ Die bepaling regelt de gevallen waarin een bestuurder, rechtstreeks of onrechtstreeks, een belangenconflict van patrimoniale aard heeft bij een door de raad van bestuur te nemen beslissing.

9.2 Terbeschikkingstelling van gronden

Het stelsel van het openbare domein, dat als doel heeft bepaalde goederen van de administratie buiten de greep van particulieren te houden, wordt vaak beschouwd als een hinderpaal voor de rentabilisering van dat domein of voor de inpandgeving van bouwwerken die werden verwezenlijkt in het kader van een publiek-private samenwerking.

Het is precies om een kader te creëren dat die samenwerking vergemakkelijkt, dat het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 18 juli 2003 betreffende publiek-private samenwerking toelaat zakelijke rechten te vestigen op onroerende goederen die tot het openbare domein behoren, voor zover de gevestigde zakelijke rechten niet kennelijk onverenigbaar zijn met de bestemming van die goederen.

Zo geeft ook artikel 31 van het bovengenoemd koninklijk besluit van 26 september 1996, dat voorziet in een bestemmingswijziging van het terrein beoogd door de concessie, gevolgd door de toekenning van een recht van opstal ten voordele van de concessiehouder, blijk van de wil tot verzoening van de bestemming voor openbaar gebruik met een gebruik als privé-domein.

In het geval van de concessie van het Waterzuiveringsstation Brussel-Noord heeft het gewest zich ertoe beperkt de bovengenoemde reglementering toe te passen, zonder gebruik te maken van een gunstregime dat voor concessies geacht zou zijn gecreëerd.

Eenzijds wordt het gebrek aan enige akte van bestemmingswijziging verklaard doordat het stationsgebied nooit beschouwd werd als behorend tot het openbare domein. Paradoxaal zal pas na de realisatie van het station sprake zijn van een goed dat speciaal werd aangelegd met het oog op een openbare dienst (waterzuivering) en dat mogelijk behoort tot het openbare domein.

Anderzijds lijkt de toekenning van het recht van opstal overeenkomstig de bovengenoemde reglementering evenmin te hebben geleid tot de valorisering van goederen die tijdelijk eigendom zijn van de concessiehouder. Die goederen hebben immers niet het voorwerp uitgemaakt van een zakelijke zekerheid waarvan de tegeldemaking strijdig zou zijn met de continuïteit van de openbare dienst.

9.3 Verwerving van de vergunningen en toelatingen binnen een redelijke termijn

Om de nodige toelatingen en vergunningen te verkrijgen, diende de groep *Aquiris* aan talrijke vergaderingen deel te nemen (met het begeleidingscomité en het BIM) en bijkomende rapporten op te stellen zoals gevraagd door het BIM. De termijnen waarin de offerte *Aquiris* voorzag⁸⁷ om de vergunningen af te leveren, konden niet worden nageleefd, maar de globale termijn van 24 maanden opgelegd door het BB werd wel gerespecteerd.

In die procedure bestond de rol van de directie Waterbeheer van het BUV erin de vergunningsaanvraagdossiers goed te keuren vóór de indiening ervan bij de bevoegde overheden⁸⁸. Die procedure uit het BB werd niet nageleefd; de administratie heeft de opmaak van het dossier gevolgd (zo zetelde de administratie in het begeleidingscomité voor de impactstudie), maar het dossier zelf is haar niet formeel ter goedkeuring voorgelegd.

⁸⁷ De offerte vermeldde dat de milieuvergunning en de stedenbouwkundige vergunning respectievelijk tegen 26 maart en 26 april 2003 zouden worden afgeleverd.

⁸⁸ Artikel 28.4. van het BB.

De verschillende actoren die om advies werden gevraagd (gemeente, overlegcomité, begeleidingscomité, haven van Brussel, directie Waterbeheer en directie Wegen van het BUV, BROH) hebben onder diverse voorwaarden een gunstig advies uitgebracht, met uitzondering van het college van burgemeester en schepenen van de Stad Brussel betreffende de saneringsvergunning (cf. infra hoofdstuk 3).

De uiterste datum die de milieuvergunning voor de indienstneming van de installaties voorschrijft (1 juni 2006), zou geen problemen mogen opleveren. Volgens het BIM⁸⁹ kan de onmiskenbare start van de bouw van de installaties of van de gebouwen waarin ze zullen worden ondergebracht, worden beschouwd als de aanvang van de exploitatie in de zin van artikel 59, §2, van de ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunning.

9.4 Draagwijdte van de onderschreven verzekeringen ten aanzien van de verplichtingen uit het BB

In het verzekeringscontract dat *Aquiris* heeft onderschreven, ontbreken sommige clausules die het BB vereist: de tienjarige aansprakelijkheid van de aannemers en architecten, de verbintenis van de verzekeringsmaatschappij het gewest op de hoogte te brengen van elke opschorting of onderbreking van het verzekeringscontract en de rechtstreekse overdracht van de vergoedingen naar het patrimonium van de aanbestedende overheid of van de benadeelde derde. Voorts lijken de risico's op pollutie uitgesloten te zijn uit de polis die de exploitatie dekt.

Het verzekeringscontract moet dan ook worden aangevuld om het in overeenstemming te brengen met het BB.

9.5 Naleving van de sociale clausule

De bepalingen van het BB werden gedeeltelijk gewijzigd door de administratie die de concessiehouder toeliet de toepassingsvoorwaarden voor de sociale clausule te gebruiken uit het typebestek 2000.

De bepalingen van dat bestek zijn soepeler dan die van het BB voor de concessie, vooral wat betreft de hoedanigheid en de aanstelling van de stagiairs. De stagiairs uit het typebestek 2000 zijn immers werkzoekenden *die een beroepskwalificerende vorming hebben verworven* in een van de vakken van de bouwnijverheid na een individueel tewerkstellingsparcours bij de BGDA, terwijl in het BB van de concessie de diplomavereiste voor stagiairs negatief is⁹⁰.

Rekening houdend met de nauwe band tussen het gewestelijk tewerkstellingsbeleid dat langs de BGDA wordt gevoerd en de concipiëring van de sociale clausules, is het Rekenhof van oordeel dat de administratie niet kan worden verweten de opdracht na de gunning ervan te hebben gewijzigd.

De naleving van de sociale clausule kan pas worden gecontroleerd, wat betreft de omvang van de prestaties door de stagiairs, na de beëindiging van de bouwwerken. In afwachting is de realiteit op het terrein in overeenstemming met de prestatieraming voor de stagiairs.

⁸⁹ Brief van 23 juni 2003 ter begeleiding van voornoemd antwoord van de administratie.

⁹⁰ Personen die geen diploma hoger secundair onderwijs of een gelijkwaardig diploma hebben behaald.

9.6 Uitvoering van de studies en de werken overeenkomstig de ramingen

De algemene studies en de plannen die het BB oplegt voor de uitvoering van het station en de collector werden binnen de contractuele termijn verwezenlijkt. De concessiegever heeft ze goedgekeurd.

In mei 2005 stemmen de werken voor de verwezenlijking van de collector en van het station (burgerlijke bouwkunde en uitrustingen) globaal gezien overeen met de planning. Die laatste werd voor het station verlengd met 8,25 maanden vanwege bijkomende saneringswerken (cf. infra hoofdstuk 3).

9.7 Technische controle op de opdracht door de concessiegever

De concessieopdracht, die wordt gekenmerkt door de overdracht van risico's en verantwoordelijkheden naar de concessiehouder, evenals door de prestatiegerichtheid van het BB, impliceert controlemodaliteiten die verschillen van wat gebruikelijk is bij traditionele overheidsopdrachten. De administratie heeft dat goed begrepen: enerzijds heeft ze die kwestie als een gunningscriterium opgenomen⁹¹ en anderzijds heeft ze in het BB clausules opgenomen die haar in de gelegenheid stellen alle gewenste informatie te ontvangen en de werken op te volgen zonder de concessiehouder van zijn verantwoordelijkheid te ontlasten.

In de praktijk heeft de administratie, bijgestaan door een externe technische deskundige, een regelmatige en grondige controle op de concessieopdracht ingesteld in de fase van het concept en van de verwezenlijking van de bouwwerken, zowel op het terrein als op stukken. Ze heeft ruimschoots gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot interventie waarin het BB voorziet, vooral voor de opleveringen en proeven per categorie van werken en uitrusting.

Die opvolging kon steunen op een kwaliteitscontrolesysteem dat in België weinig bekend is, maar dat het BB aan de concessiehouder heeft opgelegd. Dat systeem, dat *Aquiris* beheert, heeft tot op heden zijn doeltreffendheid aangetoond: de meeste moeilijkheden werden spontaan en tijdig gemeld door de leden van de toegewijde vennootschap.

⁹¹ Die piste heeft echter niet de verwachte resultaten opgeleverd. Het criterium heeft geen interessante ontwikkelingen gekend.

Hoofdstuk 2

Bijakte 2 van 1 april 2003 bij de concessieovereenkomst

Al in februari 2002 gaf de concessiehouder het gewest te kennen over bepaalde administratieve bepalingen van het BB opnieuw te willen onderhandelen om het dossier aanvaardbaar (*bankable*) te maken bij zijn leningverstrekkers. Na lange discussies waarbij het risico bestond dat ze tot een verbreking zouden leiden, hebben de partijen een bijakte goedgekeurd die de voortzetting van de uitvoering van de concessieovereenkomst mogelijk maakt.

Na een korte ontstaansgeschiedenis van de eisen (1) wordt de kwestie behandeld in een verslag over de inhoud van de bijakte (2), gevolgd door de analyse door het Rekenhof (3).

1 Ontstaan van de vraag tot wijziging van de overeenkomst

Negen maanden na de opdrachtgunning heeft de concessiehouder het gewest een document bezorgd met de elementen van de administratieve voorwaarden uit het BB waarover hij opnieuw wenste te onderhandelen⁹². De eisen, die *Aquiris* voorstelde als een voorwaarde van potentiële leningverstrekkers, betroffen talrijke bepalingen, zoals de verbreking van de overeenkomst, met inbegrip van het opnemen van rechten voor de leningverstrekkers, overmacht, opleveringen, klachten en verzoeken, wijzigingen aangebracht aan de opdracht, de tienjaarlijkse waarborg, de betalingen, de verplichtingen van de concessiehouder tot de oplevering en de inbezitneming door de aanbestedende overheid.

Na discussies tussen de toegewijde vennootschap en de administratieve beheerders van het dossier, bijgestaan door hun juridische raadgever, kon een akkoord worden gevonden nadat een eerste ontwerp van bijakte was geweigerd dat de eisen van de concessiehouder sterk afzwakte.

2 Voorwerp van bijakte 2

De bijakte bij de concessieovereenkomst bevat enkele wijzigingen die met name te maken hebben met de invoering van de mogelijkheid tot indeplaatstelling, evenals met de definitie van de belangrijke schade die in geval van onvoorziene omstandigheden aanleiding kan geven tot de herziening van de overeenkomst. In haar inleiding preciseert de bijakte dat het niet gaat om fundamentele wijzigingen maar om preciseringen.

De artikelgewijze verantwoording van de wijzigingen die volgen, is uiteengezet in de adviezen van de juridische raadgever.

2.1 Verzekeringen

Artikel 36 van het bovenvermeld koninklijk besluit van 26 september 1996 is integraal overgenomen in het BB.⁹³ Dat artikel preciseert meer bepaald dat de verzekeringspolissen een clause moeten bevatten die stipuleert dat *alle*

⁹² Memo *Aquiris*: werkdocument 28 februari 2002.

⁹³ Cf. *supra* hoofdstuk 1, 5.

schadeloosstellingen uit hoofde van de borgen rechtstreeks tot het patrimonium van de aanbestedende overheid of van de benadeelde derde behoren, vanaf het ogenblik waarop ze door de verzekeraar verschuldigd zijn.

De bijakte heeft een paragraaf toegevoegd om te preciseren dat de *schadeloosstellingen rechtstreeks behoren tot het patrimonium van de persoon die de schade lijdt en ten belope van die schade*. Die precisering is al vervat in het laatste lid van bovenvermeld artikel 36. Ze vertegenwoordigt dan ook geen wijziging, maar maakt het mogelijk ondubbelzinnig aan te geven dat, op het gebied van de aansprakelijkheidsverzekering, de eventuele schadeloosstelling rechtstreeks aan de benadeelde toekomt zonder eerst naar het patrimonium van *Aquiris* te gaan.

2.2 Voortijdige verbreking

§2 en §3 van artikel 40 van het bovengenoemde koninklijk besluit van 26 september 1996, dat integraal in het BB opgenomen is, bevatten de bepalingen voor een voortijdige verbreking van een concessie door de aanbestedende overheid (in geval van overmacht of van ernstige fout vanwege de concessiehouder).

De bijakte beoogt de definitie van overmacht⁹⁴ en van ernstige fout te preciseren, overeenkomstig de rechtspraak van de hoven en rechtbanken⁹⁵, door de tekst op de volgende wijze aan te vullen:

- in de zin van artikel 40, §2: *de overmacht die de verbreking door de concessiegever verantwoordt, kan slechts resulteren uit een gebeurtenis buiten de wil om van die laatste, een gebeurtenis die hij niet kon voorzien noch verhinderen, en die de uitvoering van de verplichting niet alleen moeilijker of duurder, maar normaal gesproken onmogelijk maakt, gelet op de omstandigheden en de gevolgen die de gebeurtenis in kwestie impliceert;*
- voor de toepassing van artikel 40, §3: *de ernst van de tekortkoming die de verbreking van de concessie verantwoordt, hangt af van de bijzonderheden van de onderhavige overeenkomst, evenals van de gevolgen die de tekortkoming in kwestie kan impliceren voor de partijen en voor de gebruikers van de dienst.*

2.3 Afstand van rechten en verplichtingen door de concessiegever

Het BB preciseert dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest de concessiegevende overheid is⁹⁶.

De bijakte voegt daaraan toe dat het gewest zijn verplichtingen pas kan afstaan na voorafgaande en schriftelijke instemming van de concessiehouder. Aangezien het voor de concessiehouder en zijn financiers niet onbelangrijk is dat hun debiteur het gewest is of een andere rechtspersoon, valt die precisering binnen de context van de politieke discussies in verband met de hervorming van de sector van het waterbeheer of de oprichting van een instelling die eventueel de rechten en verplichtingen van het gewest zou overnemen.

⁹⁴ De gekozen definitie is die van het Hof van Cassatie.

⁹⁵ Volgens de juridische raadgever vormen de twee toevoegingen *slechts een toepassing van het gemeenrechtelijke principe van de uitvoering te goeder trouw*.

⁹⁶ Artikel 1 van de bijzondere uitvoeringsregels, met als titel *Leidend ambtenaar* van het BB.

2.4 Intellectuele rechten

Over het algemeen bepaalt het BB dat alle intellectuele rechten door de aandeelhouders definitief worden afgestaan ten voordele van de toegewijde vennootschap en, op het einde van de concessie, aan de concessiegever⁹⁷.

De bijakte herdefinieert de draagwijdte van die overdracht: wat de concessiegever op het einde van de concessie gratis verwerft en voor zover het erom gaat de exploitatie van de bouwwerken voort te zetten, is een gebruiksrecht.

Volgens de juridische raadgever zetten de wijzigingen duidelijke vergissingen in de initiële tekst recht: de aandeelhouders van Aquiris moeten hun intellectueel eigendomsrecht vanzelfsprekend niet afstaan ten voordele van deze laatste, zoals de tekst bepaalde, maar uitsluitend het gebruik daarvan toestaan, zoals de gecorrigeerde tekst aangeeft.

2.5 Betalingen (afstand van schuldvordering)

De bijakte bepaalt dat de schuldvorderingen van de concessiehouder kunnen worden afgestaan of in borg gegeven overeenkomstig artikel 23 van de bovengenoemde wet van 24 december 1993⁹⁸.

In haar antwoord wijst de administratie erop dat de bijakte op die manier op de concessie een bepaling toepasselijk heeft gemaakt die krachtens de wet enkel de andere types van overheidsopdrachten beoogt.

2.6 Klachten en verzoeken

Artikel 16 van het BB bekrachtigt de mogelijkheid, zowel voor de aanbestedende overheid als voor de aannemer, een verlenging van de termijn, een herziening van de opdracht of de verbreking ervan te vragen, ofwel in geval van vertraging, nalatigheden of enige feiten die aan de andere partij toe te schrijven zijn (§1), ofwel in geval van onvoorziene omstandigheden (§2). In dat laatste geval kan de herziening of de verbreking in hoofde van de aanbestedende instantie slechts worden verantwoord in geval van zeer omvangrijke schade.

Het BB geeft twee preciseringen: enerzijds is de aanbestedende overheid aan wie de concessiehouder nalatigheden of vertragingen ten laste kan leggen, uitsluitend de directie Waterbeheer van het BUV⁹⁹ en anderzijds moet §2 strikt worden geïnterpreteerd aangezien de concessiehouder de hoedanigheid van bouwheer en ontwerper van het project heeft. Het BB bepaalde dan ook dat¹⁰⁰:

- de verlenging van de termijn slechts mogelijk is indien de omstandigheden een vertraging van meer dan 15 werkdagen veroorzaken;
- een zeer belangrijke schade neerkomt op een *overschrijding van 10% van de globale waarde van de opdracht, buiten herzieningen.*

De bijakte bevat de volgende wijzigingen:

- De feiten die aan de aanbestedende overheid worden toegeschreven, kunnen geen verband houden met de gewestelijke overheden die de vergunningen en toelatingen afleveren. Die wijziging is een herformulering van een bepaling die al in de overeenkomst voorkwam.

⁹⁷ Artikel 14 van de bijzondere uitvoeringsregels.

⁹⁸ Artikel 15 van de bijzondere uitvoeringsregels.

⁹⁹ Artikel 16, §1, lid 1, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰⁰ Artikel 16, §1, lid 2, van de bijzondere uitvoeringsregels.

- De verbreking door de concessiehouder wegens vertragingen of tekortkomingen van de concessiegever is slechts mogelijk door een ernstige fout, waarvan de beoordeling overeenkomstig artikel 40, §3, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 afhangt van de bijzonderheden van de concessieovereenkomst. Die bepaling is parallel met de wijziging betreffende de vervroegde verbreking door de concessiegever (cf. infra 2.8).
- Terwijl het principe van de strikte interpretatie van artikel 16, §2, van het BB blijft gehandhaafd, wordt de definitie van de belangrijke schade (drempel van 10%) geschrapt. Als reden geldt enerzijds dat de globale waarde van de opdracht een begrip is waar de onderhavige concessie niet naar verwijst en anderzijds dat, ongeacht de inhoud die men aan het begrip geeft, het aanleiding geeft tot bedragen die zo omvangrijk zijn dat een rechter de bepaling ontoepasbaar of onuitvoerbaar zou verklaren.
- De concessiehouder kan de verbreking van de opdracht wegens een zeer omvangrijke schade ingevolge onvoorziene omstandigheden slechts vragen indien ze wordt verantwoord door overmacht zoals beoogd door artikel 40, §2, van het koninklijk besluit van 26 september 1996 en gepreciseerd door artikel 1.2.9. van het BB¹⁰¹.

2.7 Actiemiddelen van de aanbestedende overheid

De bijakte wijzigt de actiemiddelen van de concessiegever¹⁰² enerzijds door preciseringen aan te brengen betreffende de boetes voor laattijdigheid en anderzijds door een clause van indeplaatsstelling in te lassen.

Boetes voor laattijdigheid

In een eerste fase had het BB¹⁰³ de waarborg¹⁰⁴ van de concessiehouder uitgebreid tot de boetes die de Europese overheden aan de concessiegever zouden opleggen wegens de niet-naleving van diverse normen inzake waterzuivering. De bijakte preciseert dat die waarborg enkel de tekortkomingen betreft die aan de concessiehouder en aan de personen waarvoor hij verantwoordelijk is, kunnen worden toegeschreven. Dat maakt het mogelijk de dubbelzinnigheid op te heffen met betrekking tot de tenlasteneming van de tekortkoming (vertraging) van België tegenover zijn Europese verplichtingen die niet aan de concessiehouder ten laste kunnen worden gelegd.

Clause van indeplaatsstelling

Aan de oorspronkelijk voorziene actiemiddelen van de aanbestedende overheid voegt de bijakte een mogelijkheid van indeplaatsstelling toe. Die houdt in dat de concessiehouder of de leningverstrekker aan de concessiegever de vervanging van de in gebreke blijvende concessiehouder kan voorstellen om de continuïteit

¹⁰¹ Artikel 40, §2, van het bovengenoemd koninklijk besluit en artikel 1.2.9 van het BB hebben betrekking op de verbreking van de opdracht door de concessiegever in geval van overmacht in zijn hoofde, terwijl artikel 16, §2, 1°, van de bijzondere uitvoeringsregels van het BB dat er in de bijakte naar verwijst, slechts de verbreking behandelt die door de concessiehouder wordt gevraagd als gevolg van een zeer belangrijke schade ingevolge onvoorziene omstandigheden.

¹⁰² Artikel 20 van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰³ Artikel 20, §5, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰⁴ Het gaat om een waarborg die van toepassing is op de schadeloosstelling die de aanbestedende overheid in voorkomend geval zou verschuldigd zijn aan derden vanwege vertraging bij de uitvoering van de opdracht.

van de openbare dienst die het voorwerp uitmaakt van de concessie, te verzekeren¹⁰⁵.

De concessiegever verbindt zich ertoe te goeder trouw het voorstel te onderzoeken dat alle waarborgen op technisch en financieel vlak en op personeelsvlak moet bieden voor een goede uitvoering van de overeenkomst. Als hij op de hoogte is gebracht van de intentie de mogelijkheid tot indeplaatsstelling te benutten, kan de concessiegever de concessie niet opzeggen tijdens de periode van overleg (die niet langer dan zes maanden mag duren, tenzij de partijen het anders overeenkomen). Hij kan echter te bewarende titel van rechtswege de andere maatregelen toepassen voor de duur van de overlegperiode.

Die clause van indeplaatsstelling vormt een antwoord op de essentiële wens van de banken de zekerheid te hebben dat de overeenkomst kan worden voortgezet, zodat ze hun financiering kunnen recupereren, zelfs bij in gebreke blijven van *Aquiris*. Dat artikel heeft als doel de continuïteit van de concessie in te richten. Het gewest behoudt de controle van de indeplaatsstelling die wordt voorgesteld als een voordeel, ook voor het gewest, omdat het belang heeft bij de voortzetting van de overeenkomst.

2.8 Verbreking

De bijakte brengt wijzigingen aan in de modaliteiten van verbreking van de overeenkomst door de aanbestedende overheid, en wel op de volgende punten:

- Het BB¹⁰⁶ bepaalt dat, in geval van faillissement of veroordeling van een van de aandeelhouders van de toegewijde vennootschap of van een van de bestuurders, de concessiegever de opdracht kan opzeggen of de vervanging kan vragen van de in gebreke blijvende aandeelhouder of bestuurder. De bijakte wijzigt die mogelijkheid, zodat de concessiegever de concessie slechts kan opzeggen als de concessiehouder niet overgaat tot de vervanging van de betrokken aandeelhouder of bestuurder volgens de modaliteiten en de voorwaarden die de concessiegever heeft vastgesteld. Het principe van de proportionaliteit houdt in dat de veroordeling van een aandeelhouder of van een bestuurder niet meteen aanleiding geeft tot de verbreking van de concessie als hun vervanging mogelijk en voldoende is. De gevallen van verbreking in kwestie vormen geen tekortkomingen, maar zijn het gevolg van de aard intuitu personae van de opdracht.
- Het BB¹⁰⁷ bepaalt dat de concessiegever de overeenkomst kan opzeggen in geval van opschorting of vernietiging door een rechtbank van de vergunningen die voor de oprichting van de bouwwerken vereist zijn. De bijakte preciseert enerzijds dat die mogelijkheid slechts kan worden uitgeoefend als de vergunningen opgeschort zijn om redenen die van aard zijn het project in gevaar te brengen en die niet op een redelijke wijze kunnen worden verholpen, en anderzijds dat de concessiegever zich ertoe verbindt alles in het werk te stellen om een verbreking om die redenen te vermijden¹⁰⁸. Het is immers redelijk slechts over te gaan tot een verbreking van de concessie als de toestand die door een opschorting of een vernietiging van de vergunningen ontstaat, onherstelbaar is.

¹⁰⁵ Artikel 20, §6bis, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰⁶ Artikel 21, §4, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰⁷ Artikel 21, §5, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹⁰⁸ Zonder afbreuk te doen aan artikel 16, §1, zoals geherformuleerd door de bijakte van 1 april 2003.

- De bijakte heeft in het BB¹⁰⁹ uitsluitend voor de concessiegever een mogelijkheid ingelast tot verbreking wegens reden van algemeen belang. De modaliteiten voor de toepassing ervan zijn erin gedefinieerd (geen voorafgaande interventie van de rechter, herstel van het financiële evenwicht ten voordele van de concessiehouder). Het is dat laatste punt dat lijkt te hebben geleid tot de inlassing van het geheel van de tekst.

3 Analyse

3.1 De algemene economische context en die van de opdracht van het Waterzuiveringsstation Noord

Vanaf 2002¹¹⁰ stelt men vast dat de markt globaal minder gunstig is dan voordien voor belangrijke overeenkomsten van het BOOT-type in de sector van de waterzuivering. De grote groepen willen immers een beleid van schuldvermindering en van verhoging van de rendabiliteit voeren, wat tot uiting komt in een omzichtiger benadering van de risico's. Bij wijze van voorbeeld zou in een dergelijke context de groep Suez¹¹¹ in de eerste maanden van 2003 eenzijdig vijf contracten hebben opgezegd¹¹².

Wat de opdracht voor het station Noord betreft, waren de werken nog niet aangevat op het ogenblik van de discussie over de bijakte. *Aquiris* had dan ook nog geen omvangrijke bedragen ingezet. Terwijl vijf jaar zijn verlopen sedert de publicatie van de aankondiging van de opdracht, hinkt het gewest nog steeds achterop bij de uitvoering van de Europese verplichtingen op het gebied van afvalwaterzuivering¹¹³.

3.2 Bankability van het project

Oorsprong van de kwestie

De vraag tot heronderhandeling van de overeenkomst deed de concessiegever inzien dat, ondanks de engagement letters van de banken die tot staving van de offerte werden voorgelegd, de financiering van het project geen verworven zaak was. *Aquiris* verantwoordde inderdaad zijn vraag om bepaalde clausules van het BB te wijzigen, vooral de belangrijkste wijziging met betrekking tot de clausule van indeplaatsstelling en tot artikel 16, door de eisen die de leningverstrekkers zouden stellen.

Het zou gebruikelijk zijn dat voor de financiering van dergelijke projecten op internationaal vlak, de definitieve uitwerking van de bankcontracten gebeurt na de opdrachtgunning en volgens een betrekkelijk gestandaardiseerde procedure. De leningverstrekkers die een belangrijk risico nemen door projecten te financieren die niet door de investeerders worden gewaarborgd, gaan immers over tot een grondige en dure verificatie van de leefbaarheid van het project, wat in principe gebeurt na

¹⁰⁹ Artikel 21, §7, van de bijzondere uitvoeringsregels.

¹¹⁰ Sommigen verwijzen naar de gevolgen van 11 september 2001 (aanslag WTC, New York).

¹¹¹ Centrale pijler van de groep Hydronor, in mededinging met *Aquiris* voor de toewijzing van de opdracht.

¹¹² Buenos Aires, Atlanta, Manilla, Jakarta en Halifax (Incidences nr. 231 van 23 juni 2003).

¹¹³ Het Europees Hof van Justitie heeft twee arresten gewezen, op 6 juli 2000 en 8 juli 2004, waarbij België veroordeeld werd wegens niet-naleving van het programma tot tenuitvoerlegging van richtlijn stedelijk afvalwater 91/271/EG en wegens het niet nemen van de nodige schikkingen met het oog op de volledige implementering van die richtlijn, inzonderheid wat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreft.

de opdrachtgunning om de al hoge kost van de opstelling van de offerte niet verder te doen stijgen.

Ongeschiktheid van sommige bepalingen van het BB en van de financiële analyse van de offertes

De initiële contractuele clausules die de concessiegever had opgesteld, hielden geen rekening met die gebruiken. Ze bepaalden immers dat de inschrijvers bij hun offerte de vaste en definitieve verbintenissen van de banken zouden voegen.

Geen enkele van de inschrijvers, die nochtans allen ervaring hadden met de uitvoering van dergelijke projecten, maakte in zijn offerte voorbehoud of stelde vragen bij de onderhandelingen, waarschijnlijk om de toewijzing van de opdracht niet in gevaar te brengen. Evenals de andere inschrijvers heeft ook *Aquiris* aldus intentiebrieven van talrijke banken bijgevoegd.

De financiële analyse van de offertes, onder de verantwoordelijkheid van de juridische raadgever, heeft evenmin die tegenspraak tussen de eisen van het BB en de gebruiken inzake financiering aan het licht gebracht. In werkelijkheid bestond die analyse uit een gewone vergelijking tussen de financiële gegevens van de verschillende inschrijvers en niet uit een beoordeling van de leefbaarheid van de financiële constructie die is voorgesteld volgens de verdeling van de risico's.

Sedert 2001 leggen richtlijnen uitgevaardigd door de werkgroep voor de controle op de privatisering binnen Intosai, de nadruk op de noodzaak voor dergelijke samenwerkingsprojecten om zich ervan te verzekeren dat de aanbestedende instantie maatregelen heeft genomen *bovenop het onderzoek van het financiële model van de inschrijver om te bepalen dat het model kan worden verwezenlijkt, (...) om na te gaan of elk inschrijvend consortium verbintenissen inzake de financiering heeft bekomen ter staving van zijn financieringsvoorstellen inzake het project (...) en om de financiële leefbaarheid van de leden van het consortium te verifiëren*.¹¹⁴

Het gebrek aan een rechtstreekse financiële raadgever op het ogenblik van de analyse van de offertes¹¹⁵ heeft waarschijnlijk nadelige gevolgen gehad, temeer omdat de financiële onderaannemer die de offertes van de aannemers heeft geanalyseerd, niet dezelfde is als de persoon die de financiële clausules van het BB heeft opgesteld.

Wat er ook van zij, terwijl de bankability van het project manifest aan de oorsprong van bijakte 2 ligt, heeft geen enkel advies van een financiële deskundige de hypothese van de niet-bankability van het project gestaafd in de veronderstelling van het behoud van de betwiste clausules.

Bankability en Belgische reglementering

Op het probleem van de financiering van grote infrastructuurprojecten en, als corollarium, dat van de spreiding van de risico's tussen de overheids- en de privé-partners, lijken in de wetgeving op de overheidsopdrachten en in haar uitvoeringsbesluiten geen antwoorden te zijn gegeven die verenigbaar zijn met de eisen van de leningverstreckers. De struikelblokken zouden zijn: het gebrek aan een

¹¹⁴ *Richt snoeren betreffende de best practices voor de controle van de publieke/private financieringen en de concessies*, Intosai, Werkgroep controle privatisering, oktober 2001, richtlijn 35.

¹¹⁵ Bij de analyse van de financiële gevolgen van de aanvullende sanering van de bodem (cf. infra hoofdstuk 3, 5) werd voor de prestaties van de financiële consultant een rechtstreekse opdracht met het gewest gesloten.

rechtstreeks akkoord met de fondsenverstrekkers, de strenge verbrekingsclausules en de schadeloosstelling van de partner. *De invoeging van clausules ad hoc in de samenwerkingsovereenkomsten (voor zover dat bij wet is toegelaten) zal die onzekerheden weliswaar soms gedeeltelijk verminderen, maar enkel een wijziging in de wetgeving zou de graad van precisie en rechtszekerheid bieden zonder welke het moeilijk zal blijken de financiering van de Belgische PPS in optimale omstandigheden te verzekeren*¹¹⁶.

Financiering van Aquiris in juni 2005

De afsluiting van bijakte 2 op 1 april 2003 heeft klaarblijkelijk geen aanleiding gegeven tot de onmiddellijke ondertekening van een leningovereenkomst met de banken: in juni 2005 had nog geen enkele bank zich al verbonden tot de financiering van de totaliteit van het project.

Aangezien de eigen middelen van de toegewijde vennootschap (19.950.000 EUR) snel opgebruikt waren, heeft *Aquiris* op 25 juli 2003 een kredietovereenkomst op korte termijn¹¹⁷ afgesloten voor een bedrag van 75 miljoen EUR met de waarborg van de belangrijkste aandeelhouder van *Aquiris*.

Vervolgens werd met de belangrijkste aandeelhouder *Veolia Water* een overeenkomst ondertekend van voorschot in rekening-courant van 190 miljoen EUR, waarvan de vervaldag op 24 juni 2005 vastgesteld is. Net voor die vervaldag heeft de buitengewone algemene vergadering van *Aquiris* een nieuwe overeenkomst van voorschot in rekening-courant goedgekeurd. De overeenkomst die in de plaats komt van de vorige, trekt het bedrag van de lening op tot 215 miljoen EUR en stelt de vervaltijd vast op 30 juni 2006.

De waarborg verleend door *Veolia Water* voor de eerste overbruggingslening en de twee leningen die rechtstreeks door de aandeelhouder zijn toegestaan, zijn niet gebruikelijk voor een structuur die de interventie van een projectonderneming impliceert, die normaal gefinancierd wordt door een lening op lange termijn zonder beroep op de aandeelhouders. De drievoudige interventie van *Veolia* toont het belang aan dat de voornaamste aandeelhouder hecht aan de voortzetting van de uitvoering van de concessieopdracht van het station Noord.

Sedert de ondertekening van bijakte 2 steunt de concessiehouder zijn argumenten om het gebrek aan een bankcontract op lange termijn en zonder beroep te doen op de aandeelhouders te verantwoorden op de onzekerheid over de financiële gevolgen van de meerkosten van de sanering, de totale of gedeeltelijke weerslag ervan op de annuïteiten en het effectieve ogenblik van de betaling van de collector. Die onzekerheden zijn weggenomen door twee overeenkomsten die de regering op 3 februari 2005 heeft goedgekeurd (cf. infra hoofdstuk 3, 5).

Gelet op de lange duur van de procedure lijkt het er echter op dat de financiering niet in orde zal zijn vóór mei 2006. Op dat ogenblik zal ze onvermijdelijk bepaalde aspecten bevatten die verschillen van wat in het stadium van de offerte werd overwogen. Dat geldt voor de trekkingen en terugbetalingen¹¹⁸ en, vooral, voor

¹¹⁶ NOEL, P.-E. *Le partenariat public-privé (PPP), technique de réalisation et de financement des équipements publics*, JT 2005, p. 369 e.v.

¹¹⁷ Eindvervaldag: 30 juni 2004.

¹¹⁸ Het nieuwe financieringsplan zal met name rekening houden met de gevolgen van de termijnverlenging voor de bouw van het station (cf. infra hoofdstuk 3, 4), de vervroegde betaling van de collector in februari 2006 (cf. infra hoofdstuk 3, 5.2), de betaling van de saneringsvergoeding (cf. infra hoofdstuk 3, 5.1) en de problemen en verbeteringen die zijn toe te schrijven aan *Aquiris*. Die financieringsbehoeften werden opgevangen door de swap die begin februari 2005 werd afgesloten.

de verdeling van de risico's: aangezien de oprichtingswerken nagenoeg beëindigd zullen zijn, bestaat het bouwrisico niet langer, wat de positie van *Aquiris* tegenover de leningverstrekkers versterkt en het mogelijk maakt bij de onderhandelingen met hen de moeilijkheden ingevolge het gebrek aan een definitief bouwcontract te vermijden¹¹⁹.

3.3 Draagwijdte van de wijzigingen en verantwoording van de bijakte

De verplichting voor een openbare overheid om de opdrachtgunning in concurrentie te stellen, werpt vragen op als wijzigingen optreden tijdens de levensduur van het project. De wijzigingen die in het bijzonder voortvloeien uit de heronderhandeling van de financiële clausules kunnen een nieuwe inconcurrentiestelling vereisen. Het is dan nodig te arbitrereren tussen de noodzaak van een contractaanpassing en de naleving van de gelijke behandeling van de concurrenten¹²⁰.

Rekening houdend met de aard van de wijzigingen (de meeste amendementen zijn preciseringen of aanvullingen van de bepalingen van het BB) en met de internationale praktijk op het gebied van projectfinanciering, lijkt bijakte 2 de gelijkheid van de inschrijvers niet aan te tasten en het voorwerp van de opdracht niet te wijzigen.

De essentiële wijzigingen betreffen de toevoeging van de clausule van indeplaatsstelling en de opheffing van de definitie van omvangrijke schade die de herziening of de verbreking van de overeenkomst door de concessiehouder kan verantwoorden. Ze hebben hoofdzakelijk als doel de risico's van de leningverstrekkers en van de concessiehouder te verminderen.

De clausule van indeplaatsstelling, die onder meer de bankier ertoe machtigt de vervanging van de in gebreke blijvende concessiehouder voor te stellen, is zodanig opgesteld dat het gewest de controle op de aanwending ervan behoudt. Die clausule zou met omzichtigheid moeten worden aangewend omdat ze, zoals het Groenboek aangeeft, *leidt tot de wijziging van de privépartner van de aanbestedende instelling zonder inmededingingstelling*¹²¹. Voor het overige lijkt de idee zelf om de concessie voort te zetten met een andere concessiehouder een specifieke toepassing te zijn van het principe van de continuïteit van de openbare dienst.

De overdracht naar de concessiehouder van het risico op onvoorziene omstandigheden tot een bedrag overeenstemmend met 10% van de opdracht hadden de inschrijvers in aanmerking moeten nemen en integreren in de prijs van de offertes. Het heeft immers geen enkele reactie opgeleverd, noch in de offertes, noch bij de onderhandelingen.

De uitsplitsing van de prijs die de inschrijvers hebben voorgesteld, maakt het niet mogelijk een post te identificeren die met de tenlasteneming van dat risico zou overeenstemmen. De financiële analyse van de offertes doet geen uitspraak over de capaciteit van de financiële structuur van de groep om het hoofd te bieden aan de mogelijke gevolgen van de last die haar wordt opgelegd. In die omstandigheden hebben de gewestoverheden uiteindelijk moeten vaststellen dat *Aquiris* niet in staat was aan dergelijke gebeurtenissen het hoofd te bieden en dat de clausule

¹¹⁹ Cf. supra hoofdstuk 1, 1.3 en hoofdstuk 1, 9.1.

¹²⁰ Cf. TOLEDO, A.-M. en LIGNIERES, P. *Le financement de projet*, geciteerd werk, p. 36.

¹²¹ Cf. *Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions*, op. cit.

die de omvangrijke schade definieerde, zoals ze in het BB was gesteld, onwerkbaar werd. Het Rekenhof is van oordeel dat dat argument, evenals de wil de concessie te redden bepalend waren voor het aanvaarden van de bijakte door de gewest-overheden, terwijl de discussies vaak afgeden naar minder pertinente verantwoordingen, zoals de onwettelijkheid van de clause wegens onvoldoende motivering in het BB om de afwijking te rechtvaardigen die aan het AB werd aangebracht of de moeilijkheden om de globale waarde van de opdracht te definiëren.

Hoofdstuk 3

Sanering van de terreinen

De sanering van de terreinen van het Waterzuiveringsstation Brussel-Noord is altijd beschouwd als een essentieel onderdeel van de concessieopdracht. Het BB, dat bepaalde dat de concessiehouder die sanering moest uitvoeren, was niet zeer duidelijk of kon niet heel duidelijk zijn. Ook de offertes die de kandidaten hadden ingediend, lieten ruimte voor discussie over de omvang van de operatie.

In die context waren de inlichtingen die de kandidaat-inschrijvers kregen over de vervuilingsgraad van de terreinen van groot belang. De studies die werden uitgevoerd na de opdrachtgunning om de milieuvergunning af te leveren, hebben echter uitgewezen dat de werkelijke vervuiling groter was dan die beschreven in de inlichtingen vóór de opening van de offertes.

De concessiehouder heeft bijgevolg gevraagd dat het gewest de meerkosten voor de sanering van de terreinen voor zijn rekening zou nemen, en dat op basis van nieuwe gegevens. Ook heeft hij om een termijnverlenging voor de realisatie van het station verzocht.

Na de eisen te hebben onderzocht en besproken, heeft het gewest met het principe ingestemd. Op 28 augustus 2003 werd een basisovereenkomst gesloten, zodat kon worden voortgegaan met de saneringswerken en met de bouw van het station. In die basisovereenkomst over de sanering stond niet vermeld op welke manier het gewest de financiële gevolgen van de meerkosten van de sanering en van de termijnverlenging zou opvangen. Die kwestie werd geregeld door een overeenkomst van 3 februari 2005 waarin de financiële gevolgen van de sanering aan de orde waren.

Op diezelfde datum heeft het gewest eveneens beslist om ter uitvoering van de bijakte 1 van 19 december 2001 het optierecht uit te oefenen over de aankoop van de collector. De uitvoeringsbepalingen van die operatie werden vastgelegd in een tweede afzonderlijke overeenkomst van 3 februari 2005 over de modaliteiten voor de aankoop van de collector. Die overeenkomst wordt in nauw verband gezien met de overeenkomst over de financiële gevolgen van de sanering.

In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen de situatie zoals die bestond op het ogenblik van de opdrachtgunning (1), de situatie op het moment dat de procedure voor de milieuvergunningsaanvraag liep (2) en de kenmerken van de milieuvergunning (3). Het verslag behandelt vervolgens de gevolgen van de wijziging van het saneringsproject, te weten de klacht die is ingediend door *Aquiris*, de analyse van die klacht door de administratie en de overeenkomst van 28 augustus 2003 (4). Tot slot wordt commentaar gegeven bij de overeenkomsten van 3 februari 2005 betreffende respectievelijk de financiële gevolgen van de sanering en de modaliteiten voor de aankoop van de collector (5), en bij de uitvoering van de saneringswerken (6). Aan de analyse van het Rekenhof van alle saneringsactiviteiten op de terreinen is een afzonderlijke rubriek gewijd (7).

1 Situatie op het ogenblik van de opdrachtgunning

1.1 Ontbreken van saneringsnormen

Op het ogenblik van de indiening van de offertes heerste binnen het Brussels Hoofdstedelijk Gewest¹²² een juridisch vacuüm op het gebied van bodemsanering¹²³, en dit in tegenstelling tot de water- of luchtverontreiniging waarvoor het gewest wel over normen beschikte.

Die leemte werd opgevuld door de ordonnantie van 13 mei 2004 betreffende het beheer van verontreinigde bodems die het Brussels gewestparlement heeft goedgekeurd¹²⁴. Op basis van die ordonnantie heeft de regering op 9 december 2004 drie besluiten genomen. Die drie besluiten stellen respectievelijk de bodem- en waterverontreinigingsnormen vast die als ze overschreden worden een risicostudie rechtvaardigen, ze bepalen hoe de risico's voor de gezondheid en het milieu veroorzaakt door bodemverontreiniging geëvalueerd moeten worden, en welke de criteria zijn op basis waarvan een bodemonderzoek gelijkgesteld kan worden met de erkenning van de staat van de bodem.

Vóór de goedkeuring van de Brusselse reglementering op het beheer van de verontreinigde gronden, en ermee rekening houdend dat een bodemsanering kon worden opgelegd krachtens andere reglementeringen¹²⁵, paste het BIM, zonder afbreuk te doen aan de normen voor de tankstations, de normen van het Vlaams Gewest¹²⁶ toe om zich te conformeren aan een richtlijn van de Brusselse minister belast met Milieu. Die richtlijn van 19 juli 2002 had in principe enkel betrekking op de installaties die tijdens de exploitatie werden geklasseerd, maar het BIM inspireerde zich er ook op voor de historisch verontreinigde gronden.

1.2 Eisen van het BB

De verplichte bodemsanering komt beknopt ter sprake op twee plaatsen in de technische clausules van het BB:

- het functioneel programma bevat de verplichtingen van de aannemers bij de uitvoering van de werken; daar wordt zonder verdere precisering *de behandeling van de verontreinigde bodem* vermeld;
- in het gedeelte over de burgerlijke bouwkunde is er bij de werken voor de bouw van het station sprake van *de behandeling van de eventueel verontreinigde uitgegraven aarde*.

¹²² Het Vlaams Gewest heeft een specifieke reglementering die steunt op het decreet van 22 februari 1995 betreffende de bodemsanering. Het Waals Gewest heeft een decreet goedgekeurd betreffende de sanering van verontreinigde bodems dat werd ingelast onder artikel 26 van het decreet van 1 april 2004 betreffende de sanering van verontreinigde bodems en te herontwikkelen bedrijfsruimten.

¹²³ Enkel voor benzinstations bestaat er een specifieke reglementering voor dit domein: het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 21 januari 1999.

¹²⁴ De ordonnantie wil economie en ecologie met elkaar verzoenen door te bepalen dat de verontreinigde gronden zo worden beheerd dat de beoedelde gronden geen ernstig risico voor de gezondheid en het milieu meer vormen. Ze is in twee delen opgevat: de vaststelling van de verontreinigde gronden en het beheer van de verontreinigde terreinen, waarbij de sanering slechts een van de beheersmaatregelen is.

¹²⁵ De ordonnantie van 5 juni 1997 betreffende de milieuvergunningen voor zover de verontreiniging betrekking heeft op een installatie die op het einde van de exploitatie werd geklasseerd, de ordonnantie van 7 maart 1991 betreffende de preventie en het beheer van afvalstoffen als bewezen is dat de verontreinigde bodem afval is en de wet van 26 maart 1971 op de bescherming van het grondwater en van de oppervlaktewateren.

¹²⁶ Vanaf juli 2002. Voordien paste het BIM de Nederlandse normen toe.

Deze eis is a priori niet definieerbaar en kwantificeerbaar, aangezien de aard en de omvang van de reiniging niet van in het begin bekend zijn en het BIM dat bijgevolg, in het raam van de milieuvergunning, pas zal opleggen na de indiening van de offertes.

Bovendien legt artikel 28.3 van het BB alle werken voor de bouw van het station en de collector, alsook de werken die nodig zijn voor de goede werking van het geheel ten laste van de concessiehouder. Daaruit volgt ontegensprekelijk de verplichting voor de concessiehouder om de saneringswerken uit te voeren, maar de werkelijke draagwijdte daarvan zal pas bekend zijn op het ogenblik dat de milieuvergunning wordt afgeleverd, of zelfs bij de uitvoering van de werken.

1.3 Verplichting tot bodemsanering in de concessieopdracht: bijzondere kenmerken

De prijs van de concessie is een forfaitair bedrag. De saneringskosten van een onmiskenaar verontreinigd gebied – kosten dus die de prijs aanzienlijk kunnen beïnvloeden – kunnen echter pas worden bepaald als bekend is in hoeverre de bodem en het grondwater verontreinigd zijn.

De verontreinigingssituatie van het terrein van 10 ha waarop het toekomstige station komt, komt in casu tot uiting in de studies die de administratie heeft verstrekt, als bijlage bij het BB en tijdens de procedure van de offerteopmaak. De administratie heeft er immers voor gekozen zelf die taak op zich te nemen in plaats van de inschrijvers toe te laten hun eigen terreinonderzoek uit te voeren¹²⁷.

1.4 Studies van Environmental Resources Management (ERM)

Prospectieve studie

De administratie heeft in mei 1998 de stappen ondernomen die ertoe hebben geleid dat het BB voor de studieopdracht over de verontreinigingssituatie van het terrein werd opgesteld¹²⁸. Ze deed dat in samenwerking met het BIM. De prestaties (boringen, plaatsen van piëzometers, enz.) worden er in detail in beschreven en dienen in twee fasen te worden uitgevoerd:

- een *voorstudie* over het eerder gebruik van de bodem, de geologische en hydrologische kenmerken van het terrein en de risicozones die verontreinigd kunnen zijn;
- een *bodemstudie* die onderzoek op het terrein omvat, de analyse van de bodem en het grondwater evenals een evaluatie van de verontreiniging.

Deze opdracht werd gecontroleerd door een begeleidingscomité waarvan het BIM deel uitmaakte.

Na een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en na raadpleging van verschillende adviesbureaus, werd de opdracht op 15 december 1998¹²⁹ gegund aan de firma ERM die de goedkoopste offerte had ingediend (690.175 BEF exclusief btw, of 17.109 EUR).

¹²⁷ In haar antwoord deelt de administratie mee dat die keuze is gemaakt om de gelijke behandeling van de inschrijvers te vrijwaren en omdat derden nog gedeeltelijk op het terrein aanwezig waren.

¹²⁸ Bijna gelijktijdig heeft de administratie eveneens een afzonderlijke opdracht georganiseerd voor de geotechnische proeven op het terrein van het station Noord. Voor die twee onderzoeken vond eerst een voorbereidende opdracht plaats om de vegetatie en het puin op het terrein te verwijderen.

¹²⁹ Die kennisgeving gebeurt heel laat, vier maanden na de indiening van de offerte en twee maanden na het voorstel van de administratie.

Het tussentijds verslag na afloop van de eerste fase werd op 21 januari 1999 ingediend. Gelet op de vroegere activiteiten op de terreinen stelde het een reeks boringen voor (40 van 2 tot 4 meter diep, waarvan er 14 werden gefinaliseerd met een piëzometer) met hun lokalisatie en het type van bodem- of grondwateranalyse. Het BIM heeft die voorstellen goedgekeurd¹³⁰.

Het eindverslag dat op 20 mei 1999 na afloop van de tweede fase werd ingediend, wees op een bodemverontreiniging en in mindere mate op een pollutie van het grondwater. Het formuleerde de aanbeveling een grondige studie uit te voeren om *het exacte volume verontreinigde aarde* te bepalen. Het raadde ook aanvullende analyses aan om te beslissen wat er uiteindelijk met de vervuilde aarde moet gebeuren en om de exacte verontreinigingsgraad van het grondwater af te bakenen via de installatie van bijkomende piëzometers. Dat verslag werd op 20 mei 1999 ter beschikking gesteld van de kandidaten en op 16 juni voor informatie aan het BIM toegezonden.

Grondige studie

Informeel werd beslist een grondige studie uit te voeren met de bedoeling te bepalen hoeveel verontreinigde aarde en vervuild water moest worden gesaneerd, het risico te evalueren dat die verontreiniging vertegenwoordigt voor mens en milieu, te bepalen hoe de verontreiniging kan worden ingedijkt en een raming te maken van de kosten voor de behandeling van de verontreiniging¹³¹.

Tijdens de uitvoering van die studie heeft de administratie zich na een vraag van *Aquiris*¹³² tot alle kandidaten gericht om mee te delen dat er aanvullende analyses aan de gang waren om *het exacte volume verontreinigde aarde* te bepalen, dat de resultaten ervan kenbaar zouden worden gemaakt vóór de opening van de offertes en dat ze tot geen enkele wijziging van de formulering van het BB zouden leiden. Op de vraag of bepaalde onderzoeken (analyses op grotere dieptes dan 4 meter) zouden worden uitgevoerd, heeft de administratie bovendien geantwoord dat de lopende analyses de laatste¹³³ zouden zijn.

Het eindverslag van de grondige studie werd op 11 oktober 1999 ingediend. Na 26 boringen op een diepte tussen 2 en 5,5 meter concludeerde ERM dat het volledige terrein was bedekt met 3 meter dikke middelmatig vervuilde grondspecie en dat er drie sterk vervuilde plekken waren die moesten worden gesaneerd. Wat het grondwater betreft, stelde ERM voor de cyanideverontreiniging te controleren bij het oppompen van het grondwater en die op adequate wijze te behandelen. De kosten voor de sanering (voor het hele terrein, zonder asbest) werden geraamd op 518.250.000 BEF (12.847.000 EUR). De administratie heeft het verslag onmiddellijk heeft goedgekeurd en vanaf 12 oktober 1999 ter beschikking gesteld van de kandidaten, d.w.z. 35 dagen voor de offerteopening. Het BIM heeft de ontvangst ervan bevestigd op 6 december 1999. Het betreunde dat het geen enkel project voor gedetailleerde studie ter goedkeuring kreeg voorgelegd en het heeft een reeks punten van technische kritiek op het verslag geformuleerd.

¹³⁰ Brief van 12 april 1999.

¹³¹ Er werd tot de studie beslist in een werkvergadering tussen de vertegenwoordigers van de firma ERM en de administratie op 3 juni 1999. De firma ERM stelde toen een prijsofferte op voor zowel de technische aspecten (aantal boringen, installatie van piëzometers, enz.) als de financiële aspecten; die werd op 27 augustus 1999 door de minister goedgekeurd.

¹³² De groep *Aquiris* bekommerde zich in een brief van 16 september 1999 over het gevolg dat moest worden gegeven aan het verslag van de prospectieve studie van ERM en over de eventuele weerslag van de aanvullende gegevens over de saneringsverplichtingen die op de schouders van de concessiehouder rustten.

¹³³ Brief van 4 oktober 1999 aan alle kandidaat-inschrijvers.

1.5 Offerte van Aquiris

Initiële offerte

Hoofdstuk 4.3.3.7 van de offerte van de groep *Aquiris* met als titel *beheer van de onbekenden bij de realisatie* ging beknopt in op de reiniging van het terrein¹³⁴. Wat de bodems betreft, kondigde de offerte aan dat de afgegraven aarde zou worden gezuiverd volgens de vigerende reglementen, zonder dat dit een invloed zou hebben op het normale verloop van de werkzaamheden aangezien de verontreinigde aarde gelokaliseerd was op plaatsen waar graafwerken moesten gebeuren. Wat het grondwater betreft, voorzag de offerte in behandelingsinstallaties voor twee betrokken zones. Voor het overige diende men terug te grijpen naar een verslag van de firma *Géosan* aan wie *Aquiris* een opdracht van raadgevend ingenieur had gegeven voor de analyse van de informatie over de saneringswerken. Dat verslag van *Géosan* was als bijlage bij de offerte gevoegd en maakte er een wezenlijk deel van uit. Het was gebaseerd op de ERM-studies en op de waarnemingen van *Géosan* tijdens een bezoek aan het terrein.

Aquiris verbond zich ertoe een prospectieve bodemstudie (onderworpen aan de goedkeuring van het BIM) en een gedetailleerde bodemstudie uit te voeren vooraleer een saneringsstudie te maken. De prospectieve studie bestaat erin de gegevens van de ERM-studies over te nemen en aan te vullen met nieuwe steekproeven en analyses. De gedetailleerde studie beoogt de bij de prospectieve studie vastgestelde verontreiniging precies af te bakenen. De saneringsstudie wil de volgende hoofdlijnen verder uitwerken: de installatie van een zuiveringsstation voor het oppervlaktewater, de behandeling *ex situ* van de verontreinigde grond die bij de werken van burgerlijke bouwkunde werd afgevoerd (zonder risicostudie), een risicoanalyse van de niet-verwijderde en niet-behandelde verontreiniging, de verspreiding van de verontreinigde aarde afhankelijk van de saneringsmethode (thermisch of fysisch-chemisch), de afvoer van de aarde naar een erkend centrum en de verdere afgraving van de wanden en bodems van de bouwput tot een aanvaardbare kwaliteit van de omgevende grond wordt bereikt.

De offerte bepaalde dat voor de werken burgerlijke bouwkunde 226.149 m³ grond¹³⁵ moest worden afgegraven, waaraan 25.031 m³ grond moet worden toegevoegd voor de bijkomende saneringswerken. *Aquiris* raamde de saneringskosten op een forfaitair bedrag van 6.459.235 EUR, zonder te preciseren hoe dat bedrag was samengesteld.

Geconsolideerde offerte

Bij de onderhandelingen heeft *Aquiris* verklaard dat het met zijn project de verontreinigde aarde in de bouwzones van de werken (precies de meest verontreinigde zones) wou behandelen door een oppervlaktelaag in die zones (0,3 meter) af te graven en te behandelen, en dat het de totaliteit van de uitgegraven aarde uit de bouwput wilde behandelen. De weinig of niet-verontreinigde aarde die geen deel uitmaakt van de uitgegraven aarde, zou ter plaatse worden achtergelaten.

Wat het grondwater betreft, bleek tijdens de onderhandelingen dat het zou worden behandeld op de plaatsen waar er werkelijk milieurisico's zijn, ter hoogte van de drijfslag en de door cyanide verontreinigde zones. Een waterdichte compartimentering zou het vervuilde water kunnen gescheiden houden van het niet-vervuilde.

¹³⁴ In haar antwoord wijst de administratie er in dat verband op dat de offerte van *Aquiris* niet bondiger of minder bondig was dan de drie andere offertes.

¹³⁵ Waaronder 164.990 m³ niet-verontreinigde aarde en 61.159 m³ verontreinigde aarde. Deze laatste aarde wordt fysisch-chemisch (40.121 m³) of thermisch (21.038 m³) behandeld.

Bovendien heeft de administratie aan *Aquiris* gevraagd te preciseren wat voor gevolgen het heeft voor de offerte als eventueel de verplichting wordt opgelegd meer te saneren dan wat is gepland. *Aquiris* heeft geantwoord dat in de hypothese dat de regelgever een essentiële herziening van de strategie zou eisen, het dan zou moeten overwegen met de concessiegever een evaluatie te maken van de veroorzaakte gevolgen voor het project, overeenkomstig het BB en de concessieovereenkomst.

2 Situatie bij de milieuvergunningaanvraag

2.1 Dossier voor de aanvraag van het milieuattest

Het dossier voor de attestaanvraag werd op 23 augustus 2001 ingediend door een adviesbureau, *Aries engineering & environment*, namens *Aquiris*. Dat document beschrijft de installaties waarvoor het attest wordt gevraagd en bevat als bijlage de ERM-studies. Het BIM achtte de aanvraag onvolledig, meer bepaald wegens de ontoereikendheid van de ERM-studies. Volgens het BIM waren verschillende verontreinigingstypes niet afgebakend, waren bepaalde potentiële bronnen van verontreiniging niet voldoende bestudeerd, beantwoordden sommige analyses niet aan de waarnemingen op het terrein en was er in het algemeen een probleem van onaangepastheid van de normen waarmee de verkregen resultaten waren vergeleken. Het BIM stelde in 2001 ook de validiteit in vraag van de in 1999 gemeten resultaten, wetende dat cyanide en de monoaromatische organische componenten (BTEX¹³⁶) zich heel snel kunnen verplaatsen.

2.2 Géosan-studies

In antwoord op de opmerkingen van het BIM heeft *Aquiris* zijn dossier voor de attestaanvraag vervolledigd. Het stelde voor een nieuwe prospectieve studie uit te voeren waarvan het ontwerp ter goedkeuring aan het BIM zou worden voorgelegd en vervolgens een ontwerp van gedetailleerde studie te presenteren.

Die studies werden gerealiseerd door de firma *Géosan*, die al was ingeschakeld bij de opmaak van de offerte van *Aquiris*.

Prospectieve studie

In oktober 2001 heeft het BIM de prospectieve studie goedgekeurd onder voorbehoud van een reeks technische opmerkingen. Nadien kreeg het definitieve verslag van de prospectieve studie van het BIM een gunstig advies zonder voorbehoud.

De prospectieve bodemstudie heeft in grote lijnen de verontreinigingen bevestigd die waren vastgesteld bij de bodemstudies uit 1999 (studies van ERM): grondverontreiniging over het volledige terrein door polycyclische aromatische koolwaterstoffen (PAK), zware metalen en cyanide¹³⁷.

Gedetailleerde bodemstudie

De gedetailleerde studie die *Géosan* op 15 april 2002 heeft verstrekt, was beperkt tot de perimeters van de werkzones. Ze concludeerde dat de verontreiniging gemiddeld de grenzen van de drempelwaarden en de referentiewaarden overschreed.

¹³⁶ Benzeen, toluen, ethylbenzeen, xylenen.

¹³⁷ Opinie van *Géosan* in het raam van zijn verslag *Etude détaillée STEP Nord*.

Het BIM weigerde de studie en eiste dat ze betrekking zou hebben op het volledige terrein. In juli 2002 werden die moeilijkheden van de baan geruimd dankzij een oplossing die *Aquiris* en het BIM hadden uitgewerkt. De oplossing bestond in een studie van de mogelijke risico's voor mens en milieu die het gedeelte van de verontreinigde grond zou opleveren waar geen graafwerken plaatsvinden. Die risicostudie werd aanbevolen door de richtlijn van de Brusselse minister van Leefmilieu van 19 juli 2002 in verband met de sanering van de terreinen van installaties die tijdens exploitatie worden geklasseerd en moest worden voorafgegaan door steekproeven in de kwadranten 1, 2 en 3 om de kennis over de verontreiniging op die plaatsen te vervolledigen.

Aanvullende gedetailleerde bodemstudie en risicostudie

Het verslag van 8 november 2002 met de aanvullende gedetailleerde bodemstudie wijzigde ten opzichte van de gedetailleerde bodemstudie de contouren en de volumes van de verontreiniging om twee essentiële redenen: de wijziging door de voornoemde ministeriële richtlijn van de normen waarmee de resultaten werden vergeleken en de verfijning van de geostatistische interpolatiemethode voor de resultaten.

Uit de risicostudie die eveneens dateert van 8 november 2002 vloeide voort dat de gevaren voor de mens en de risico's op dispersie nihil of heel miniem waren mits er enkele graafwerken zouden worden uitgevoerd.

Resultaten van de studies: verandering van strategie

De bodemstudies die *Géosan* na de gunningsbeslissing heeft uitgevoerd, hadden betrekking op 217 steekproeven, waaronder 10 van ERM¹³⁸. Ze leverden andere resultaten op dan de resultaten waarmee de offerte is opgemaakt (ERM-studies). Ze liggen aan de oorsprong van de wijzigingen die naar aanleiding van de milieuvergunningaanvraag werden voorgesteld in verband met het totale volume te behandelen aarde en vooral in verband met de bestemming en het type van behandeling ervan.

Het saneringsplan in de offerte op basis van de ERM-studies bestond er in hoofdzaak in de aarde te hergebruiken als bodem in Wallonië en Vlaanderen, om op de terreinen een kleine landschapsheuvel aan te leggen en om buiten de terreinen een thermische of fysisch-chemische behandeling uit te voeren.

De resultaten van de nieuwe analyses hebben het praktisch onmogelijk gemaakt de uitgegraven aarde opnieuw als bodem te gebruiken. De voorstellen uit incidentiestudie¹³⁹ stelden een adequate behandeling van 199.497 m³ afgegraven aarde voor, waarvan 120.575 m³ weinig verontreinigde en 78.992 m³ zwaar verontreinigde aarde. Het opgepompte water om de grondwaterlaag te verlagen, zou worden behandeld in een waterzuiveringsstation vooraleer te worden geloosd in de Zenne. De duur van de grondwerken werd geraamd op 9 maanden, terwijl de behandeling van het opgepompte water 2 tot 3 jaar zou duren.

Naargelang van de verontreinigingsgraad zou de behandeling van de uitgegraven aarde bestaan in de afvoer ervan naar Duitsland (hetzij hergebruik als

¹³⁸ Verslag van de technische consultant van het gewest, opgesteld op 28 mei 2003.

¹³⁹ Het incidentieverslag opgesteld door *Aries engineering & environment*, vormt een van de bijlagen van de milieuvergunningaanvraag met het oog op de bodemsanering. Het bevat een beschrijving van de werven voor grondwerken en sanering die gelijktijdig en op onderling samenhangende manier zullen worden uitgevoerd.

bouwmateriaal, hetzij storten), in een stijging van het volume van de landschapsheuvel en van het volume van de thermisch te behandelen aarde, en in een fysisch-thermische of thermische en fysisch-chemische behandeling. De volgende tabel illustreert het verschil in strategie.

Tabel 2 – Volume en indeling van de verontreinigde aarde (verschil tussen de offerte en de vergunningsaanvraag) in m³

	Offerte	Vergunningsaanvraag
Vrij hergebruik	169.990	1.263
Zeefresten	–	6.411
Stockering op de terreinen	36.450	55.020
Thermische behandeling	17.650	68.211
Fysisch-chemische behandeling	7.060	3.100
Gemengde behandeling	–	7.611
Bouwmateriaal in Duitsland	–	45.130
Storten in Duitsland	–	19.162
Totaal afgegraven aarde¹⁴⁰	226.150	199.497

Die strategieverandering heeft tot gevolg gehad dat *Aquiris* al in september 2002, toen men de aanvullende gedetailleerde studie en de risicostudie aan het uitvoeren was, het gewest heeft geïnformeerd over de grondige wijzigingen in het saneringsproject en bijgevolg over een kostenvermeerdering en een termijnverlenging voor de saneringswerken.

2.3 Steekproefronde voor de af te graven aarde

Vóór het afleveren van de milieuvergunning voor de bodemsanering heeft *Aquiris* het gewest ervan op de hoogte gebracht dat het bedrijf *Jan de Nul*, dat belast was met de saneringswerkzaamheden, een systematische steekproefronde van de af te graven aarde uitvoerde. Het gewest werd uitgenodigd om de aan gang zijnde werken te laten inspecteren.

De steekproefronde vond plaats in november en december 2002. Het totale graafwerkgebied voor de werken inzake burgerlijke bouwkunde voor het station werd ingedeeld in vakken van 100 m³; in elk vak werden minstens 2 boringen uitgevoerd¹⁴¹, stalen genomen en geanalyseerd. Door de resultaten¹⁴² was de concentratie van de vervuilende stoffen in de uit te graven bodem op gedetailleerde wijze bekend. De combinatie van die resultaten en van de door de milieuvergunning gedefinieerde normen heeft als basis gediend om de precieze bestemming van elk vak af te graven aarde¹⁴³ te bepalen en heeft het zo mogelijk gemaakt de

¹⁴⁰ Het gaat om een vergelijking die *Aquiris* heeft gemaakt op basis van de Nederlandse normen die zijn gebruikt op het ogenblik van de offerteopmaak. Het (negatieve) verschil in totaal gewicht komt voornamelijk voort uit de verhoging van de gistingstanken en de indikers.

¹⁴¹ 1150 boringen zouden zijn uitgevoerd in zes weken volgens de uiteenzetting van Envisan, een gespecialiseerde dochteronderneming van *Jan De Nul*, op een studiedag over *het reinigen van verontreinigde gronden en grondwater*, gehouden in het Instituut Meurice op 16 november 2004.

¹⁴² De resultaten van deze belangrijke boringen werden nooit aan het BIM meegedeeld. In haar antwoord meldt de administratie dat de resultaten, die verkregen werden na de aflevering van de vergunning, helemaal niet aan het BIM moesten worden meegedeeld.

¹⁴³ Bijlage 4i van de brief van *Aquiris* van 31 januari 2003.

berekening van de tonnages die werd gebruikt in het raam van de klacht van *Aquiris* te preciseren.

3 Milieuvergunning

3.1 Inhoud

De milieuvergunning bestemd voor de sanering van het gebied van het waterzuiveringsstation werd door het BIM op 24 december 2002 afgeleverd. Ze legt de concentraties vast die bepalen wanneer de bodem en het water als verontreinigd gelden en de drempelwaarden die de reiniging moet respecteren.

De vergunning bevestigt een interpretatie en toepassing van de normen die voortvloeien uit de bovenvermelde ministeriële richtlijn van 19 juli 2002 in verband met de sanering van de terreinen van installaties die worden geklasseerd tijdens exploitatie. De concentratie van vervuilende stoffen in de bodem en in het water na sanering mag immers niet hoger liggen dan de saneringswaarden zoals gedefinieerd in het Vlaams Gewest.

De vergunning bevat heel wat exploitatievoorwaarden, met name de vernietiging van de gevaarlijke afvalstoffen door een erkende ophaler, de afvoer van niet-gevaarlijk afval naar een sorteercentrum voor inerte afval en naar een stortplaats of een erkende ophaler voor ander dan inert afval. Ze laat toe op de terreinen uitgegraven aarde als ophogingsgrond te gebruiken als de verontreiniging van die aarde de vastgelegde concentraties niet overschrijdt. Zij legt de verplichting op verschillende documenten en informatie aan het BIM te bezorgen tijdens de saneringswerken.

In vergelijking met het voorgestelde saneringsplan legt de vergunning op dat vier bijkomende zones worden gesaneerd. Bovendien verleent ze het BIM machtiging een bijkomende risicostudie te vragen als de aarde ter plaatse wordt bewaard of als er nieuwe uitgravingen gebeuren.

3.2 Beroep aangetekend door de Stad Brussel

De Stad Brussel heeft op 31 januari 2003 beroep aangetekend tegen de saneringsvergunning bij het Milieucollege van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest.

De volgende motieven werden ingeroepen: een vergunning voor het opslaan van gevaarlijk afval en een stedenbouwkundige vergunning hadden moeten worden aangevraagd; de vergunning bevat potestatieve voorwaarden; zij is gunstiger dan de vergunning toegekend aan de NV *Cebraval-Bruceval*¹⁴⁴; de sanering slaat slechts op een gedeelte van de terreinen; het incidentieverslag bevat onvoldoende gegevens over de verontreiniging van de bodem en van het grondwater evenals over de reinigingsmethodes.

Het Milieucollege was van oordeel dat de vraag ontvankelijk was maar ongegrond¹⁴⁵ en het heeft de vergunning die het BIM had afgeleverd op 10 april 2003 bevestigd.

¹⁴⁴ Het betreft een milieuattest uitgereikt aan de onderneming voor het Carcoketerrein dat naast het stationsgebied ligt.

¹⁴⁵ In verband met de omvang van de sanering was het college van oordeel dat de Stad Brussel niet concreet de redenen aangeeft waarom het 4e kwadrant zou moeten worden gesaneerd volgens andere modaliteiten dan die opgelegd door de vergunning.

4 Klacht van *Aquiris*, analyse door de administratie en basisovereenkomst van 28 augustus 2003 betreffende de sanering

Uit de nieuwe terreinstudies en de eisen van de milieuvergunning is gebleken dat het nieuwe saneringsproject van *Aquiris* er heel anders uitzag dan het project dat aanvankelijk was gepland en dat het een aanzienlijke wijziging van het hele bouwproject impliceerde. De omvangrijke wijzigingen aan het reinigingsproject heeft *Aquiris* ertoe aangezet aan het gewest een financiële tegemoetkoming in de meerkosten en een termijnverlenging te vragen. Tegelijkertijd zou *Aquiris* naar alternatieve oplossingen zoeken om de meerkosten en termijnverlenging te beperken.

4.1 Klacht van *Aquiris*

Terwijl de aanvullende gedetailleerde studie en de risicostudie volop aan de gang waren, deelde de groep *Aquiris* het gewest in een brief van 18 september 2002 al mee dat zij bij de voorbereiding van een milieuvergunningsaanvraagdossier dat voor het BIM aanvaardbaar was, rekening had moeten houden met een zeker aantal elementen waarvan in de offerte geen sprake was (meer bepaald wegens de hoeveelheid te reinigen aarde en de bestemming van de weg te voeren aarde).

Op dat moment vroeg *Aquiris* een order van wijziging aan het gewest, zodat de groep over de nodige tijd zou beschikken om de ondernemingen te mobiliseren die de saneringswerken zouden uitvoeren vóór de aanvang van fase van de eigenlijke bouwwerken¹⁴⁶.

Toen het gedetailleerde saneringsproject was opgesteld, werd uiteindelijk op 31 januari 2003 een klacht ingediend – die neerkwam op een synthese van de vragen vanwege de bedrijven *Jan De Nul* (het belangrijkste bedrijf), OTV, *Denys* en *Aquiris* zelf – die vijf keer werd gecorrigeerd en op 7 mei 2003 definitief werd uitgewerkt.

Juridische aspecten van de klacht

De brief van 18 september 2002 verwees naar een vraag om compensatie op grond van artikel 42 van het BB¹⁴⁷, waarbij *Aquiris* vond dat het geconfronteerd werd met onvoorziene prestaties. Op 30 september 2003 vroeg *Aquiris* aan het gewest hem kennis te geven van een order van wijziging.

Toen vervolgens werd gevraagd waarom het verwees naar artikel 42 van het BB, heeft *Aquiris* geantwoord dat zijn vraag om een order van wijziging berustte op artikel 16, § 1, van het BB¹⁴⁸ en dat de vraag om verlenging van de uitvoeringstermijn en om prijsherziening van de opdracht wordt verantwoord door de volgende overwegingen:

- de aanbestedende overheid heeft heel ontoereikende en/of verkeerde informatie meegedeeld in de fase van de offerteaanvraag;

¹⁴⁶ Brief van 30 september 2002.

¹⁴⁷ Artikel 42 van het BB – wijzigingen in de opdracht – bepaalt dat de concessiehouder wordt vergoed voor een wijziging in de opdrachttuitvoering die de concessiegever oplegt.

¹⁴⁸ Die bepaling bepaalt dat de aannemer (de concessiehouder) zich kan beroepen op tekortkomingen, vertragingen of allerhande feiten die hij toeschrijft aan de aanbestedende overheid of haar agenten en die zorgen voor vertraging en/of schade, om een verlenging van de uitvoeringstermijnen, de herziening of de verbreking van de opdracht en/of schadevergoeding te ontvangen.

- die informatie heeft *Aquiris* ertoe gebracht een saneringsproject voor te stellen dat niet is aangepast aan de verontreinigingssituatie van de terreinen;
- de gevolgen op het vlak van de kostprijs en de termijn zijn toe te schrijven aan de aanbestedende overheid.

Het gewest heeft in zijn antwoord het voorstel van een order tot wijziging¹⁴⁹ afgevoerd. De concessiehouder is immers gebonden door een resultaatverbintenis die de behandeling van de verontreinigde bodem omvat, elk eventueel verschil tussen de situatie bij de uitvoering en de ramingen van de offerte valt binnen die verplichting om de verontreinigde bodem te reinigen, zonder dat de concessiegever tot enig order tot wijziging is gehouden door artikel 42.

Het gewest heeft daarentegen erkend dat de eis ontvankelijk is op basis van artikel 16, §1, van het BB en het heeft *Aquiris* gevraagd zo vlug mogelijk met de uitvoering van de milieuvergunning te beginnen om termijnverlengingen te vermijden.

Aquiris heeft in zijn repliek¹⁵⁰ betwist dat de bijkomende reinigingswerken vallen onder de resultaatsverbintenis ten laste van de concessiehouder, maar het heeft toegegeven dat de vraag kan steunen op artikel 16, §1, van het BB.

Technische aspecten van de klacht

De gedetailleerde studies van de verontreiniging door *Géosan* en *Jan De Nul* zijn enerzijds tot grotere volumes verontreinigde aarde gekomen dan die in de ERM-studies waarmee *Aquiris* bij de offerteopmaak rekening had gehouden. Anderzijds gaan zij uit van een andere classificatie van de types verontreiniging en bijgevolg van de types bestemming van de verontreinigde aarde¹⁵¹.

Tot slot hebben de nieuwe gegevens over de bodem vooral geleid tot de noodzaak om omschrijvende uitgravingen te verkiezen boven uitgravingen in volle massa, wat de verrichtingen vertraagt en de werfkosten van de sanering doet stijgen.

Financiële aspecten van de klacht

De kosten en de termijn van het nieuwe saneringsplan zijn verschillende malen, maar op onvolledige wijze geraamd. Ze hebben heel wat wijzigingen ondergaan omdat telkens weer veranderingen werden aangebracht in de concrete saneringsvoorwaarden, maar ook omdat de administratie de aanspraken van de concessiehouder aan beperkingen heeft onderworpen.

Op 31 januari 2003 werd aan het gewest een gedetailleerd dossier overgezonden om een verlenging van de globale duur van de bouwwerkzaamheden met tien maanden te verantwoorden, alsook de bijkomende kosten voor een globaal bedrag van 25.178.987 EUR¹⁵² exclusief btw. Dat bedrag steunde op de hypothese dat de werkzaamheden op 1 maart 2003¹⁵³ zouden beginnen en dat het gewest zou betalen naargelang de concessiehouder uitgaven deed. Het omvatte niet de kosten van de bijkomende te reinigen zones zoals bepaald in de milieuvergunning,

¹⁴⁹ Brief van 9 april 2003.

¹⁵⁰ Brief van 23 april 2003.

¹⁵¹ Cf. tabel 2, supra, 2.2.

¹⁵² De prijs zal met niet-significante bedragen stijgen of dalen naargelang sommige posten al dan niet worden opgenomen of in mindering gebracht door de brieven van 11 februari, 3 maart, 23 en 29 april 2003.

¹⁵³ Dat is 4 maanden eerder dan gepland.

noch de bijkomende financiële kosten als gevolg van het gewijzigde tijdschema van de bouwwerken¹⁵⁴.

Dat globale bedrag van meer dan 25 miljoen EUR bestaat uit:

- de directe kosten van de bijkomende werkzaamheden: adequate uitgraving, vermeerdering van de analyses en controles, afvoer van de verontreinigde aarde, verwerkingskosten, wijzigingen aangebracht in de werken burgerlijke bouwkunde (14 miljoen EUR);
- de indirecte kosten: kosten en meerkosten voor de bouwbedrijven door de verlenging van de uitvoeringstermijn van de werken (11 miljoen EUR).

Zoeken naar alternatieve oplossingen

Omdat de wijzigingen in het reinigingsproject zo omvangrijk waren, werd naar alternatieve oplossingen gezocht om de kosten en/of de uitvoeringstermijn ervan te verminderen.

In de eerste plaats hebben de bouwonderneming *Jan De Nul* en haar gespecialiseerde dochteronderneming *Envisan* varianten geanalyseerd die het gewest had gesuggereerd en die erin bestonden zo weinig mogelijk te kiezen voor omschrijvende uitgravingen en de voorkeur te geven aan uitgravingen in volle massa. Uit hun analyse is gebleken dat de meerkosten ruim boven die van het initiële project lagen, ongeacht de naar voren geschoven oplossing.

Toen het BIM inzage kreeg in de nieuwe risicostudie van het bureau *Géosan*, heeft het er vervolgens mee ingestemd de norm voor chryseen te wijzigen. Dat heeft slechts een kleine weerslag in financiële termen: de vermindering van de rechtstreekse kosten van de bijkomende werken als gevolg van de nieuwe norm wordt geraamd op 190.712 EUR.

Tot slot werd getracht te besparen met een variëte die de administratie had gevraagd en die erin bestond de verontreinigde aarde op te slaan op een gedeelte van de terreinen in de vorm van een afgesloten stortplaats, waarbij het gewest een deel van de verantwoordelijkheid voor die opslag op zich zou nemen¹⁵⁵. Die oplossing, die uiteindelijk werd gekozen, vormt de voornaamste wijziging van de *materiebalans* van het reinigingsproject dat door *Aquiris* werd voorgesteld na de verwerving van de milieuvergunning.

4.2 Analyse door de administratie en haar consultants

Technische analyse

De administratie heeft haar technische consultant opdracht gegeven de klacht van *Aquiris* te onderzoeken.

In een verslag van 28 mei 2003 werd de nieuwe saneringsstrategie van *Aquiris* goedgekeurd. Zo werd meer bepaald de toename van de volumes te reinigen

¹⁵⁴ Het gaat om de kosten van de bankschuld, de kosten van de eigen middelen en de kosten van het ongedaan maken van de rentevoetdekking. In een brief van *Aquiris* van 3 april 2003 wordt het principe van de berekening van de financiële meerkosten uiteengezet en *Aquiris* beschouwt ze als volledig ten laste van het gewest.

¹⁵⁵ Brief van *Aquiris* van 29 april 2003. Het gewest heeft in de overeenkomst van 23 augustus 2003 aanvaard de kosten te dragen voor de afvoer en de behandeling van de gestockeerde aarde mochten de administratieve of de gerechtelijke overheden zich verzetten tegen het gebruik ervan voor landschapsinrichting of mocht de burgerlijke aansprakelijkheid van de concessiehouder daardoor in het geding komen.

aarde bevestigd, de bestemming die ze zouden krijgen, alsook de noodzaak om te werken met omschrijvende uitgravingen van de specie over het hele terrein van het biologisch bekken.

Juridische analyse

De nota van de administratie van 4 juni 2003 aan de minister heeft de gegrondheid van de klacht van *Aquiris* erkend op basis van artikel 16, § 1, 1^{ste} lid, van het BB. De administratie was van oordeel dat de oorzaak van die klacht wel degelijk lag in een feit dat toe te schrijven is aan de aanbestedende overheid (onvolledigheid van de inlichtingen – nl. de studies van ERM – die op het ogenblik van de indiening van de offertes beschikbaar waren). Dat standpunt werd in de feiten bevestigd door de technische consultant¹⁵⁶ en in rechte door de juridische consultant van het gewest¹⁵⁷.

Het advies van de Inspectie van Financiën dat bij het voorstel van de administratie zat, had het over de eventuele aansprakelijkheid van het bureau ERM en onderstreepte dat er te weinig voorzichtigheid aan de dag was gelegd door uit te gaan van niet-verontreiniging van de bodem onder de aanvullaag, terwijl het om een sponsachtige ondergrond ging¹⁵⁸. Het concludeerde echter tot de niet-aansprakelijkheid van *Aquiris*.

Financiële analyse

De benadering in termen van meerkosten heeft ertoe geleid de coherentie tussen het saneringsproject van de offerte en de voorwaarden beschreven in de ERM-verslagen opnieuw te onderzoeken. Het essentiële stuk ter zake was het bovenvermelde verslag van de technische consultant. Die was van oordeel dat de geraamde kostprijs in de offerte van *Aquiris* voor de bodemsanering coherent was met de raming van ERM. De saneringskostprijs in de offerte (6.459.235 EUR¹⁵⁹) gold immers enkel voor de bodem waar de uitgravingen zouden gebeuren voor de verwezenlijking van de werken. Als die beperking op de raming van ERM (11.187.500 EUR voor het volledige terrein) werd toegepast, zou ze het bedrag ervan volgens de technische consultant hebben teruggebracht tot 6 miljoen EUR.

Aangezien in de offerte van *Aquiris* de forfaitaire raming niet in detail was uitgewerkt, waren daarentegen de kosten van de werfinstallatie, van het plaatsen van waterdichte schermen of van de afvoer van puin niet bekend. De administratie was bijgevolg van oordeel dat het totaalbedrag van het nieuwe saneringsplan enkel kon worden vergeleken met de forfaitaire raming in de offerte. De meerkosten moesten met andere woorden overeenstemmen met het verschil tussen enerzijds

¹⁵⁶ Bovenvermeld verslag van 28 mei 2003.

¹⁵⁷ Nota van 12 juni 2003.

¹⁵⁸ Volgens het verslag van de administratie lagen de oorzaken van het verschil tussen de resultaten van de verontreinigingsstudies op drie vlakken:

- de ERM-studie kon niet worden uitgevoerd op de plaats van de toen bestaande gebouwen waarvan sommige gebouwen tot begin 2001 in gebruik waren; toen *Aquiris* die later heeft afgebroken, was het mogelijk gedetailleerde metingen uit te voeren;
- in de gedetailleerde ronde van *Aquiris* werden veel meer stalen genomen;
- de ERM-studie ging uit van de hypothese dat de grond niet dieper verontreinigd was dan de aanvullingslaag; er werden slechts 66 boringen uitgevoerd op een diepte van 2 tot 5,5 meter (tegenover nagenoeg 1.500 bijkomende boringen door *Aquiris*).

¹⁵⁹ Dat bedrag wordt geciteerd door de technische consultant. Er mag niet vergeten worden dat dat gegeven heel relatief is; cf. infra 5.2.

de kostenraming van de uit te voeren sanering en anderzijds de daarvoor voorziene raming in de offerte van *Aquiris*.

De administratie heeft een verlenging van de uitvoeringstermijn met 8,25 maanden aanvaard, alsook 17.317.577 EUR meerkosten voor de bijkomende werken, waarvan 8.959.813 EUR voor de reinigingswerken en 9.357.764 EUR voor de kosten als gevolg van de termijnverlenging¹⁶⁰. De beslissing van de administratie, daarin gevolgd door de Inspectie van Financiën, beoogde eveneens de start van de werkzaamheden op 26 juni 2003 zonder te wachten op de berekening van de annuïteitstoename die eruit voortvloeit.

Aangezien de minister wenste dat de concessiehouder zou instemmen met een forfait¹⁶¹ voor de meerkosten en voor de verlenging van de termijn, evenals met de noodzaak bijkomende verantwoordingen te verstrekken voor de indirecte kosten, heeft de administratie het dossier twee keer aan een nieuw onderzoek onderworpen en een voorstel gedaan waarmee de twee partijen hebben ingestemd.

4.3 Basisovereenkomst van 28 augustus 2003 voor de sanering

Juridische grondslag en voorwerp

Het laatste voorstel van de administratie dat werd goedgekeurd door de Inspectie van Financiën, werd aanvaard door de minister en geconcretiseerd door de ondertekening van een overeenkomst tussen *Aquiris* en het gewest op 28 augustus 2003.

De overeenkomst verwijst naar artikel 16, §1, 1^{ste} lid van het BB als juridische grondslag voor de klacht van *Aquiris*. Ze legt de saneringskosten en de uitvoeringstermijn van de werken definitief vast en bepaalt in artikel 6, 2^e lid dat *de verplichting om te saneren niet meer het voorwerp van enige klacht kan uitmaken op basis van artikel 16, §1, 1^{ste} lid van het BB wegens de staat van de bodem en de ondergrond*.

De kosten voor de saneringswerken worden verhoogd met 17.309.556 EUR in vergelijking met de kosten die in de initiële overeenkomst voor de sanering¹⁶² waren geraamd. De contractuele termijn voor de bouw van het station werd verlengd met 8,25 maanden. Er wordt gepreciseerd dat de termijnverlenging niet geldt voor de collector¹⁶³.

Principe van het forfait en materiebalans

De overeenkomst kondigt het principe van het forfait aan, dat onder voorbehoud van twee voorwaarden de volledige kosten¹⁶⁴ dekt waarop *Aquiris* aanspraak kan maken voor de uitvoering van zijn contractuele verplichting tot sanering.

De twee mogelijke uitzonderingen op het forfait zijn de afvoer van een gedeelte van de verontreinigde aarde naar Duitsland¹⁶⁵ en het gebruik van licht verontreinigde

¹⁶⁰ Voorstel van 19 mei 2003 en gelijkaardige aanbevelingen van de technische consultant in zijn bovenvermeld verslag van 28 mei 2003.

¹⁶¹ Cf. infra 7.6 en 4.3 voor de kosten gegenereerd door het forfait en de uitzonderingen op dat principe.

¹⁶² Artikel 1, 2^e lid, van de overeenkomst van 28 augustus 2003.

¹⁶³ Artikel 3 van de overeenkomst van 28 augustus 2003.

¹⁶⁴ Behoudens de financiële gevolgen die afhangen van de betalingsmodaliteiten van de meerkosten.

¹⁶⁵ De tekst van artikel 2.1 van de overeenkomst vermeldt in dat verband de cijfers 130.065 m³ en 25.265 m³, terwijl het overeenkomstig de bijlage respectievelijk om 130.065 ton en 27.864 ton gaat.

aarde voor de landschapsinrichting van het 4e kwadrant. De afvoer naar Duitsland hangt af van het resultaat van de uitloogtesten. Ingeval de resultaten van de testen die bestemming onmogelijk zouden maken, zou de daartoe voorziene kostprijs (1.371.889,50 EUR) worden herzien om rekening te houden met de bestemmingswijziging. Voor de landschapsinrichting is 66.439 ton¹⁶⁶ licht verontreinigde aarde nodig. Als de administratie of het gerecht het gebruik ervan zouden verbieden, of als dat gevolgen zou hebben voor de burgerlijke aansprakelijkheid van de concessiehouder of de concessiegever, zou het gewest de kosten voor de afvoer en behandeling van die gronden ten laste nemen.

De meerkosten en aanvullende termijn werden forfaitair bepaald op basis van een raming (materiebalans) die als bijlage bij de overeenkomst is gevoegd. De onderstaande tabel bevat een vergelijking met de ramingen van de offerte:

Tabel 3 – Materiebalans: vergelijking offerte en overeenkomst van 28 augustus 2003 (in ton¹⁶⁷)

	Offerte	Overeenkomst 28/8/2003
Vrij hergebruik	280.483	47.917
Zeefresten	–	6.411
Stockering op de terreinen	61.965	66.439
Thermische behandeling	30.005	41.014
Fysisch-chemische behandeling	12.002	1.653
Gemengde behandeling	–	6.013
Bouwgrondstof in Duitsland	–	130.065
Storten in Duitsland	–	27.864
Totaal afgegraven aarde	384.455	327.376

Betalingsmodaliteiten van het prijssupplement

De door *Aquiris* gemaakte raming van de meerkosten berust op de hypothese dat de werken aanvangen op 1 maart 2003 en dat het gewest betalingen uitvoert naargelang de concessiehouder uitgaven doet.

Het gewest heeft de juridische geldigheid van die betalingwijze¹⁶⁸ betwist en heeft aangevoerd dat:

- *ingeval de aan de kaak gestelde toestand een prijssupplement zou rechtvaardigen wegens meerkosten, dat prijssupplement niet anders zou kunnen worden behandeld dan de prijs zelf, die wordt geregeld door artikel 39, 2e lid, van het koninklijk besluit van 26 september 1996¹⁶⁹;*

¹⁶⁶ De tekst van artikel 2.2. van de overeenkomst vermeldt het cijfer van 62.000 ton, terwijl in de bijlage sprake is van 66.439 ton.

¹⁶⁷ Om de coherentie tussen de gegevens van de offerte in m³ en die van de overeenkomst in ton te verzekeren, werden de volumes van tabel 2 omgezet in ton volgens een omzettingfactor (densiteit) 1,7.

¹⁶⁸ Bovenvermelde brief van 9 april 2003.

¹⁶⁹ Dat lid bepaalt dat *als aan de concessie een door de aanbestedende overheid te betalen prijs verbonden is, deze prijs pas verschuldigd is ten laste van de concessiehouder vanaf de effectieve datum van voltooiing van de werken.*

- *artikel 44 van het BB bepaalt in dat verband uitdrukkelijk dat iedere wijziging in de prijs of de vergoeding, die met toepassing van de artikelen 16 en 42 van de bijzondere uitvoeringsregels verschuldigd is aan de concessiehouder, wordt doorberekend in de prijs in verhouding tot de resterende annuïteiten.*

*Aquiris*¹⁷⁰ heeft de juridische analyse van het gewest verworpen omdat artikel 44 van het BB een niet-gerechtvaardigde en niet formeel gemotiveerde afwijking zou vormen van artikel 16, § 1, van het BB. *Aquiris* heeft er meer bepaald op gewezen dat het feit dat de concessiehouder wordt verplicht zelf voor de prefinanciering te zorgen van de vergoeding die hem verschuldigd is, het financiële evenwicht van de concessie en bijgevolg zijn bankability op de helling zou plaatsnemen.

Gelet op die argumentatie besloot het gewest¹⁷¹ dat het nutteloos was een polemiek te voeren over artikel 44 van het BB, aangezien de verhoging van de directe en indirecte kosten, met inbegrip van de financiële kosten, zou worden gecompenseerd door de prijsstijging.

Aquiris heeft bijgevolg ingestemd¹⁷² met het principe dat de supplementaire kosten in het bedrag van de annuïteit worden opgenomen. Het heeft daarbij de volgende voorwaarden gepreciseerd:

- De doorberekening in de prijs van de annuïteit zou rekening moeten houden met de wijzigingen in de offerte (bedrag van de werken, duur van de bouw, herziene vervaldagenkalender van de betalingen, tussentijdse financiële kosten), met de kosten voor de herschikking van het systeem om de rentevoet te dekken dat zou moeten worden aangepast aan de nieuwe vervaldagenkalender, de stijging van de reserverekening van de schuld, het nieuwe financieringsplan, de nieuwe trekkingsperiode.
- De indexen voor de herziening van de annuïteiten en de indexen van de inflatie van de operationele kosten zouden worden aangepast op basis van de verlenging van de duur der bouwwerken.
- Het risico op boetes voor prestatiegebrek zou niet toenemen in vergelijking met de offerte.
- De verbrekingsvergoedingen die eventueel aan *Aquiris* verschuldigd zouden zijn, zouden de integrale compensatie insluiten van de meerkosten die direct en indirect uit de saneringswerken voortvloeien.

Volgens de financiële consultant waren die voorwaarden, in zoverre ze de methodologie betreffen voor de berekening van de nieuwe annuïteit, redelijk en in overeenstemming met zowel de filosofie van de offerte van *Aquiris* als met de akkoorden tussen *Aquiris* en het gewest¹⁷³. Alles leek er dus op te wijzen dat men geneigd was de gevolgen van de sanering in de annuïteiten op te nemen.

De overeenkomst van 28 augustus 2003 heeft de algemene principes vastgelegd waarmee het annuïteitssupplement wordt berekend, maar het gewest bleef over de mogelijkheid beschikken te opteren voor andere betalingsmodaliteiten die minder duur zouden kunnen uitvallen. De overeenkomst heeft aldus bepaald dat¹⁷⁴:

- *de financiële gevolgen van de supplementaire kosten en de supplementaire termijn (...) zullen worden geïntegreerd in de prijs van de concessie*

¹⁷⁰ Bovenvermelde brief van 23 april 2003.

¹⁷¹ Brief van 19 mei 2003.

¹⁷² Brief van 27 mei 2003.

¹⁷³ Brief van de financiële consultant van 19 augustus 2003.

¹⁷⁴ Artikel 4.

volgens de voorwaarden en de modaliteiten die moeten worden bepaald in een door de partijen op te stellen afzonderlijk document;

- *het gewest zal de keuze hebben om deze te vereffenen ofwel met een doorberekening in de annuïteit ofwel met één of meer betalingen die die kosten volledig of gedeeltelijk dekken, of nog, voor een deel met een doorberekening in de annuïteit en voor een deel met één of meer betalingen;*
- *als het gewest opteert voor de verhoging van de annuïteit, zal die worden berekend tegen de voor het gewest voordeligste voorwaarden rekening houdend met de evolutie van de financiële markten sedert de indiening van de offerte van Aquiris (...);*
- *de berekening zal rekening houden met:*
 - *de bijkomende tussentijdse financiële kosten die alleen al voortvloeien uit de wijzigingen in het bedrag van de werken, in de duur van de bouw en in de herziene vervaldagenkalender van de betalingen;*
 - *de kosten van de herschikking van het systeem om de rentevoet te dekken dat zal moeten worden aangepast aan de nieuwe vervaldagenkalender, voor zover deze kosten rechtstreeks voortvloeien uit de onderhavige wijzigingen;*
 - *de kosten die verband houden met de stijging van de reserverekening van de schuld, uitsluitend a rato van de stijging van de schuld die te wijten is aan de onderhavige wijzigingen;*
 - *het nieuwe financieringsplan dat wordt gedekt door een stijging van de eigen middelen van Aquiris¹⁷⁵ en door een toename van de bankschuld;*
 - *de handhaving van de looptijd van het krediet op 22 jaar;*
 - *de boekhoudkundige en fiscale gevolgen die samenhangen met de stijging van de annuïteit.*

Juridische aard van de akte en bevoegdheid van de overheid

Het eerste voorstel van de administratie van 4 juni 2003 vroeg aan de minister om in te stemmen met de supplementaire kosten en de supplementaire termijn. De gevraagde beslissing werd beschouwd als een eenzijdige uitvoeringsakte die voortvloeide uit de toepassing van de contractuele bepalingen. De juridische consultant¹⁷⁶ kwalificeerde ze als een *afrekening die geen enkele wijziging van de contractuele bepalingen impliceert*.

De manier waarop de supplementaire kosten zouden worden terugbetaald, nl. de doorberekening ervan in de annuïteit zoals op dat ogenblik was bepaald, zou evenmin een wijziging van het contract vereisen.

Op basis van de overwegingen van de juridische consultant was de minister van oordeel dat hij door het dossier te behandelen geenszins de delegatie¹⁷⁷ waarover hij beschikte te buiten ging, aangezien het om de gewone uitvoering van de bepalingen van het BB¹⁷⁸ ging.

¹⁷⁵ De mogelijkheid om de eigen middelen op te trekken, werd afgeschaft door de overeenkomst *modaliteiten voor de aankoop van de collector* van 3 februari 2005, cf. infra 5.4.

¹⁷⁶ Bovenvermelde brief van 12 juni 2003.

¹⁷⁷ De beslissing van de regering waarmee de offerte van Aquiris werd goedgekeurd, belastte de minister met de follow-up van de opdracht, zonder verdere precisering en zonder beperking qua bedrag.

¹⁷⁸ Bovenvermelde nota van het kabinet van 19 juni 2003.

Nadien heeft het overstappen van een eenzijdige akte met het karakter van een afrekening naar een forfaitaire transactie die het kader van de betalingswijzen heeft verruimd en voorzorg in het principe van de aanpassing van de bepalingen van de concessieovereenkomst, volgens de stukken die het Rekenhof in zijn bezit heeft, geen aanleiding gegeven tot een nieuwe juridische analyse met betrekking tot de bevoegdheid *ratione materiae* van de minister om de basisovereenkomst van 28 augustus 2003 te ondertekenen.

5 Financiële gevolgen van de kostenstijging en van de verlenging van de bouwtermijn: de overeenkomsten van 3 februari 2005

Voor de vergoeding die voortvloeit uit de bijkomende sanering van de terreinen van het station Noord wordt onder *financiële gevolgen van de sanering* het bedrag verstaan dat aan de concessiehouder verschuldigd is wegens de wijziging die is aangebracht aan de financiële constructie van het project die steunt op privéfinanciering. De voorziene annuïteiten zijn immers zodanig berekend dat ze het moeten mogelijk maken de banklening terug te betalen die is aangegaan voor de financiering van het grootste deel der werken. Ze zijn ook bedoeld om de tussentijdse intresten en de bankmarge te betalen die uit die lening voortvloeit en het kapitaal te vergoeden dat de aandeelhouders van de toegewijde vennootschap hebben geïnvesteerd. Het bedrag van de banklening verhogen en de looptijd van die lening verlengen brengt financiële lasten met zich die niets te maken hebben met de kosten van de werken en met het verlies dat de aannemers hebben geleden door de verlenging van de uitvoeringstermijn.

De basisovereenkomst van 28 augustus 2003 liet het gewest de keuze voor de betalingsmodaliteiten van de meerkosten van de sanering. Er werden verschillende hypothesen in overweging genomen. Er werd beslist de tegoeden van het Fonds voor de financiering van het waterbeleid te gebruiken voor een eenmalige betaling, zodat de globale kostprijs van de concessie zou verminderen dankzij een kostenvermindering van de prefinanciering van de investeringen. Dezelfde logica werd gevolgd voor de vervroegde aankoop van de collector. Die beslissingen werden geconcretiseerd door twee overeenkomsten die op 3 februari 2005 zijn ondertekend.

Het feit dat de beslissing van het gewest 17 maanden uitbleef, beschouwde *Aquiris* als nadelig voor het afsluiten van de financiering van het project, aangezien er twee essentiële onbekenden bleven bestaan: de vergoeding van *Aquiris* en het bedrag van vaste activa dat in de exploitatieperiode¹⁷⁹ moest worden gefinancierd. Ingevolge de beslissing van de gewestregering van 3 februari 2005, dat voor de ondertekening ervan als voorwaarde stelde dat de aanmaning zou worden ingetrokken, heeft *Aquiris* ervan afgezien zijn klacht door te zetten¹⁸⁰.

5.1 Financiële constructie van het project: opfrissing

De financiële structuur van de *Aquiris*-offerte kan als volgt worden samengevat:

- Het kapitaal (de eigen middelen) van de toegewijde vennootschap is vastgesteld op 19.950.000 EUR; het rendement bedraagt 12% per jaar, na belasting.

¹⁷⁹ Brief van *Aquiris* van 8 december 2004 tot kennisgeving van de klacht op basis van artikel 16, §1, van het BB.

¹⁸⁰ Brief van *Aquiris* van 3 februari 2005.

- Het totale bedrag van de schuldvorming op lange termijn bedraagt 260 miljoen EUR. Het gewogen gemiddelde intrestpercentage is berekend op 6,61 % tijdens de bouwfase en op 6,35 % tijdens de exploitatiefase. Die schuld wordt opgevraagd naarmate de bouwwerken vorderen volgens een welbepaalde timing.
- De duur van de uitvoering der bouwwerken bedraagt 31 maanden; daar moet een periode van 5 maanden aan worden toegevoegd om tests uit te voeren; daarna volgt de voorlopige oplevering.
- De toegepaste rentevoet is een variabele rentevoet (euribor); de offerte bepaalt echter dat het intrestvoetrisico gedekt wordt door een contract dat voorziet in de omruiling van de variabele rentevoet voor een vaste rentevoet, waardoor *Aquiris* de vaste rentevoet betaalt.

5.2 Schadeloosstellingsprincipe

De bijkomende sanering heeft een gewijzigde planning der werken tot gevolg en impliceert dus ook een wijziging van de financieringskalender. Bij het begin van de bouwfase lopen de werken immers vertraging op en is de financieringsbehoefte kleiner dan de oorspronkelijke ramingen. Nadien bereikt en overschrijdt het bedrag der werken die ramingen wegens de meerkosten van de sanering. De verlenging van de uitvoeringstermijn van haar kant stelt de betaling van de annuïteit en van de terugbetaling van de bankschuld uit, wat tussentijdse intresten op het totale bedrag van de schuld in kwestie genereert over de volledige duur van de verlenging.

In dat kader werd beslist de schadeloosstelling van de concessiehouder te berekenen door de oorspronkelijk geplande kalender te vergelijken met de kalender die, in theorie, werd gewijzigd als gevolg van de bijkomende sanering.

5.3 Overeenkomst financiële gevolgen van de sanering

Tijdens de gesprekken die het sluiten van de overeenkomst zijn voorafgegaan, kwam de optie ter sprake over te gaan tot een eenmalige betaling van de kosten van de bijkomende saneringswerken binnen 60 dagen na het einde van de bouw van het station (voorzien tegen 7 oktober 2006) en van het bedrag dat noodzakelijk is om de annuïteit te handhaven zoals bepaald door bijakte 1.

Op die basis heeft *Aquiris* een berekeningsnota gemaakt die de financiële consultant van het gewest heeft goedgekeurd. De administratie heeft dan een verslag aan de minister voorgelegd met de vraag de opgestelde overeenkomst te ondertekenen¹⁸¹. Na onderzoek door het kabinet van de minister belast met Waterbeleid werd het dossier voorgelegd aan de gewestregering, die op 3 februari 2005 haar instemming heeft betuigd.

Voorwerp

De overeenkomst is bedoeld om het bedrag dat het gewest moet betalen voor de financiële gevolgen van de supplementaire werken en de termijnverlening voor de terreinsanering definitief vast te leggen. Ze steunt op de wens dat de annuïteit, zoals bepaald in bijakte 1¹⁸², onveranderd blijft, waarbij rekening wordt gehouden

¹⁸¹ Verslag van 29 september 2004.

¹⁸² De inleiding van de overeenkomst verwijst verkeerdelijk naar de annuïteit die is bepaald bij de opdrachtgunning.

met de ondertekening op dezelfde datum van de overeenkomst *modaliteiten voor de aankoop van de collector* en waarbij een betaaldatum wordt vastgelegd.

Door het gewest te betalen bedrag

Dat bedrag, dat 38.163.662 EUR bedraagt, omvat de kostprijs van de supplementaire saneringswerken zoals vastgelegd door de overeenkomst van 28 augustus 2003 (17.309.556 EUR), de btw op dat bedrag (3.635.007 EUR), de bijkomende financiële kosten (15.478.164 EUR), waaronder de tussentijdse intresten, de vergoeding van het kapitaal en de fiscale impact ervan, evenals de kosten voor de aanpassing van de swap (1.740.935 EUR)¹⁸³.

De berekeningen zijn gebaseerd op de hypothese dat het station in oktober 2006 voltooid zal zijn en dat de vergoeding zal worden betaald binnen de 2 maanden die daarop volgen, op voorwaarde dat in een rapport wordt vastgesteld dat de saneringswerken goed zijn uitgevoerd overeenkomstig de milieuvergunning.

Tussentijdse intresten

De tussentijdse intresten werden berekend door de budgetten van tussentijdse intresten te vergelijken die voortvloeien uit het financieringsplan dat werd opgesteld voor en na de inschrijving van de saneringsgevolgen.

Het initiële financieringsplan steunde op het offertemodel dat ervan uitging dat de collector zou worden aangekocht door een betaling in juli 2006. Het dekt een bouw- en proefperiode van 36 maanden van juli 2003 tot juni 2006 en voorziet in een totale fysieke investering van 234,7 miljoen EUR. Het aangepaste financieringsplan houdt rekening met de meerkosten van de sanering (17,3 miljoen EUR¹⁸⁴) en de termijnverlenging (8,25 maanden). De investering wordt gebracht op 249,8 miljoen EUR en de bouwperiode strekt zich uit over 44,25 maanden, van juli 2003 tot maart 2007. In die veronderstelling gebeurt de betaling van de saneringsvergoeding tegelijkertijd met de betaling van de collector¹⁸⁵, op 7 maart 2007¹⁸⁶.

In de twee modellen werden de tussentijdse intresten voor elke maandelijkse periode berekend tegen de indicatieve rentevoet van de offerte (6,615 %)¹⁸⁷, op het gecumuleerd bedrag van de bankschuld. Uit het resultaat blijkt een verschil van 13.813.411 EUR, dat werd teruggebracht tot 12.582.311 EUR na aftrek van de commissiekosten voor regeling en vastlegging die *Aquiris* heeft bespaard, aangezien de bankschuld niet effectief is aangegaan¹⁸⁸. Door de saneringsvergoeding in december 2006 te betalen in plaats van in maart 2007 wordt een restitutie van tussentijdse intresten van 545.221 EUR ten gunste van het gewest gegenereerd.

¹⁸³ Zie tabel 4 infra.

¹⁸⁴ Dat bedrag bestaat uit 15,1 miljoen EUR fysieke investeringskosten en 2,2 miljoen EUR studiekosten.

¹⁸⁵ Hieruit blijkt dat die hypothese leidt tot een *berekeningslink* tussen de sanering en de betaling van de collector.

¹⁸⁶ Die datum, die werd gebruikt voor de theoretische berekening, stemt overeen met de vermoedelijke datum van de voorlopige oplevering van het geheel van de installaties ingevolg de verlenging van de bouwtermijn met 8,25 maanden.

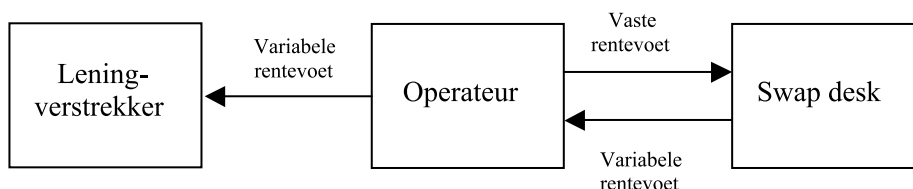
¹⁸⁷ D.w.z. basisrentevoet (5,80%) + bankmarge (0,815%).

¹⁸⁸ Uitgaande van de veronderstelling dat de bankschuld in juli 2005 (cf. supra hoofdstuk 2, 3.2) wordt aangegaan, werden de commissiekosten slechts tot die datum in mindering gebracht.

Kosten voor aanpassing van de swap

Aquiris had een bankfinanciering tegen variabele intrestvoet overwogen van 5,80% en had de annuïteit met name op die basis berekend. Om zich in te dekken tegen het intrestrisico, voorzag de offerte van bij het begin van het project in een systeem om de intrest op het geanticipeerde bedrag van de bankschuld te dekken.

Figuur 2 – Intrestvoetswap



Het contract dat *Aquiris* in september en oktober 2001 in drie schijven bij bankinstellingen heeft afgesloten, bestaat erin een variabele rentevoet te ruilen tegen een vaste rentevoet. Die swap steunde op een vervaldagenkalender die voor de geraamde financieringsbehoeften uitging van de start van de bouwwerken in januari 2003¹⁸⁹, maar die rekening hield met het uitoefenen, in juni 2006, van de optie van bijakte 1 in verband met de collector.

Toen ontdekt werd dat de grond meer vervuild was dan verwacht, heeft dat volgens *Aquiris* een aantal gevolgen gehad, waaronder het uitstellen van de startdatum van de werken tot juni 2003, de stijging van de saneringskosten en de verlenging van de realisatietermijn, waardoor het initiële financieringsplan werd gewijzigd. De swap van 2001 was dus niet meer aangepast aan de geactualiseerde noden van het project.

De kosten voor de aanpassing van de swap, die *Aquiris* het gewest ten laste legt, bestaan uit:

- Historische kosten: de bedragen die tussen januari 2003 en de ondertekening van de overeenkomst, namelijk eind januari 2005, werden betaald op het teveel gedekte deel van de swap: 2.470.126 EUR. Die kosten werden berekend op basis van de bedragen die niet konden worden geëndosseerd aan een bankschuld wegens het later starten van de werken.
- De compensatie voor de annulering van de swap, om de toekomstige overdekking te annuleren¹⁹⁰: –835.000 EUR¹⁹¹.

De overdekking in kwestie vloeit voort uit de vergelijking van de twee financieringsplannen op de verschillende vervaldagenschema's, waarvan de eerste het bedrag is dat *Aquiris* heeft vooropgesteld in het raam van de swap 2001 (gaande van januari 2003 tot december 2023). Het tweede stemt overeen met een theoretisch model (gaande van juli 2003 tot april 2004) uitgewerkt op basis van het eerste plan en waarin, vanaf juli 2003, de gevolgen zijn geïntegreerd van de overeenkomst van 28 augustus 2003, met inbegrip van het uitstel met 8,25 maanden

¹⁸⁹ In vergelijking met de planning van de offerte is dat 6 maanden vroeger; zie supra 4.1.

¹⁹⁰ Het gaat om het verschil tussen de marktwaarde van de bestaande swap en die van de theoretische swap die rekening houdt met de sanering, en dat voor de resterende looptijd van de swap, vanaf februari 2005.

¹⁹¹ De compensatie is ten laste van de bankinstelling; ze wordt in mindering gebracht op de vergoeding die het gewest dient te betalen.

van de aankoop van de collector, maar rekening houdend met de betaling van de saneringsvergoeding in december 2006.

Vergoeding van het kapitaal

De vergoeding van het kapitaal beoogt het verschil te compenseren tussen de waarde van het kapitaal op het einde van de contractuele bouwperiode van 36 maanden en de waarde na 44,25 maanden. Volgens het indicatieve percentage van de offerte (12%) komt dat verschil neer op 2.271.109 EUR.

Dat bedrag wordt vermeerderd met de kosten van de vennootschapsbelasting berekend volgens het geldende tarief van 34%, wat neerkomt op 1.169.965 EUR.

Tabel 4 – Saneringsvergoeding

Posten	Bedragen in EUR
Kosten sanering exclusief btw	17.309.556
btw	3.635.007
Swap	1.740.935
Historische kosten	2.470.126
Compensatie	–835.000
Financiering tot datum van vergoeding	105.809
Subtotaal	1.740.935
Bijkomende financiële kosten	15.478.164
Tussentijdse intresten	12.582.311
Teruggave tussentijdse intresten < betaling in 12/2006	–545.221
Vergoeding van het kapitaal	2.271.109
Fiscale impact van de bezoldiging van het kapitaal	1.169.965
Subtotaal	15.478.164
Totaal	38.163.662

5.4 De overeenkomst modaliteiten voor de aankoop van de collector

De overeenkomst wordt gepresenteerd als een uitvoeringsakte van bijakte 1 van 19 december 2001¹⁹². Ze bevat niettemin echte wijzigingen aan het BB, in bijakte 1 en in de basisovereenkomst van 28 augustus 2003.

Voorwerp en band met de overeenkomsten over de sanering

Bijakte 1 bood de concessiegever de mogelijkheid een annuïteit te storten die gelijk is aan de kostprijs van de werken van de collector, namelijk 62.961.546 EUR exclusief btw in de maand die volgt op het proces-verbaal van voorlopige oplevering van het geheel van de installaties.

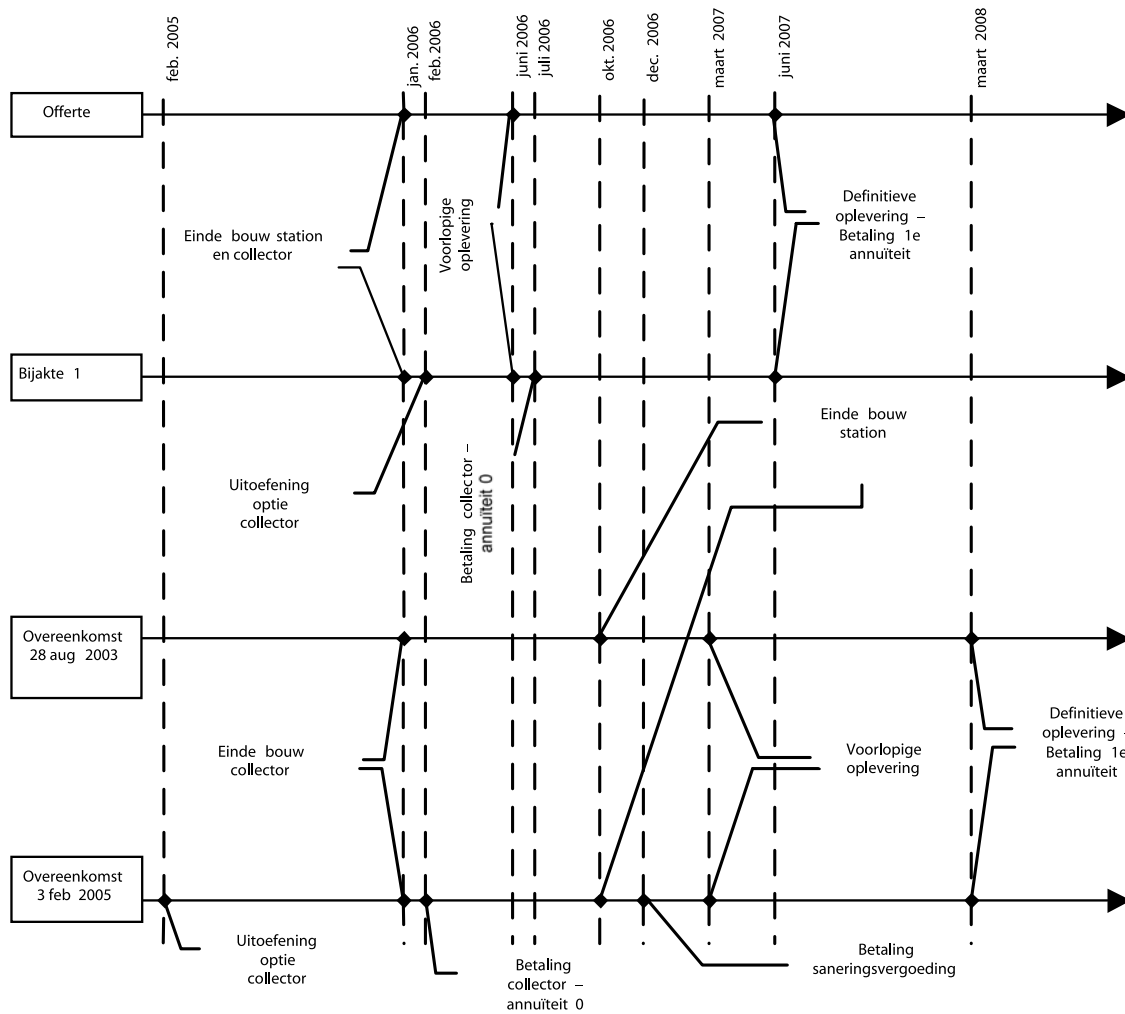
¹⁹² Bijakte 1, die het Rekenhof heeft geanalyseerd in zijn verslag van oktober 2003, is de oplossing die in 2001 werd uitgewerkt om de kosten van de annuïteiten te verminderen door een versnelde betaling van de prijs. Ze voorziet in de betaling van de prijs van de collector, geraamd op 62.961.546 EUR exclusief btw, in de vorm van een aanvullende annuïteit (annuïteit nul) ingeval het optierecht wordt uitgeoefend in de maand die volgt op het proces-verbaal van het einde van de bouw van de installaties (collector en station) verwacht in januari 2006.

De overeenkomst van 3 februari voert die bijakte uit, in die zin dat de concessiegever gebruik maakt van bovenvermelde mogelijkheid en dat beslist wordt de overeenstemmende annuïteit te betalen. Het optierecht wordt echter uitgeoefend op de dag van de kennisgeving van de overeenkomst (3 februari 2005) en de annuïteit wordt vereffend in de maand die volgt op het einde van de bouw van de collector.

De wijziging in de uitvoeringsdata van bijakte 1 is in hoofdzaak een gevolg van de basisovereenkomst van 28 augustus 2003 die de termijn voor de bouw van het station heeft verlengd met 8,25 maanden en daarbij heeft gepreciseerd dat de verlenging niet gold voor de collector. De partijen waren bijgevolg van oordeel dat het voor de betaling van de annuïteit van de collector niet meer nodig was te wachten tot het einde van de bouw van het station. Vervolgens werd beslist de vereffening te doen op de datum die het dichtst in de buurt lag van het einde van de bouw van de collector om de financiële kosten van de prefinanciering te beperken.

Door te voorzien in welbepaalde betaaldatum, terwijl de voltooiingsdata voor de collector en voor de andere installaties wijzigden, diende artikel 19 van het BB in die zin te worden gewijzigd¹⁹³.

Figuur 3 – Tijdslijn



¹⁹³ Artikel 8 van de overeenkomst modaliteiten voor de aankoop van de collector van 3 februari 2005.

Anderzijds werd artikel 4.2 van de basisovereenkomst eveneens gewijzigd om te preciseren dat bij de berekening van de annuïteit het nieuwe financieringsplan enkel zal worden gedekt door een toename van de bankschuld met uitsluiting van een stijging van de eigen middelen van *Aquiris*¹⁹⁴.

De prijs van de collector blijft ten behoeve van de berekening onveranderd ten opzichte van bijakte 1. Doordat de einddatum van de constructie 8,25 maanden is opgeschoven, wordt die prijs in werkelijkheid de hoogte ingejaagd door de tussentijdse intresten, waarvan de kosten in aanmerking worden genomen in het raam van de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering* van 3 februari 2005.

De eigendomsoverdracht van de collector gebeurt op de datum van het proces-verbaal van einde van de bouw van de gerelateerde leidingen en installaties¹⁹⁵. Overeenkomstig bijakte 1 leidt die eigendomsoverdracht echter niet tot de overdracht van de risico's die ten laste blijven van de concessiegever tot bij de oplevering van de werken.

Door het gewest te betalen bedrag

In verband met de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering* van 3 februari 2005 wordt het bedrag van annuïteit nul vastgesteld op 73.503.957 EUR. Die berekening steunt op het bedrag exclusief btw van de door bijakte 1 vastgelegde annuïteit (62.961.546 EUR) en voegt er de kosten aan toe van de prefinanciering van de btw¹⁹⁶ (335.350 EUR), de kosten voor de aanpassing van de swap (1.873.254 EUR) en de teruggave van intresten aan het gewest (4.423.078 EUR). Het nieuwe bedrag exclusief btw van annuïteit nul beloopt dan 60.747.072 EUR. De btw op dat bedrag bedraagt 12.756.885 EUR.

Die berekeningen gaan ervan uit dat de bouw van de collector voltooid is in januari 2006 en dat annuïteit nul wordt betaald in de maand die volgt op het proces-verbaal van einde van de bouw, en ten vroegste in februari 2006.

Teruggave van intresten

Het gaat om de tussentijdse intresten (berekend tegen een intrestvoet van 6,615%) die het gewest recupereert voor de betaling die vroeger wordt uitgevoerd dan geraamd bij de berekening van de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering* van 3 februari 2005, namelijk voor een periode van 13,25 maanden.

Kosten voor de aanpassing van de swap

Overeenkomstig de verklarende nota die *Aquiris* heeft voorgelegd en die de financiële adviseur van het gewest heeft gecontroleerd, stemt de post *kosten voor de*

¹⁹⁴ Artikel 9 van de bovenvermelde overeenkomst. In haar antwoord raamt de administratie de draagwijdte van die wijziging zonder verdere precisering op minstens één miljoen EUR in het voordeel van het gewest. Ze wijst erop dat het verkrijgen van dat resultaat en de vermindering van de commissies voor regeling en vastlegging verband hielden met de beslissing tot onmiddellijke uitoefening van de aankoopoptie van de collector.

¹⁹⁵ Artikel 5 van de bovenvermelde overeenkomst.

¹⁹⁶ Door het uitoefenen van het optierecht kon *Aquiris* niet langer de btw op de goederen en diensten bestemd voor de bouw van de collector aftrekken. Het bij wijze van btw voorgeschoten bedrag dat gerecupereerd wordt bij de betaling van de annuïteit nul, heeft dus het voorwerp uitgemaakt van een intrestberekening die de prefinancieringskost van de btw bepaalt.

aanpassing van de swap voor de collector overeen met het verschil tussen twee theoretische modellen van financieringsplan, waarvan het eerste model wordt gebruikt in het kader van de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering*¹⁹⁷, terwijl het tweede ook de betaling van de collector in februari 2006, dus 13,25 maanden vroeger, integreert.

Tabel 5 – Annuïteit nul (vervroegde aankoop van de collector)

Posten	Bedragen in EUR
Nieuwe annuïteit exclusief btw	60.747.072
Annuïteit vastgelegd door bijakte 1 exclusief btw	62.961.546
Teruggave van intresten	-4.423.078
Aanpassing van de swap	1.873.254
Prefinanciering van de btw	335.350
btw	12.756.885
Totaal	73.503.957

6 Uitvoering van de saneringswerken

De saneringswerken kunnen niet los worden gezien van die van de bouw van het station die op 26 juni 2003 zijn gestart. *Aquiris* had toen belangrijke aanwijzingen over de inhoud van de overeenkomst van 28 augustus 2003.

Aquiris heeft het toezicht op de uitvoering van de werken toevertrouwd aan *Géosan*. Dat adviesbureau heeft een follow-upstrategie voor de sanering opgesteld en toegezonden aan het BIM. Door een maandelijkse vergadering met de vertegenwoordigers van *Géosan*, *Aquiris* en het BIM is het mogelijk de evolutie van de saneringswerk te volgen. *Géosan* stelt elke maand een verslag op.

Volgens de verslagen van *Géosan* is het uitgraven van de verontreinigde grond gestart op 8 augustus 2003 en heeft dat geduurd tot in september 2004.

Die verslagen beschrijven eveneens de gebruikte methodologie bij de saneringswerken¹⁹⁸ en evalueren de resultaten van de steekproeven die werden genomen conform de follow-upstrategie voor de sanering. De analyseresultaten worden vergeleken met de normen in de milieuvergunning.

Volgens de gegevens van *Aquiris*¹⁹⁹ kan de stand van de saneringswerkzaamheden op 31 mei 2005 als volgt worden vergeleken met de ramingen van de overeenkomst van 28 augustus 2003:

¹⁹⁷ Model uitgewerkt op basis van de swap die *Aquiris* in september 2001 heeft gesloten, waarin vanaf juli 2003 de gevolgen van de overeenkomst van 28 augustus 2003 werden geïntegreerd, met inbegrip van het uitstel met 8,25 maanden van de aankoop van de collector.

¹⁹⁸ *Er wordt uitgegraven tot op het niveau dat is bepaald voor de werken burgerlijke bouwkunde; als met het oog kan worden gezien dat de bodem van de bouwput vervuild is, wordt dieper uitgegraven* (vermeld in verschillende maandelijkse verslagen van de milieuopvolging).

¹⁹⁹ Brief van 13 juni 2005.

Tabel 6 – Uitvoering van de sanering vergeleken met de ramingen van de overeenkomst van 28 augustus 2003 (in ton)

	Ramingen van de overeenkomst van 28/8/2003	Stand op 31/05/2005
Vrij hergebruik	47.917	42.045
Zeefafval	6.411	2.240
Stockering op de terreinen	66.439	62.800
Thermische behandeling	41.014	33.238
Fysisch-thermische behandeling	1.653	604
Gemengde behandeling	6.013	3.198
Bouwgrondstof in Duitsland	130.065	116.633
Storten in Duitsland	27.864	35.842
Totaal afgegraven aarde	327.376	296.600

Het verschil op het vlak van de globale tonnage afgegraven aarde zou in hoofdzaak voortvloeien uit een optimalisering van de burgerlijke bouwkunde. Door de vloerplaat van het biologisch gebouw na te spannen, zou men de uitgraafdiepte met 40 cm hebben kunnen verminderen en zo 16.500 ton graafwerken kunnen besparen.

De aanvullende uitvoeringstermijn van 8,25 maanden waarvan sprake is in de overeenkomst van 28 augustus 2003, werd berekend aan de hand van beschikbaarheid van de laatste vloerplaat van het biologisch bekken. Na die verwezenlijking, gemeten bij het begin van de randbekisting van de laatste vloerplaat (equivalentiepunt), werd de sanering geacht geen invloed te hebben op de bouwtermijn van het station. Volgens de planning van de inschrijving moest die vloerplaat beschikbaar zijn na 7,25 maanden werk. Volgens de planning die rekening houdt met de aanvullende sanering, vergt de beschikbaarstelling van de vloerplaat 15,5 maanden werk.

Volgens de vorderingsstaten van de werf die de administratie heeft voorgelegd, wordt het equivalentiepunt bereikt rond 27 september 2004, d.w.z. 15 maanden na de start van de bouwwerken. In die optiek zou de werkelijke weerslag van de aanvullende sanering 7,75 maanden zijn.

Wat de echte kostprijs betreft van de aanvullende saneringswerken, is er tot slot geen enkel document waarmee een nauwkeurige raming kan worden gemaakt, wegens de vervlechting ervan met de kosten burgerlijke bouwkunde.

7 Analyse

7.1 Ontoereikendheid van de gegevens beschikbaar op het ogenblik van de indiening van de offertes

Het gebrek aan saneringsnormen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest met onzekerheid tot gevolg en het gebrek aan precisering over de werkelijke draagwijdte van de saneringsverplichting in het BB, droegen niet bij tot het indienen van een nauwkeurige offerte.

Die oncomfortabele situatie werd nog verergerd door de ontoereikendheid van de ERM-verslagen, zoals de administratie heeft toegegeven, die niet de gewenste nauwkeurigheid hebben verstrekt over de verontreinigingssituatie van de terreinen.

Hoewel de administratie zich er ten volle van bewust was dat de kosten van een eventuele sanering de prijs van de concessie aanzienlijk konden beïnvloeden, werden de studies over de verontreinigingssituatie niet uitgevoerd in optimale omstandigheden om het nagestreefde doel te kunnen bereiken²⁰⁰.

De studies in kwestie, die in januari 1999 van start gingen, werden 10 maanden later, in oktober 1999, afgerond, terwijl slechts 4 weken werden uitgetrokken voor de kritische fase van de grondige studie. De omvang en de aard van de onderzoeken in die fase waren gedefinieerd op voorstel van het adviesbureau ERM, zonder het BIM daarbij te betrekken.

Toen het BIM in december 1999 technische kritiek heeft geformuleerd op het eindverslag van de grondige studie, of nadien, toen de ontoereikendheid van de ERM-verslagen werd vastgesteld en de concessiehouder gewag maakte van *ruim onvoldoende en/of verkeerde informatie*, heeft de administratie op geen enkele manier stappen ondernomen om ERM te vragen over die feiten uitleg te geven. Het Rekenhof is van oordeel dat een dergelijk initiatief dit fundamentele punt van de saneringskwestie had kunnen helpen verduidelijken.

De eventuele aansprakelijkheid van het adviesbureau kwam pas voor het eerst ter sprake in juni 2003 in het advies van de Inspectie van Financiën, die wees op een gebrek aan voorzichtigheid van ERM bij zijn hypothese dat er geen bodempollutie was onder de aanvullaag, en dat in een sponsachtige ondergrond. De administratie heeft echter geen rekening gehouden met die opmerking.

Die problematiek was in juni 2003 van secundaire aard vergeleken met de noodzaak met *Aquiris* een akkoord te bereiken over de tenlasteneming van de reinigingskosten om de bouwwerken van het station te kunnen starten. Dat neemt echter niet weg dat de kwestie van de eventuele aansprakelijkheid van ERM en/of van de administratie inzake de organisatie en de verwezenlijking van de studie naar de bodemverontreinigingssituatie nog steeds niet is opgelost.

Bovendien lijkt de idee van een voorafgaande reiniging van de terreinen, los van de concessieopdracht, te verwerpen wegens de nauwe band tussen het bouwproject en de sanering, zoals deze momenteel is vastgelegd in de wetgeving van het gewest.

De vraag rijst of het niet raadzaam was van bij het begin te zorgen voor een meer gedetailleerde studie met de effectieve participatie van het BIM en aan de kandidaat-inschrijvers de mogelijkheid te geven aanvullende analyses te vragen, naar analogie met de geotechnische proeven. Omdat de administratie op vraag van de kandidaat-inschrijvers beslist had geen enkele bijkomende analyse uit te voeren naar de verontreiniging, allicht wegens de korte termijnen waarover de kandidaten beschikten, hebben deze laatsten in casu niet de mogelijkheid gehad specifiek aan hun bouwproject²⁰¹ aangepaste onderzoeken te laten uitvoeren.

7.2 Gebrek aan nauwkeurigheid in de offerte van *Aquiris* en coherentie ervan ten opzichte van de ERM-gegevens

Het lijkt geen twijfel dat de offerte van *Aquiris* was gebaseerd op de ERM-verslagen, maar het is niet gemakkelijk nauwkeurig te bepalen in welke mate. Zo werd nooit duidelijk vastgelegd of gegraven moest worden tot grond van aanvaardbare

²⁰⁰ In haar antwoord erkent de administratie dat die studies niet in optimale omstandigheden zijn uitgevoerd. Ze geeft als verklaring dat de terreinen nog waren ingenomen door derden.

²⁰¹ Voor de geotechnische proeven werd de procedure voor aanvullende onderzoeken, uitgevoerd op vraag van de kandidaat-inschrijvers, onder het gezag van de administratie, met succes toegepast.

kwaliteit²⁰², of *Aquiris* al dan niet zou tussenbeide komen bij andere uitgravingen dan die noodzakelijk voor de gebouwen en of die verbintenissen in overeenstemming waren met de eventuele verplichtingen opgelegd door de stedenbouwkundige of milieuvergunning.

Bovendien is gebleken dat de detailopgave van de saneringskosten niet werd gepreciseerd. Het document *gedetailleerde uitsplitsing van de investeringskosten* als bijlage bij de offerte geeft immers een forfaitair bedrag van 6.459.235 EUR op voor de *bodemreinigingswerken*, maar het is niet mogelijk te bepalen in hoeverre dat bedrag de algemene studies, de kosten voor het verwerven van de vergunningen of de installatie van de werf omvat. Een vergelijkend onderzoek met de andere offertes bevestigt de incoherentie van de verstrekte gegevens²⁰³ en versterkt nog de indicatieve aard van die inlichtingen. Daarbij mag niet vergeten worden dat enkel de globale prijs bindend is voor de aannemer.

Tijdens de besprekingen om de meerkosten van de reinigungsoperatie te bepalen, heeft *Aquiris* zelfs betwist dat het gebonden is door een resultaatverbintenis waarvan de behandeling van de verontreinigde gronden deel zou uitmaken²⁰⁴.

Ondanks die overwegingen concludeert de administratie op basis van het advies van haar technische consultant dat de offerte van *Aquiris* coherent was ten aanzien van de ERM-ramingen²⁰⁵. Die analyse werd uitgevoerd door de kostenraming van *Aquiris* te vergelijken met die van ERM, en dat voor het volledige terrein. De vraag rijst bijgevolg of het verstandig was aan ERM een opdracht te geven om de kosten te ramen. Zoals uit het vervolg van het dossier blijkt, hangen de saneringskosten immers nauw samen met de manier waarop het bouwproject wordt gerealiseerd. ERM kon dat niet weten.

7.3 Validering van de studies die na de opdrachtgunning werden uitgevoerd

De vaststelling dat de verontreiniging beduidend groter was dan die waarvan sprake in de ERM-studies is van kapitaal belang. De vaststelling prevaleert boven alle overwegingen die men kan hebben over de onnauwkeurigheid van het normenkader en de verplichting van *Aquiris* om zich te conformeren aan de vergunningen, zelfs over de omvang van de verbintenissen van *Aquiris*.

Het is echter niet gemakkelijk nauwkeurig te bepalen op welke punten de conclusies van de studies van *Aquiris* verschillen van die van ERM. Het is immers moeilijk de twee documenten naast elkaar te lezen omdat de twee studies, of zelfs de verschillende documenten van eenzelfde studie, onverenigbare elementen bevatten. Terwijl de ERM-studies de terreinen in zeven zones verdeelden, werden de studies van *Géosan* uitgevoerd door de terreinen in vier kwadranten te verdelen die elkaar overlappen. De aflijning van de verontreinigde volumes binnen welbepaalde contouren varieert van verslag tot verslag, afhankelijk van de wijziging van de normen waarmee de resultaten worden vergeleken en de verschillende interpolatiemethodes die worden gebruikt.

Het Rekenhof kan bijgevolg enkel akte nemen van wat de specialisten van de administratie en hun technische consultant als onbetwistbaar beschouwen: in vergelijking

²⁰² In haar antwoord wijst de administratie erop dat de verbintenis die *Aquiris* is aangegaan om de saneringswerken voort te zetten als vervuilde plekken werden ontdekt, herhaalde malen in praktijk is gebracht. Het BIM was het daar telkens mee eens.

²⁰³ Cf. het verslag van het Rekenhof van oktober 2003, p. 32-34.

²⁰⁴ Cf. supra 4.1.

²⁰⁵ Cf. supra 4.2.

met de resultaten van de ERM-studies is de waargenomen verontreiniging van de ondergrond zowel vanuit kwantitatief als vanuit kwalitatief oogpunt groter.

Die conclusie vloeit niet voort uit een tegenexpertise of de tegensprekelijke waarneming van de werkelijkheid op het terrein bij de uitvoering van de werken: ze wordt enkel gevalideerd doordat het gewest de resultaten van de door *Aquiris* uitgevoerde onderzoeken heeft aanvaard. Sedert de ondertekening van de overeenkomst van 28 augustus 2003 heeft ze een contractuele aard gekregen, zowel qua principe als qua forfaitaire raming van de kosten ervan.

7.4 Milieuvergunning: strategie van het BIM

Ondanks een onzekere normatieve context heeft het BIM zijn rol van regulerend orgaan gespeeld.

Ook al heeft de samenwerking tussen het BIM en de administratie geen volledige tevredenheid opgeleverd bij het opstellen van het BB en bij het concept en de follow-up van de ERM-studies over de terreinverontreiniging, toch heeft het BIM kunnen vermijden dat het de offertevoorwaarden van de concessiehouder moest accepteren en is het kunnen komen tot een oplossing die voor alle partijen aanvaardbaar is.

De eisen die het BIM heeft gesteld, zowel voor de voorstudies als voor de tenuitvoerlegging van de vergunning, tonen aan dat het heeft getracht om enerzijds de wens de terreinen van het station te gebruiken voor het economisch doel waarvoor ze bestemd zijn, te verzoenen met anderzijds de wens te vermijden dat schade berokkend wordt aan de gezondheid en aan het leefmilieu.

Los van de juridische waarde van de normen die voortvloeien uit de ministeriële richtlijn van 19 juli 2002 en de toepasbaarheid ervan voor het station Noord²⁰⁶, heeft het Rekenhof opgemerkt dat het BIM zich op die richtlijn heeft geïnspireerd om het probleem op te lossen dat het saneringsproject zich beperkte tot de uitgravingen, door een risicostudie voor het volledige terrein op te leggen.

Anderzijds beschouwden de technische consultant en de administratie de definitie in de vergunning van de doelstellingen qua bodemkwaliteit na sanering als coherent met de in de ERM-studies voorgestelde normen. De vergunning wijzigt de voorwaarden voor de uitvoering van het saneringsproject dus niet.

7.5 Aangepastheid van het saneringsproject

Het saneringsproject werd onderzocht en goedgekeurd door de technische consultant van de administratie, die bepaalde wijzigingen heeft voorgesteld. Nadien heeft de administratie getracht ideeën te geven voor minder dure varianten, waarvan de meeste geen succes hadden.

De belangrijkste wijziging op verzoek van de administratie is de landschapsinrichting van het 4e kwadrant. De wijziging heeft geleid tot voorbehoud vanwege de concessiehouder en het gewest heeft aanvaard de kosten ten laste te nemen van het eventueel wegvoeren en de behandeling van de gronden in kwestie.

Uiteindelijk heeft de basisovereenkomst van 28 augustus 2003 over de sanering het saneringsproject vastgelegd en het een contractuele waarde verleend.

²⁰⁶ De richtlijn in verband met de sanering van de terreinen van installaties die tijdens exploitatie worden geklasseerd, is in feite een omzendbrief van de minister voor Leefmilieu. Ze wil vooral vastleggen welke procedure het BIM moet volgen als het een verontreiniging vaststelt die een zeker risico vormt voor het milieu of de gezondheid.

7.6 Verantwoording van de meerkosten en van de termijnverlenging

Aangezien wordt aanvaard dat de verontreiniging veel groter is dan die waarvan in de ERM-verslagen sprake was, wordt het principe van de vergoeding van de concessiehouder op basis van artikel 16, §1, van het BB onvermijdelijk.

De meerkosten worden bepaald door het verschil tussen de kosten van de werkelijke sanering en de kosten van de aanvankelijk in de offerte beoogde sanering.

Het saneringsproject werd vastgesteld op basis van de werkelijke verontreinigings-situatie van de terreinen en rekening houdend met de bepalingen van de vergunning. Dat impliceert volgens de specialisten van de concessiehouder, die daarin worden bijgetreden door de technische consultant van de administratie, belangrijke wijzigingen in de ramingen van de offerte, meer bepaald doordat de voorkeur gaat naar omschrijvende uitgravingen ten nadele van de uitgravingen in volle massa. Die werkwijze kan supplementaire kosten genereren en vooral de realisatie-termijn verlengen.

In plaats van die kosten te becijferen door een follow-up van de saneringswerf en tegensprekelijke vaststellingen, heeft het gewest geopteerd voor een forfaitaire raming met twee uitzonderingen²⁰⁷, wat ten minste het voordeel biedt dat de begrotingslast van de operatie wordt vastgelegd. De forfaitaire bepaling van de meerkosten veronderstelt echter, conform het principe van de geleverde en aanvaarde dienst, dat de betaling ervan minstens wordt uitgesteld tot het beëindigen van de bouwwerken, wat hoge prefinancieringskosten impliceert.

Hoewel het niet mogelijk is het uiteindelijk aanvaarde bedrag van nagenoeg 25 miljoen EUR²⁰⁸ te beoordelen, heeft het Rekenhof in de documenten waarvan het kennis heeft genomen, kunnen vaststellen dat de technische consultant, de ambtenaren van de administratie en het kabinet van de minister de verantwoordingen van de concessiehouder hebben onderzocht en door tussenkomst van advocaten hebben genegotieerd om de initiële eisen van de concessiehouder te verminderen²⁰⁹.

Men diende het ook eens te worden over het bedrag dat in de offerte van *Aquiris* was ingeschreven voor de sanering. Pas naar aanleiding van de klacht werd een uitsplitsing van de offerte gemaakt. Die uitsplitsing biedt niet de mogelijkheid om post per post bedragen te kleven op tastbare elementen van de offerte. Ze werd echter aanvaard door de technische consultant wegens haar coherentie: elk van de posten en het globale bedrag leken geloofwaardig. Zo werd het bedrag van de offerte voor de sanering vastgesteld op 7,73 miljoen EUR. De basisovereenkomst van 28 augustus 2003 heeft dat bedrag bevestigd, dat dus werd verminderd met de globale kosten van de saneringswerken om het bedrag van de meerkosten te bepalen, namelijk 17.309.556 EUR.

De termijnverlenging werd op een vergelijkbare manier bepaald: de technische consultant heeft de argumentering in de klacht geanalyseerd om de termijnverlenging

²⁰⁷ Het resultaat van de uitloogtest maakt de afvoer naar Duitsland mogelijk. Wat het voorbehoud betreft in verband met de landschapsinrichting, de tweede uitzondering, is het zo dat dit op korte termijn niet kan worden geverifieerd. Daaruit vloeit voort dat het forfait als absoluut kan worden beschouwd.

²⁰⁸ Dat is het contractueel aanvaarde bedrag exclusief btw van de directe en indirecte kosten, behoudens de financiële gevolgen, van de saneringswerken van het terrein.

²⁰⁹ Die onderhandelingen lijken er meer bepaald toe hebben geleid dat de aannemer bepaalde eisen bij wijze van onvoorziene omstandigheden van de forfaitaire bepaling van de prijzen heeft laten vallen. De aannemer stelde immers voor enerzijds alle vermoedelijke hoeveelheden met 10% te verhogen en anderzijds de hoeveelheden naar Duitsland uit te voeren uitgegraven aarde te wijzigen wegens het uitloogrisico (bijlage 4i – herziening C van de klacht). Dat laatste punt werd aanvaard als uitzondering op het principe van het absolute forfait.

te ramen die in hoofdzaak voortvloeit uit de verplichte omschrijvende uitgraving²¹⁰. Hij heeft aanbevolen een verlenging met 8,25 maanden in aanmerking te nemen.

De evaluatie van het bedrag van de meerkosten en van de termijnverlenging komt dus neer op een beoordeling van de technische consultant die zich daarvoor in essentie baseert op de coherentie van de door de concessiehouder verstrekte verantwoordingen.

Wat de termijnverlenging van 8,25 maanden betreft, dient eraan te worden herinnerd dat die termijn was berekend in verhouding tot het equivalentiepunt, namelijk de beschikbaarheid van de laatste vloerplaat van het biologisch bekken. Die verwezenlijking, die het mogelijk maakt de impact van de supplementaire saneringswerken te meten, heeft in de feiten geen aanleiding gegeven tot een overschrijding van meer dan 7,75 maanden²¹¹.

7.7 Juridische aard van de overeenkomst van 28 augustus 2003

Deze overeenkomst kan niet worden beschouwd als een afrekening aangezien ze langs een bilateraal akkoord wijzigingen aanbrengt in de concessieovereenkomst (een betalingswijze die afwijkt van de bepalingen van het BB en een mogelijkheid om bepalingen aan te passen in verband met de vroegtijdige verbreking en het niet-halen van prestaties).

De reflectie over de juridische aard van de overeenkomst leidt tot de vraag of de minister bevoegd is om een dergelijke akte te sluiten. Het Rekenhof is van oordeel dat de ondertekening van die overeenkomst de missie van de follow-up van de opdracht overschrijdt, maar dat de toestand geregulariseerd kon worden door de regeringsbeslissing van 3 februari 2005 betreffende de keuze van de betalingswijze en de gevolgen ervan.

De overeenkomst brengt eveneens wijzigingen teweeg in bijakte 1 bij de concessieovereenkomst, die voorziet in de vervroegde aankoop van de collector²¹². Hoewel de termijnverlenging geen betrekking heeft op de collector, zou de betaling ervan immers, bij ontstentenis van een nieuwe wijziging in het contract²¹³, worden uitgesteld tot de beëindiging van de hele installatie, d.w.z. in principe met 8,25 maanden.

7.8 Twijfel over de betalingswijze van het prijssupplement, de aan het gewest toegekende optie en de overeenkomst financiële gevolgen van de sanering van 3 februari 2005

Forfait voor meerkosten en optie voor de betalingsmodaliteiten

Aquiris wenste dat het gewest de saneringsmeerkosten te zijnen laste zou nemen naarmate de vastlegging van de uitgaven vorderde. Het voerde daarvoor aan dat

²¹⁰ Volgens de technische consultant is de dwingende termijn voor het geheel van het project die van de uitgraving van de biologische bouwput.

²¹¹ Die conclusie impliceert dat het argument van *Aquiris* wordt aanvaard dat zonder het saneringsaspect de laatste vloerplaat zou zijn voltooid twee maanden na het begin van de bouwfase, dankzij de uitvoering van een hele reeks voorbereidende werkzaamheden vóór de goedkeuring van de algemene studies. Het equivalentiepunt met de toestand van de offerte, die werd aanvaard bij de onderhandelingen vóór de overeenkomst van 28 augustus 2003, situeerde zich op 7,25 werfmaanden, zonder dat werd gepreciseerd of die termijn inging vanaf het begin van de bouwfase (cf. opmerkingen van de technische consultant van 28 mei 2003).

²¹² Cf. supra 5.2.

²¹³ Die wijziging werd effectief ingevoerd door de overeenkomst *modaliteiten voor de aankoop van de collector* van 3 februari 2005. Cf. supra 5.2.

de prefinanciering van die operatie het financiële evenwicht van de concessie op losse schroeven zou plaatsen.

Het gewest heeft de zuivere toepassing van het bestaande contract gevraagd, dat voorziet in de doorberekening van alle prijswijzigingen in de annuïteiten.

Uiteindelijk heeft de overeenkomst van 28 augustus 2003 gekozen voor een meerkostenforfait door de betalingskalender niet absoluut vast te leggen, wat neerkomt op een wijziging van het concessiecontract of althans op een unilaterale latere wijziging ervan.

Gelet op de belangrijke bedragen die op het spel staan, merkt het Rekenhof op dat het gewest een welbepaalde keuze moet maken, althans tot berekend is hoeveel de diverse betalingswijzen respectievelijk gaan kosten. Het moet die keuze zo snel mogelijk maken en rekening houden met het principe van het goede beheer van de beschikbare middelen van het Fonds voor de financiering van het waterbeleid²¹⁴ en met de betalingsmoeilijkheden die voor een bepaald begrotingsjaar zouden kunnen opduiken door de naleving van de normen van de Hoge Raad van Financiën (HRF).

Bijzonder aan de overeenkomst van 28 augustus 2003 is dat ze op het strikt tekstuele vlak in artikel 4.2 enkel de gevolgen organiseert van één aspect van de optie waarover het gewest beschikt, namelijk de verhoging van de annuïteit.

Het Rekenhof is echter van oordeel dat, los van de tekst van voornoemd artikel, het erin aangekondigde principe²¹⁵ en de elementen die voor de berekening gelden²¹⁶ eveneens van toepassing zijn op de optie van de eenmalige betaling. Dat standpunt wordt bevestigd door het feit dat, hoewel de keuzemogelijkheid van de eenmalige betaling erin voorkomt, de overeenkomst *modaliteiten voor de aankoop van de collector* van 3 februari 2005 artikel 4.2 van de overeenkomst van 28 augustus 2003 heeft gewijzigd om de mogelijkheid uit te sluiten dat het nieuw financieel plan wordt gedekt door een verhoging van de eigen middelen van *Aquiris*.

Optie van de eenmalige betaling

De overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering* van 3 februari 2005 bepaalt dat het gewest ervoor kiest de saneringsvergoeding te vereffenen door een eenmalige betaling binnen de 60 dagen na de voltooiing van de bouw van het station. De overeenkomst is er gekomen 17 maanden na de overeenkomst van 28 augustus 2003 die in die mogelijkheid voorzag. Die vertraging, die uiteindelijk geen nadeel heeft opgeleverd, kan allicht worden verklaard door het legislatuur-einde en door de verkiezingen van juni 2004.

De finaal gemaakte keuze kan, zoals de consideransen van de overeenkomst aangeven, immers worden beschouwd als zijnde de enige betalingsmodaliteit voor de vergoeding. Rekening houdend met de opties die al zijn genomen in de overeenkomst van 2003, heeft die immers tot gevolg dat ze de annuïteit van de aanvullende financiële lasten niet verhoogt. Als dusdanig is die demarche vergelijkbaar met die van bijakte 1, waar het Rekenhof in oktober 2003 gunstig op heeft gereageerd.

²¹⁴ Op het ogenblik dat de overeenkomsten van 3 februari 2005 ondertekend werden, bedroegen de beschikbare middelen van het fonds 130 miljoen EUR.

²¹⁵ De berekening van de annuïteit *tegen de meest gunstige voorwaarden voor het gewest rekening houdend met de evolutie van de financiële markten sedert de indiening van de offerte van Aquiris, overeenkomstig de leidende principes van die offerte en teneinde de behoeften te dekken die Aquiris heeft aangekondigd in hoofdstuk 3.11.1 van zijn offerte.*

²¹⁶ Zie supra 4.3.

Juridisch kader en betalingsdatum

Wat de schadevergoeding betreft, die wordt toegekend op basis van artikel 16, § 1, van het BB dat de principes van de contractuele aansprakelijkheid regelt, diende de saneringsvergoeding, bij de vaststelling van de hoofdsom en de berekening van haar financiële gevolgen, een integraal herstel van het geleden nadeel na te streven. Bedoeling ervan was het patrimonium van de benadeelde te herstellen in dezelfde staat als die waarin het zich bevond als er geen schade was geweest. In die optiek en ervan uitgaand dat de basisovereenkomst impliciet is afgeweken van artikel 42 van het BB²¹⁷, ontsnappen de betalingsmodaliteiten voor de vergoeding aan de reglementering betreffende de betalingsmodaliteiten voor de prijs van de concessie. Ze blijven echter vallen onder de wetgeving op de overheidsopdrachten en meer bepaald onder het principe van de geleverde en aanvaarde dienst.

In casu vormt de beslissing om de eenmalige betaling op het einde der werken te laten gebeuren, na de vaststelling dat de saneringswerken goed zijn uitgevoerd overeenkomstig de milieuvergunning, een keuze die de naleving van het principe van de geleverde en aanvaarde dienst combineert met de doelstelling de financiële lasten te beperken.

Bedrag van de vergoeding

Hoewel het om een bedrag van meer dan 17,2 miljoen EUR gaat, bevatten de aan de regering voorgelegde documenten weinig rechtvaardigingsstukken. Zowel het verslag van de administratie van 29 september 2004 als het advies van de Inspectie van Financiën van 5 oktober 2004 verwijzen immers enkel enerzijds naar een berekeningsnota die door *Aquiris* is opgesteld en anderzijds naar het advies van de financiële consultant van 23 september 2004, aangevuld met een berekeningsnota van 23 februari 2005 met de swapwaarden die in aanmerking moeten worden genomen overeenkomstig de financiële gegevens die op 4 februari 2005 zijn verzameld.

Dat advies blijkt dus de essentiële, zo niet de enige beoordeling te zijn van de eisen die *Aquiris* stelt op het gebied van de vergoeding die het wenst te ontvangen voor de financiële gevolgen van de bijkomende saneringswerken. Bij wijze van inleiding geeft de financiële consultant echter aan dat hem werd gevraagd de door *Aquiris* gevolgde berekeningsmethodologie te valideren en dat zijn opdracht zich ertoe heeft beperkt de financiële berekeningen te verifiëren op grond van de uitgavenkalender die *Aquiris* heeft voorgelegd. Het Rekenhof heeft niettemin kunnen vaststellen dat de financiële consultant betrokken is bij de besprekingen die zijn voorafgegaan aan de opstelling van de berekeningsnota van *Aquiris* en dat hij in de feiten op basis van de hypothesen en technische en juridische gegevens die hem zijn voorgelegd, instemde met het principe en de berekening van elk van de bestanddelen van de vergoeding .

Het Rekenhof heeft echter opmerkingen bij de posten betreffende de tussentijdse intrest en de swaapaanpassingskosten.

De verlenging van de duur van de bouwwerken met 8,25 maanden leidt tot een prefinancieringskost²¹⁸, die wordt berekend door de budgetten van de tussentijdse intrest te vergelijken op basis van twee theoretische vervaldagenschema's, één dat overeenstemt met de toestand zonder bijkomende sanering en één waarin

²¹⁷ Zie supra 4.3.

²¹⁸ Die post vertegenwoordigt een kostenplaatje van meer dan 12 miljoen EUR.

dat gegeven wel is geïncorporeerd. De berekeningen steunen op de intrestvoet die van toepassing was op het ogenblik van de offerte²¹⁹. Aangezien de intrestvoeten sterk zijn gedaald sedert de indiening van de offerte, had het door *Aquiris* (tot in februari 2005) werkelijk geleden nadeel en in de toekomst nog te lijden nadeel tot aan de betaling van de vergoeding (december 2006) berekend moeten worden op basis van de effectief door *Aquiris* betaalde intrest. Op die manier zou het werkelijk geleden nadeel zijn vergoed. Op het eerste gezicht lijkt de toepassing van een hoge intrestvoet in vergelijking met de marktrealiteit het gewest te benadelen. In werkelijkheid echter wordt dat percentage van tussentijdse intresten gecorrigeerd²²⁰ door een theoretische swap toe te passen op het vervaldagenschema voor de berekening van de tussentijdse intrest waarin de sanering wel is opgenomen. Die oplossing is dus zowel in overeenstemming met de regels voor de vergoeding van de contractuele verantwoordelijkheid als met een principe dat de partijen hebben aanvaard in het raam van de overeenkomst van 28 augustus 2003, namelijk dat de berekening van de annuïteit gebeurt *tegen de meest gunstige voorwaarden voor het gewest rekening houdend met de evolutie van de financiële markten*.

Met betrekking tot de swaapaanpassingskosten²²¹ dient te worden opgemerkt dat dat dekkingsinstrument, dat erin bestaat de variabele intrestvoet te ruilen voor een vaste intrestvoet, was aangekondigd in de offerte van *Aquiris* en dat het in overeenstemming is met de praktijken op het gebied van langetermijnfinanciering²²². Hoewel het gaat om een niet-speculatieve swap voor risicodekking, is de operatie niet risicoloos en hangt de waarde ervan af van de evolutie van de variabele intrestvoeten.

In casu heeft *Aquiris* al vanaf september 2001 een swapcontract gesloten op basis van een planning die ervan uitging dat de fase van de algemene studies in december 2002 afgerond werd en de bouwwerken in januari 2003 van start gingen. De termijn tussen het sluiten van de swap en de aanvang der werken verhoogde het risico dat de aanvankelijk vastgestelde vervaldagenkalender niet realistisch was. Door de bijkomende saneringswerken heeft de wijziging van het geraamde uitstaand bedrag van de schuld geleid tot een niet-aangepaste swap. Het nadeel dat daaruit is voortgevloeid, is niet enkel het gevolg van die toestand van overdekking, maar ook van de vermindering van de variabele intrestvoet. Als de intrestvoet daarentegen in tegenovergestelde richting was geëvolueerd, had de overdekking een meerwaarde opgeleverd. De vraag rijst dan ook of de tenlasteneming door het gewest van de totale kost voor de swaapaanpassing niet verder gaat dan het vereiste causaal verband tussen fout en schadevergoeding.

Een ander belangrijk element in de berekening van de swaapaanpassingskosten is of rekening gehouden moet worden met de mogelijkheid dat de werken al in januari 2003 van start gaan. De overeenkomst van 28 augustus 2003 sloot dat uit, zowel voor de verlenging van de uitvoeringstermijn als voor de swaapaanpassingskosten. Die swaapaanpassingskosten waren immers strikt gesproken alleen maar

²¹⁹ Of 6,615%, samengesteld uit de basisintrestvoet (5,80%) en de marge (0,85%).

²²⁰ Het is evenwel moeilijk om concreet en separaat dat swapcorrectie-effect vast te stellen, aangezien de operatie niet enkel het vervaldagenschema integreert dat is gehanteerd voor de berekening van de tussentijdse intrest, maar ook de wijziging van het vervaldagenschema die voortvloeit uit de vertraagde aanvang der werken en uit de betaling van de saneringsvergoeding die het uitstaand bedrag van de swap vermindert.

²²¹ Die kosten bedragen 1.740.935 EUR voor de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering* en 1.873.254 EUR voor de overeenkomst *modaliteiten voor de aankoop van de collector*.

²²² Cf. RUTTIENS, A., *Futures, Swaps, Options*, Editions de la Chambre de Commerce et d'Industrie, Liège, 2003, p. 13, 16, 67 en 86.

toegestaan voor zover ze voortvloeiden uit kosten voor de supplementaire saneringswerken en uit de verlenging van de toegestane termijnen. De overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering van 3 februari 2005* is daarvan afgeweken door, louter en alleen voor de berekening van de swaapaanpassingskosten, een periode in aanmerking te nemen die al in februari 2003 aanvangt²²³. Die beslissing zou steunen op de mate waarin *Aquiris* is voorbereid om bepaalde grond- en saneringswerken effectief aan te vatten²²⁴. Die motivering stond echter niet vermeld in het dossier dat bovenvernoemde overeenkomst vergezelde. Het feit dat de swap sedert januari 2003 is aanvaard, heeft tot gevolg gehad dat het gewest niet enkel gedurende de zes maanden vóór de werken de financiële kosten heeft moeten dragen voor de bedragen die niet aan een lening gekoppeld waren, maar vooral dat een bestendig verschil bleef behouden tussen het vervaldagenschema van de swap 2001 en het theoretische vervaldagenschema dat rekening houdt met de sanering en begint te lopen vanaf juli 2003.

7.9 Overeenkomst modaliteiten van de aankoop van de collector van 3 februari 2005

Die overeenkomst hoort enkel thuis onder het hoofdstuk *sanering* voor zover enerzijds de overeenkomst van 28 augustus 2003 impliciet bijakte 1 heeft gewijzigd door alleen de termijn voor de bouw van het station te verlengen – waardoor wegens het saneringsprobleem twee afzonderlijke contractuele termijnen zijn ontstaan – en voor zover anderzijds de berekeningswijze voor het te betalen bedrag voor de vervroegde aankoop van de collector voortvloeit uit de berekeningswijze van de saneringsvergoeding.

De overeenkomst voert bijakte 1 uit door het optierecht op 3 februari 2005 uit te oefenen. De vereffening van de annuïteit nul die overeenstemt met de prijs van de collector, is voorzien voor de maand die volgt op de voltooiing van de collector. Er is gekozen voor de datum die het dichtst ligt bij de beëindiging van de bouw van de collector om de financiële lasten te verminderen en tegelijkertijd het principe van de geleverde en aanvaarde dienst na te leven. Het Rekenhof is van oordeel dat die wijziging van de betalingsmodaliteiten de gelijke behandeling van de inschrijvers nog altijd niet in het gedrang brengt²²⁵ en dat het principe van de geleverde en aanvaarde dienst is nageleefd. Wegens de technische en functionele kenmerken van de collector zal het gewest immers op de geplande vereffeningdatum in staat zijn te beoordelen of de collector opleverbaar is. De eigendomsoverdracht die daaruit voortvloeit, leidt niet tot de overdracht van de risico's, die blijven ten laste van de concessiehouder tot de oplevering van de totaliteit der werken.

Het bedrag exclusief btw van annuïteit nul, zoals bepaald in de overeenkomst, is kleiner dan het bedrag in bijakte 1. De vermindering is een gevolg van de teruggave van intresten door de vervroegde betaling. De rendabiliteit van de operatie is echter lang niet deze die werd gehaald in 2001²²⁶, op het ogenblik van de ondertekening van bijakte 1. Op dat ogenblik had de wijziging aan het financieringsplan immers geen enkele negatieve impact omdat de operatie kon worden geïntegreerd in het vervaldagenschema van de swap. Bijgevolg kon men van de annuïteit de tussentijdse intresten in mindering brengen die overeenstemde met de kostprijs van de collector. In 2005 is de situatie anders omdat ze een

²²³ Artikel 2.1, a), van de overeenkomst *financiële gevolgen van de sanering van 3 februari 2005*.

²²⁴ Zie supra 4.1.

²²⁵ Zie het verslag van het Rekenhof van oktober 2003, p. 58.

²²⁶ 5,76%.

swaapaanpassing impliceert in de zin van een vermindering van het uitstaand bedrag. Dat brengt binnen een context van dalende intrestvoeten een te betalen compensatie met zich die moet worden afgetrokken van de winst uit de tussentijdse intresten. De operatie van de vervroegde betaling blijft echter rendabel voor het gewest, aangezien het percentage van de tussentijdse intrest (vast basispercentage + bankmarge) hoger is dan de swapcompensatie (vast basispercentage – variabel percentage) en men er kan van uitgaan dat het door het gewest voorgesloten bedrag kon worden geleend tegen het variabel percentage.

In casu is die gereduceerde winst opnieuw gedaald omdat op de prijs van de collector btw is toegepast vanaf het ogenblik dat de optie uitgeoefend is. De nominale besparing, die was aangekondigd in de berekeningsnota aan de regering²²⁷ en die gepreciseerd werd bij de effectieve swaapaanpassing op 4 februari 2005²²⁸, vloeit bovendien voort uit een berekeningswijze die ervan uitgaat dat de betaling van de collector met 8,25 maanden wordt uitgesteld, van juni 2006 tot maart 2007, tegen ongewijzigde prijs. De tussentijdse intresten voor dat uitstel komen dan ten laste van de saneringsvergoeding.

Naar analogie met wat is uiteengezet voor de saneringsvergoeding, speelt de swap, toegepast volgens dezelfde kalender als die voor de berekening van de tussentijdse intresten, ook hier een percentageregulerende rol: het *contractueel* percentage van de tussentijdse intrest wordt teruggebracht tot het variabel percentage, dat het echte marktpercentage is op het ogenblik van de operatie.

²²⁷ 2.355.616 EUR.

²²⁸ 2.214.473 EUR volgens de brief van 21 februari 2005 van de financiële adviseur.

Hoofdstuk 4

Financiering door het gewest

Het bedrag van de annuïteit²²⁹ heeft de vorige regering ertoe aangezet in een bijzonder financieringsmechanisme te voorzien en haar ontvangsten- en uitgavenramingen te beschrijven voor een periode die de hele duur van de concessieovereenkomst dekt.

Dat mechanisme, de budgettaire tenuitvoerlegging ervan en het financieringsplan werden uiteengezet en geanalyseerd in het vorige verslag van het Rekenhof, met inbegrip van de gevolgen van de vroegtijdige aankoop van de collector (bijakte 1).

Dit hoofdstuk herhaalt hoe dat mechanisme werkt (1) en herinnert aan de essentie van de opmerkingen uit het vorige verslag (2). De actualisering van het financieringsplan, dat als een stuurinstrument wordt beschouwd, heeft het Rekenhof uitgevoerd op basis van de hypothesen en ramingen verstrekt door de administratie en door het kabinet van de huidige minister belast met Waterbeleid (3).

1 Financieringsmechanisme: opfrissing

Net zoals de totaliteit van de investeringen voor waterzuivering wordt de bouw en de exploitatie van het Waterzuiveringsstation Noord gefinancierd door gewone kredieten die zijn ingeschreven in de gewestbegroting en door variabele kredieten van het Fonds voor het beheer van het afval- en regenwater²³⁰. Dat begrotingsfonds wordt gestijfd door de opbrengst van de heffing op de lozing van afvalwater²³¹ en door de bijdrage van het Vlaams Gewest voor de financiering van bepaalde werken²³².

In 2001 werd een instelling van openbaar nut *Fonds voor de financiering van het waterbeleid* opgericht²³³. Het was de bedoeling dat fonds progressief te stijven, namelijk door er de beschikbare middelen van het begrotingsfonds naar over te dragen, om zo een reserve aan te leggen vóór de vervaldag van de eerste annuïteiten. Dat mechanisme moest het mogelijk maken op het gewenste moment de aanzienlijke kasuitgaven te verrichten langs een orgaan met een andere rechtspersoonlijkheid dan het gewest. Bijgevolg zou het gewest zijn begrotingsevenwicht kunnen vrijwaren en de norm voor het netto te financieren saldo naleven die de HRF oplegt. De progressieve stijving van dat fonds met rechtspersoonlijkheid is in december 2001 begonnen.

Sedert 2002 vervolledigt een budgettaire bijbepaling de financieringsmogelijkheden van het waterbeleid: de regering mag de variabele kredieten van basisallocatie (BA) *werken*²³⁴ gebruiken voor uitgaven die onder het algemene waterbeleid vallen.

²²⁹ Van nagenoeg 50 miljoen EUR, volgens de uitgangshypothese betaalbaar gedurende 20 jaar vanaf 2007.

²³⁰ De ontvangsten en de uitgaven van dat begrotingsfonds zijn vastgelegd door artikel 2, 11°, van de ordonnantie van 12 december 1991 houdende oprichting van begrotingsfondsen.

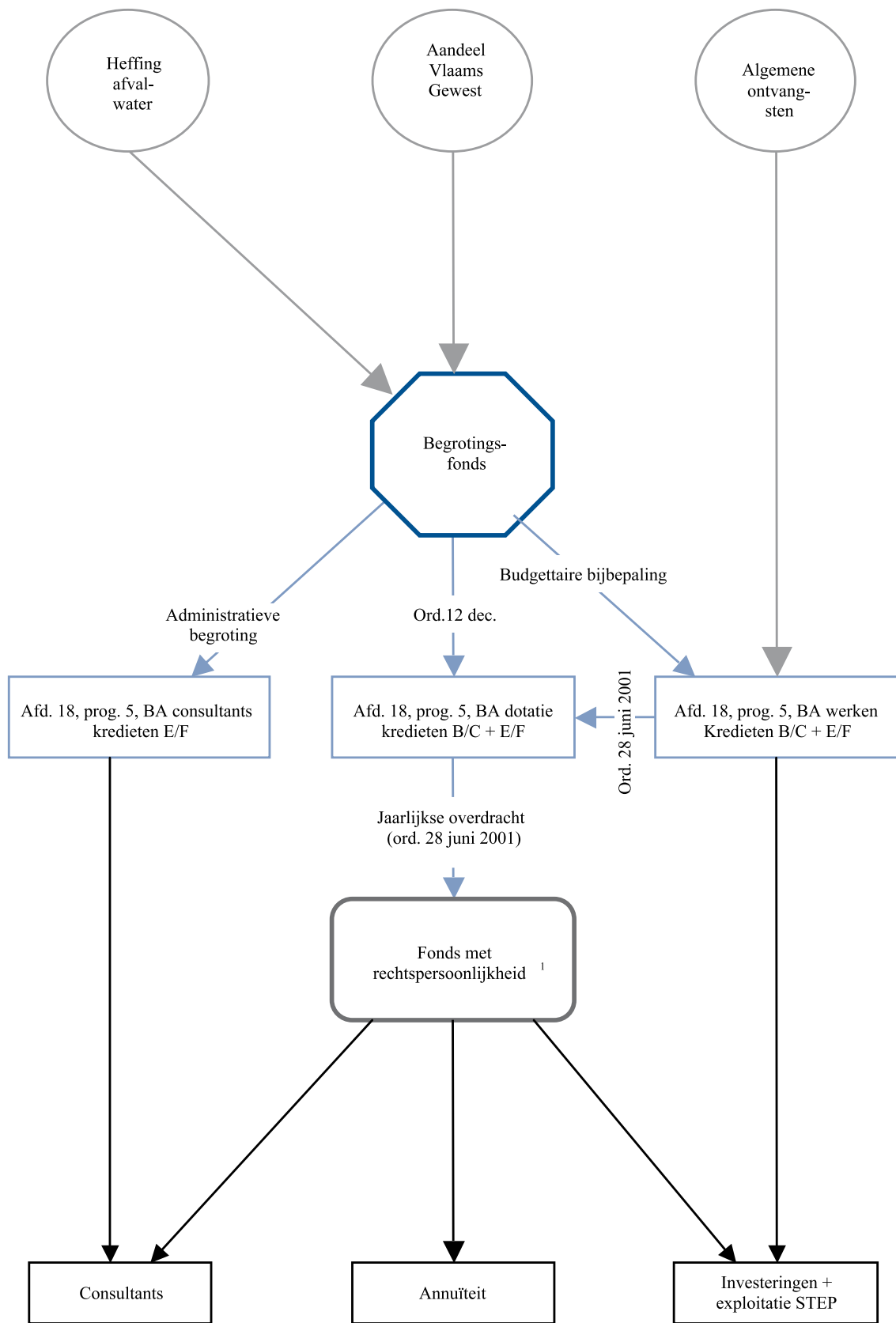
²³¹ Cf. ordonnantie van 29 maart 1996 tot instelling van een heffing op de lozing van afvalwater.

²³² Krachtens de overeenkomst van 12 december 1990 tussen de Vlaamse en Brusselse Regering financiert het Vlaams Gewest 15,70% van de kosten van de werken van het Waterzuiveringsstation Noord.

²³³ Cf. ordonnantie van 28 juni 2001 betreffende het Fonds voor de financiering van het waterbeleid. Dat fonds is een instelling van openbaar nut van categorie A in de zin van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut.

²³⁴ BA 18.52.25.73.41.

Figuur 4 – Schema van de gewestelijke financiering



¹ De historische reserves van het begrotingsfonds (80 miljoen EUR) werden in 2001 en 2002 overgeheveld.

De ontwerphervorming van de watersector, die de vorige regering heeft opgestart en die vooral beoogt de btw te recupereren op investeringen via een btw-plichtige instelling²³⁵, is niet gerealiseerd.

De huidige minister belast met Waterbeleid heeft de intentie een ontwerpordonnantie in te dienen ter omzetting van de Europese richtlijn 2000/60/EG van het Europees Parlement en van de Raad van 23 oktober 2000 tot vaststelling van een kader voor communautaire maatregelen betreffende het waterbeleid. Dat ontwerp moet los worden gezien van de kwestie van de rationalisering van de sector²³⁶. De mogelijkheid om de btw te recupereren is bijgevolg niet geïntegreerd in dat financieringsmechanisme.

Bovendien heeft de veronderstelling dat de beschikbare middelen groter waren dan de behoeften het geweest ertoe gebracht op 19 december 2001 bijakte 1 bij de concessieovereenkomst te sluiten om de kostprijs van de collector in één keer apart te kunnen betalen²³⁷.

Naar aanleiding van de uitwerking van die bijakte heeft het kabinet van de minister belast met het Waterbeleid in 2001 een financieringsplan uitgewerkt op basis van de volgende hypothesen:

- een financiering van de investeringen bij ongewijzigd beleid (17,60 miljoen EUR ordonnanceringskredieten per jaar – valuta 2002);
- een raming van de toekomstige investeringen buiten het Waterzuiveringsstation Noord;
- de jaarlijkse overdracht naar het fonds met rechtspersoonlijkheid van de opbrengst van de heffing op afvalwater en het aandeel van het Vlaams Gewest;
- de overdracht naar het fonds met rechtspersoonlijkheid, in 20 jaar, van het saldo van de historische tegoeden van het begrotingsfonds.

2 Opmerkingen van het Rekenhof van oktober 2003

Op budgettair vlak stelde het vorige verslag van het Rekenhof vast dat het financieringsmechanisme niet transparant was: bij ontstentenis van de goedkeuring van specifieke vastleggingskredieten werd het parlement pas over de concessieovereenkomst geïnformeerd toen het aan de regering machtiging verleende voor de opdrachtgunning, via de budgettaire bijbepaling ingevoegd in het beschikkend gedeelte van de algemene uitgavenbegroting voor het jaar 2000. Op het ogenblik dat het Rekenhof zijn verslag maakte, was daarenboven de begroting van het fonds met rechtspersoonlijkheid niet als bijlage bij de algemene begroting gevoegd.

Het verslag had eveneens aan het licht gebracht dat er voldoende jaarlijkse middelen waren om de annuïteit te betalen, onder voorbehoud van de uitgangshypothesen van het financieringsplan van 2001, waardoor twijfel ontstond of er wel een specifieke reserve moest worden aangelegd. Ter herinnering: die hypothesen zijn enerzijds de politieke wil om een onveranderde budgettaire inspanning te leveren voor het waterbeleid en anderzijds het gebrek aan grote investeringen ter zake van 2005 tot 2026. Bovendien koos de HRF ervoor bij de nalevingscontrole op de norm voor het netto te financieren saldo de uitgaven enkel in aanmerking

²³⁵ Het bovenvermelde verslag van het Rekenhof, p. 56.

²³⁶ Persconferentie van 22 maart 2005.

²³⁷ Cf. supra hoofdstuk 3, 5.2.

te nemen op het ogenblik van de betaling aan derden. Die methodologie zorgde ervoor dat de oprichting van een andere rechtspersoonlijkheid dan het gewest nutteloos was. Die dubbele vaststelling had als gevolg dat het Fonds voor de financiering van het waterbeleid zijn financieel en budgettair nut verloor.

Het financieringsplan van 2001 had het Rekenhof onderzocht om te kunnen evalueren of de beschikbare middelen adequaat zijn en – om uitsluitsel te geven over sommige benaderende ramingen – rekening te houden met de wijzigingen die zich hebben voorgedaan na de opstelling van dat plan (zoals de overdracht van de historische reserves van het begrotingsfonds naar het fonds met rechtspersoonlijkheid in 2001 en 2002). Het was vooral de bedoeling te komen tot geactualiseerde bedragen, rekening houdend met meer bepaald de munterosie waaronder het vaste gedeelte van de annuïteit lijdt (cf. infra 3.5). De simulatie van het Rekenhof steunde op de hypothese van een constant beleid dat een indexering van de financieringsbronnen veronderstelt.

3 Actualisering van de gegevens op 1 juni 2005

3.1 Wetteksten

De wetteksten die aan de basis liggen van de oprichting van het Fonds voor de financiering van het waterbeleid werden niet gewijzigd. De beheerders willen nog steeds de opdracht van die instelling van openbaar nut (ION) in essentie beperken tot de tenlasteneming van de kosten voor de concessieopdracht betreffende het Waterzuiveringsstation Noord, terwijl de ordonnantie van 28 juni 2001 ruimer is geformuleerd. Het besluit van 15 november 2001 werd bovendien niet aangepast, ondanks het antwoord van de administratie tijdens het tegensprekelijk debat over het vorige verslag van het Rekenhof. Dat besluit stelt de regels voor de boekhouding en het beheer van dat fonds vast, maar werd onverenigbaar geacht met de bovenvermelde ordonnantie omdat het aan het fonds alle administratieve taken opdraagt betreffende de uitgaven waarmee het belast wordt.

3.2 Budgettaire voorstelling

De situatie is transparanter geworden: de begroting van het fonds met rechtspersoonlijkheid werd opgesteld; ze is opgenomen als bijlage bij de begrotingen voor de jaren 2004 en 2005.

3.3 Ontvangsten

De volgende elementen moeten in aanmerking worden genomen:

De beschikbare middelen op 31 december 2005

In tegenstelling tot een van de hypothesen van het financieringsplan van 2001 (constante kredieten bestemd voor het vergaren en zuiveren van afvalwater) werden die kredieten in 2003 verminderd (13,76 miljoen EUR) en in 2004 vermeerderd (25,34 miljoen EUR).

De spreiding van die investeringen was bovendien niet in overeenstemming met de planning van de administratie, om allerlei technische of administratieve redenen. Daaruit volgt dat het fonds voor de jaren 2003 en 2004 niet werd gestijfd volgens de ramingen, aangezien de begrotingskredieten de verwezenlijkingen overstegen. Die verrichting is wel volledig doorzichtig verlopen. Bij de begrotingsaanpassing

2003 werden de overtollig geachte kredieten (5 miljoen EUR) immers afgenomen van de BA *werken*²³⁸ en overgedragen naar de BA *dotatie*²³⁹ bestemd voor de stijging van het fonds²⁴⁰.

Uit de combinatie van de voorgaande elementen, uit de toepassing van het bovenvermelde financieringsmechanisme en uit de effectieve inbreng van de heffing op afvalwater volgt dat de beschikbare betaalkredieten op 31 december 2005 kunnen worden geraamd²⁴¹ op 160,03 miljoen EUR, wat overeenstemt met het bedrag van de tegoeden van het fonds met rechtspersoonlijkheid²⁴² en die van het begrotingsfonds²⁴³. Die raming is eveneens gebaseerd op de hypothese dat de kredieten ingeschreven in de begroting van 2005 volledig worden aangewend.

De jaarlijks terugkerende ontvangsten

Voor 2006 en de volgende jaren impliceert de hypothese van het *constant beleid* voor de terugkerende budgettaire middelen dat de ontvangsten, tot de betaling van de laatste annuïteit, op het niveau worden gehouden van die van 2002, d.w.z. een gewoon begrotingskrediet van 19,01 miljoen EUR²⁴⁴ in valuta van 2006, op de BA *werken*.

De annuïteiten zullen eveneens worden gefinancierd door twee andere soorten terugkerende ontvangsten: de opbrengst van de heffing op afvalwater en het aandeel van het Vlaams Gewest in de financiering van de sanering van de bekkens van de Zenne en de Woluwe in Brussel overeenkomstig de bovenvermelde overeenkomst van 12 december 1990.

De bruto-opbrengst van de heffing bedroeg 20,44 miljoen EUR voor 2004. Ook hier vond de berekening plaats op basis van het principe van het constant beleid dat een indexering van de financieringsbronnen veronderstelt. Het komt echter de politieke overheid toe te kiezen of ze de indexering ten laste van de begroting of ten laste van de heffing wil leggen en zich uit te spreken voor automatische indexeringen of trapsgewijze inhaalbewegingen. Aangezien de regering op het ogenblik van de opstelling van dit verslag geen enkel initiatief had genomen in de zin van een onmiddellijke indexering van de heffing, werd het bedrag dat in 2004 werd geïnd, behouden voor het jaar 2006. De hypothese van de indexeringsgebonden groei werd toegepast vanaf 2007. Er dient opgemerkt dat de kosten voor de inning van de heffing (0,83 miljoen EUR in 2005), die ten laste komen van de variabele kredieten van de begroting van afdeling 18 onder de BA bestemd voor de vergoeding van de BIWD, een conventionele indexering kennen.

²³⁸ BA 18.52 25.73.41.

²³⁹ BA 18.52 32.61.31.

²⁴⁰ Bij de begrotingsaanpassing 2004 werd aan die BA *dotatie* een variabel krediet van 5 miljoen EUR toegekend, waarvan slechts een deel (1,35 miljoen EUR) kan voortvloeien uit de BA *werken*.

²⁴¹ Raming op basis van de gegevens bekend op 1 april 2005.

²⁴² Beschikbare middelen op 1 april 2005 (131,13 miljoen EUR) + dotatie 2005 (22 miljoen EUR) = 153,13 miljoen EUR.

²⁴³ 6,90 miljoen EUR. Er wordt verondersteld dat de opbrengst van de heffing op afvalwater in 2005 en de huidige tegoeden van het begrotingsfonds het mogelijk maken de dotatie te stijven met 22 miljoen EUR; dat bedrag is geboekt in de tegoeden van het fonds met rechtspersoonlijkheid.

²⁴⁴ Bedrag in valuta van 2002 (17,60 miljoen EUR) uitgedrukt in valuta 2006 rekening houdend met een jaarlijks inflatiepercentage van 1,9% tot en met 2004 inbegrepen (gemiddelde inflatie vastgesteld voor de periode 1999-2004 door het Federaal Planbureau (FPB) in zijn *Economische vooruitzichten 2005-2010*, april 2005) en een jaarlijks percentage van 2,1% vanaf 2005 (persmededeling van het FPB over zijn economische perspectieven 2005-2010).

De ontvangsten afkomstig van het Vlaams Gewest variëren volgens de uitgaven. Ze vertegenwoordigen 15,70 % van de kosten voor het bekken Noord²⁴⁵ en 11,68 % van die voor het bekken Zuid. Ze stijven het begrotingsfonds en worden uiteindelijk ter beschikking gesteld van het waterbeleid in zijn geheel. Dat mechanisme wordt eveneens toegepast op het Vlaams aandeel in de exploitatie-uitgaven van het Waterzuiveringsstation Zuid, terwijl die uitgaven momenteel in de begroting worden gedekt door een gewoon niet-gesplitst krediet²⁴⁶. Dat zal niet meer het geval zijn als de situatie wordt geregulariseerd en in overeenstemming gebracht met de bovenvermelde ordonnantie van 28 juni 2001. Die bepaalt dat het Fonds voor de financiering van het waterbeleid de uitgave ten laste neemt die overeenstemt met de exploitatie van het Waterzuiveringsstation Zuid en met die van de collectoren en de stormbekkens²⁴⁷.

De volgende tabellen zijn in lopende prijzen opgesteld om het echt thesauriesaldo te tonen. Ze houden rekening met een inflatie van 2,1 % per jaar²⁴⁸. Het Rekenhof is immers van oordeel dat die benaderingswijze noodzakelijk is wegens het essentiële kenmerk van de annuïteit te bestaan uit een niet-herzienbaar en een herzienbaar gedeelte (cf. infra 3.4).

Tabel 7 – Algemene ontvangsten bestemd voor de betaling van de annuïteit (in miljoen EUR en in lopende prijzen)

Jaar	Beschikbaar 31 dec. 2005	Begrotings- krediet	Heffing afvalwater	Tegemoet- koming VG / Noord	Tegemoet- koming VG / Zuid	Totaal
2005	160,03					160,03
2006		19,01	20,44	18,77	0,58	58,81
2007		19,41	20,87	0,05	0,60	40,93
2008		19,82	21,31	7,38	0,61	49,11
2009		20,24	21,75	7,37	0,62	49,98
2010		20,66	22,21	7,42	0,63	50,93
2011		21,10	22,68	7,47	0,65	51,89
2012		21,54	23,15	7,52	0,66	52,88
2013		21,99	23,64	7,58	0,68	53,89
2014		22,45	24,14	7,63	0,69	54,91
2015		22,92	24,64	7,69	0,70	55,96
2016		23,41	25,16	7,75	0,72	57,03
2017		23,90	25,69	7,81	0,73	58,13
2018		24,40	26,23	7,87	0,75	59,25

²⁴⁵ Het bedrag van 18,77 miljoen EUR in tabel 7 omvat eveneens een regularisatie van 1,18 miljoen EUR voor voorgaande jaren.

²⁴⁶ Voor 2006 worden de behoeften geraamd op 5 miljoen EUR, waarvan 584.000 EUR ten laste van het Vlaams Gewest.

²⁴⁷ Zonder bijdrage van de Vlaamse Gemeenschap.

²⁴⁸ Bij de analyse van de offertes werd een inflatie van 2,5 % verwacht. Op die basis werden de schommelingspercentages van de lonen en van het indexcijfer van de prijzen van de industriële productie gekozen die een rol spelen bij de berekening van de annuïteit. Momenteel bestaat de tendens uit te gaan van een minder hoog gemiddeld inflatiepercentage (2,1 % in 2005, 1,8 % voor de periode 2006-2010 volgens het FPB). Het percentage van 2,1 % werd gekozen om coherent te blijven met de hypothesen voor de berekening van de evolutie van de annuïteit, het percentage 1,9 % dat werd aangehouden voor de periode 2002-2004 en de verwachte percentages. Het stemt bovendien overeen met de raming van het FPB voor 2005.

Jaar	Beschikbaar 31 dec. 2005	Begrotings- krediet	Heffing afvalwater	Tegemoet- koming VG / Noord	Tegemoet- koming VG / Zuid	Totaal
2019		24,91	26,78	7,93	0,77	60,39
2020		25,44	27,34	7,99	0,78	61,55
2021		25,97	27,92	8,06	0,80	62,74
2022		26,51	28,50	8,13	0,81	63,96
2023		27,07	29,10	8,19	0,83	65,20
2024		27,64	29,71	8,27	0,85	66,47
2025		28,22	30,34	8,34	0,87	67,76
2026		28,81	30,97	8,41	0,88	69,08
2027		29,42	31,62	8,49	0,90	70,43
Totaal	160,03	524,85	564,21	176,12	16,12	1.441,33

3.4 Uitgaven

De in aanmerking genomen uitgaven zijn degene die worden gefinancierd door de bovenvermelde ontvangsten, namelijk: de beschikbare middelen van het Fonds voor de financiering van het waterbeleid, de variabele kredieten bestaande uit de heffing op afvalwater en het aandeel van het Vlaams Gewest, alsook een deel van het gewoon begrotingskrediet ingeschreven op de *BA werken*.

Die uitgaven zijn de volgende:

- De betaling van de collector in februari 2006 in plaats van in juli 2006, wat een daling van het bedrag ervan impliceert (73.503.957 EUR in plaats van 76.183.470 EUR) en de handhaving van de annuïteit op het niveau zoals bepaald door bijakte 1²⁴⁹.
- De financiële gevolgen van de aanvullende sanering. Die zullen ten laste worden genomen door een eenmalige betaling, waarvan de vereffening in december 2006²⁵⁰ is gepland: 38.163.662 EUR.
- De uitgaven voor zware investeringen buiten het Waterzuiveringsstation Noord. Ze omvatten enerzijds het geraamde bedrag van het uitstaand bedrag van de *BA werken* op 31 december 2005: 27,01 miljoen EUR²⁵¹. Anderzijds omvatten ze een nieuwe raming van het aandeel van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in de toekomstige investeringen die vanaf 2006 moeten worden uitgevoerd: 53,40 miljoen EUR, namelijk:
 - collector van de Woluwe: 10 miljoen EUR;
 - collector Verrewinkelbeek: 6 miljoen EUR;
 - overdekking van de Geleytsbeek: 1,2 miljoen EUR;
 - bekken van de Pede: 1,2 miljoen EUR;
 - project Molenbeek: 20 miljoen EUR;
 - stormbekken Vorst: 15 miljoen EUR.

²⁴⁹ Cf. supra hoofdstuk 3, 5.2.

²⁵⁰ Cf. supra hoofdstuk 3, 5.1.

²⁵¹ Volgens cijfers van de administratie bedroeg het uitstaand bedrag op 31 december 2004 25,16 miljoen EUR. Bij perfecte uitvoering van de begroting 2005, die voorziet in 22,31 miljoen EUR vastlegingskredieten tegenover 20,46 miljoen EUR ordonnanceringskredieten, zou het uitstaand bedrag eind 2005 27,01 miljoen EUR moeten belopen.

Bij ontstentenis van een gedetailleerde aanzuiveringsplanning was men van oordeel dat het geheel investering van 80,41 miljoen EUR, bestaande uit de som van het uitstaand bedrag eind 2005 en van de toekomstige vastleggingen, zou worden geordonnanceerd ten belope van 16,08 miljoen EUR (in constante prijzen, valuta 2006) per jaar, van 2006 tot 2010.

- Een raming van de verschillende tegemoetkomingen buiten de zware investeringen vanaf 2006 (blauwe netwerk en varia): 3,21 miljoen EUR.
- Een door de minister belast met Waterbeleid gewenste jaarlijkse investeringsreserve voor het behoud van de bestaande infrastructuur, waarvan het bedrag kan worden geraamd op 1 miljoen EUR in 2006.
- Een raming op 31 december 2005, van het uitstaand bedrag van de BA *prestaties van derden*²⁵²: 0,40 miljoen EUR²⁵³. Die BA dekt de honoraria van de consultants van het station Noord en zou nieuwe kredieten impliceren ten belope van 0,20 miljoen EUR voor de jaren 2006 tot 2008. Er kan van worden uitgegaan dat het totale bedrag van 1 miljoen EUR (in constante prijzen, valuta 2006) zal worden geordonnanceerd over drie jaar.
- De tenlasteneming door het fonds met rechtspersoonlijkheid van de exploitatie-uitgaven van het Waterzuiveringsstation Zuid, van de collectoren en van de stormbekkens, geraamd op 6 miljoen EUR in 2006.
- De tenlasteneming via de variabele kredieten van de kosten voor de heffingsinning (0,85 miljoen EUR in 2006)²⁵⁴. De uitgave vormt het voorwerp van een conventionele indexering.
- De verlenging van de bouwtermijn van het station met 8,25 maanden die tot gevolg heeft dat de eerste annuïteit (46.637.663 EUR btw inbegrepen) veeleer zal worden betaald in 2008 dan in 2007.
- De annuïteit bestaat uit een niet-herzienbaar gedeelte (investering) en een herzienbaar gedeelte (exploitatie). Het exploitatiegedeelte varieert volgens het behandelde volume water en de verwerkte vuilvracht, en volgt vooral de evolutie van het indexcijfer van de kosten van de arbeidskrachten (S) en het indexcijfer van de prijzen van de industriële productie (IPIP) overeenkomstig de contractueel vastgelegde herzieningsformule²⁵⁵. De berekening van de annuïteiten steunde op een raming van de proportionele (inkomend volume water en verwerkte vuilvracht) en herzienbare gedeeltes (jaarlijks groeipercentage van 3% voor S en van 2% voor het IPIP)²⁵⁶. Het nominaal bedrag btw inbegrepen van de annuïteit, berekend op die basis en rekening houdend met de vervroegde betaling van de collector, belooft 46.667.663 EUR in 2008; het stijgt jaar na jaar op basis van de bovenvermelde aanpassing tot 54.059.793 EUR in 2027.

De uitgaven ingeschreven op de begroting onder de BA *toelagen* voor de gemeentelijke rioleringsplannen, die voordien ten laste werden genomen door variabele

²⁵² BA 18.52.21.12.11.

²⁵³ Volgens de cijfers van de administratie bedroeg het uitstaand bedrag op 31 december 2004 van BA *prestaties van derden* 0,46 miljoen EUR. Bij perfecte uitvoering van de begroting 2005, die voorziet in 0,14 miljoen EUR vastleggingskredieten tegenover 0,30 miljoen EUR ordonnanceringskredieten, zou het uitstaand bedrag eind 2005 0,40 miljoen EUR moeten belopen

²⁵⁴ Bedrag 2005 (0,83 miljoen EUR), uitgedrukt in valuta 2006 en rekening houdend met het voornoemde percentage van 2,1%.

²⁵⁵ $P = P_0 \left[0,10 + 0,315 \frac{S}{S_0} + 0,585 \frac{IPIP}{IPIP_0} P \right]$.

²⁵⁶ $\frac{S}{S_0} = 1,030$, $\frac{IPIP}{IPIP_0} = 1,020$.

Tabel 8 – Algemene uitgaven van station Noord en van de zware investeringen (in lopende prijzen, in milj. EUR incl. btw)

Jaar	Bijakte 1 + sanering	Annuïteit	Investerings- resERVE	Blauw netwerk + varia	Investerings- reserve	Consultants	BIWD	Exploitatie	Totaal
2006	111,67		16,08	3,21	1,00	0,33	0,85	6,00	139,14
2007			16,42	3,28	1,02	0,34	0,87	6,13	28,05
2008		46,64	16,76	3,35	1,04	0,35	0,88	6,25	75,28
2009		46,95	17,12	3,42	1,06		0,90	6,39	75,84
2010		47,27	17,48	3,49	1,09		0,92	6,52	76,76
2011		47,59		3,57	1,11		0,94	6,66	59,86
2012		47,93		3,64	1,13		0,96	6,80	60,46
2013		48,27		3,72	1,16		0,98	6,94	61,06
2014		48,62		3,79	1,18		1,00	7,09	61,68
2015		48,98		3,87	1,21		1,02	7,23	62,32
2016		49,35		3,96	1,23		1,04	7,39	62,96
2017		49,73		4,04	1,26		1,07	7,54	63,63
2018		50,11		4,12	1,28		1,09	7,70	64,31
2019		50,51		4,21	1,31		1,11	7,86	65,00
2020		50,92		4,30	1,34		1,13	8,03	65,71
2021		51,33		4,39	1,37		1,16	8,19	66,44
2022		51,76		4,48	1,39		1,18	8,37	67,18
2023		52,20		4,58	1,42		1,21	8,54	67,95
2024		52,65		4,67	1,45		1,23	8,72	68,72
2025		53,11		4,77	1,48		1,26	8,91	69,52
2026		53,58		4,87	1,52		1,28	9,09	70,34
2027		54,06		4,97	1,55		1,31	9,28	71,17
Totaal	111,67	1.001,52	83,86	88,71	27,60	1,02	23,39	165,62	1.503,39
Totaal Aquiris	1.113,19								

kredieten van het Fonds voor het beheer van afval- en regenwater, zijn in de toekomst niet meer opgenomen. Die maatregel is immers afgelopen.

Het geheel van die elementen is opgenomen in tabel 8.

3.5 Synthese

Tabel 9 – Algemene ontvangsten en uitgaven van het Waterzuiveringsstation Noord en van de zware investeringen (in lopende prijzen en in miljoen EUR btw inbegrepen)

Jaar	Ontvangsten	Uitgaven	Jaarlijkse saldi	Gecumuleerde saldi
2005	160,03		160,03	160,03
2006	58,81	139,14	-80,34	79,69
2007	40,93	28,05	12,88	92,57
2008	49,11	75,28	-26,17	66,40
2009	49,98	75,84	-25,85	40,55
2010	50,93	76,76	-25,83	14,72
2011	51,89	59,86	-7,97	6,75
2012	52,88	60,46	-7,58	-0,83
2013	53,89	61,06	-7,18	-8,00
2014	54,91	61,68	-6,77	-14,77
2015	55,96	62,32	-6,35	-21,13
2016	57,03	62,96	-5,93	-27,06
2017	58,13	63,63	-5,50	-32,55
2018	59,25	64,31	-5,06	-37,61
2019	60,39	65,00	-4,61	-42,23
2020	61,55	65,71	-4,16	-46,39
2021	62,74	66,44	-3,70	-50,08
2022	63,96	67,18	-3,23	-53,31
2023	65,20	67,95	-2,75	-56,05
2024	66,47	68,72	-2,26	-58,31
2025	67,76	69,52	-1,76	-60,07
2026	69,08	70,34	-1,25	-61,33
2027	70,43	71,17	-0,74	-62,07
Totaal	1.441,33	1.503,39	-62,07	

Anders dan de voorgaande tabellen die in lopende prijzen waren opgesteld, is de volgende tabel 10 opgesteld in constante prijzen (valuta 2006). Die voorstelling heeft het voordeel dat ze het mogelijk maakt de ontvangsten en uitgaven in actuele munt te vergelijken, maar ze vult de nominale groei van de ontvangsten uit die voortvloeit uit de indexering ervan. Voor de uitgaven geldt hetzelfde, behalve voor de annuïteit waarvan het niet-herzienbare gedeelte met de tijd vermindert. Ook de munterosie heeft invloed op de beschikbare middelen van het fonds met rechtspersoonlijkheid, voor zover de opbrengst van de belegging van die beschikbare middelen terugvloeit naar de algemene ontvangsten van het gewest overeenkomstig artikel 6 van de bovenvermelde ordonnantie van 28 juni 2001.

Tabel 10 – Algemene ontvangsten en uitgaven van het Waterzuiveringsstation Noord en van de zware investeringen (in constante prijzen en in miljoenen EUR – valuta 2006 – btw inbegrepen)

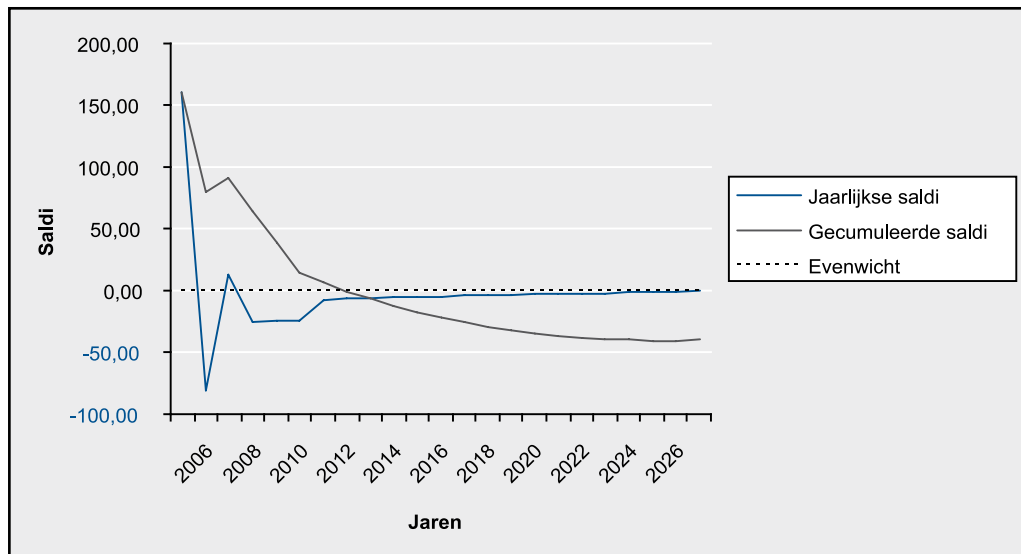
Jaar	Ontvangsten	Uitgaven	Jaarlijkse saldi	Gecumuleerde saldi
2005	160,03		160,03	160,03
2006	58,81	139,14	-80,34	79,69
2007	40,09	27,48	12,61	90,67
2008	47,11	72,22	-25,10	63,70
2009	46,96	71,25	-24,29	38,10
2010	46,87	70,64	-23,77	13,54
2011	46,77	53,96	-7,18	6,08
2012	46,68	53,37	-6,69	-0,73
2013	46,59	52,79	-6,20	-6,92
2014	46,50	52,23	-5,73	-12,51
2015	46,42	51,68	-5,27	-17,52
2016	46,33	51,15	-4,82	-21,98
2017	46,25	50,62	-4,38	-25,90
2018	46,17	50,11	-3,94	-29,31
2019	46,09	49,61	-3,52	-32,23
2020	46,01	49,12	-3,11	-34,68
2021	45,94	48,64	-2,71	-36,67
2022	45,87	48,18	-2,31	-38,23
2023	45,79	47,72	-1,93	-39,37
2024	45,72	47,28	-1,55	-40,11
2025	45,66	46,84	-1,19	-40,47
2026	45,59	46,42	-0,83	-40,47
2027	45,52	46,00	-0,48	-40,12
Totaal	1.183,77	1.226,47		

Mits de bovenvermelde hypothesen in acht worden genomen, maken de voor het waterbeleid bestemde middelen die naar het fonds met rechtspersoonlijkheid worden gekanaliseerd, het mogelijk tot in 2011 de annuïteit en de andere in aanmerking genomen uitgaven te financieren. Vanaf 2012 zou een aanvullende budgettaire tegemoetkoming nodig zijn. Die situatie wordt geïllustreerd door onderstaande grafiek (figuur 5). De beschikbare marge is daarentegen beperkt tot de als investeringsreserve ingeschreven bedragen.

In haar antwoord van 22 mei 2006 verklaarde de minister belast met het Waterbeleid dat *de financiële resultaten die het Rekenhof vooropstelt afhangen van strikte hypothesen en dat zolang die niet geverifieerd zijn, voor wat betreft sommige indexeringen van financiële middelen bijvoorbeeld, de financiële toestand van het waterbeleid niet zo geruststellend is als de tabellen kunnen laten uitschijnen.*

Het Rekenhof herinnert eraan dat de uitgangshypothese voor de opstelling van de financieringstabellen, namelijk het principe van het constant beleid, een indexering van de financieringsbronnen veronderstelt en dat het de politieke overheid toekomt te kiezen of ze de indexering veeleer ten laste van de begroting of ten laste van de heffing wil laten leggen.

Figuur 5 – Evolutie van de saldi (in constante prijzen en in miljoen EUR – valuta 2006)



De simulatie in het vorige verslag van het Rekenhof, maakte gewag van een positief thesauriesaldo in 2026 van het fonds met rechtspersoonlijkheid van 138,58 miljoen EUR in valuta 2002²⁵⁷ (dat gelijkwaardig is aan 151,48 miljoen EUR in valuta 2006²⁵⁸). Het verschil met de huidige simulatie kan worden verklaard door:

- de inaanmerkingneming van de exploitatiekosten van Waterzuiveringsstation Zuid, van de collectoren en stormbekkens;
- de meerkosten ingevolge de sanering;
- de niet-indexering van de heffing²⁵⁹ van 2002 tot 2006;
- de lagere inflatiepercentages (1,9% en 2,1% tegenover 2,25% voordien);
- de verschillende effecten op het uitstaand bedrag voor andere investeringen en diversen door de wijzigingen ten opzichte van de hypothesen van 2002;
- de inaanmerkingneming van een iets grotere jaarlijkse investeringsreserve (1 miljoen EUR tegen 0,81 miljoen EUR²⁶⁰ per jaar in waarde 2006);
- de verschuiving met één jaar van de betaling van de eerste annuïteit (een hoger nominaal bedrag van de annuïteit louter door toepassing van de herziening).

Die effecten worden slechts uiterst gedeeltelijk gecompenseerd door de inaanmerkingneming van de ontvangsten afkomstig van het Vlaams Gewest in verband met de exploitatie van het Waterzuiveringsstation Zuid en door de nieuwe vroeging van de betaling van de collector.

²⁵⁷ 5.590,39 miljoen BEF.

²⁵⁸ Gehanteerde percentages: 1,9% en 2,1% (cf. supra 3.3).

²⁵⁹ Nettorendement.

²⁶⁰ 30 miljoen frank (0,74 miljoen EUR) in valuta 2002.

Conclusies

De concessieopdracht voor het concept, de bouw en de uitbating van het Waterzuiveringsstation Brussel-Noord is het grootste contract ooit dat het Brussels Hoofdstedelijk Gewest in financiële termen heeft gesloten. De concessie springt ook in het oog door de juridisch-financiële constructie van publiek-private samenwerking, die internationaal de jongste tijd in de lift zit.

Na de gunning van de concessie heeft de administratie de aanvang van de uitvoeringsfase van de opdracht correct beheerd (met inbegrip van de heronderhandeling van bepaalde contractuele clausules wegens de bankability van het project en van de behandeling van het saneringdossier van de terreinen).

De eerste fase van de uitvoering van de opdracht is sedert mei 2003 voltooid. De verschillende verplichtingen die ten laste van de concessiehouder vielen tijdens deze fase, zijn overeenkomstig de contractuele bepalingen en binnen de voorgeschreven termijn uitgevoerd. Dat gold onder meer voor de oprichting van de toegewijde vennootschap, de verwerving van de stedenbouwkundige en milieuvergunningen, de terbeschikkingstelling van de terreinen en de uitvoering van de studies. Bepaalde verbintenissen uit de offerte van de concessiehouder werden daarentegen niet nagekomen. Zo werden geen contracten afgesloten voor de definitieve uitwerking van de interne organisatie van *Aquiris* met de tijdelijke bouw- en exploitatieverenigingen, evenmin werden de financieringscontracten afgesloten met de leningverstrekende instellingen.

De tweede fase, namelijk de bouw en de indienststelling van de werken, is aan de gang. De uitvoeringstermijn, die verlengd werd omdat een bijkomende bodemsanering nodig was, is in het huidige stadium nageleefd, net zoals de sociale clausule die het BB oplegt. Het verzekeringscontract zou echter moeten worden aangevuld om het in overeenstemming te brengen met het BB.

De directie Waterbeheer van het BUUV, bijgestaan door een technisch expert, heeft een regelmatige en grondige controle van de concessieopdracht ingesteld, waarbij rekening werd gehouden met het prestatiegerichte karakter van de opdracht en met de overdracht van de risico's en de verantwoordelijkheden aan de concessiehouder. Van de interventiemogelijkheden uit het BB is ruimschoots gebruik gemaakt, vooral voor de opleveringen en proeven per categorie van werken en uitrustingen. Die follow-up steunt op een kwaliteitscontrolesysteem dat het BB aan de concessiehouder heeft opgelegd.

De controle verloopt ook via twee bestuurders die de concessiegever vertegenwoordigen binnen de toegewijde vennootschap, namelijk twee leidende ambtenaren van het BUUV die verantwoordelijk zijn voor het beheer van de concessieopdracht. Die vertegenwoordiging laat weliswaar toe de overheidscontrole te versterken, maar mondt uit in een grotere functionele incompatibiliteit tussen enerzijds de functie van bestuurder, die een verantwoordelijkheid impliceert voor de fouten die op beheersvlak zijn begaan, en anderzijds de rol van controleur die de belangen van het gewest moet verdedigen. Het Rekenhof heeft evenwel kunnen vaststellen dat de overheidsbestuurders erover waken concrete situaties van incompatibiliteit te vermijden.

In een voor het gewest ongunstige context, waarbij het vertraging opliep bij de uitvoering van de Europese verplichtingen inzake afvalwaterzuivering, is het initiele contract geamendeerd door een tweede bijakte. De meeste wijzigingen verduidelijken de bepalingen van het BB of vullen ze aan. Ze blijken een contractuele toepassing te zijn van het algemene principe van de uitvoering te goeder trouw

van de overeenkomsten, lijken geen inbreuk te plegen op het principe van de gelijkheid van de inschrijvers en wijzigen het voorwerp van de opdracht niet. De twee belangrijkste aanpassingen zijn bedoeld om de risico's te verminderen die de leningverstrekkers en de concessiehouder lopen. Zo moet de clause van indeplaatsstelling met de nodige voorzichtigheid en onder gewesttoezicht worden aangewend. De overdracht naar de concessiehouder van het risico voor onvoorziene omstandigheden kan oplopen tot een bedrag van 10% van de opdracht. Dat veroorzaakt een probleem van bankability, te wijten aan het gecombineerde effect van het gebrek aan ervaring van de administratie met het opstellen van een dergelijke bepaling en het gebrek aan reactie van de inschrijvers in hun offertes en tijdens de onderhandelingen die aan de gunningsbeslissing zijn voorafgegaan.

De aangevoerde motieven om die bijakte te verantwoorden, wijzen op de inadequaatie van sommige bepalingen van het BB en van de financiële analyse van de offertes, en meer bepaald op een discordantie tussen de eisen van het BB en de gebruiken inzake de financiering van een dergelijk project, vooral wat betreft de risicospreiding. Dat er geen rechtstreeks financieel consultant beschikbaar was, heeft waarschijnlijk nadelige gevolgen gehad, temeer omdat de financiële onderaannemer die de offertes heeft onderzocht, niet dezelfde is als de persoon die de financiële clausules van het BB heeft opgesteld. Naar het oordeel van de financiële deskundigen lijkt ook de Belgische regelgeving problemen te bevatten voor de financiering van projecten van dergelijke omvang (meer bepaald het ontbreken van een rechtstreeks akkoord en de strengheid van de verbrekingsclausules).

De studies die na de opdrachtgunning zijn uitgevoerd om de milieuvergunning te verwerven, hebben aangetoond dat de terreinen beduidend meer waren vervuild dan beschreven in de studies die de kandidaten hebben gekregen om hun offerte te maken. Die vaststelling, die aan de basis ligt van het principe van de schade-loosstelling van de concessiehouder, werd door de concessiegever bekrachtigd. De eventuele aansprakelijkheid van het studiebureau dat de bodemstudies heeft uitgevoerd die als bijlage bij het BB zijn gevoegd, heeft de concessiegever niet in het geding gebracht, noch heeft hij de resultaten van de studies die zijn gevoerd op verzoek van *Aquiris* onderworpen aan een tegenexpertise of aan een tegen-sprekelijk waarneming van de realiteit op het terrein.

Aangezien is gekozen voor een forfait voor de meerkosten, gaat de vaststelling van die meerkosten uit van het verschil tussen een raming van de reële kostprijs van de sanering en de in de offerte vooropgestelde kostprijs. Het Rekenhof is niet bij machte alle elementen van die berekening te verifiëren. Enerzijds bestond de evaluatie van de meerkosten er immers in een externe technisch deskundige de coherentie te laten beoordelen van de argumenteringen die de concessiehouder naar voren heeft geschoven. Anderzijds kwam het – forfaitaire – bedrag dat initieel in de offerte was voorzien (voor zover het identificeerbaar was) uit op een hogere waarde dan de - indicatieve - waarde die het zou moeten hebben in een opdracht waar de prijs bestaat uit een forfaitair bedrag en waar het gedeelte betreffende de kostprijs der werken vast en niet herzienbaar is. De raming van de eveneens forfaitaire bijkomende termijn werd op een vergelijkbare manier uitgevoerd.

De overeenkomst van 28 augustus 2003, die de meerkosten en de bijkomende termijn vaststelt, vormt een substantiële wijziging van de concessieovereenkomst. Ze brengt ook wijzigingen aan in bijakte 1 van 19 december 2001 omdat de geanticipeerde betaling van de collector wordt uitgesteld tot de voorlopige oplevering van de volledige installaties.

De twee overeenkomsten van 3 februari 2005 stellen op onomkeerbare wijze in de vorm van een eenmalige betaling het bedrag vast dat verschuldigd is voor de financiële gevolgen van de bijkomende werken en termijnen voor de sanering.

Ze voeren ook de aankoopoptie uit voor de collector. Om een eind te maken aan de onzekerheden die nadelig zijn voor de bankabilty van het project behelzen ze enerzijds de wil om de annuïteit te bewaren uit bijakte 1 en anderzijds de keuze om de collector zo snel mogelijk aan te kopen.

Wat de kost van de financiële gevolgen betreft, merkt het Rekenhof op dat de niet-aanpassing van de swap die de concessiehouder in september 2001 had uitgevoerd, in hoofdzaak het gevolg is van het feit dat hij uitging van een snellere opstarting der werken ten opzichte van de offerte, wat een risico vormde waarvoor de verantwoordelijkheid bij de concessiehouder lag. Het nadelige gevolg is hoe dan ook niet uitsluitend te wijten aan de overdekking die is ontstaan door de timing der werken te wijzigen, maar ook aan de daling van de intrestvoet. Als de intrestvoet daarentegen in tegenovergestelde richting was geëvolueerd, had de overdekking een meerwaarde opgeleverd. De vraag rijst dan ook of de tenlasteneming door het gewest van de totale kost voor de swaapaanpassing niet verder gaat dan het vereiste causaal verband tussen fout en schadevergoeding.

De meerkosten voor de sanering zouden in december 2006 moeten vergoed worden. Met de beschikbare middelen in het Fonds voor de financiering van het waterbeleid is het mogelijk dat bedrag en de vervroegde betaling van de collector, voorzien tegen februari van dat jaar, te financieren. Bovendien lijken de middelen voldoende om de annuïteit en de andere investeringen te betalen. Dat veronderstelt echter dat de hypothesen waarop het financieringsplan steunt, waaronder het principe van het constant beleid dat de indexering van de financieringsbronnen impliceert, geconcretiseerd worden.

Gelet op de complexiteit van dit soort opdracht, vooral op het vlak van de financiering, en het vernieuwend karakter ervan in België, betreurt het Rekenhof dat er geen permanente controlestructuur bestaat waar voldoende juridische, technische en financiële deskundigen met de nodige expertise deel van uitmaken²⁶¹.

Voor de toekomst beveelt het Rekenhof eveneens aan dat van bij de opmaak van het BB voor een dergelijk project tot het einde van het contract bijzondere aandacht zou uitgaan naar het beheersen van de diverse elementen van het project en naar het vergelijken van de voordelen ervan ten opzichte van andere alternatieven en ten opzichte van klassieke opdrachten. Het is eveneens wenselijk de contractuele waarde te onderzoeken van talrijke gegevens uit de offerte voor toetsing aan het prestatieaspect van de verbintenissen.

²⁶¹ Een dergelijke structuur was wel opgezet voor de concessieopdracht die in België in 1985 werd gesloten voor de bouw van de Liefkenshoek-tunnel of voor het contract dat in 2003 werd gesloten voor de A59 snelweg in Nederland.

De minister belast met Waterbeleid heeft deze aanbeveling via bovenvermelde dienstbrief van 22 mei 2006 gunstig onthaald. Ze is van oordeel dat de invoering van een permanente controlestructuur nuttig zou zijn voor deze concessieopdracht *aangezien die de kennis van de voorgeschiedenis en het goede begrip van de bijzonder technische aspecten vrijwaart. Dergelijke structuur zou eveneens kostbaar zijn omdat de langs dit project opgedane ervaring andere opdrachten ten goede zou komen.*

Bijlage:
Antwoord van de minister

Vertaling

Brusselse Hoofdstedelijke Regering
Evelyne Huytebroeck
Minister belast met Waterbeleid, Energie en
Leefmilieu

Ref: EH/06/00/MAV/tec/PA2/9229

Rekenhof
De heer Fr. VANSTAPEL
Eerste Voorzitter

Betreft: Ontwerpverslag van het Rekenhof in verband met de concessieopdracht
voor het Brusselse waterzuiveringsstation Noord (A8 – 2.153.351 L3)

Bijlage: –

Brussel, 22 mei 2006

Mijnheer de Eerste Voorzitter,

Ik heb het ontwerpverslag van het Rekenhof over de concessieopdracht in verband met het Brusselse waterzuiveringsstation Noord in goede orde ontvangen en ik heb de kwaliteit en de nauwkeurigheid ervan kunnen waarderen.

Ik zou graag over twee punten commentaar formuleren.

Ten eerste lijkt het me nuttig eraan te herinneren dat de financiële resultaten voor het waterbeleid die door het Rekenhof worden geraamd, van sterke hypothesen afhangen. Enkel een heel aandachtige lezer zal zich er rekenschap van geven dat in werkelijkheid, zolang die hypothesen niet bewaarheid worden, bijvoorbeeld in verband met sommige indexeringen van financiële middelen, de financiële toestand van het waterbeleid niet zo geruststellend is als uit de tabellen zou kunnen blijken. Ik trek de rigourosheid waarmee het verslag deze hypothesen expliciteert geenszins in twijfel, maar ik neem de gelegenheid te baat om het gebrek aan leesbaarheid ervan enigszins te betreuren.

Ten tweede zou ik mijn belangstelling willen betuigen voor een suggestie die in de conclusies van het verslag wordt geformuleerd. Het betreft het nut om een permanente controlestructuur in te voeren voor een dermate complexe opdracht die over zoveel jaren gespreid is, zoals het Brusselse waterzuiveringsstation Noord er een is. Een dergelijke structuur zou bestaan uit juridische, financiële en technische deskundigen. Ze zou voor deze opdracht zelf nuttig zijn aangezien ze de kennis van de voorgeschiedenis en het goede begrip van de bijzonder technische

aspecten vrijwaart. Dergelijke structuur zou eveneens kostbaar zijn omdat de langs dit project opgedane ervaring andere opdrachten ten goede zou komen. Die suggestie lijkt me des te relevanter daar de overheidsopdrachten thans diverse vormen aannemen en complex zijn. Een panel van deskundigen met ervaring op dat vlak zou dan ook heel nuttig zijn om de beschikbare alternatieven te kunnen bekijken.

Hoogachtend.

Evelyne HUYTEBROECK

Er bestaat ook een Franse versie van dit verslag.

Il existe aussi une version française de ce rapport.

U kunt dit verslag in de taal van uw keuze raadplegen
of downloaden op de website van het Rekenhof.

wettelijk depot	D/2006/1128/20
druk	N.V. PEETERS S.A.
adres	Rekenhof Regentschapsstraat 2 B-1000 Brussel
tel	02-551 81 11
fax	02-551 86 22
Website	www.rekenhof.be