

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK.

A R R E S T

**nr. 195.468 van 31 juli 2009
in de zaak A. 193.416/XII-5895.**

In zake : 1. de nv AANNEMINGSMAATSCHAPPIJ CFE,
 2. de nv KUMPEN,
 samen vormend de THV CFE-KUMPEN,
 die woonplaats kiezen bij
 advocaten P. FLAMEY en J. BOSQUET,
 kantoor houdende te 2018 ANTWERPEN,
 Jan van Rijswijcklaan 16

tegen :

de KATHOLIEKE UNIVERSITEIT te LEUVEN,
die woonplaats kiest bij
advocaten D. D’HOOGHE en L. SCHELLEKENS,
kantoor houdende te 1000 BRUSSEL,
Loksumstraat 25.

tussenkommende partij :

de nv CORDEEL ZETEL HOESELT,
die woonplaats kiest bij
advocaat L. DE WOLF,
kantoor houdende te 1853 STROMBEEK-BEVER,
Oude Mechelsestraat 165.

DE Wnd. VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER,

Gezien het verzoekschrift dat de nv Aannemingsbedrijf CFE en de nv Kumpen, samen vormend de tijdelijke handelsvennootschap CFE-Kumpen, op 20 juli 2009 hebben ingediend om bij uiterst dringende noodzakelijkheid de schorsing van de tenuitvoerlegging te vorderen van “het besluit van het Directiecomité van de Afdeling Universitaire Ziekenhuizen Leuven van 6 juli 2009 waarin deze betreffende de overheidsopdracht voor aanneming van werken voor de bouw van een kopstation en datacenter in universitaire ziekenhuizen Leuven Gasthuisberg [...] de volledige opdracht gunt aan de N.V. Cordeel”;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gelet op de beschikking van 23 juli 2009 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 29 juli 2009, om 14.00 uur;

Gezien het op 27 juli 2009 ingediende verzoekschrift waarbij de nv CORDEEL ZETEL HOESELT vraagt in het administratief kort geding te mogen tussenkomen;

Gehoord het verslag van staatsraad J. LUST;

Gehoord de opmerkingen van advocaat J. BOSQUET, die verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaten D. D'HOOGHE en L. SCHELLEKENS, die verschijnen voor de verwerende partij, en van advocaat L. DE WOLF, die verschijnt voor de tussenkomende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur L. VERMEIRE;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973,

OVERWEEGT WAT VOLGT :

De tussenkomst

1. De nv Cordeel Zetel Hoeselt vraagt terecht om in de procedure te mogen tussenkomen; zij is de begunstigde van de bestreden beslissing.

De ontvankelijkheid

Standpunt van de partijen

2. Volgens de nota van verwerende partij kan zij, ofschoon zij erkend en gecontroleerd is door de overheid voor het behartigen van een taak van algemeen belang -het verstrekken van onderwijs en medische zorgen-, slechts beschouwd worden als een administratieve overheid indien zij bij het nemen van de bestreden gunningsbeslissing voor een opdracht van werken deelnam aan de uitoefening van het openbaar gezag en beschikte over de eenzijdige bevoegdheid om derden te binden. Vermits dit niet het geval is, kan zij niet worden aangezien als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van

State en is de Raad van State niet bevoegd om van de voorliggende vordering kennis te nemen.

Ook de tussenkomen partij meent dat de Raad van State niet bevoegd is “omdat de K.U.L. in deze aangelegenheid niet optreedt als administratieve overheid”.

3. Op die excepties vooruitlopend, werd in het verzoekschrift aldus verantwoord dat verwerende partij wel degelijk een administratieve overheid in de zin van voornoemd artikel 14, § 1, is:

- verwerende partij voldoet zowel aan het organiek als aan het functioneel criterium om als een administratieve overheid te worden beschouwd; aan het organieke criterium, omdat zij door het decreet van 12 juni 1991 betreffende de universiteiten in de Vlaamse Gemeenschap erkend wordt en krachtens dat decreet in haar werking gecontroleerd wordt, en omdat zij “slechts een ad hoc rechtspersoonlijkheid [heeft] verkregen bij Wet van 12 augustus 1911 zoals gewijzigd, en waarbij zodoende geen sprake is van een private rechtspersoon doch wel van een publiekrechtelijke toekenning van rechtspersoonlijkheid”; aan het functionele criterium, omdat zij zich inschakelt in het verstrekken van onderwijs en medische verzorging door haar universitaire ziekenhuizen en aldus belast is met een taak van algemeen belang;
- in elk geval voldoet verwerende partij aan de vereisten die de rechtspraak van het Hof van Cassatie oplegt aangaande de private rechtspersonen die tevens als administratieve overheid kunnen optreden; in zoverre immers de verwerende partij een overheidsopdracht uitschrijft en gunt, stelt zij haar eigen rechtspositie ten aanzien van anderen eenzijdig vast en oefent zij een deel van het openbaar gezag uit; namelijk houdt de gunningsbeslissing een deelname in aan het openbaar gezag en aan de uitoefening ervan “door met toepassing van de discretionaire beoordelingsmarge eigen aan de wetgeving tot gunning van de opdracht over te gaan”; bovendien verleent de wetgeving overheidsopdrachten aan de aanbestedende overheid een eenzijdig wijzigingsrecht vervat in de artikelen 7 en 8 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 “waardoor de aanbestedende dienst zijn verplichtingen ten aanzien van derden op eenzijdige wijze kan vaststellen, meer bepaald haar verplichtingen ten aanzien van aannemers”; in het kader van de gunningsprocedure neemt ten andere de aanbestedende overheid op verschillende momenten eenzijdig bindende beslissingen ten aanzien van de inschrijvers;
- verwerende partij ging er oorspronkelijk zelf van uit dat haar toewijzingsbesluit aanvechtbaar was voor de Raad van State.

Beoordeling

4. Gelet op artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, mag deze enkel uitspraak doen over de beroepen tot nietigverklaring ingediend tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de akten en reglementen van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Grondwettelijk Hof, van de Raad van State en de administratieve rechtscolleges evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van het personeel.

5. Zoals verzoeksters ter terechtzitting expliciet bevestigen, zijn zij met betrekking tot het karakter van administratieve overheid van de verwerende partij in hoofddorde van mening dat er, in essentie vanwege de wet van 12 augustus 1911 houdende toekenning van rechtspersoonlijkheid aan de hogescholen te Brussel en Leuven, “geen sprake is van een private rechtspersoon doch wel van een publiekrechtelijke toekenning van rechtspersoonlijkheid”.

De voormelde wet van 12 augustus 1911 waarbij rechtspersoonlijkheid werd verleend aan de hogescholen te Brussel en Leuven, is gewijzigd geworden door de wet van 28 mei 1970 die de “Katholieke Universiteit te Leuven - Université Catholique de Louvain” machtigde een Nederlandstalige en een Franstalige universiteit op te richten, genaamd respectievelijk Katholieke Universiteit te Leuven, respectievelijk Université Catholique de Louvain. Verwerende partij heeft, overeenkomstig artikel 1, § 2, van de gewijzigde wet, de rechtspersoonlijkheid verworven door de bekendmaking van haar oprichtingsakte in het Belgisch Staatsblad van 1 juli 1970.

Alvast in de huidige stand van de procedure kan noch uit de wet van 12 augustus 1911 of de wet van 28 mei 1970, noch uit hun parlementaire voorbereiding worden opgemaakt dat de wetten ertoe strekten de betrokken instellingen gelijk te stellen met openbare instellingen. Integendeel werd reeds in de memorie van toelichting bij de wet van 12 augustus 1911 benadrukt dat met de toekenning van de rechtspersoonlijkheid op geen enkele manier bedoeld werd direct of indirect de vrijheid aan te tasten die de universiteiten genoten, dat er niets zou veranderen met betrekking tot hun verhoudingen met de overheden, dat zij blijven wat zij voorheen waren, dat de enige wijziging aan het bestaan van de universiteiten

alleen van privaatrechtelijke aard is en dat, behoudens de wetgevende akte die hun rechtspersoonlijkheid geeft, het ontwerp slechts de burgerlijke belangen betreft.

Op zijn beurt stelde de afdeling wetgeving van de Raad van State, in zijn advies bij het ontwerp dat de wet van 28 mei 1970 is geworden, vast dat uit de voorbereidende werken van de wet van 12 augustus 1911 bleek dat het toekennen van de rechtspersoonlijkheid aan de betrokken universiteiten niet tot gevolg heeft dat die onderwijsinrichtingen kunnen gelijkgesteld worden met een openbare instelling, dat de wet enkel en alleen in de sfeer van het burgerlijk recht ligt en louter private belangen regelt. Wat het voorgelegde ontwerp tot wijziging van die wet betreft, merkt de afdeling wetgeving in het advies op dat het “nu niet in de bedoeling van de Regering [ligt] aan dit wettelijk statuut van de vrije universiteiten enige wijziging te brengen”.

In het arrest van de Raad van State, nr. 104.007 van 26 februari 2002, werd de Katholieke Universiteit te Leuven uitdrukkelijk bestempeld als een gesubsidieerde vrije universiteit, opgericht op privé-initiatief. Ook het Hof van Cassatie, in een arrest van 6 september 2002 (C.020177.N) lijkt de Katholieke Universiteit te Leuven te beschouwen als een instelling opgericht door privé-personen, die slechts optreedt als administratieve overheid wanneer zij een deel van het openbaar gezag uitoefent en een eenzijdige bindende beslissing neemt. Het Grondwettelijk Hof, van zijn kant, benadrukte in het arrest 97/2005 van 1 juni 2005 dat de gemeenschaps-universiteiten organieke openbare diensten zijn en de vrije universiteiten rechts-personen naar privaatrecht die een taak van openbare dienst waarnemen.

Vooralsnog wordt dan ook niet bijgevalen dat verwerende partij, om reden van de wet op grond waarvan zij rechtspersoonlijkheid verkreeg, geen private maar een publieke rechtspersoon zou zijn.

6. Er is in verband met de besproken excepties bijgevolg reden om na te gaan of verwerende partij, bij het nemen van de bestreden beslissing tot toewijzing van de opdracht aan de tussenkomen partij, een beslissing heeft genomen die derden bindt en waarmee een deel van het openbaar gezag wordt uitgeoefend. Alleen in die omstandigheden, zo lijkt het, kan zij geacht worden zo doende als een administratieve overheid te zijn opgetreden.

Bij herhaling, laatst nog in het arrest nr. 193.702 van 2 juni 2009, heeft de Raad van State geoordeeld dat het feit dat een verwerende partij de regelgeving inzake de overheidsopdrachten toepast er niet toe leidt dat zij alsdan als administratieve overheid handelt, omdat die wetgeving ook van toepassing kan zijn op privé-personen en de beslissingen die uit de toepassing ervan voortkomen geen verplichtingen ten opzichte van derden creëren.

Verzoeksters voeren geen argumenten aan die de Raad ertoe kunnen bewegen te dezen alsnog anders te oordelen en het bestreden toewijzingsbesluit als een eenzijdige derden bindende beslissing te zien. Het eenzijdig wijzigingsrecht vervat in de artikelen 7 en 8 van het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken -hier als zodanig overigens niet aan de orde- lijkt niet zozeer derden te betreffen, maar de relatie tussen de opdrachtgever en de (kandidaat-)inschrijvers. Voorts wordt in de huidige stand van de procedure niet ingezien waarom het feit dat de Raad van State nu ook bevoegd is inzake administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen, enz., met betrekking tot overheidsopdrachten, zou moeten meebrengen dat de verwerende partij als private rechtspersoon geacht dient te worden bij het nemen van de bestreden beslissing deel te hebben genomen aan de uitoefening van het openbaar gezag en een eenzijdige beslissing heeft genomen die derden bindt.

7. De omstandigheid, ten slotte, dat verwerende partij met betrekking tot een eerdere -en intussen ingetrokken- beslissing tot toewijzing van de opdracht aan de tussenkomen partij, meedeelde dat binnen de wachtperiode een schorsingsberoep bij uiterst dringende noodzakelijkheid kon worden ingesteld, doet op het eerste gezicht niet terzake. Daargelaten nog dat die mededeling niet herhaald wordt in de brief van 6 juli 2009 waarmee van de bestreden beslissing kennis wordt gegeven, lijkt zij hoe dan ook niet van aard de Raad van State te binden.

8. De besproken excepties maken met een voldoende graad van ernst aannemelijk dat verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing niet is opgetreden als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en dat de beslissing niet vatbaar is voor vernietiging, en dus schorsing, door de Raad van State.

Deze vaststelling volstaat om de vordering te verwerpen.

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

Artikel 1.

Het verzoek tot tussenkomst van de nv CORDEEL ZETEL HOESELT in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Artikel 2.

De vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid wordt verworpen.

Artikel 3.

De kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, bepaald op 350 euro, komen ten laste van de verzoekende partijen, ieder voor de helft.

De kosten van de tussenkomst, bepaald op 125 euro, komen ten laste van de tussenkomende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op eenendertig juli 2009, door :

de H.	J. LUST,	wnd. kamervoorzitter, staatsraad,
Mevr.	A. TRUYENS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

A. TRUYENS.

J. LUST.