

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 204.997 van 10 juni 2010
in de zaak A. 128.829/XII-3688**

In zake: de GEMEENTE MAARKEDAL
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Carlos De Wolf
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de DIENST VOOR INFRASTRUCTUURWERKEN VAN HET
GESUBSIDIEERD ONDERWIJS, thans Agion
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te Brugge
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 4 november 2002, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing d.d. 5 juli 2002, [...] waarbij verwerende partij de subsidiëring weigert aan verzoekende partij voor een infrastructuurproject”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Bij arrest nr. 115.566 van 7 februari 2003 is de vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing verworpen.

De verzoekende partij heeft een verzoekschrift tot voortzetting van de rechtspleging ingediend.

De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 5 januari 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die loco advocaat Carlos De Wolf verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Nathalie De Clercq, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

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

III. Feiten

3.1. De verzoekende partij dient bij de verwerende partij een aanvraag in tot subsidiëring van een aantal werken aan de gemeentelijke basisschool. Zij bezorgt hiertoe met een brief van 10 mei 2000 een voorbereidend dossier aan de verwerende partij.

3.2. Met een schrijven van 26 oktober 2000 deelt de verwerende partij mee dat haar raad van bestuur op 22 september 2000 heeft beslist de werken te subsidiëren voor een bedrag van 2.293.028 Belgische frank (56.842,68 euro).

Er worden een aantal voorwaarden opgelegd aan het verlenen van de subsidie. Er wordt onder meer bepaald dat “de werken moeten gegund worden via een openbare aanbesteding of algemene offerteaanvraag” en dat de verzoekende partij zich ertoe verbindt “de voorwaarden van de subsidiëringsprocedure na te leven”. Voor het verdere verloop van deze procedure wordt verwezen naar “het als bijlage gevoegde document en naar de brochure 'Bouwen met DIGO’”.

In deze brochure wordt in deel II, blz. 3 en 12 vermeld:

“Belangrijke opmerking: de kennisgeving aan de aannemer mag NIET gebeuren vooraleer de DIGO daartoe goedkeuring heeft verleend”.

3.3. De verwerende partij blijkt op 12 december 2000 het ontwerpdossier te hebben ontvangen.

In een brief van 29 januari 2001 maakt de verwerende partij een aantal opmerkingen over dit dossier, onder meer betreffende de van toepassing zijnde regelgeving en stelt zij dat zodra het bestek aan deze opmerkingen wordt aangepast de gunningsprocedure kan worden opgestart. Daarnaast wordt in dit schrijven opnieuw de volgende “belangrijke opmerking” gemaakt: “de kennisgeving aan de inschrijver van de goedkeuring van de offerte mag niet gebeuren alvorens de DIGO daartoe zijn goedkeuring heeft verleend”.

3.4. Op 13 april 2001 wordt de openbare aanbesteding voor de betrokken werken aan de basisschool aangekondigd in het Bulletin der Aanbestedingen. Er worden twee offertes ingediend. Op 9 oktober 2001 beslist de verzoekende partij om de werken toe te wijzen aan de laagste regelmatige inschrijver, de nv Arlo. De werken zullen aanvangen op 12 november 2001. Voorts wordt er beslist dat “twee exemplaren van onderhavige beslissing [...] samen met het aanbestedingsbundel aan Digo voor goedkeuring overgemaakt [zullen] worden”.

3.5. Op 11 oktober 2001 wordt de toewijzingsbeslissing door de verzoekende partij ter kennis gegeven aan de gekozen aannemer nv Arlo. De kennisgeving maakt geen melding van de nog door de verwerende partij te verlenen goedkeuring.

3.6. Tijdens de uitvoering van de werken wordt door de aannemer een dossier voor meerwerken ingediend ingevolge onvoorziene werken inzake de stabiliteit van het schoolgebouw. Op 15 januari 2002 wordt door de verzoekende partij een dossier ingediend bij de verwerende partij met betrekking tot deze meerwerken.

3.7. De verwerende partij richt op 24 april 2002 een als volgt gesteld schrijven aan de verzoekende partij:

“Tot mijn spijt kan ik niet akkoord gaan met uw aanvraag en dit om volgende redenen:

Uit de uittreksels uit het notulenboek van het schepencollege van 9 oktober 2001 wordt in artikel 2 beslist dat de aanbestedingsbundel ter goedkeuring aan DIGO zal worden overgemaakt.

Tot op heden werd er geen gunningsdossier aangaande [de] werken ontvangen.

Uit het werfverslag 01 van de vergadering van 15 januari 2002 blijkt dat de werken reeds gestart zijn (punt B.02.01 uitgevoerd tijdens de afgelopen week).

De subsidieregels van de DIGO bepalen echter dat de werken pas mogen gegund en uitgevoerd worden nadat de DIGO haar instemming heeft betuigd met het gunningsdossier. Zie hiervoor de brochure ‘bouwen met DIGO’, deel II, blz. 3 en deel II, blz. 11.

Gelet op het feit dat de werken reeds in uitvoering zijn vooraleer de DIGO het betreffende gunningsdossier heeft goedgekeurd, kan er voor dit perceel dan ook geen subsidie worden uitbetaald”.

3.8. De verzoekende partij antwoordt met een brief van 6 juni 2002. Zij erkent dat zij een “duidelijke en niet te ontkennen procedurefout [heeft] gemaakt” door de kennisgeving aan de aannemer te verrichten zonder de voorafgaande goedkeuring van de verwerende partij. De verzoekende partij vraagt om de beslissing tot niet-subsidiëring te herzien, onder meer gelet op haar goede trouw en het feit dat de aanbestedingsprocedure volledig in overeenstemming met de wetgeving inzake overheidsopdrachten werd doorlopen.

3.9. Met een schrijven van 30 augustus 2002 brengt de verwerende partij de verzoekende partij er van op de hoogte dat “de beslissing van de administratie, u schriftelijk medegedeeld op 24 april 2002, [...] aan de leden van de raad van bestuur van de DIGO [werd] voorgelegd” en dat “de raad van bestuur van de DIGO [...], in zitting op 5 juli laatstleden [heeft] beslist het standpunt van de administratie bij te treden”. Dit is de thans bestreden beslissing, die als volgt wordt gemotiveerd:

“De subsidiëringsregels van de DIGO bepalen onder meer dat de kennisgeving van de goedkeuring van de offerte aan de aannemer slechts mag geschieden na schriftelijke goedkeuring door de DIGO. Het opdrachtgevend bestuur werd hierop meermaals gewezen. (Brochure ‘Bouwen met DIGO’, deel II, blz. 3 en deel II, blz. 11, administratieve documenten, enz...) ”

De DIGO dient er bovendien over te waken dat de door haar vastgestelde procedureregels steeds en ten allen tijde gevolgd worden. Zoniet missen dezen regels hun bestaansredenen en is benadeling van de besturen die deze regels wel correct toepassen niet uit te sluiten (patere legem quam ipse fecisti).

De zwaarte van de sanctie bij niet-naleving van de hoger vermelde procedureregel wordt gemotiveerd door het feit dat de goedkeuring van de door het bestuur voorgestelde aannemer zonder meer verstrekkinge gevolgen heeft voor dit bestuur én de DIGO. De DIGO gaat door haar instemming immers akkoord met de voorgestelde toewijzing en in het bijzonder met de juridische correctheid van de gevoerde gunningsprocedures.

De sancties ingeval van niet-correcte toewijzing zijn niet gering (10% van het offertebedrag van de benadeelde inschrijver) waarbij zowel het opdrachtgevend bestuur als de subsidiërende overheid hiervoor hoofdelijk aansprakelijk kan gesteld worden.

Het feit dat het gunningsdossier van perceel 1 niet ter goedkeuring aan de DIGO werd voorgelegd, voorafgaandelijk aan de kennisgeving van de goedkeuring van de offerte aan de inschrijver, wordt in geen enkel geval betwist. Derhalve kunnen er voor dit perceel dan ook geen subsidies worden uitbetaald en blijft het standpunt van de DIGO, zoals gesteld in ons schrijven van 24 april 2002, onverkort van kracht.

Het staat het bestuur echter vrij een nieuw gunningsdossier op te starten en ter goedkeuring voor te leggen ten belope van het vastgelegde bedrag”.

3.10. De verzoekende partij vraagt vervolgens met een brief van 24 september 2002 aan de verwerende partij om haar beslissing te heroverwegen en de subsidie alsnog te verlenen.

Met een schrijven van 2 oktober 2002 wijst de verwerende partij dit verzoek af.

Op 9 oktober 2002 herhaalt de verzoekende partij de vraag tot herziening van de bestreden beslissing. De verwerende partij wijst ook dit verzoek af met een brief van 29 oktober 2002.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij voert in haar memorie van antwoord de volgende exceptie aan betreffende de rechtsmacht van de Raad van State:

“Verzoekster heeft een aanvraag tot subsidiëring ingediend en verwerende partij heeft daarop beslist de werken te subsidiëren en met brief van 26.10.2000 een principiële subsidiebelofte verleend.

Die principiële subsidiebelofte is een door verwerende partij eenzijdig aangegane verbintenis t.o.v. verzoekster. Die eenzijdige verbintenis van

verwerende partij is evenwel afhankelijk gesteld van het vervullen door verzoekster van door verwerende partij aan de subsidiëring gestelde voorwaarden, zoals o.a. de kennisgeving aan de gekozen aannemer van de goedkeuring van zijn offerte mag door verzoekster niet geschieden vooraleer verwerende partij daartoe haar goedkeuring heeft verleend.

Er bestaat tussen partijen geen betwisting over het feit dat verzoekster de voormelde voorwaarde niet heeft vervuld: zij heeft kennis gegeven aan de aannemer zonder het toewijzingsdossier aan verwerende partij toe te zenden en dus zonder haar goedkeuring af te wachten.

De uit de eenzijdige (voorwaardelijke) verbintenis van verwerende partij voor verzoekster ontstane rechten worden door een burgerlijke vordering beschermd.

De betwisting of de bestreden handeling - de weigering van subsidie -, die verwerende partij t.a.v. verzoekster heeft gesteld, wel degelijk in de verbintenis van verwerende partij kan worden ingepast en door de bepalingen en inhoud ervan kan worden gerechtvaardigd, kan enkel door de gewone rechter worden opgelost”.

5. De verzoekende partij brengt hier tegen in dat de rechtspraak van de Raad van State “ter zake niet steeds duidelijk en ondubbelzinnig” is, doch dat uit rechtspraak van de Raad kan worden afgeleid “dat tot de onbevoegdheid van [de] Raad dient besloten te worden, indien het optreden van het bestuur zich beperkt tot de loutere vaststelling of de voorwaarden tot subsidiëring al dan niet zijn vervuld. In dat geval betreft het rechtstreeks en werkelijk voorwerp van de vordering immers een geschil over een subjectief recht”.

De verzoekende partij erkent vervolgens dat *prima facie* ook “onderhavige vordering strekt [...] tot de vernietiging van een beslissing waarbij de overheid enkel bevoegd was om vast te stellen of de voorwaarden, bepaald door een norm van objectief recht, [al] dan niet vervuld waren”. Echter, “een grondiger analyse” leidt volgens haar “tot een meer genuanceerd standpunt”. Het voorliggende annulatieberoep betreft volgens de verzoekende partij immers niet de uitoefening door de verwerende partij van haar gebonden bevoegdheid, maar wel de “overschrijding” van haar gebonden bevoegdheid, dit doordat zij heeft beslist de door haar toegezegde subsidie niet te verlenen “op grond van een door haarzelf vastgelegde en kennelijk onwettige voorwaarde”. De wettigheidskritiek van de verzoekende partij betreft dan ook niet de loutere toetsing door de verwerende partij aan door een norm van objectief recht bepaalde voorwaarden, maar wel het feit dat de verwerende partij zich hier niet toe heeft beperkt en het verlenen van de betrokken subsidie afhankelijk heeft gesteld van een manifest onwettige voorwaarde, namelijk de verplichte voorafgaande goedkeuring van het

gunningsdossier door de verwerende partij alvorens de kennisgeving aan de gekozen aannemer van de goedkeuring van zijn offerte mag geschieden. De verzoekende partij stelt dat voor deze voorwaarde geen “wettige grondslag voorhanden is” en de verwerende partij niet “over enige bevoegdheid beschikt” om deze voorwaarde op te leggen zodat “verwerende partij [...] zich derhalve onrechtmatig de bevoegdheid [heeft] toegeëigend om, naast de wettelijk bepaalde voorwaarden, zelf eigen voorwaarden voor subsidiëring vast te stellen die de wettigheidstoets niet kunnen doorstaan”.

Zij besluit dat de bestreden beslissing “vernietigd [dient] te worden omdat de ‘intrekking’ van de beslissing tot subsidiëring ten voordele van verzoekende partij berust op een onwettige voorwaarde, zoals eenzijdig door verwerende partij opgelegd”.

Beoordeling

6. Overeenkomstig de artikelen 144 en 145 van de Grondwet behoren geschillen over subjectieve rechten uitsluitend of in beginsel tot de bevoegdheid van de hoven en rechtbanken.

Onder voorbehoud van een -te dezen niet bestaande- toewijzing van rechtsmacht inzake politieke rechten, is de Raad van State dan ook niet bevoegd om kennis te nemen van beroepen tot nietigverklaring waarvan het werkelijk en rechtstreeks voorwerp een geschil over subjectieve rechten betreft.

Te dezen vraagt de verzoekende partij de nietigverklaring van een beslissing waarbij verwerende partij terugkomt op een principieel toegezegde subsidie aan verzoekende partij voor een infrastructuurproject, om de enige en uitsluitende reden dat verzoekende partij, na het doorlopen van de gunningsprocedure de toewijzingsbeslissing heeft betekend aan de laagste regelmatige inschrijver zonder de voorafgaande goedkeuring van die toewijzingsbeslissing door verwerende partij.

Het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het voorliggende beroep is bijgevolg een betwisting over het al dan niet bestaan van een subjectief recht dat de verwerende partij zou hebben geschonden door de bij beslissing van 22 oktober 2002 principieel verleende subsidie niet toe te kennen, omdat de

verzoekende partij niet heeft voldaan aan één van de voorwaarden die waren verbonden aan het verlenen van de subsidie.

7. De stelling van de verzoekende partij dat “een grondiger analyse [...] tot een meer genuanceerd standpunt [leidt]”, namelijk dat het te dezen alsnog om een objectiefrechtelijke betwisting zou gaan vermits de verwerende partij “de overschrijding van haar gebonden bevoegdheid” wordt verweten, wordt niet gevolgd.

Zoals de verwerende partij immers terecht opwerpt in haar laatste memorie wijzigt de bedoelde betwisting over de wettigheid van een welbepaalde subsidievoorwaarde te dezen niet het werkelijk en rechtstreeks voorwerp van het geschil.

8. Uit het voorgaande volgt dat het voorliggende beroep een geschil betreft dat niet behoort tot de rechtsmacht van de Raad van State.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing en het beroep tot nietigverklaring, begroot op 350 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 10 juni 2010,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest