

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 208.189 van 19 oktober 2010

in de zaak A. 197.780/XII-6357

In zake: de NV DANIEL SERU EN ZONEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Cies Gysen en Gitte Laenen
kantoor houdend te Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de GEMEENTE MIDDELKERKE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Geert Ampe
kantoor houdend te Oostende
Kerkstraat 8, bus 1

2. de NV DEXIA BANK BELGIE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA TUINEN DESCAMPS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bruno Van Dorpe en Bart De Becker
kantoor houdend te Kortrijk
Loofstraat 39
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 september 2010, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing dd. 07.09.2010 uitgaande van tweede verweerster (en wellicht bevestigd/te bevestigen door eerste verweerster), met zetel te 1000 Brussel, Pachecolaan 44, overgemaakt per fax dd. 07.09.2010, waarbij de offerte van verzoekende partij in het kader van de opdracht ‘Middelkerke: bouwen van ondergronds parkeercomplex, Perceel 2: Herinrichten van de Oostendelaan N318 met inbegrip van het Marktpllein en de Molenstraat – Deeldossier Marktpllein en Populierenlaan’ niet wordt weerhouden als laagste regelmatige inschrijver;
- de gunningsbeslissing dd. 07.09.2010 uitgaande tweede verweerster (en wellicht bevestigd/te bevestigen door eerste verweerster), met zetel te 1000 Brussel, Pachecolaan 44, overgemaakt per fax op 07.09.2010, waarbij voorliggende overheidsopdracht wordt toegewezen aan de firma bvba Tuinen Descamps”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 12 oktober 2010, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Gitte Laenen, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Vincent Christiaens, die verschijnt voor de eerste verwerende partij, advocaten Barteld Schutyser en Evelyne Goossenaerts, die verschijnen voor de tweede verwerende partij, en advocaat Bruno Van Dorpe, die verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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 gemeente Middelkerke schrijft in september 2007 een overheidsopdracht voor een aanneming van diensten uit met als voorwerp de financiering met projectbeheer van de bouw van een ondergrondse parkeergarage in de Oostendelaan. Luidens het bestek omvat de uit te voeren opdracht de financiering van de bouw van een ondergrondse parkeergarage en het projectbeheer. De uit te voeren werken omvatten de bouw van voormelde parkeergarage, evenals de “volledige heraanleg van de bovenbouw”.

3.2. Die opdracht wordt gegund aan de nv Dexia Bank België.

3.3. In navolging van voormelde beslissing sluiten de gemeente Middelkerke en de nv Dexia Bank België op 1 april 2010 een overeenkomst tot vestiging van het recht van opstal, welke wordt goedgekeurd bij beslissing van de gemeenteraad van 6 mei 2010.

3.4. Zowel het voormelde bestek als voormelde overeenkomst tot vestiging van het recht van opstal bepalen uitdrukkelijk dat de uitvoerders van de werken dienen te worden aangesteld overeenkomstig de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten.

3.5. Vervolgens schrijft de nv Dexia Bank België een overheidsopdracht uit voor aanneming van werken, namelijk de bouw van voormelde ondergrondse parkeergarage. De opdracht wordt opgesplitst in verschillende percelen die afzonderlijk worden aanbesteed.

De voorliggende zaak heeft betrekking op perceel 3 dat de bovenbouw en pleinaanleg als voorwerp heeft. De opdracht wordt gegund onder de vorm van een openbare aanbesteding.

3.6. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 10 mei 2010 en het Publicatieblad van de Europese Unie op 11 mei 2010.

3.7. De opdracht is onderworpen aan de bepalingen van het bestek “Provincie West-Vlaanderen – gemeente Middelkerke – Bouw van parkeercomplex Marktpluin te 8430 Middelkerke [...] Herinrichten van de Oostendelaan N318 met inbegrip van het Marktpluin en de Molenstraat - Deeldossier Marktpluin en Populierenlaan”.

In dat bestek wordt de gemeente Middelkerke vermeld als “initiatiefnemer” en gebruiker, de nv Dexia Bank België als “bouwheer” en de TMVW-AquaRio als “medefinancier”.

Het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek als volgt omschreven:

“De uit te voeren opdracht omvat de aanleg van het Marktpluin en Populierenlaan te Middelkerke.

De opdracht omvat in hoofdzaak:

- Het opbreken van verhardingen en rioleringen
- Het uitvoeren van grondwerken
- Het aanleggen van verhardingen in KWS, betonstraatstenen, natuursteen en gebakken straatstenen
- Het leveren en plaatsen van lijnvormige elementen
- Het leveren, plaatsen en aansluiten van sliksputten en lijnvormige afwateringskanalen
- Het aanleggen van RWA en DWA leidingen in grès en beton (diameter 250 mm, 500 mm en 600 mm), inclusief de nodige toezichtspotten (diameter
- Het leveren en plaatsen van straatmeubilair en speeltoestellen
- Het bouwen van een nieuw lokaal voor chloor- en zoutzuuropslag bij het zwembad
- Het uitvoeren van de groenaanleg
- Het onderhoud van de werken gedurende de waarborgtermijn”.

Uit het bestek en de meetstaat blijkt dat uitsluitend de bovenbouw ten laste is van de nv Dexia Bank België. De rioleringswerken gebeuren ten laste van medefinancier TMVW-AquaRio.

Tevens wordt in het bestek (blz. 5) het volgende opgemerkt betreffende “subrogatie”:

“Het project wordt opgericht door Dexia Bank voor de Initiatiefnemer op grond van een overeenkomst van onroerende leasing. In deze overeenkomst wordt onder meer bepaald dat de Initiatiefnemer na de oplevering van de werken gesubrogeerd is in de rechten en de plichten van Dexia Bank als bouwheer jegens de aannemers en de ontwerpers. Door het eenvoudige feit van zijn inschrijving erkent de aannemer deze subrogatie te aanvaarden, en zal hij zich niet verzetten tegen de eventuele uitoefening ervan door de Initiatiefnemer”.

3.8. De opening van de offertes vindt plaats op 29 juni 2010. Vier inschrijvers dienen een offerte in, waaronder verzoekende partij.

3.9. Op 7 september 2010 beslist de tweede verwerende partij om het gunningsverslag goed te keuren en de opdracht toe te wijzen aan bvba Tuinen Descamps.

3.10. Per telefax van 7 september 2010 en per aangetekend schrijven verzonden op 9 september 2010 wordt verzoekende partij op de hoogte gebracht van het feit dat haar offerte niet wordt gekozen als laagste regelmatige offerte. Als bijlage bij dit schrijven wordt de gemotiveerde gunningsbeslissing en het gunningsverslag toegevoegd.

Tevens wordt opgemerkt dat voor de sluiting van de opdracht overeenkomstig de van toepassing zijnde regelgeving een wachttermijn van 15 kalenderdagen in acht wordt genomen, waarbinnen verzoekende partij in voorkomend geval een vordering tot schorsing kan instellen.

IV. Tussenkoms

4. Met een op 30 september 2010 ter post aangetekend verzoekschrift vraagt de bvba Tuinen Descamps om in het geding te mogen tussenkomen.

Zij blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

De exceptie

5. Beide verwerende partijen werpen in een exceptie op dat de Raad van State te dezen geen rechtsmacht heeft aangezien de bestreden beslissingen uitgaan van de nv Dexia Bank België, die geen administratieve overheid is zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Beoordeling

6.1. Overeenkomstig artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, mag deze enkel kennis nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de akten en reglementen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblées, 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 van de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

6.2. Het Hof van Cassatie stelt in zijn arrest van 14 februari 1997 (C.96.0211), dat instellingen opgericht of erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, die belast zijn met een openbare dienst en niet behoren tot de rechterlijke of wetgevende macht, in beginsel administratieve overheden zijn, in zoverre hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden maar dat het toevertrouwen aan een naamloze vennootschap van een taak van algemeen belang, ook al is die vennootschap opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, haar privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden.

In het arrest van 10 juni 2005 (C.04.0278) stelt het Hof van Cassatie in dezelfde zin dat een vennootschap, die, ook al is zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan de controle van de overheid, geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden, niet de aard heeft van een administratieve overheid en dat het hiervoor niet ter zake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

6.3. Uit de subsidiaire rechtsmacht van de Raad van State -als administratief rechtscollege- en uit de voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie mag het vermoeden worden afgeleid dat de Raad van State niet over rechtsmacht beschikt indien de verwerende partij een private rechtspersoon is aangezien deze in principe niet over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig bindende beslissingen te nemen. Dit is dan enkel anders indien het tegenbewijs wordt geleverd en aangetoond wordt dat dergelijke beslissingsmacht wel tot de bevoegdheid van die rechtspersoon behoort en bovendien kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

6.4. Te dezen wordt niet betwist dat de tweede verwerende partij een private rechtspersoon is, namelijk een naamloze vennootschap.

Verzoekende partij levert het voornoemde tegenbewijs niet, noch poogt zij zulks te doen. Integendeel moet worden vastgesteld dat zij, in een dagvaarding die zij op 21 september 2010 uitbracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brugge zetelend in kort geding, zelf uitdrukkelijk opmerkt (randnr. 10) dat, aangezien de nv Dexia Bank België geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, §1, van de voormelde wetten, de gewone rechter in kort geding als enige bevoegd is voor het verzoek tot schorsing van de bestreden beslissingen. Ter terechtzitting laat verzoekende partij voorts die stellingname opnieuw noteren, met de voorwaarde dat in de procedure te Brugge ook de nv Dexia Bank België en de gemeente Middelkerke dat standpunt bijtreden.

6.5. Mede in het licht van het concrete voorwerp van de opdracht, namelijk het herinrichten van de Oostendelaan met inbegrip van het Marktpllein en de Molenstraat te Middelkerke, hetgeen tevens kadert in een groter geheel van de bouw van het ondergronds parkeercomplex Marktpllein, vertoont de exceptie aldus een hoge graad van ernst en dient te worden aanvaard. De tweede verwerende partij lijkt bij het nemen van de bestreden beslissing niet te hebben gehandeld als een administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Aldus lijkt het niet aan de Raad van State toe te komen om kennis te nemen van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu overeenkomstig artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State de schorsing van de tenuitvoerlegging van een akte of reglement enkel mogelijk is indien deze vatbaar zijn voor nietigverklaring, hetgeen te dezen, zoals hiervoor is gebleken, niet het geval lijkt.

BESLISSING

1. Het verzoek van de bvba Tuinen Descamps tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkommende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 125 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 oktober 2010, door de Raad van State, XII^e kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest