

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 210.522 van 20 januari 2011
in de zaak A. 143.542/XII-3976**

In zake: de NV STRABAG BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Carlos De Wolf en Jozef Timmermans
kantoor houdend te Maarkedal
Etikhovestraat 6
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VZW ONZE-LIEVE-VROUWZIEKENHUIS te Aalst
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 3 november 2003, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van 9 juli 2003 van de raad van beheer van verwerende partij om de uitbreidingswerken aan het ‘O.-L.-Vrouw Ziekenhuis / Lot 1 - gesloten ruwbouw: Pilootopdracht voor alle loten vermeld onder Deel III - art. 01.00.10 - 1. Algemeen - A. Inleiding - Punt 6’ te gunnen aan [de nv Cordeel] en de daaruit volgende impliciete beslissingen om voormelde opdracht niet te gunnen aan Strabag nv”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. 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 oktober 2010.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jozef Timmermans, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Matthias Valkeniers, die loco advocaat Peter Flamey 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. De vzw Onze-Lieve-Vrouwziekenhuis schrijft een algemene offerteaanvraag uit voor een opdracht betreffende de uitbreiding van het ziekenhuis.

De inschrijvingen worden geopend op 5 mei 2003. Er blijken negen offertes te zijn ingediend, onder meer door verzoekende partij en de nv Cordeel.

De raad van beheer van het ziekenhuis beslist op 9 juli 2003 om de opdracht toe te wijzen aan de nv Cordeel voor een bedrag van 24.415.072,30 euro, btw niet inbegrepen. Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Standpunt van de partijen

4. In het verzoekschrift betoogt verzoekende partij, anticiperend op een exceptie wat de rechtsmacht van de Raad van State betreft, dat “de aangevochten beslissing van verwerende partij [...] ongetwijfeld in aanmerking [komt] voor vernietiging door uw Raad, daar deze beslissing ‘een akte van een administratieve overheid uitmaakt’”.

Verzoekende partij stelt voorts dat, vermits de wetgeving inzake overheidsopdrachten “wordt geacht de openbare orde te raken” en artikel 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, aan de aanbestedende overheid een “eenzijdig wijzigingsrecht” verlenen, er “kan worden verdedigd dat, vanuit strikt juridisch oogpunt, verwerende partij t.a.v. aannemers in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten, beslissingen kan nemen die deze aannemers binden”. Bijgevolg is de Raad van State, althans volgens verzoekende partij, “dan ook bevoegd om de wettigheid van de door verwerende partij genomen gunningsbeslissing te toetsen”.

5. Verwerende partij betwist in de memorie van antwoord in een exceptie de rechtsmacht van de Raad van State. Zij voert aan dat zij geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, onder meer omdat zij niet bevoegd is om tegenover derden op eenzijdige wijze bindende beslissingen te nemen.

6. In haar memorie van wederantwoord benadrukt verzoekende partij dat verwerende partij te dezen “wel degelijk een reeks beslissingen [heeft] genomen die eenzijdig haar verplichtingen tegenover anderen bepaalden, dan wel eenzijdig verplichtingen van anderen vaststelden”. Verzoekende partij verwijst daartoe onder meer naar de keuze voor de gunningswijze, het vastleggen van de vereisten inzake de selectie van de inschrijvers en de regelmatigheid van de offertes. Al deze voorschriften zijn niet alleen voor de inschrijvers, maar ook voor derden bindend: eenmaal de gunningsprocedure is opgestart dient deze te verlopen volgens een welomschreven wettelijke procedure, waarbinnen de overheid gerechtigd is om eenzijdig bindende beslissingen te nemen.

Verzoekende partij verwijst in dit verband in haar laatste memorie ook naar de mogelijkheid om af te zien van de gunning naar de beslissingen in verband met de onregelmatigheid van de offertes en inzake de aanvulling van leemtes en de verbetering van de ingediende offertes.

Beoordeling

7.1. 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.

7.2. 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 zijn arrest van 6 september 2002 (C.01.0382) stelt het Hof van Cassatie dat instellingen die zijn opgericht door privé-personen, maar erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, administratieve overheden zijn in de zin van het voormelde artikel 14, mits hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden, meer bepaald door de eigen verplichtingen tegenover anderen eenzijdig te bepalen of door verplichtingen van die anderen eenzijdig vast te stellen en dat handelingen door deze

instellingen gesteld het voorwerp kunnen zijn van een nietigverklaring wanneer die instellingen een deel van het openbaar gezag uitoefenen.

7.3. 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.

7.4. Te dezen is de verwerende partij opgericht als een private rechtspersoon, namelijk een vereniging zonder winstoogmerk in de zin van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen. Uit de statuten van verwerende partij, gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 25 september 1969, blijkt dat er geen administratieve overheid heeft deelgenomen aan haar oprichting. Voorts blijkt niet dat er een administratieve overheid deel zou uitmaken van haar organen. Het gaat dienvolgens om een vereniging die enkel door privé-personen is opgericht en beheerd wordt.

Het gegeven dat verwerende partij bij de voorbereiding en het nemen van de bestreden toewijzingsbeslissingen bepalingen van de regelgeving op de overheidsopdrachten heeft toegepast, is niet van aard om daaruit af te leiden dat zij te dezen als administratieve overheid is opgetreden. In de eerste plaats kan de regelgeving op de overheidsopdrachten immers ook van toepassing zijn op private personen. Voorts strekken de te dezen bestreden beslissingen er enkel toe een opdracht toe te wijzen of niet toe te wijzen aan bepaalde inschrijvers. Deze inschrijvers beoogden vrijwillig betreffende de opdracht ooit in een contractuele relatie te treden met verwerende partij.

Met de bestreden beslissingen heeft de verwerende partij aldus niet “eenzijdig” verplichtingen vastgesteld ten aanzien van “anderen”, noch de inschrijvers, noch degenen die geen offerte indienden en die dienvolgens niet tegen hun wil konden worden gebonden.

7.5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de exceptie moet worden aanvaard. Verwerende partij heeft bij het nemen van de bestreden beslissingen niet gehandeld als een administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het is dienvolgens te dezen niet aan de Raad van State om van het beroep tot nietigverklaring van de bestreden beslissingen van de verwerende partij kennis te nemen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 20 januari 2011, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Geert van Haegendoren,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Silja Doms,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest