

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 213.821 van 9 juni 2011
in de zaak A. 179.340/XII-4952**

In zake: NV ALGROBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bob Martens
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

PROVINCIE VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Michel van Dievoet
kantoor houdend te 1000 Brussel
Boomstraat 14 bus 3
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 december 2006, strekt tot de nietigverklaring van “de beslissing van de Deputatie van de Provincieraad van Vlaams-Brabant [...] dd. 17 augustus 2006 tot gunning van de opdracht voor de saneringswerken Zilverbeek - Fase 2: onbevaarbare waterloop van de tweede categorie nr. 2.186/II categorie tussen o.p. 2 en 22 te Overijse aan de bvba Liwabo”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. Verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

Verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 april 2011.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Pieter Callebaut, die loco advocaat Bob Martens verschijnt voor verzoekende partij, en advocaat Filip Van Dievoet die loco advocaat Michel Van Dievoet verschijnt voor verwerende partij zijn gehoord.

Eerste auditeur Luc Vermeire 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. Op 9 december 2004 beslist de deputatie van de provincie Vlaams-Brabant de opdracht voor de saneringswerken aan de onbevaarbare waterloop van de 2^{de} categorie “Zilverbeek” te Overijse na openbare aanbesteding te gunnen aan de nv Algrobo voor een bedrag van 434.056,04 euro, btw inbegrepen.

Met een brief van 17 december 2004 stelt verwerende partij verzoekende partij in kennis van deze beslissing en verzoekt zij tot het storten van een borgtocht.

Met een brief van 20 december 2004 verzoekt verwerende partij verzoekende partij de werken aan te vangen op 28 januari 2005.

3.2. Op 15 december 2005 beslist verwerende partij dat verzoekende partij in gebreke is bij de uitvoering van de opdracht met toepassing van artikel 20, § 1, van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken.

Met toepassing van artikel 20, § 6, van voornoemde Algemene Aannemingsvoorwaarden beslist zij tevens als maatregel van ambtswege een overeenkomst te sluiten met een andere aannemer na een nieuwe openbare aanbesteding, met het oog op de voltooiing van de opdracht. De dienst Waterlopen dient een nieuw bestek dat de werkzaamheden bevat voor de voltooiing van de opdracht, op te maken.

Deze beslissing wordt verzoekende partij betekend op 3 januari 2006.

3.3. Verwerende partij schrijft een nieuwe openbare aanbesteding uit met als opdracht de saneringswerken van de Zilverbeek te Overijse waarbij het bestek conform het oorspronkelijk bestek is “doch met aangepaste opmetingsstaat rekening houdend met de nog uit te voeren werkzaamheden (fase 2: genoemd)”.

Op 17 augustus 2006 beslist verwerende partij de opdracht te gunnen aan de bvba Liwabo voor de som van 347.104,23 euro btw inbegrepen. Dit is de thans bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

4. De beslissing van het bestuur om maatregelen van ambtswege te nemen, namelijk om een overeenkomst met een derde, de bvba Liwabo, aan te gaan, vindt haar rechtsgrond in artikel 20 van de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken, waardoor de contractuele verhoudingen tussen het bestuur en verzoekende partij worden bepaald met betrekking tot de uitvoering van de opdracht die het

voorwerp was van de aanbesteding en die gegund werd op 9 december 2004. Luidens dit artikel 20 worden de tekortkomingen op de bepalingen van het contract in een proces-verbaal vastgesteld dat toegezonden wordt aan de aannemer en waarop hij zijn verweermiddelen kan doen gelden binnen de vijftien kalenderdagen; diens stilzwijgen geldt als erkenning van de vastgestelde feiten; na voormelde termijn kan het bestuur de opdracht verbreken en kan het een overeenkomst met een derde sluiten.

De eenzijdige beslissing van het bestuur van 17 augustus 2006 om de opdracht te gunnen aan en een overeenkomst aan te gaan met de bvba Liwabo wat betreft de voltooiing van de opdracht, is ten aanzien van verzoekende partij niet een handeling die haar kracht ontleent aan het openbaar gezag dat het bestuur door of krachtens de wet is toegekend, maar een handeling die ten aanzien van verzoekende partij haar kracht ontleent aan het tussen haar en het bestuur gesloten contract. De betwisting die daaromtrent is ontstaan, kan enkel door de rechter van het contract, de gewone rechter, worden opgelost en valt bij weersluiting buiten de rechtsmacht van de Raad van State.

5. Tevergeefs verwijst verzoekende partij ter zitting naar het arrest nr. 208.513 van 28 oktober 2010 inzake de nv Spatial Intelligence Genuine & Generic IT Solutions (Siggis) om aan te voeren dat het beroep wel binnen de rechtsmacht van de Raad van State valt. In dit arrest gaat het evenwel niet over een beslissing om een overeenkomst met een derde voor rekening van de initiële begunstigde onderneming te sluiten in het kader van maatregelen van ambtswege tegen deze onderneming, zoals dit wel het geval is in de voorliggende zaak.

6.1. In haar laatste memorie stelt verzoekende partij voor om de volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie zo de Raad van oordeel zou zijn dat hij geen rechtsmacht zou hebben om kennis te nemen van het beroep:

“Is de rechtspraak van een Lidstaat, waarbij een administratieve rechtsinstantie, die een exclusieve bevoegdheid bezit inzake de beoordeling van de door een administratieve overheid genomen beslissing in het kader van een gunningsprocedure betreffende overheidsopdrachten, een vordering tot nietigverklaring van een dergelijke administratiefrechtelijke beslissing

verwerpt op grond van het enkel feit dat deze administratiefrechtelijke beslissing op de uitvoering van een contract betrekking heeft, verenigbaar met de aan een Lidstaat toekomende verplichting inzake een doelmatige rechtsbescherming, zoals die zijn opgenomen in de bepalingen van de Rechtsbeschermingrichtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 en m.n. de verplichtingen opgenomen in artikel 1, 1., 3^e alinea, artikel 1, 3. en artikel 2, b) van voormelde richtlijn 89/665/EEG?”

6.2. De geraamde waarde van de opdracht voor aanneming van werken is onder de Europese drempel.

De opdracht is derhalve niet onderworpen aan de bepalingen van de door de verzoekende partij ingeroepen richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

De voorgestelde vraag is bijgevolg niet dienstig.

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 9 juni 2011,
door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Lust,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Dierk Verbiest