

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

nr. 214.772 van 8 augustus 2011

in de zaak A. 201.044/XII-6647

In zake: de BVBA EUROSRIPT DEL BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christiaan Lesaffer en Els Desair
kantoor houdend te 2000 Antwerpen
Oude Leeuwenrui 19
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV PARTICIPATIEMAATSCHAPPIJ VLAANDEREN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Debièvre en Caroline Segers
kantoor houdend te 1000 Brussel
Havenlaan 86 b113
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 11 juli 2011, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van “de beslissing van het Groepsmanagement Comité van de NV Participatiemaatschappij Vlaanderen van 30 mei 2011 [...] waarin besloten werd dat ‘Euroscript Delt Belgium niet werd geselecteerd en, derhalve, niet wordt toegelaten tot de volgende fase van de procedure’ in het kader van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking inzake het project Enterprise Content Management (ECM) Platform”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 3 augustus 2011.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Christiaan Lesaffer die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaten Jens Debièvre en Caroline Segers, die verschijnen voor de 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 maart 2011 kondigt de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen een overheidsopdracht aan die betrekking heeft op “de levering, implementatie, ontwikkeling en (korte termijn) onderhoud van een Enterprise Content Management platform [dat] de business units van [de verwerende partij] ondersteunt in hun dagelijkse werking”.

Op 15 maart 2011 volgt een aankondiging van de voornoemde opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Luidens deze aankondigingen zal de opdracht worden gegund met toepassing van de procedure van de onderhandeling en zal het aantal gegadigden dat beantwoordt aan de selectiecriteria, indien dit meer dan vijf bedraagt, voor de onderhandeling worden gereduceerd tot “in beginsel, maximum de 5 beste inschrijvers”.

3.2. Met een e-mailbericht van 14 april 2011 stelt de verzoekende partij, “in samenwerking met Euroscript Delt Netherlands bv”, zich kandidaat voor de opdracht. Bij dit bericht is een pdf-document gevoegd met als titel “Kandidaatstelling voor 2011/S 51-083702: Systeem voor documentenbeheer”.

Naast de kandidatuur van de verzoekende partij, worden nog negentien andere kandidaturen ingediend.

3.3. Het “verslag van de beoordeling van de kandidaatstellingen” besluit dat zeven kandidaatstellingen, waaronder deze van de verzoekende partij, “onvolledig en formeel onregelmatig” zijn.

Met betrekking tot de kandidaatstelling van de verzoekende partij wordt in het bijzonder gesteld:

“Hoewel Euroscript tijdig een digitale kandidaatstelling heeft ingediend, stelde de Aanbestedende Dienst vast dat het digitale dossier onvolledig was. Het digitale dossier bleek immers een pdf-document, zonder mogelijkheid om bijkomende documenten waarnaar verwezen werd, te openen.

Aangezien geen analoog papieren dossier werd ingediend, konden de volgende documenten niet worden onderzocht door de Aanbestedende dienst: verklaring op eer, omzetcijfers, CV’s van het projectteam, overzicht ECM technologie, visie ECM, kenniswerking ECM, projectmethodologie, referenties, etc.

Ten slotte bleek de digitale kandidaatstelling niet ondertekend te zijn.

In het licht van het voorgaande, kan de Aanbestedende Dienst enkel vaststellen dat de kandidaatstelling van Euroscript Delt manifest onvolledig en formeel onregelmatig is.”

De overige kandidaatstellingen worden in het beoordelingsverslag getoetst aan de selectiecriteria. Er wordt vastgesteld dat ze alle voldoen aan deze criteria. De zes inschrijvers die de maximale score hebben behaald, worden verder in aanmerking genomen.

3.4. Op 30 mei 2011 bekrachtigt het groepsmanagementcomité van de verzoekende partij de beslissing van de jury om de voormelde zes inschrijvers toe te laten tot de volgende fase van de procedure.

3.5. Met een aangetekende brief van 1 juni 2011, gericht aan “Euroscript Delt Belgium nv” en geadresseerd aan de maatschappelijke zetel van de verzoekende partij, deelt de verwerende partij mede dat “Euroscript Delt Belgium nv” niet werd geselecteerd en derhalve niet wordt toegelaten tot de volgende fase van de procedure. Luidens deze brief is de “gemotiveerde selectiebeslissing” bijgevoegd en kan “overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State [...] tegen deze beslissing beroep worden ingesteld bij de gewone rechtbanken”.

3.6. Met een e-mailbericht van 6 juni 2011 zendt de verwerende partij een kopie van de brief van 1 juni 2011 en van het beoordelingsverslag naar de aangestelde van de verzoekende partij die namens deze partij de kandidaatstelling heeft ingediend.

3.7. Met een e-mailbericht van 7 juni 2011 stelt deze aangestelde de volgende vragen aan de verwerende partij:

“- Wij hebben ons document nogmaals getest op de aanwezigheid van de gekoppelde documenten en vinden deze terug door een muisklik op het PDF icoon in het document. De opdracht zelf, is ons ook aangeleverd in PDF-versie, dus gaan wij ervan uit dat dit een gangbaar formaat is binnen PMV.

Kan u mij aangeven wat hier precies verkeerd is gegaan?

- In verband met de ondertekening, lijkt mij de ondertekende ‘Verklaring op eer’ en het doorsturen van de kandidatuurstellingen via

e-mail, de nodige garantie. Kan je ons hieromtrent nadere verklaring geven?”

3.8. Met een e-mailbericht van diezelfde datum antwoordt de verwerende partij:

“[...]

Bij nazicht van het elektronisch ingediende dossier (de pdf) hebben wij vastgesteld dat het document tal van pdf-iconen bevat, die echter niet geopend kunnen worden. Aangezien er ook geen papieren dossier werd nagestuurd, hebben wij de beoordeling van de kandidatuur van Euroscript Delt Belgium doorgevoerd op basis van een onvolledig dossier, met het gekende resultaat tot gevolg.

Naar aanleiding van uw onderstaand bericht hebben wij uitgezocht wat er mis is gegaan. Inmiddels is gebleken dat de pdf-links op een Mac niet open geklikt kunnen worden. Op een PC kan wel worden doorgeklikt op de icoontjes. Aangezien de PMV-medewerkers die de elektronische dossiers doorgenomen hebben op Mac werken, troffen zij een statisch pdf-document aan, zonder mogelijkheid om door te klikken.

Zoals je weet, werd de selectiebeslissing intussen genomen en werden de kandidaten hiervan op de hoogte gebracht. Hierop kan niet meer teruggekomen worden.

[...]”

3.9. Met een e-mailbericht van 23 juni 2011 deelt de verzoekende partij aan de verwerende partij mede dat de kennisgeving van haar niet-selectie en van het beoordelingsverslag werden gericht aan een niet-bestaande vennootschap, met name aan “Euroscript Delt Belgium nv”, terwijl de inschrijving gebeurde door de BVBA Euroscript Delt Belgium. De verzoekende partij vraagt om de kennisgeving te verrichten aan “de juiste vennootschap”.

3.10. Met een aangetekende brief van 24 juni 2011 deelt de verwerende partij de beslissing van 30 mei 2011 mede aan “Euroscript Belgium BVBA”. Ook deze brief wordt verzonden naar de maatschappelijke zetel van de verzoekende partij.

3.11. De verzoekende partij reageert met een e-mailbericht van 29 juni 2011 aan de verwerende partij waarin zij stelt dat ook de aangetekende

brief van 24 juni 2011 aan een niet-bestaande vennootschap werd gericht, met name aan “Euroscript Belgium BVBA”, in de plaats van aan “de BVBA Euroscript Delt Belgium”, en dat niet de selectiebeslissing was bijgevoegd, maar het bestek met de uitnodiging om een offerte in te dienen.

3.12. Met een aangetekende brief van 30 juni 2011 deelt de verwerende partij de beslissing van 30 mei 2011 ten slotte mede aan “de BVBA Euroscript Delt Belgium”. Het beoordelingsverslag is nu bijgevoegd. Deze brief vermeldt tevens dat tegen de gemotiveerde selectiebeslissing “overeenkomstig artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State” beroep kan worden ingesteld bij de gewone rechtbanken.

De beslissing om de verzoekende partij niet te selecteren is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie van de verwerende partij

4. De verwerende partij werpt in haar nota een exceptie op van onbevoegdheid van de Raad van State om van de vordering kennis te nemen. Zij betoogt dat de Raad van State krachtens artikel 14, eerste lid (lees: § 1), van zijn gecoördineerde wetten slechts bevoegd is om uitspraak te doen over beroepen tot nietigverklaring van akten en reglementen van administratieve overheden. Volgens haar kan zijzelf niet worden beschouwd als een administratieve overheid in de zin van de voornoemde wetsbepaling. Zij argumenteert in dit verband dat zij als naamloze vennootschap een privaatrechtelijke rechtspersoon is en dat volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie en, in navolging daarvan, van de Raad van State een dergelijke rechtspersoon slechts als een administratieve overheid kan worden beschouwd indien hij over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig beslissingen te nemen die derden binden. Noch het decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid, waarbij zij

werd “omgevormd” tot een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap, noch haar statuten of enige andere regelgeving verlenen aan de verwerende partij de bevoegdheid tot het nemen van eenzijdige, voor derden bindende beslissingen.

Op het standpunt dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift inneemt, dat de verwerende partij erkent een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State te zijn, aangezien zij in de kennisgeving van de bestreden beslissing melding maakt van de beroepsmogelijkheid bij de Raad van State, antwoordt de verwerende partij dat in die kennisgeving enerzijds weliswaar ten onrechte wordt verwezen naar artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, maar anderzijds uitdrukkelijk wordt vermeld dat de gewone rechtbanken te dezen bevoegd zijn. Volgens de verwerende partij kan aan de materiële vergissing die gelegen is in de verwijzing naar de gecoördineerde wetten op de Raad van State, hoe dan ook geen gevolgen worden verbonden met betrekking tot de bevoegdheid van de Raad van State.

Beoordeling

5. De Raad van State kan in een kort geding en a fortiori in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, zoals het onderhavige, slechts een beperkt onderzoek wijden aan excepties die zijn rechtsmacht betreffen. Hij kan een dergelijke exceptie evenwel aannemen indien dat beperkt onderzoek uitwijst dat ze een hoge graad van ernst vertoont.

6. Artikel 65/24, eerste lid, 1°, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, ingevoegd bij wet van 23 december 2009, bepaalt dat voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 65/14 en 65/15, namelijk het verzoek tot vernietiging en het verzoek tot schorsing van de in de laatstgenoemde wetsartikelen bedoelde beslissingen, de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad

van State de verhaalinstantie is “wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State”.

Deze bepaling is van toepassing op de voorliggende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de beslissing van de verwerende partij van 30 mei 2011 om de verzoekende partij niet te selecteren voor onderhandeling over de overheidsopdracht betreffende het “Enterprise Content Management platform”.

Artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarnaar de voornoemde bepaling verwijst, bepaalt dat de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitspraak doet over de beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden en van de wetgevende vergaderingen of 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 voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

7. Het Hof van Cassatie heeft onder meer in zijn arrest van 14 februari 1997 (C.96.0211) inzake de NV Gimvindus geoordeeld 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 zij opgericht door een administratieve overheid en ook al is zij onderworpen aan een verregaande controle van de overheid, deze haar

privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden.

Het Hof van Cassatie heeft in dezelfde zin geoordeeld in zijn arrest van 10 september 1999 (C.98.0141) inzake de NV BATC .

In zijn arrest van 10 juni 2005 (C.04.0278) inzake de CVBA Gewestelijke Maatschappij voor de Kleine Landeigendom stelt het Hof van Cassatie 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 hiervoor niet terzake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

8. Uit de subsidiaire rechtsmacht van de Raad van State -als administratief rechtscollege- en uit de voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie lijkt het vermoeden te mogen 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.

9. Te dezen is de verwerende partij een naamloze vennootschap, opgericht door de GIMV bij notariële akte van 31 juli 1995, bij uittreksel bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 25 augustus 1995. De oprichtingsakte vermeldt dat de GIMV daarbij optrad “in haar derde functie, overeenkomstig artikel 4 voorlaatste alinea, van haar statuten, zijnde in opdracht en voor rekening van het Vlaamse Gewest, bij toepassing van artikel 10, § 4 en artikel 11 van het decreet van [13 juli 1994] betreffende de herstructurering van de

GIMV, GIMVINDUS, VMH, MIJNEN, LIM en tot oprichting van het LIMBURGFONDS en van de Permanente Werkgroep Limburg”.

10.1. Het decreet van 7 mei 2004 betreffende de investeringsmaatschappijen van de Vlaamse overheid (hierna het decreet van 7 mei 2004), in werking getreden op 19 mei 2008, heeft het voornoemde decreet van 13 juli 1994 opgeheven.

10.2. Artikel 3, § 1, van het decreet van 7 mei 2004 machtigt het Vlaamse Gewest om onder de in dit decreet bepaalde voorwaarden deel te nemen in onder meer de NV Participatiemaatschappij Vlaanderen (hierna: PMV). Artikel 3, § 3, bepaalt dat de investeringsmaatschappijen, waaronder de PMV, “privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen” zijn zoals bedoeld in artikel 29 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid van 18 juli 2003 (hierna: het kaderdecreet bestuurlijk beleid) en dat de bepalingen van dit laatstgenoemde decreet van toepassing zijn op de investeringsmaatschappijen.

Artikel 2 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid bepaalt dat de Vlaamse administratie wordt opgebouwd op basis van homogene beleidsdomeinen. Luidens artikel 3 van ditzelfde decreet wordt per homogeen beleidsdomein een Vlaams ministerie opgericht dat bestaat uit een departement en, desgevallend, intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid. Per homogeen beleidsdomein kunnen intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid en extern verzelfstandigde agentschappen worden opgericht. Artikel 4, § 1, bepaalt dat de beleidsondersteunende taken worden toevertrouwd aan de departementen. Luidens artikel 4, § 2, worden taken van beleidsuitvoering toevertrouwd aan intern of extern verzelfstandigde agentschappen wanneer voldaan is aan nader bepaalde cumulatieve voorwaarden.

Luidens artikel 11, § 2, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid behoort tot de categorie van de extern verzelfstandigde agentschappen:

“elke rechtspersoon die:

1° door de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest wordt opgericht voor het vervullen van taken van beleidsuitvoering, of waarin die overheden met dat doel participeren;

2° en onder een determinerende invloed staat van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, hetgeen blijkt als:

a) ofwel de werkzaamheden ervan in hoofdzaak gefinancierd of gedekt worden door de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest;

b) ofwel het beheer ervan onderworpen is aan het toezicht van de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest;

c) ofwel de leden van de bestuursorganen voor meer dan de helft door de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest zijn aangewezen, in voorkomend geval met uitsluiting van de onafhankelijke bestuurders bedoeld in artikel 18, § 2;

3° met uitsluiting van volgende rechtspersonen:

a) de inrichtende macht van het Gemeenschapsonderwijs en de onderwijsinstellingen die gefinancierd of gesubsidieerd worden door de Vlaamse Gemeenschap;

b) de sociale huisvestingsmaatschappijen;

c) de intern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid.”

Een extern verzelfstandigd agentschap wordt luidens artikel 11, § 3, van het kaderdecreet bestuurlijk beleid opgericht na een voorafgaande afweging van de voor- en de nadelen van externe verzelfstandiging en als hieruit blijkt dat een interne verzelfstandiging niet dezelfde voordelen kan bieden. Als voordelen voor externe verzelfstandiging gelden minimaal: 1° de mogelijkheid te voorzien in een verregaande autonomie en onafhankelijkheid van de uitvoering; 2° het mogelijk maken van een structurele medezeggenschap of een financiële participatie van een andere overheid of andere personen.

De privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen zijn luidens artikel 29 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid, de in artikel 11 bedoelde rechtspersonen, waarvan de rechtsvorm volledig in overeenstemming is met de dwingende bepalingen van het private vennootschaps- of verenigingsrecht. Tot oprichting van een extern verzelfstandigd agentschap in privaatrechtelijke vorm kan pas worden overgegaan na een voorafgaande afweging van de voor- en de nadelen van externe verzelfstandiging in privaatrechtelijke vorm en als hieruit blijkt dat een externe verzelfstandiging in

‡AIIILQCBAF-BAABJBP‡

publiekrechtelijke vorm niet dezelfde voordelen kan bieden. Artikel 30 voegt eraan toe dat de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap kunnen oprichten of erin deelnemen, op grond van een uitdrukkelijk hiertoe door de decreetgever verstrekte machtiging. Die machtiging stelt de beleidsuitvoerende taken vast met het oog waarop die oprichting of deelname kan plaatsvinden, alsook de personeelsleden, infrastructuur en middelen die hiertoe aan de privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschappen ter beschikking kunnen worden gesteld. Luidens artikel 31 wordt tussen een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap en de Vlaamse regering, die optreedt voor de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, na onderhandeling een samenwerkingsovereenkomst gesloten betreffende de samenwerking tussen de Vlaamse Gemeenschap of het Vlaamse Gewest, enerzijds, en het privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigde agentschap, anderzijds, en, in voorkomend geval, betreffende de aanwending van de aan het agentschap ter beschikking gestelde personeelsleden, middelen en infrastructuur.

10.3. Luidens artikel 3, § 4, van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt de Vlaamse regering tot welk homogeen beleidsdomein elk der investeringsmaatschappijen behoort.

Artikel 21, § 2, van het besluit van de Vlaamse regering van 3 juni 2005 met betrekking tot de organisatie van de Vlaamse administratie, vervangen bij besluit van de Vlaamse regering van 24 april 2009, bepaalt dat de PMV tot het beleidsdomein economie, wetenschap en innovatie behoort.

10.4. Artikel 5 van het decreet van 7 mei 2004 bepaalt de missie, de taken en het maatschappelijk doel van de PMV als volgt:

“Art. 5. § 1. De missie en de taken van PMV als privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap zijn begrepen in de vermeldingen van paragraaf 2 die in het maatschappelijk doel van PMV zullen worden weergegeven.

§ 2. Het maatschappelijk doel van PMV wordt als volgt bepaald en als dusdanig weergegeven in de vennootschapsstatuten van PMV:

1° onverminderd het bepaalde in artikel 12 van het kaderdecreet, het zelf of samen met anderen oprichten en deelnemen aan, alsmede het houden en verwerven van een participatie in vennootschappen, verenigingen, samenwerkingsverbanden en andere juridische entiteiten, al dan niet bekleed met rechtspersoonlijkheid, zulks met het oog op de verwezenlijking van het economisch overheidsinitiatief en de tenuitvoerlegging van de economische politiek van het Vlaamse Gewest;

2° als realisator van het Vlaamse economisch overheidsinitiatief, het initiëren, opstarten of uitbouwen van initiatieven en projecten ter stimulering van een duurzaam economisch klimaat in Vlaanderen;

3° het initiëren, opstarten of uitbouwen van initiatieven en projecten met het oog op de realisatie van publiek-private samenwerking en zulks in alle bevoegdheidsdomeinen;

4° het uitvoeren van de bijzondere opdrachten van de Vlaamse regering waarvan de uitvoeringsmodaliteiten, de verantwoordelijkheden, de kostendekking en de vergoeding geregeld worden in afzonderlijke overeenkomsten met het Vlaamse Gewest.

In de vennootschapsstatuten van PMV zal tevens worden bepaald dat de vennootschap alle activiteiten kan verrichten die, rechtstreeks of onrechtstreeks, bijdragen tot de verwezenlijking van haar maatschappelijk doel”.

10.5. Artikel 7ter van het decreet van 7 mei 2004, ingevoegd bij decreet van 15 december 2006, bepaalt dat de Vlaamse regering onder meer bij de PMV een regeringsafgevaardigde kan aanstellen. Deze houdt van overheidswege toezicht op de overeenstemming van de verrichtingen en de werking van de investeringsmaatschappij met het recht, de statuten van de investeringsmaatschappij, de samenwerkingsovereenkomst en de beginselen inzake financiële orthodoxie en inzake corporate governance. Hij heeft met raadgevende stem zitting in de raad van bestuur en de door de raad van bestuur ingestelde comités en stelt de Vlaamse regering in kennis van elke beslissing van de raad van bestuur of het management die hij strijdig acht met de toezichtsgronden, als bedoeld in § 1, tweede lid, en van de aanbevelingen die hij aan de raad van bestuur richt op grond van § 3, tweede lid, en het gevolg dat aan deze aanbevelingen wordt gegeven. Wanneer de Vlaamse regering op grond van deze inlichtingen meent dat de investeringsmaatschappij de aan haar opgedragen taken kennelijk verwaarloost, kan de Vlaamse regering de aangelegenheid bepalen

waarover de raad van bestuur van de investeringsmaatschappij moet beraadslagen en de termijn bepalen waarbinnen die beraadslaging moet plaatsvinden. Wordt binnen de gestelde termijn geen beslissing genomen, of stemt de Vlaamse regering niet in met de genomen beslissing, dan kan zij de nodige voorzieningen treffen. Deze voorzieningen kunnen inhouden dat de Vlaamse regering zich in de plaats stelt van de investeringsmaatschappij, waarbij zij de regeringsafgevaardigde of een andere persoon met een bijzondere macht kan bekleden of dat de Vlaamse regering de beslissingen van de investeringsmaatschappij gedurende een door haar bepaalde en verlengbare termijn afhankelijk maakt van het voorafgaand advies of de voorafgaande instemming van de Vlaamse regering, de regeringsafgevaardigde, of enige andere instantie.

11. Uit wat voorafgaat, kan in de huidige stand van het geding worden besloten dat de verwerende partij werd opgericht als naamloze vennootschap door de GIMV, handelend in naam en voor rekening van het Vlaamse Gewest. Zij is krachtens het decreet van 7 mei 2004 een privaatrechtelijk vormgegeven extern verzelfstandigd agentschap met rechtspersoonlijkheid geworden als bedoeld in artikel 29 van het kaderdecreet bestuurlijk beleid. Er kunnen haar weliswaar “taken van beleidsuitvoering” worden toevertrouwd, zij is bovendien onderworpen aan het toezicht van een regeringscommissaris en zij lijkt belast met taken van algemeen belang. Dit neemt evenwel niet weg dat zij door het decreet van 7 mei 2004 uitdrukkelijk wordt gekwalificeerd als een “privaatrechtelijk vormgegeven” extern verzelfstandigd agentschap.

Blijkens de voorgelegde statuten van de verwerende partij heeft zij nog steeds de rechtsvorm van een naamloze vennootschap.

12. Ten overvloede wordt opgemerkt dat ook in de parlementaire voorbereiding van het decreet van 7 mei 2004 het privaatrechtelijk karakter van de PMV wordt benadrukt. De memorie van toelichting bij het ontwerp van decreet dat het decreet van 7 mei 2004 is geworden, stelt onder meer dat “de investeringsmaatschappijen, na de goedkeuring van het ontwerp en vanaf de

inwerkingtreding ervan, zuivere vennootschappen van privaaf recht zullen worden” (*Parl. St.* VI. Parl. 2003-2004, nr. 2204/1, 16). Uit diezelfde memorie blijkt voorts de bedoeling van de decreetgever om “de investeringsmaatschappijen volledig aan de werking van het privaaf recht te onderwerpen” (*Parl. St.* VI. Parl., 2003-2004, nr. 2204/1, 7). De rechtsvorm van zuiver privaatrechtelijke naamloze vennootschap is volgens de memorie van toelichting “noodzakelijk gebleken teneinde de investeringsmaatschappijen toe te staan hun bestuur op een doelmatige wijze te organiseren” en “daarenboven laat de private rechtsvorm de investeringsmaatschappijen toe zich op de markt ten volle te profileren als privaatrechtelijke entiteiten” (*Parl. St.* VI. Parl. 2003-2004, nr. 2204/1, 16).

13. Er lijkt dan ook geen redelijke twijfel over te kunnen bestaan dat de verwerende partij een private rechtspersoon is. De verzoekende partij betwist dit overigens noch in haar verzoekschrift, noch ter terechtzitting.

14. Dienvolgens rijst de vraag of de verwerende partij als private rechtspersoon over de bevoegdheid beschikt om ten aanzien van derden eenzijdig bindende beslissingen te nemen en dat deze bevoegdheid op de bestreden beslissing kan worden betrokken.

De verzoekende partij toont niet aan en het blijkt ook niet prima facie dat de verwerende partij bij het niet selecteren van de eerstgenoemde partij heeft gehandeld op grond van een bevoegdheid om eenzijdig bindende beslissingen te nemen.

De omstandigheid dat de verwerende partij te dezen toepassing heeft gemaakt van de wetgeving inzake de overheidsopdrachten, lijkt niets daaraan te veranderen en leidt dan ook niet tot het besluit dat zij bij het nemen van de bestreden beslissing als een administratieve overheid heeft gehandeld. De desbetreffende wetgeving kan immers ook van toepassing zijn op privé-personen en de beslissingen die uit de toepassing ervan voortkomen, creëren geen verplichtingen ten aanzien van derden.

15. De verzoekende partij steunt de rechtsmacht van de Raad van State in haar verzoekschrift slechts op de stelling dat de verwerende partij erkent dat zij een administratieve overheid is in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, “door in de kennisgevingsbrief de beroepsmogelijkheid bij [de Raad van State] aan te geven”.

Daargelaten dat een dergelijke mededeling in een bestreden beslissing of in de kennisgeving ervan niet bepalend kan zijn voor de bevoegdheid van het ene of het andere rechtscollege, moet worden vastgesteld dat de verwerende partij bij de kennisgeving van de bestreden beslissing, weliswaar ten onrechte verwijzend naar artikel 19 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, uitdrukkelijk vermeldt dat tegen de bestreden beslissing “beroep kan worden ingesteld bij de gewone rechtbanken”.

16. In de huidige stand van het geding moet worden besloten dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing niet lijkt te hebben gehandeld als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Aldus lijkt het niet aan de Raad van State toe te komen kennis te nemen van een eventueel beroep tot nietigverklaring en bijgevolg evenmin van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

De door de verwerende partij opgeworpen exceptie van onbevoegdheid van de Raad van State om van de vordering kennis te nemen, vertoont de vereiste hoge graad van ernst om te worden aangenomen.

BESLISSING

De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 8 augustus 2011, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bert Thys,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	
Frank Bontinck,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Bert Thys