

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 218.604 van 22 maart 2012
in de zaak A. 203.771/XII-6856**

In zake: de BVBA BINNENHUISKUNST GOOSSENS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Ivan Lietaer
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Rooseveltplein 1
bij wie woonplaats wordt gekozen
eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Alain Ghekiere

tegen:

1. de NV DEXIA BANK BELGIE
2. het OCMW VAN DE GEMEENTE STADEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Barteld Schutyser
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 106
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 23 februari 2012, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing van 10 februari 2012 van de nv Dexia Bank tot gunning van de openbare aanbesteding genaamd ‘lot 7 – vaste uitrusting’ van het nieuwe woon- en zorgcentrum ‘de oever’ te Oostnieuwkerke voor 86 residenten en 5 kamers voor kortverblijf aan de nv Detrac uit Vichte en tot niet-gunning van deze overheidsopdracht aan de [bvba Binnenhuiskunst Goossens]”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 20 maart 2012, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Ivan Lietaer, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Tom Villé, die loco advocaat Barteld Schutyser verschijnt 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. Het OCMW van Staden schrijft in 2005 een algemene offerteaanvraag uit voor een aanneming van diensten met als voorwerp “het aangaan van financiering met projectbeheer voor de realisatie van een investeringsproject; het opstellen van een technisch-financieel plan in het kader van VIPA”.

3.2. Het wordt niet betwist dat het OCMW van Staden die opdracht gunde aan de nv Dexia Bank België.

3.3. Het OCMW van Staden en de nv Dexia Bank België sluiten op 27 juli 2009 een overeenkomst van “financiering met projectbeheer met vestiging van een recht van opstal” voor dit project.

Blijkens de voorafgaande uiteenzetting in die overeenkomst verlangt het OCMW van Staden op het terrein in kwestie een nieuw woon- en zorgcentrum op te richten, werd het ontwerp opgesteld door VK-Studio en aanvaard door de partijen, is de nv Dexia Bank België bereid dit gebouw op te richten of te doen oprichten op grond van het recht van opstal dat het OCMW zal verlenen en verbindt het OCMW zich ertoe het opgerichte gebouw te gebruiken als huurder.

3.4. In uitvoering hiervan schrijft de nv Dexia Bank België een openbare aanbesteding uit voor een aanneming van werken, in de aankondiging genaamd “L890/P7” en kort beschreven als:

“L890 – OCMW Staden: Nieuw woonzorgcentrum voor 86 residenten en 5 kamers voor kortverblijf De Oever
Perceel 7: Vaste uitrusting
Uitvoeringstermijn: 100 kalenderdagen”.

3.5. De aankondiging van deze opdracht wordt op 16 september 2011 bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 21 september 2011 in het Publicatieblad van de Europese Unie.

De aankondiging verwijst onder aanbestedende dienst naar de nv Dexia Bank België en vermeldt dat de inschrijvingen moeten worden ingediend bij het OCMW van Staden.

3.6. Het bijzonder bestek nr. VKS30937 – L890 is op deze opdracht van toepassing.

Deel “Algemene bepalingen”, artikel 3 “Partijen” vermeldt het OCMW van Staden als “Gebruiker/Openbaar Bestuur” en de nv Dexia Bank België als “Bouwheer”.

Artikel 9 “Subrogatie” van deze algemene bepalingen luidt:

“Het project wordt opgericht door Dexia Bank voor de gebruiker/openbaar bestuur op grond van een overeenkomst van financiering met projectbijstand. In deze overeenkomst wordt onder meer bepaald dat de gebruiker/openbaar bestuur met ingang van de voorlopige oplevering en/of vanaf de ingebruikname van (een deel) van het gebouw 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 gebruiker/openbaar bestuur”.

3.7. Het verslag van nazicht van de ontwerper stelt vast dat de nv Detrac de laagste technisch en rekenkundig regelmatige inschrijver is en voldoet aan alle selectievoorwaarden.

3.8. De nv Dexia Bank België keurt dit verslag van nazicht op 10 februari 2012 integraal goed en gelast haar projectleider met de verdere uitvoering van “deze gunningsbeslissing”.

Dit is de bestreden beslissing.

3.9. Op 23 februari 2012 wordt de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld.

IV. Rechtsmacht van de Raad van State

De exceptie

4. Verwerende partijen werpen in een exceptie op dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft aangezien de bestreden beslissing uitgaat 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.

Verwerende partijen betogen dat de vraag tot schorsing van de bestreden beslissingen aldus in beginsel tot de rechtsmacht van de burgerlijke rechter behoort en benadrukken dat het dan ook niet verbazend is dat verzoekende partij eveneens bij de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Ieper, zetelend in kort geding, een procedure in kort geding heeft opgestart en dat verzoekende partij daarin zelf de rechtsmacht van die rechter bevestigt.

Zij werpen dan ook een declinatoire exceptie op in de zin van artikel 33 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Aangezien aldus te dezen ook geen beslissing werd genomen door het OCMW van Staden vraagt deze terecht om buiten de zaak te worden gesteld.

5. Verzoekende partij zelf gaat in het verzoekschrift niet uitdrukkelijk in op de rechtsmacht van de Raad van State.

Beoordeling

6. 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 assemblees, 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. 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.

8. 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.

9. Te dezen wordt niet betwist dat eerste 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 verzoekende partij, in een dagvaarding die zij op 24 februari 2012 uitbracht voor de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Ieper, zetelend in kort geding, teneinde de uitvoering te laten schorsen van de in het geding zijnde gunningsbeslissing voor de voorliggende opdracht, zelf de rechtsmacht van de justitiële rechter lijkt te aanvaarden, stellende:

“De rechtbank van eerste aanleg te Ieper, zetelend in kort geding, is terzake bevoegd, gelet op artikel 65/24, eerste lid, 2°, van boek II*bis* van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals ingevoegd bij wet van 23 december 2009 en art. 9 en 584 Ger.W. [...]

Door de bestreden beslissingen worden de subjectieve rechten van de verzoekende partij ernstig geschaad, namelijk haar recht om volgens art. 15 van de overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993 deze openbare aanbesteding toegewezen en gegund te zien aan haar, gezien ze in werkelijkheid de laagste regelmatige inschrijver is, hetgeen de steller van de bestreden beslissing ten onrechte niet erkend heeft. Het eigendomsrecht (art. 1, eerste lid eerste protocol bij het EVRM) van de verzoekende partij, en haar economische grondrechten zijn geschaad hierdoor”.

10. De exceptie vertoont aldus een hoge graad van ernst zodat deze in het kader van een procedure tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid mag worden aanvaard. De eerste verwerende partij, nv Dexia Bank België, lijkt bij het nemen van de bestreden beslissingen 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.

11. Deze vaststelling volstaat om de vordering tot schorsing te verwerpen.

BESLISSING

1. Het OCMW van de gemeente Staden wordt buiten de zaak gesteld.

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.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 22 maart 2012, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

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

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Dierk Verbiest