

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 223.747 van 5 juni 2013
in de zaak A. 208.766/XII-7353**

In zake: de NV AIR PRODUCTS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Bert Beelen en Johan Vanstipelen
kantoor houdend te 3000 Leuven
Justus Lipsiusstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de NV FLUXYS BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Philippe Van Wesemael
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 137/1
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV AIR LIQUIDE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Hervé Deckers
kantoor houdend te 4020 Luik
Square des Conduites d'Eau 9-10
bij wie woonplaats wordt gekozen
en eveneens bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Patrik De Maeyer

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 8 mei 2013, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

“- de beslissing van ongekende datum van [nv Fluxys Belgium] tot gunning via onderhandelingsprocedure van de loten 2, 3, 4 en 5 voor vloeibaar

stikstof (Liquid Nitrogen) aan de nv Air Liquide voor de loten 2, 3, 4 en 5 alsook aan de nv Praxair voor loten 4 en 5.

Gezien de gunningsbeslissing op zich nooit werd medegedeeld door [de nv Fluxys Belgium] is huidig enig verzoekschrift tot nietigverklaring en schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ook gericht tegen de aangetekende kennisgevingsbrief dd 24 april 2013 en het daaraan gehechte verslag dat blijkbaar voor een gunningsverslag zou moeten doorgaan waaruit minstens impliciet kan worden afgeleid dat de gunning via onderhandelingsprocedure van de loten 2, 3, 4 en 5 voor vloeibaar stikstof (Liquid Nitrogen) aan de nv Air Liquide voor de loten 2, 3, 4 en 5 alsook aan de nv Praxair voor loten 4 en 5 moet zijn gebeurd (impliciete gunningsbeslissing) en dit aldus tevens als een impliciete afwijzing van de offerte van [de nv Air Products] kan beschouwd worden”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 21 mei 2013 heeft de nv Air Liquide gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 30 mei 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Johan Vanstipelen, die loco advocaat Bert Beelen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Caroline De Mulder, die loco advocaat Philippe Van Wesemael verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Patrik De Maeyer, die verschijnt voor de tussenkomende 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. Verwerende partij heeft, blijkbaar onder een vroegere vennootschapsnaam, een onderhandelingsprocedure met Europese bekendmaking uitgeschreven voor de levering van vloeibare stikstof (“Liquid Nitrogen”) voor de LIN-tank in Zeebrugge, opgedeeld in vijf percelen.

3.2. Er worden offertes ingediend door verzoekende partij, de nv Air Liquide en de nv Praxair.

3.3. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief gedateerd 24 april 2013 deelt verwerende partij aan verzoekende partij mee dat haar offerte niet werd geselecteerd voor de toekenning van de percelen 2, 3, 4 en 5 van deze opdracht (“your offer [...] has not been selected for the award of the contracts for Lots no. 2, 3, 4 & 5 of the above-mentioned tender”). Een verslag wordt bijgevoegd (“Report on the contract award decision”). Voorts wordt verwezen naar de wettelijk voorgeschreven wachtperiode van 15 dagen en gevraagd mee te delen of binnen die periode een vordering tot schorsing werd ingediend overeenkomstig artikel 65/15 van de wet van 24 december 1993 ‘betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten’ (“the Procurement Law of 24 december 1993”). De verhaalinstantie wordt niet vermeld.

3.4. Op 8 mei 2013 dient verzoekende partij met een enig verzoekschrift een annulatieberoep en voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid in.

IV. Tussenkost

4. De verzoekende partij tot tussenkost blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing, als begunstigde ervan, en heeft er dus belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

V. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

5. Zowel verwerende partij als tussenkomende partij betwisten de rechtsmacht van de Raad van State om kennis te nemen van de vordering. Zij betogen dat te dezen niet de Raad van State, maar de gewone rechter over de vordering uitspraak moet doen aangezien verwerende partij niet als een administratieve overheid kan worden gekwalificeerd bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State nu zij een privaatrechtelijke vennootschap is en niet beschikt over een beslissingsbevoegdheid op grond waarvan derden eenzijdig kunnen worden gebonden.

Beoordeling

6. De Raad van State kan in een kort geding en *a fortiori* in een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, 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.

7. 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 lijkt van toepassing op de voorliggende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de aangevochten gunningsbeslissing.

Overeenkomstig voormeld artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarnaar voornoemd artikel 65/24 verwijst, mag de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel kennis nemen van 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.

8. Het Hof van Cassatie heeft onder meer in zijn arrest van 14 februari 1997 (C.96.0211) inzake 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.

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

9. 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 verwerende partij een private rechtspersoon is, aangezien deze in principe niet over de bevoegdheid beschikt om eenzijdig beslissingen te nemen die derden kunnen binden. Dit is echter 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.

10. Te dezen betreft de bestreden beslissing een beslissing van de nv Fluxys Belgium tot gunning van de percelen 2 tot en met 5 van een opdracht voor levering van vloeibaar stikstof.

Blijkens artikel 1 van de door de behandelende auditeur opgevraagde statuten is de nv Fluxys Belgium “een vennootschap die een publiek beroep op het spaarwezen doet of gedaan heeft”. In de statuten wordt de rechtsvorm van deze vennootschap blijkbaar niet nader bepaald, maar blijkens artikel 657 juncto artikel 438 van het Wetboek van Vennootschappen lijken enkel alleen naamloze vennootschappen en commanditaire vennootschappen op aandelen het statuut te kunnen verwerven van een vennootschap die een publiek beroep op het spaarwezen heeft gedaan in de zin van dat artikel 438. Blijkens het opschrift van de statuten was dit voorheen de “Naamloze Vennootschap Maatschappij voor Gasvoorziening”, afgekort “Distrigas nv”. In de Bijlagen bij het Belgisch Staatsblad van 30 mei 2012 wordt de naamswijziging van Fluxys in Fluxys Belgium bekendgemaakt onder Fluxys en bij rechtsvorm vermeld “naamloze vennootschap die een publiek beroep op het spaarwezen doet of heeft gedaan”.

11. Verzoekende partij betwist ter terechtzitting de kwalificatie van verwerende partij als private rechtspersoon niet noch dat deze laatste, om beschouwd te mogen worden als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dient te beschikken over de bevoegdheid om eenzijdig beslissingen te nemen die derden kunnen binden, die dan bovendien betrokken kan worden op de bestreden beslissing.

Ter terechtzitting verwijst verzoekende partij in dat verband naar regelgeving betreffende overheidsopdrachten waaruit zou moeten blijken dat verwerende partij daarin als “overheidsbedrijf” wordt aangemerkt.

Het gegeven echter dat verwerende partij bij de voorbereiding en het nemen van de bestreden beslissing bepalingen van de regelgeving op de overheidsopdrachten heeft toegepast en al dan niet daartoe verplicht was wegens een of andere kwalificatie als overheidsbedrijf in het kader van de regelgeving overheidsopdrachten lijkt niet van aard om daaruit af te leiden dat zij te dezen als administratieve overheid is opgetreden. In de eerste plaats kan de actuele regelgeving op de overheidsopdrachten immers ook -dwingend- van toepassing zijn op private personen. Voorts strekt de bestreden beslissing er enkel toe een opdracht toe te wijzen aan een bepaalde inschrijver. Deze inschrijver beoogde -zoals overigens ook verzoekende partij- vrijwillig betreffende de opdracht ooit in een contractuele relatie te treden met verwerende partij. Met de bestreden beslissing heeft 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.

Voorts verwijst verzoekende partij vergeefs naar het feit dat verwerende partij wettelijk met taken van “openbare dienst” zou zijn belast. Mocht zulks al het geval zijn, lijkt dit volgens voormelde rechtspraak van het Hof van Cassatie niet te volstaan om een private rechtspersoon te kwalificeren als administratieve overheid en deze aldus aan de rechtsmacht van de Raad van State onderworpen te achten.

Ten slotte lijkt verzoekende partij niet te mogen worden bijgevalen in zoverre zij steun voor haar stelling zoekt in een onteigeningsbevoegdheid die zou zijn toegekend aan verwerende partij op grond van artikel 14 van de wet van 12 april 1965 ‘betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen’. Deze bevoegdheid wordt immers slechts uitgeoefend na machtiging door de Koning, en lijkt bijgevolg niet als de bedoelde eenzijdig bindende bevoegdheid te mogen worden aangemerkt. Minstens toont zij niet aan dat deze bevoegdheid kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

Aldus lijkt niet te zijn aangetoond dat verwerende partij te dezen de bestreden beslissing heeft genomen op grond van een bevoegdheid om beslissingen te nemen die derden kunnen binden.

12. De conclusie is bijgevolg dat de exceptie waarbij de rechtsmacht van de Raad van State wordt afgewezen, de vereiste hoge graad van ernst vertoont om te worden aangenomen. De vordering tot schorsing dient dienvolgens te worden verworpen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de nv Air Liquide tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

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

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 5 juni 2013, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Johan Pas,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Johan Pas

Dierk Verbiest