

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 224.281 van 5 juli 2013
in de zaak A. 209.102/XII-7387**

In zake: de BVBA GOBERT ADVOCATEN/AVOCATS/LAWYERS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Gitte Laenen
kantoor houdend te 2800 Mechelen
Antwerpsesteenweg 16-18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de CVBA WATER-LINK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christophe Lenders en Joris Wouters
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 27
bij wie woonplaats wordt gekozen

Verzoekende partijen tot tussenkomst:

1. de CVBA MODERO GERECHTSDEURWAARDERS
ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Rika Heijse
kantoor houdend te 9000 Gent
Kortrijksesteenweg 867
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. de CVBA VAN NOTEN ROCHTUS
met zetel te 2000 Antwerpen
Amerikalei 207

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 juni 2013, strekt tot de schorsing
bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van:

- “- De beslissing van 21.05.2013 van het Directiecomité van de cvba Water-Link, [...], waarbij de opdracht tot het verlenen van diensten inzake externe invorderingsprocedure wordt gegund aan de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, [...] voor een bedrag van 50.650 euro; [...]
- De impliciete beslissing van 21.05.2013 van het Directiecomité van de cvba Water-Link, [...], waarbij de opdracht tot het verlenen van diensten inzake externe invorderingsprocedure niet wordt gegund aan de bvba Gobert Advocaten/Avocats/Lawyers”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met verzoekschriften van respectievelijk 19 en 27 juni 2013 hebben de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen en de cvba Van Noten Rochtus gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 2 juli 2013, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Stéphanie Taelemans, die loco advocaat Gitte Laenen verschijnt voor de verzoekende partij, advocaten Christophe Lenders en Lore Derdeyn, die verschijnen voor de verwerende partij, en advocaat Rika Heijse, die verschijnt voor de eerste 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. In het Bulletin der Aanbestedingen van 9 november 2012 wordt een onderhandelingsprocedure aangekondigd voor een opdracht voor de aanneming van diensten.

3.2. In die aankondiging wordt de “door de aanbestedende dienst aan de opdracht gegeven benaming” beschreven als “Oproep tot kandidaatstelling - Bestek externe invorderingsprocedure”.

De “officiële benaming” van de aanbestedende dienst luidt in de aankondiging “water-link” zonder meer, met een e-mailadres en een “contactpunt” zijnde Peter Daneels.

Na “korte beschrijving van de opdracht of de aankoop/aankopen” wordt vermeld:

“De dienstverlener krijgt van AWW [Antwerpse Waterwerken] dossiers toegewezen om in te vorderen. AWW geeft hierbij aan of zij enkel een minnelijke, enkel een juridische, dan wel een minnelijke en juridische invorderingsprocedure verkiest”.

3.3. Het in het administratief dossier voorgelegde bestek draagt op het voorblad de vermelding “Water-Link cvba / opdrachtcentrale”.

Op bladzijde 4 van het bestek wordt onder “2. Aanbestedende overheid” onder meer vermeld:

“1. Deze opdracht wordt uitgeschreven door Water.Link cvba.

[...]

3. Water.Link cvba treedt voor deze opdracht op als opdrachtcentrale in de zin van artikel 2, 4° van de wet van 15 juni 2006 betreffende overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, ten aanzien van de volgende rechtspersonen (hierna: de Deelgenoten):

° Het Intergemeentelijk samenwerkingsverband Antwerpse Waterwerken, opdrachthoudende vereniging [...],

° De intercommunale vereniging TMVW cvba [...],

° Rio.link NV [...]”.

Voorts wordt daarbij vermeld:

“Deze opdracht wordt gesloten met Water.Link cvba voor rekening van de Deelgenoten. De inschrijver zal rechtstreeks aan de Deelgenoot, in dit geval AWW factureren, bij wie de prestaties werden uitgevoerd”.

3.4. De “selectienota” vermeldt “water-link cvba” op de eerste bladzijde en haar adres is ook het adres waar de kandidaturen moesten worden ingediend; ook het gunningsverslag, ondertekend door “Stefaan Hoflack, Solvint Supply Management”, draagt het opschrift “Water-Link cvba”.

3.5. De gemotiveerde gunningsbeslissing, 21 mei 2013 gedateerd, ook weer met “Water-Link cvba” bovenaan, verwijst naar “de selectiebeslissing van Water-Link van december 2012” en naar het gunningsverslag, en besluit “De opdracht ‘Bestek externe invorderingsprocedure’ (bestek Nr 2012 M&V KME PDA) wordt gegund aan cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, Amerikalei 122, 2000 Antwerpen voor een bedrag van 50.650 euro”.

De beslissing is ondertekend:

“Namens het directiecomité/~~Raad van Bestuur~~ [sic]

w.g.

Rob Van de Velde

Voorzitter”.

3.6. Met een blijkbaar aangetekend verzonden brief met briefhoofd “water-link” gedateerd 24 mei 2013 deelt “bijzonder gevolmachtigde” Ivan Geilenkotten dan mee aan verzoekende partij dat de “Raad van bestuur beslist heeft de bovengenoemde opdracht te gunnen aan de firma Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, Amerikalei 122, te 2000 Antwerpen”. Voorts wordt verwezen naar de wachttermijn van “artikel 65/11 van de wet van 24 december 1993”, naar het eventuele “beroep tot schorsing” “bij de Raad van State middels een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid” en naar een mogelijk beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State. De voormelde gemotiveerde gunningsbeslissing is bijgevoegd.

IV. Tussenkomen

4.1. Eerste verzoekende partij tot tussenkomst, de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen, blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissingen en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Dienvolgens moet haar verzoek worden ingewilligd.

4.2. Tweede verzoekende partij tot tussenkomst, de cvba Van Noten Rochtus, vraagt eveneens om in de procedure te mogen tussenkomen. Zij vraagt dit vermits zij blijkbaar zelf ook op de opdracht had ingeschreven, “doch [...] ten onrechte niet [werd] weerhouden”.

Een tussenkomst mag, op straffe van niet-ontvankelijkheid, het voorwerp van de vordering niet wijzigen en derhalve niet tot doel hebben de strekking van de in de hoofdvordering aangevoerde betwisting te verruimen. Het voorwerp van de vordering van verzoekende partij is de beslissing waarbij de opdracht werd gegund aan de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen en niet aan de verzoekende partij. Aldus strekt de tussenkomst van de cvba Van Noten Rochtus er toe het voorwerp van de oorspronkelijke vordering te wijzigen, namelijk naar de niet-gunning van de opdracht aan de cvba Van Noten Rochtus. Het verzoek tot tussenkomst is derhalve niet ontvankelijk.

V. Voorwerp van de vordering en verwerende partij

5. Verzoekende partij verwijst in het verzoekschrift in de omschrijving van het voorwerp van haar vordering naar de voormelde beslissing van 21 mei 2013 “van het Directiecomité van de cvba Water-Link” de opdracht te gunnen aan de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen als eerste bestreden beslissing en naar de erin vervatte impliciete beslissing de opdracht niet aan haar te gunnen als tweede bestreden beslissing.

Onzorgvuldig bestuurshandelen is gelegen in het feit dat in de voormelde kennisgevingsbrief van 24 mei 2013 gewag wordt gemaakt van het feit dat de “Raad van Bestuur” de gunningsbeslissing heeft genomen, terwijl in de gemotiveerde gunningsbeslissing die bij dat schrijven is gevoegd, geen gewag

wordt gemaakt van een raad van bestuur, maar van een directiecomité : boven de handtekening van “de voorzitter”, is de vermelding “Raad van Bestuur” immers doorstreept en de vermelding “directiecomité” blijven staan.

Het is aannemelijk dat in die omstandigheden verzoekende partij de haar medegedeelde gunningsbeslissing namens “het directiecomité” tot voorwerp van haar vordering heeft gemaakt.

6. Verzoekende partij is er in haar vordering voorts van uitgegaan dat cvba Water-Link verwerende partij in huidig geding diende te zijn en het auditoraat heeft eveneens die vennootschap als verwerende partij aangemerkt. Ook dat lijkt aannemelijk gelet op het feit dat cvba Water-Link zich bij aankondiging, selectie en gunningsbeslissing als aanbestedende dienst manifesteerde en zeker op het eerste gezicht aldus ook de best geplaatste instantie was om de bestreden beslissing te verdedigen.

7. Ter terechtzitting ontstaat echter een gedachtewisseling tussen de Raad en de partijen of het nu toch niet de raad van bestuur van de Antwerpse Waterwerken was die minstens voor een deel als beslissend orgaan is opgetreden. De partijen lijken het er blijkbaar zelfs over eens dat in elk geval voor de cvba Water-Link niet het daartoe door haar statutaire bepalingen ingesteld orgaan regelmatig samengesteld de bestreden gunningsbeslissing heeft genomen, hetgeen verzoekende partij overigens als een nieuw middel aanvoert.

Alhoewel dit middel een onderzoek naar zijn ernstig karakter verdient en het dan voor de Raad van State zou kunnen volstaan om gesteund daarop de bestreden gunningsbeslissing in haar tenuitvoerlegging te schorsen, lijkt dergelijke schorsing echter te dezen buiten de rechtsmacht van de Raad van State te vallen zoals hierna zal blijken bij de bespreking van de ambtshalve exceptie.

VI. Ambtshalve exceptie betreffende de rechtsmacht van de Raad van State

8. 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, 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.

9. 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 Het Volk 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.

10. 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.

11. Te dezen lijkt de bestreden beslissing een beslissing van de coöperatieve vennootschap met beperkte aansprakelijkheid cvba Water-Link tot gunning van een opdracht voor de aanneming van diensten.

Dit is, zoals reeds vastgesteld, in ieder geval het voorwerp van de vordering en ook na een discussie ter zitting wijzigde verzoekende partij dit voorwerp niet; integendeel formuleerde zij als nieuw middel dat de gunningsbeslissing niet genomen was door het daartoe door de statutaire bepalingen van cvba Water-Link ingestelde orgaan, regelmatig samengesteld.

12. Ter terechtzitting is ambtshalve door de Raad van State de exceptie opgeworpen dat hij zonder rechtsmacht is, zulks gesteund op voormelde rechtspraak. Partijen kregen daarop de kans om daaromtrent debat te voeren.

Geen van de partijen betwistten de kwalificatie van verwerende partij als private rechtspersoon 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.

Geen van de partijen wijst echter duidelijk een dergelijke bevoegdheid aan en de Raad van State, mede gelet op de bijzonder onduidelijke besluitvorming rond de bestreden beslissing, acht zich te dezen niet in de mogelijkheid om in een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid zoals de onderhavige, die tot een snelle uitspraak noopt, zelf een diepgaand onderzoek te verrichten dat tot die conclusie zou kunnen leiden. *Prima facie* ontwaart de Raad van State de vereiste bevoegdheid niet.

Ter terechtzitting blijkt bovendien dat verzoekende partij een dagvaarding heeft uitgebracht voor de gewone kort geding rechter, om ook daar schorsing te horen bevelen van de te dezen bestreden beslissing van 21 mei 2013. In die zaak zou het debat nog niet zijn gesloten. Noch verzoekende, noch verwerende partij hebben in hun geschreven stukken melding gemaakt van die procedure. Ook verzoekende partij leek dus allerminst overtuigd van de rechtsmacht van de Raad van State.

13. 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. De Raad van State heeft bijgevolg geen rechtsmacht om over de vordering te beslissen. De vordering tot schorsing dient dienvolgens te worden verworpen.

VII. Kosten

14. In acht genomen het feit dat in de kennisgevingsbrief van 24 mei 2013 de Raad van State als verhaalsinstantie wordt vermeld, is het passend verwerende partij in de kosten van het geding te verwijzen.

BESLISSING

1. Het verzoek van de cvba Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt ingewilligd.

Het verzoek van de cvba Van Noten Rochtus tot tussenkomst in het administratief kort geding wordt verworpen.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

3. De verwerende partij wordt verwezen in de kosten van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid, begroot op 175 euro.

De tussenkomende partijen worden verwezen in de kosten van de tussenkomsten, begroot op 250 euro, elk voor de helft.

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

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
bijgestaan door	
Silvan De Clercq,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Silvan De Clercq

Dierk Verbiest