

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 229.443 van 2 december 2014
in de zaak A. 214.106/XII-7764**

In zake: de BVBA EURO-MOUSSE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marijn Van Nooten en Sophie Claeys
kantoor houdend te 1060 Sint-Gillis
Jamarlaan 19 b 1.10
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VZW H.-HARTZIEKENHUIS ROESELARE-MENEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sofie Logie en Peter Henderyckx
kantoor houdend te 8500 Kortrijk
President Kennedypark 6/24
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de NV SAMPLI
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Wim De Pooter
kantoor houdend te 9700 Oudenaarde
Markt 41
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 30 oktober 2014, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing “van [de VZW H.-Hartziekenhuis Roeselare-Menen], genomen door diens Directie dd. 15 oktober 2014, per aangetekende brief aan [de bvba

Euro-Mousse] verzonden op 17 oktober 2014, strekkende tot de gunning van de Raamovereenkomst voor aankoop van matrassen (MP Menen – PF 4 – lot 21.02)”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 17 november 2014 heeft de nv Sampli gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting van 18 november 2014, die is uitgesteld naar de terechtzitting die heeft plaatsgevonden op 21 november 2014, die is uitgesteld naar de terechtzitting van 28 november 2014, om 10.00 uur.

Kamervoorzitter Dierk Verbiest heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Kris Wauters en Sophie Bleux, die verschijnen voor de verzoekende partij, advocaat Sofie Logie, die verschijnt voor de verwerende partij, en advocaat Lieven De Pessemier, die loco advocaat Wim De Pooter verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Auditeur Ines Martens 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. De vzw Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van leveringen – het betreft een “raamovereenkomst voor aankoop van matrassen”. De opdracht wordt gegund met een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

3.2. De opdracht is onderworpen aan het bijzonder bestek nr. Delta/KV-2013-001 “MP Menen – PF 4 – LOT 21.02 – Raamovereenkomst voor aankoop van matrassen”.

Volgens het bestek (I.1) treedt de vzw het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen op als aanbestedende overheid maar treedt het ook op “in naam van het Stedelijk Ziekenhuis Roeselare”.

3.3. Bij beslissing van – volgens de kennisgevingsbrief - 14 oktober 2014 van de directie van de vzw van het Heilig-Hartziekenhuis Roeselare-Menen wordt het gunningsverslag goedgekeurd en wordt de opdracht gegund aan de tussenkomende partij.

Dit is de bestreden beslissing.

3.4. Bij aangetekende brief gedateerd 15 oktober 2014, maar volgens de nota verzonden op 17 oktober 2014, wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de beslissing van de directie van de verwerende partij om de opdracht niet te gunnen aan de verzoekende partij.

IV. Tussenkost

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

V. Rechtsmacht van de Raad van State

Exceptie

5. De verwerende partij werpt in haar nota op dat de Raad van State niet over de vereiste rechtsmacht beschikt om uitspraak te doen over de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid. Zij is immers geen administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Het ziekenhuis is een private vereniging zonder winstoogmerk die door privépersonen werd opgericht. Noch in de algemene vergadering, noch in de raad van bestuur is de overheid vertegenwoordigd. De werking van de verwerende partij wordt niet door de overheid geregeld noch staat zij onder toezicht of leiding van de overheid of moet zij aan die overheid verantwoording afleggen. Zij kan ook geen beslissingen nemen die derden zouden kunnen binden.

Beoordeling

6.1. Overeenkomstig artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, mag deze, indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, 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 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, evenals de aanwerving, de aanwijzing, de benoeming in een openbaar ambt of de maatregelen die een tuchtkarakter vertonen.

6.2. 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 terzake doet dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd.

6.3. 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 enkel anders indien het tegenbewijs wordt geleverd en aangetoond wordt dat dergelijke beslissingsmacht wel tot de bevoegdheid van die rechtspersoon behoort en kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

6.4. Op te merken valt dat de bestreden gunningsbeslissing eerst werd afgedrukt op briefpapier van het AZ Delta. Dit zou volgens de verwerende partij, zoals zij in een brief van 20 november 2014 nader toelicht, een materiële

verschrijving zijn en zij brengt een nieuwe gunningsbeslissing, met enkele gewijzigde gegevens, bij als stuk 17, ditmaal afgedrukt op briefpapier van de vzw het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen.

Te dezen vermeldt de bestreden gunningsbeslissing, in de vernieuwde versie zoals medegedeeld met de voormelde brief van 20 november 2014 :

“ De directie,

In het kader van de opdracht ‘MP Menen - PF4 - lot 21.02 - raamovereenkomst voor aankoop van matrassen’ werd een bestek met nr. DELTA-KV-2013-001 opgesteld door de aankoopdienst.

De uitgave voor deze opdracht wordt geraamd op € 62.500,00 excl. btw of € 75.625,00 incl. 21% btw.

Het directiecomité HHRM verleende in zitting van 2 december 2013 goedkeuring aan de lastvoorwaarden, de raming en de gunningswijze van deze opdracht, met name de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

Het directiecomité HHRM [in eerste versie: “Onze organisatie”] besliste in zitting van 2 december 2013 om de gunningsprocedure te starten en volgende firma's uit te nodigen om deel te nemen aan de onderhandelingsprocedure:

[...]

BESLUIT,

Artikel 1

Goedkeuring wordt verleend aan het verslag van nazicht van de offertes van 2 oktober 2014 voor de opdracht ‘MP Menen - PF4 - lot 21.02 - raamovereenkomst voor aankoop van matrassen’, het gunningsvoorstel opgesteld door de aankoopdienst.

Artikel 2

[...]”.

De beslissing wordt ondertekend door Kristof Baetens in zijn hoedanigheid van “verslaggever directiecomité” en Johan Hellings in zijn hoedanigheid van “voorzitter directiecomité”.

De kennisgevingsbrief aan de inschrijvers waarmee het gunningsverslag werd meegedeeld, was reeds afgedrukt op briefpapier van de vzw het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen.

De vzw Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen lijkt op het eerste gezicht een privaatrechtelijk vormgegeven rechtspersoon te zijn, namelijk een vereniging zonder winstoogmerk, opgericht door privépersonen. De verzoevende partij toont niet aan dat voormelde privaatrechtelijke rechtspersoon de bevoegdheid zou hebben om eenzijdig derden te kunnen binden zodat deze rechtspersoon op het eerste gezicht niet kan worden beschouwd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. Dit wordt trouwens als dusdanig ook niet betwist door de verzoevende partij.

De verzoevende partij wijst er in een brief van 20 november 2014 op dat in het bestek onder de beschrijving van de opdracht wordt vermeld dat de aanbestedende overheid, zijnde de vzw het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen, de procedure voert maar ook optreedt in naam van het Stedelijk Ziekenhuis Roeselare.

Bij de omschrijving van het voorwerp van de opdracht wordt in het bestek (I.1) inderdaad vermeld dat “de aanbestedende overheid (zijnde het H.-Hartziekenhuis Roeselare-Menen vzw) de procedure [voert], maar ook [optreedt] in naam van het Stedelijk Ziekenhuis Roeselare”.

De verwerende partij verduidelijkt ter terechtzitting dat deze zinsnede in het bestek werd gevoegd met de bedoeling om in de toekomst, in het geval de fusie tussen de beide ziekenhuizen tot AZ Delta een feit zou worden, ook matrassen te kunnen laten leveren aan het Stedelijk Ziekenhuis Roeselare. Tot zolang dit echter niet het geval is, beperkt de levering van matrassen zich tot het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen.

De verwerende partij wijst er bijkomend op dat dit ook blijkt uit de leveringsadressen voor de matrassen vermeld in het bestek, te weten Menen en Weststraat 71 te Roeselare, welke beide adressen campussen zijn van het Heilig Hartziekenhuis Roeselare.

Voorts kan worden vastgesteld dat in het bestek tevens uitdrukkelijk wordt bepaald onder titel I.2 Identiteit van de opdrachtgever: “H.-Hartziekenhuis Roeselare-Menen vzw”.

De verzoekende partij toont, gelet op de specifieke omstandigheden van deze zaak, aldus niet aan dat de gunningsbeslissing zou zijn genomen in naam van en voor rekening van een administratieve overheid. Zo blijkt op het eerste gezicht uit geen enkel stuk een beslissing van het Stedelijk Ziekenhuis Roeselare waarbij aan de vzw Heilig Hartziekenhuis Roeselare de opdracht wordt gegeven de voormelde opdracht uit te schrijven mede in haar naam en voor haar rekening, noch ligt er een beslissing voor met betrekking tot deze opdracht genomen door het OCMW van Roeselare door middel van één van zijn daartoe bevoegde organen. Uit de bestreden beslissing blijkt op het eerste gezicht dat ook enkel het directiecomité van de vzw het Heilig Hartziekenhuis Roeselare-Menen in zitting van 2 december 2013 goedkeuring verleende aan de besteksvoorwaarden, de raming en de gunningswijze van de opdracht.

Wat betreft de invoeging in het bestek van de zinsnede dat het Heilig Hartziekenhuis ook optrad in naam van het Stedelijk ziekenhuis Roeselare – volgens de verwerende partij opdat de opdracht in de toekomst zou kunnen worden uitgevoerd voor de beide ziekenhuizen in het kader van het op te richten fusieziekenhuis – lijkt te moeten worden vastgesteld dat geen van de partijen lijkt te betwisten dat bij gebrek aan oprichting dit fusieziekenhuis nog niet over rechtspersoonlijkheid beschikt, zodat het bezwaarlijk als aanbestedende overheid zou kunnen worden beschouwd, laat staan dat het dan ook nog een administratieve overheid zou zijn in de zin van voormeld artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

6.5. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat in de huidige stand van het geding de exceptie moet worden aanvaard. De verwerende partij lijkt bij het nemen van de bestreden beslissing niet te hebben gehandeld als een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad

van State. Aldus lijkt de Raad van State niet over de rechtsmacht te beschikken om kennis te nemen van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid nu overeenkomstig artikel 17, § 1, 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.

7. Het gegeven dat de verwerende partij in haar kennisgeving van de bestreden beslissing heeft vermeld dat daartegen beroep kon worden ingesteld bij de Raad van State doet aan het voorgaande geen afbreuk en heeft geen invloed op het gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State om kennis te nemen van de voorliggende vordering.

VI. Kosten

8. Bij de kennisgeving van de bestreden beslissing is de verzoekende partij medegedeeld dat zij tegen de bestreden beslissing een beroep bij de Raad van State kon instellen. De verwarring die door deze onjuiste wijze van vermelding van de beroepsmogelijkheden is ontstaan, verantwoordt dat de kosten van de vordering ten laste van de verwerende partij worden gelegd.

VII. Rechtsplegingsvergoeding

9. De verzoekende partij vraagt dat de verwerende partij, naast een rolrecht, zou worden veroordeeld tot betaling van een rechtsplegingsvergoeding van 840 euro.

Overeenkomstig artikel 30/1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State kan de afdeling bestuursrechtspraak een rechtsplegingsvergoeding toekennen, die een forfaitaire tegemoetkoming is in de kosten en honoraria van de advocaat van de in het gelijk gestelde partij.

Artikel 67, § 1, van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ bepaalt:

“§ 1. Het basisbedrag van de rechtsplegingvergoeding bedraagt 700 euro, het minimumbedrag 140 euro en het maximumbedrag 1.400 euro. In afwijking van het voorgaande lid bedraagt het maximumbedrag 2.800 euro voor de geschillen betreffende de regelgeving inzake de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten.”

Er is te dezen grond om met toepassing van deze bepalingen de verzoekende partij een rechtsplegingsvergoeding toe te kennen. Gelet op het gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State is er weliswaar geen uitspraak gedaan over de middelen maar door de verkeerde vermelding in de kennisgevingsbrief dat bij de Raad van State een beroep kon worden aangetekend lijkt het dat te dezen de kosten, rechtsplegingsvergoeding inbegrepen, ten laste dienen te worden gelegd van de verwerende partij.

Wat de begroting van de omvang van de rechtsplegingsvergoeding betreft, is er echter geen reden om de door de verzoekende partij gevorderde - verhoogde - rechtsplegingsvergoeding van 840 euro toe te kennen. Dit verzoek wordt door de verzoekende partij immers op geen enkele wijze gemotiveerd. Enkel het basisbedrag van 700 euro dient te worden toegekend.

BESLISSING

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

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 een rolrecht van

200 euro en tot een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verzoekende partij.

De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 2 december 2014, 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