

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 239.677 van 26 oktober 2017
in de zaak A. 222.612/XII-8405**

In zake:

de BVBA DV2 BELUX
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Xavier Ibarrondo en David Leys
kantoor houdend te 1400 Nijvel
rue de la Procession 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de NV BELFIUS BANK
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Nathanaëlle Kiekens en Rozanne Vander Hulst
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen
2. het AUTONOOM GEMEENTEBEDRIJF ZAVENTEM
(AGB Zaventem)
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Ulrich Caeyman en Eva Somers
kantoor houdend te 1930 Zaventem
Parklaan 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkommende partij:

de BVBA AMPTEC
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Steven Van Geeteruyen
kantoor houdend te 3700 Tongeren
Piepelpoel 13
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 10 juli 2017, strekt tot de schorsing van de tenuitvoerlegging van “[d]e nieuwe gunningsbeslissing van Belfius Bank NV d.d. 5 mei 2017 voor een openbare aanbesteding (opdracht 11: toebehoren theaterzaal) voor het bouwen van een cultuurcentrum met bibliotheek te Zaventem en betekend tot de verzoeker d.d. 9 mei 2017”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partijen hebben een nota ingediend.

Met een verzoekschrift van 24 juli 2017 heeft de bvba Amptec gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 17 oktober 2017.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat David Leys, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Nathanaëlle Kiekens, en advocaat Matthias De Groot, *loco* advocaat Rozanne Vander Hulst, die verschijnen voor de eerste verwerende partij, advocaat Ulrich Caeyman, die verschijnt voor de tweede verwerende partij, en advocaat Laura Kempeneers, die *loco* advocaat Steven Van Geeteruyen verschijnt voor de tussenkomende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens 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 nv Belfius Bank (hierna: Belfius) schrijft een opdracht uit voor leveringen die kadert binnen een ruimere opdracht voor het “Bouwen van een cultuurcentrum met bibliotheek te Zaventem – Opdracht nr. 11: toebehoren theaterzaal: hoogtewerker, hijsmateriaal, orkestmeubilair, podiumelementen, theatertextiel, geluidsmateriaal, spots en schijnwerkers, transportmateriaal, rekken en kasten en projectiemateriaal” ten behoeve van het Autonoom Gemeentebedrijf Zaventem (hierna: AGB Zaventem). De opdracht omvat inzonderheid het leveren en plaatsen van toebehoren in de theaterzaal en is onderverdeeld in negen percelen.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen op 13 december 2016 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie op 15 december 2016.

3.3. Op de opdracht is tevens het bijzonder bestek L 788/11 van toepassing.

Deel I “Administratieve Bepalingen”, “I. Algemene bepalingen”, artikel 3 “Partijen”, vermeldt het AGB Zaventem als “Gebruiker/Openbaar Bestuur” en Belfius als “Bouwheer, ook ‘Aanbestedende overheid’ genoemd”.

Artikel 8 “Subrogatie” van deze administratieve bepalingen luidt:

“Het project wordt opgericht door Belfius Bank NV voor de gebruiker/openbaar bestuur op grond van een overeenkomst van financiering met projectbeheer. 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 Belfius Bank NV als bouwheer jegens de aannemers, leveranciers en de ontwerpers. Door het eenvoudige feit van zijn inschrijving erkent de leverancier deze subrogatie te aanvaarden, en zal hij zich niet verzetten tegen de eventuele uitoefening ervan door de gebruiker/openbaar bestuur.”

- 3.4. De opdracht wordt gegund middels een open aanbesteding.
- 3.5. Drie ondernemingen dienen een offerte in voor het perceel 11.4, waaronder de verzoekende partij en de bvba Amptec.
- 3.6. Op 16 maart 2017 wordt beslist de opdracht te gunnen aan de verzoekende partij, als laagste regelmatige inschrijver.
- 3.7. Vervolgens beslist Belfius op 5 mei 2017, gelet op de onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij, om de gunningsbeslissing van 16 maart 2017 in te trekken en de opdracht te gunnen aan de enige overblijvende regelmatige inschrijver, de bvba Amptec.

Dit is de bestreden beslissing.

- 3.8. Met een schrijven van 9 mei 2017 worden de gekozen en de niet-gekozen inschrijvers in kennis gesteld van de beslissing tot intrekking van de initiële gunningsbeslissing evenals van de nieuwe gunningsbeslissing.

In deze kennisgeving wordt uitdrukkelijk vermeld dat de opdracht niet gesloten wordt vóór het verstrijken van de wachttermijn van 15 dagen waarbinnen desgevallend een schorsingsverzoek kan worden ingeleid.

IV. Rechtspleging

4. De verzoekende partij heeft een “Memorie van wederantwoord – toelichtende memorie” ingediend. In de neerlegging van een dergelijk stuk is niet voorzien in de procedure. Er zal dan ook slechts rekening mee worden gehouden in

de mate dat het de schriftelijke neerslag is van hetgeen ter terechtzitting is uiteengezet.

V. Tussenkoms

5. De bvba Amptec blijkt voordeel te halen uit de bestreden beslissing en heeft er belang bij dat de vordering wordt afgewezen. Bijgevolg moet haar verzoek tot tussenkoms worden ingewilligd.

VI. Rechtsmacht van de Raad van State

6.1. De verwerende partijen en de tussenkomsde partij werpen op dat de vordering niet ontvankelijk is bij gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State.

Zij betogen dat de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State enkel kennis kan nemen van een vordering tot schorsing of nietigverklaring wanneer de aanbestedende instantie een overheid is als bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Zij stellen dat Belfius niet mag worden gekwalificeerd als een administratieve overheid in de zin van artikel 14, §1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; Belfius is immers een naamloze vennootschap.

6.2. Ter terechtzitting beperkt de verzoekende partij zich ertoe te stellen dat de gunningsbeslissing van Belfius ongetwijfeld een beslissing is die derden kan binden, zodat het een eenzijdige administratieve beslissing is, en dat Belfius en het AGB Zaventem beide aanbestedende overheden zijn die een bindende administratieve beslissing hebben genomen.

Beoordeling

6.3. In de eerste plaats lijkt te moeten worden vastgesteld dat enkel Belfius te dezen aanbestedende instantie is, hetgeen ook zo is vermeld in de aankondiging van de opdracht in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen. Uit het bijzonder bestek nr. L 788/11 blijkt eveneens dat Belfius de “Bouwheer, ook ‘Aanbestedende overheid’ genoemd” is, en het AGB Zaventem de “Gebruiker/Openbaar Bestuur”. De verzoekende partij licht nergens concreet toe waarom ook het AGB Zaventem te dezen eveneens aanbestedende overheid zou zijn.

6.4. 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 voor de Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel.

6.5. 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, heeft niet de aard van een administratieve overheid; het doet hiervoor niet ter zake dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd (Cass. 10 juni 2005, AR C.04.0278).

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 in beginsel 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.

6.6. Te dezen wordt niet betwist dat Belfius een private rechtspersoon is, namelijk een naamloze vennootschap.

De verzoekende partij levert het voormelde tegenbewijs niet. Zij verwijst, tot staving van de bedoelde bevoegdheid om beslissingen te kunnen nemen die derden binden, enkel naar de toepasselijkheid van de regelgeving inzake overheidsopdrachten. Die omstandigheid is echter niet van aard om daaruit af te leiden dat Belfius bij het toepassen van die regelgeving als administratieve overheid is opgetreden. Die regelgeving kan immers ook van toepassing zijn op privé-personen. Door te kiezen voor een bepaalde procedure tot gunning van een overheidsopdracht lijkt Belfius ook geen beslissing te hebben genomen die derden kan binden, nu een dergelijke beslissing geen verplichtingen ten aanzien van derden doet ontstaan.

6.7. De exceptie vertoont om de voormelde redenen een hoge graad van ernst en wordt in de huidige stand van het geding aangenomen. Belfius is op het eerste gezicht bij het nemen van de bestreden beslissing niet opgetreden als 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 om kennis te nemen van de voorliggende vordering tot schorsing 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.

VII. Kosten

7. Het is passend de kosten, gevorderde rechtsplegingsvergoedingen inbegrepen, in beraad te houden.

BESLISSING

1. Het verzoek tot tussenkomst van de bvba Amptec wordt ingewilligd.

2. De Raad van State verwerpt de vordering.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 26 oktober 2017, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Johan Bovin,

staatsraad,

waarnemend voorzitter,

bijgestaan door

Silja Doms,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Silja Doms

Johan Bovin