

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

A R R E S T

**nr. 248.081 van 23 juli 2020
in de zaak A. 231.181/XII-8925**

In zake: de BV ORTEC BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Johan Joos en Inge van den Dorpel
kantoor houdend te 1831 Diegem
De Kleetlaan 12A
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de VZW WIT-GELE KRUIS VLAAMS-BRABANT
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Tom De Gendt
kantoor houdend te 3000 Leuven
Koning Leopold I-sstraat 32
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de NV TOBA HR SOLUTIONS
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Isabelle COOREMAN en Bram TOLLET
kantoor houdend te 1082 BRUSSEL
Keizer Karellaan 586/9
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 3 juli 2020, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van de beslissing van 17 juni 2020 van de vzw Wit-Gele Kruis Vlaams-Brabant, “waarbij de finale offerte (de BAFO) van de bv ORTEC Belgium voor een overheidsopdracht van diensten met als voorwerp ‘aankoop en implementatie planningssoftware’ [...] nietig [wordt verklaard] [...] omwille van substantiële onregelmatigheid”.

XII-8925-1/7

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota en een administratief dossier ingediend.

Met een verzoekschrift van 14 juli 2020 heeft de nv Toba HR Solutions gevraagd om in het administratief kort geding te mogen tussenkomen.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 juli 2020, om 10 uur.

Staatsraad Johan Bovin heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Inge Van Den Dorpel, die verschijnt voor de verzoekende partij, advocaat Tom De Gendt, die verschijnt voor de verwerende partij en advocaat Eline Schroyens, die *loco* advocaten Bram Tollet en Isabelle Cooreman 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 verwerende partij schrijft een overheidsopdracht uit voor diensten voor de aankoop en implementatie van planningssoftware.

3.2. De opdracht wordt gegund met een concurrentiegericht dialog.

Op 19 december 2019 wordt in het Bulletin der Aanbestedingen en op 24 december 2019 in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese

Unie een oproep bekendgemaakt tot aanvraag tot deelneming voor de “Aankoop en implementatie van planningssoftware”. Op deze oproep is “de selectieleidraad voor de overheidsopdracht voor diensten met als voorwerp aankoop en implementatie van planningssoftware” van toepassing.

Er worden vijf kandidaten geselecteerd en toegelaten tot de dialoogronde, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver.

Na een eerste dialoogronde hebben twee geselecteerde kandidaten zich teruggetrokken. Na twee volgende dialoogrondes wordt aan de kandidaten het bestek nr. 2019/12LB voor de opdracht bezorgd.

Vervolgens dienen de drie overgebleven kandidaten, waaronder de verzoekende partij en de gekozen inschrijver, een BAFO in.

3.3. De BAFO's worden onderzocht en op 8 juni 2020 wordt een gunningsverslag opgesteld. Daarin wordt gesteld dat de BAFO van twee inschrijvers, waaronder die van de verzoekende partij, onregelmatig is. Er wordt voorgesteld de opdracht te gunnen aan de nv Toba HR Solutions.

3.4. Op 17 juni 2020 beslist de verwerende partij om goedkeuring te verlenen aan het gunningsverslag van 8 juni 2020 en de opdracht te gunnen aan de nv Toba HR Solutions. Het gunningsverslag maakt integraal deel uit van deze beslissing.

Dit is de bestreden beslissing.

3.5. Met een aangetekende brief van 18 juni 2020 wordt de verzoekende partij in kennis gesteld van de bestreden gunningsbeslissing, waarbij haar wordt medegedeeld dat haar offerte nietig is wegens substantiële onregelmatigheid en de redenen waarom. Tevens wordt haar medegedeeld dat zij “overeenkomstig artikels 15, 23 en 24 van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’, [...] binnen een termijn van 15 dagen, vanaf de dag volgend op de verzenddatum van

deze kennisgeving, eventueel een vordering tot schorsing [kan] indienen bij het bevoegd rechtscollege”, dat “dit [...] uitsluitend [mag] gebeuren via een procedure wegens uiterst dringende noodzakelijkheid voor de Raad van State” en dat overeenkomstig de artikelen 14, 23 en 24 van de voormelde wet, zij ook een beroep tot nietigverklaring kan indienen binnen een termijn van 60 dagen bij de Raad van State.

IV. Tussenkoms

4. De nv Toba HR Solutions 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.

V. Ontvankelijkheid van de vordering – Rechtsmacht van de Raad van State - Ambtshalve exceptie

5.1. Artikel 24, eerste lid, 1°, van de wet van 17 juni 2013 ‘betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies’ (hierna: wet van 17 juni 2013) bepaalt dat voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 14 en 15, namelijk de vorderingen tot vernietiging en tot schorsing van de in de voormelde artikelen 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 bestreden gunningsbeslissing.

Overeenkomstig het voormelde artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, waarnaar het voormelde artikel 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 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.

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, zijn in beginsel administratieve overheden, 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, deze haar privaatrechtelijk karakter niet doet verliezen, ingeval zij geen beslissingen kan nemen die derden kunnen binden (Cass. 14 februari 1997, nr. C.96.0211).

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; hiervoor doet niet terzake dat haar een taak van algemeen belang wordt toevertrouwd (Cass. 10 juni 2005, 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 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 wordt aangetoond dat een dergelijke beslissingsmacht wel tot de bevoegdheid van die rechtspersoon behoort en kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

5.2. Uit de stukken van het administratief dossier blijkt op het eerste gezicht dat de opdracht te dezen werd uitgeschreven door de verwerende partij, de vzw Wit-Gele Kruis Vlaams-Brabant, die in de selectieleidraad en het bestek ook wordt aangemerkt als de aanbestedende overheid. De bestreden beslissing is voorts genomen door de raad van bestuur van de vzw Wit-Gele Kruis Vlaams-Brabant. Het blijkt niet dat de verwerende partij in naam van en voor rekening van een administratieve overheid zou zijn opgetreden. De laatst gewijzigde statuten van de verwerende partij zijn bekendgemaakt in de bijlage bij het Belgisch Staatsblad van 7 februari 2020. De verwerende partij blijkt te zijn opgericht als een private rechtspersoon, namelijk een vereniging zonder winstoogmerk overeenkomstig het wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 1919. Het blijkt niet dat zij zou beschikken over een eenzijdig bindende bevoegdheid.

De bestreden beslissing betreft weliswaar de gunning van een overheidsopdracht. Uit het feit dat te dezen de regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing zou zijn of zou zijn toegepast kan in ieder geval niet worden afgeleid dat de verwerende partij bij het toepassen van die regelgeving als administratieve overheid is opgetreden. Die regelgeving kan immers ook van toepassing zijn op privépersonen. De bestreden beslissing kan dus niet worden betrokken op een bevoegdheid om eenzijdig derden te binden.

Uit hetgeen voorafgaat volgt dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing niet lijkt te hebben gehandeld als administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State. De Raad van State beschikt derhalve niet over de rechtsmacht om van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kennis te nemen.

De vordering is niet ontvankelijk.

VI. Kosten

6. Het gegeven dat de verwerende partij in haar kennisgeving van de bestreden beslissing de Raad van State als verhaalsinstantie heeft vermeld, doet geen afbreuk aan de conclusie van het gebrek aan rechtsmacht van de Raad van

State om kennis te nemen van de voorliggende vordering. Het is echter passend om om die reden de kosten van het geding ten laste te leggen van de verwerende partij aangezien zij de verzoekende partij heeft misleid omtrent de rechtsmacht van de Raad van State.

BESLISSING

1. Het verzoek van nv Toba HR Solutions tot tussenkomst 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, een bijdrage van 20 euro, en 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 een rolrecht van 150 euro.

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

Johan Bovin,
bijgestaan door

Johan Pas,

De griffier

Johan Pas

waarnemend voorzitter,

griffier.

De voorzitter

Johan Bovin