

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VOORZITTER VAN DE XIIe VAKANTIEKAMER

ARREST

**nr. 254.337 van 18 augustus 2022
in de zaak A. 236.864/XII-9243**

In zake: MAGNETIC SHIELDS LIMITED,
vennootschap naar buitenlands recht
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Jens Mosselmans, Stef Feyen en Daniel Cortez Cazas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Terhulpesteenweg 120
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het STUDIECENTRUM VOOR KERNENERGIE – CENTRE
D’ETUDE DE L’ENERGIE NUCLÉAIRE,
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche, Ian Arnouts en Lieselotte
Schellekens
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van de vordering

1. De vordering, ingesteld op 22 juli 2022, strekt tot de schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van “de beslissing getiteld ‘Motivated decision – approval of the granting’ met referentie ‘Magnetic shield for MYRRHA Phase I (MINERVA) 100 MeV LINAC Cryomodules LB section’, genomen door SCK CEN op 8 juli 2022, waarbij de opdracht aan een onbekende inschrijver wordt gegund”.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een nota ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 11 augustus 2022, om 11.00 uur.

Staatsraad Bert Thys heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Stef Feyen en Daniel Cortez Cazas, die verschijnen voor de verzoekende partij en advocaten Ian Arnouts en Lieselotte Schellekens, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Frederick Ongena 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. Het Studiecentrum voor Kernenergie – Centre d’Etude de l’Energie Nucléaire (SCK – CEN) schrijft een overheidsopdracht uit voor leveringen met als voorwerp “Magnetisch schild voor MYRRHA fase I (MINERVA) 100 MeV LINAC cryomodules LB sectie”.

3.2. Op 20 augustus 2021 wordt de opdracht bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen. Op 25 augustus 2021 volgt een bekendmaking in de bijlagen bij het Publicatieblad van de Europese Unie.

De aankondiging van de opdracht vermeldt dat de opdracht wordt geplaatst via een mededingingsprocedure met onderhandeling.

3.3. Op de opdracht is het bestek met referentie ‘Magnetic Shield for MYRRHA Phase I (MINERVA) 100 MeV LINAC Cryomodules LB section,

Reference: 2021-117-AF' van toepassing. Dit bestek beschrijft de opdracht als volgt (vrije vertaling van de verwerende partij):

“Voor de uitvoering van de MYRRHA fase I (MINERVA) 100 MeV proton LINAC zijn magnetische schilden nodig om de supergeleidende spaakvormige holten tijdens de afkoeling tot 2 K te beschermen tegen externe magnetische velden door middel van een cryogeen, magnetisch afschermingsmetaal met hoge permeabiliteit dat de holte omringt [...].”

Het bestek bepaalt voorts dat de verwerende partij de economisch meest voordelige offerte zal kiezen, rekening houdend met de gunningscriteria ‘prijs’ (60 punten), ‘technische waarde’ (35 punten) en ‘tijdschema van de opdracht’ (5 punten).

3.4. Na ontvangst van de aanvragen tot deelneming selecteert de verwerende partij twee inschrijvers, namelijk de verzoekende partij en M.M. Beide geselecteerde inschrijvers worden uitgenodigd om uiterlijk op 11 mei 2022 om 9.00 uur een offerte in te dienen.

Beide geselecteerde inschrijvers dienen tijdig een offerte in.

3.5. Na onderhandelingen worden beide geselecteerde inschrijvers door de verwerende partij uitgenodigd om een aangepaste offerte in te dienen tegen 3 juni 2022, wat zij beiden doen.

Naar aanleiding van bijkomende vragen wordt hun de mogelijkheid gegeven een tweede aangepaste offerte in te dienen tegen 28 juni 2022, wat zij eveneens beiden doen.

3.6. De verwerende partij onderwerpt de definitieve offertes aan een onderzoek dat zijn neerslag vindt in het gunningsverslag. Dit verslag besluit dat de offerte van M.M. de economisch meest voordelige offerte is met een score van 95,9/100, terwijl de offerte van de verzoekende partij een score van 94,0/100 behaalt.

3.7. Op 5 juli 2022 beslist de verwerende partij om de opdracht te gunnen aan M.M.

Dat is de bestreden beslissing.

IV. Rechtsmacht

Standpunt van de partijen

4. De verwerende partij werpt in haar nota op dat de Raad van State geen rechtsmacht heeft om van de vordering kennis te nemen, omdat zij bij het nemen van de bestreden beslissing niet heeft gehandeld als een administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

5. De verzoekende partij stelt in haar inleidend verzoekschrift en ter terechtzitting dat “[de] Raad [van State] zal willen oordelen nopens zijn eigen rechtsmacht”.

Beoordeling

6. 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’ bepaalt dat voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 14 en 15 van deze wet, namelijk de vorderingen tot vernietiging en tot schorsing van de in die 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 thans voorliggende vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de bestreden gunningsbeslissing.

7. Overeenkomstig artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State mag de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 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 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.

8. Het Hof van Cassatie heeft in zijn arrest van 14 februari 1997 (C.96.0211) 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 zijn arrest van 10 juni 2005 (C.04.0278) heeft het Hof van Cassatie in dezelfde zin gewezen 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 ter zake 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 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 dergelijke beslissingsmacht wel tot de bevoegdheid van die rechtspersoon behoort en bovendien kan worden betrokken op de bestreden beslissing.

10. Blijkens haar neergelegde statuten van 15 maart 2006 is de verwerende partij een stichting van openbaar nut, zoals bedoeld in artikel 27, vierde en vijfde lid, van de inmiddels bij wet van 23 maart 2019 opgeheven wet van 27 juni 1921 ‘betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de stichtingen en de Europese politieke partijen en stichtingen’, thans artikel 11:1 van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen van 23 maart 2019.

Zij heeft tot taak “een excellentiecentrum in stand te houden rond kernenergie en ioniserende stralingen”.

Haar statuten bepalen, na de vermelding van de naam als stichting van openbaar nut, onder meer:

“Het SCK-CEN zal in onderhavige statuten ‘Centrum’ worden genoemd.

De rechten en verplichtingen van het Centrum zullen teruggaan tot op de datum van 29 mei 1957, datum van de oprichting bij notariële akte van het Studiecentrum voor Kernenergie onder de vorm van een Instelling van Openbaar Nut. Oorspronkelijk werd een Vereniging zonder Winstoogmerk opgericht, onder de benaming ‘Studiecentrum voor de toepassingen van de kernenergie’, op 9 april 1952. Deze vereniging, die het Centrum heeft opgericht, heeft haar activa overgedragen aan de Instelling van Openbaar Nut bij dezelfde

akte van 29 mei 1957. De oprichting werd goedgekeurd bij Koninklijk Besluit van 23 juli 1957, zoals gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 28 juli 1957.”

11. Met de verwerende partij moet op het eerste gezicht worden aangenomen dat de stichting van openbaar nut die zij thans is, haar een private rechtsvorm aanmeet.

Bijgevolg rijst de vraag of zij als private rechtspersoon over de bevoegdheid beschikt om ten aanzien van derden eenzijdig bindende beslissingen te nemen en of deze bevoegdheid op de bestreden beslissing kan worden betrokken.

12. Uit de voormelde statuten van de verwerende partij blijkt op het eerste gezicht niet dat zij over een daadwerkelijke imperiumbevoegdheid beschikt. De omstandigheid dat zij bij de voorbereiding en het nemen van de bestreden gunningsbeslissing, bepalingen van de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten heeft toegepast, is niet van aard om daaruit af te leiden dat zij in dit geval als een administratieve overheid is opgetreden. In de eerste plaats kan de regelgeving betreffende de overheidsopdrachten immers ook van toepassing zijn op private personen. Voorts strekt de bestreden beslissing er enkel toe een opdracht te gunnen aan een bepaalde inschrijver. De inschrijvers – zoals overigens ook de verzoekende partij – beoogden vrijwillig om met betrekking tot de toe te wijzen opdracht in een contractuele relatie te treden met de verwerende partij.

Met de bestreden beslissing heeft de 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.

13. Uit wat voorafgaat volgt op het eerste gezicht dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing om de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver dan de verzoekende partij, niet heeft gehandeld als een

administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De exceptie vertoont de vereiste ernst, opdat ze in de huidige stand van het geding kan worden aangenomen.

14. De Raad van State beschikt derhalve niet over de rechtsmacht om van de voorliggende vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid kennis te nemen.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt de vordering.

2. De verzoekende 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 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van achttien augustus tweeduizend tweeëntwintig, door de Raad van State, XIIe vakantiekamer, samengesteld uit:

Bert Thys,	staatsraad, waarnemend voorzitter,
bijgestaan door	

Frank Bontinck,	griffier.
-----------------	-----------

De griffier

De voorzitter

Frank Bontinck

Bert Thys