Nederlandse tekst (artikel 63 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973).

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

Nr. 62.545 van 14 oktober 1996

A. 62.874/VI-12.978

In zake : **de naamloze vennootschap Etablissements DRUART,**

die woonplaats hebben gekozen bij Mr. François COLLETTE, advocaat, rue N.D. Débonnaire 16 7000 Bergen,

tegen :

de Franse Gemeenschap, vertegenwoordigd door haar Regering,

die woonplaats heeft gekozen bij Mr. Marc UYTTENDAELE, advocaat, Kapitein Crespelstraat 2-4 1050 Brussel.

DE RAAD VAN STATE, VIe KAMER,

Gezien het op 20 maart 1995 ingediende verzoekschrift, waarbij de naamloze vennootschap Etablissements DRUART de nietigverklaring vordert van "de beslissing die vervat zit in een schrijven dd. 25 januari 1995 dat is ondertekend door de directeur-generaal Infrastructuur van het Ministerie van Cultuur en Sociale Zaken van de Franse Gemeenschap en gericht is aan de N.V. Entreprises LIXON te Marchienne-au-Pont, waarbij aan de voormelde vennootschap LIXON wordt verboden de voormelde vennootschap DRUART, de verzoekende partij, aan te wijzen als haar onderaannemer

voor de inrichting van de verwarmingsinstallatie van het Musée de la photographie te Mont-sur-Marchienne en waarbij de directeur-generaal de N.V. LIXON verzoekt hem zo spoedig mogelijk de kandidatuur van een of meer andere onderaannemers in verwarming voor te leggen";

Gezien de regelmatig uitgewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag van de heer FORTPIED, eerste auditeur bij de Raad van State;

Gelet op de beschikking van 2 februari 1996, waarbij de neerlegging van het dossier en het verslag ter griffie wordt gelast;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan de partijen en gezien de laatste memories;

Gelet op de beschikking van 9 augustus 1996, waarvan aan de partijen kennis is gegeven en waarbij wordt bepaald dat de zaak voorkomt op de terechtzitting van 11 september 1996;

Gehoord het verslag van de heer HANSE, staatsraad;

Gehoord de opmerkingen van Mr. J. BOURTEMBOURG, loco Mr. F. COLLETTE, advocaat, die voor de verzoekende partij verschijnt, en van Mr. M. UYTTENDAELE, advocaat, die voor de verwerende partij verschijnt;

Gehoord het eensluidend advies van de heer FORTPIED, eerste auditeur;

Gelet op titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Overwegende dat de volgende feiten dienstig zijn voor het onderzoek van het beroep :

1. Bij bestek nr. 94/01/390 kondigt de Franse Gemeenschap aan dat op 21 juni 1994 verscheidene renovatiewerken (fase 2) aan het Musée de la photographie te Mont-sur-Marchienne openbaar zullen worden aanbesteed.

Artikel 10, § 1, van dat bestek is de enige bepaling die gaat over de onderaannemers en luidt als volgt :

" Onverminderd de toepassing van artikel 54 van het koninklijk besluit van 22 april 1977, dienen alle personen die in welk stadium ook als onderaannemer optreden, ingeschreven te zijn op de lijst van de erkende aannemers en houder te zijn van een erkenning in een categorie die overeenstemt met de aard van de hen toevertrouwde werken en in een klasse die overeenstemt met hun aandeel in de opdracht.

Elke overtreding van deze verplichting zal worden beschouwd als een tekortkoming van de aannemer aan de clausules van zijn contract, tenzij hij met toepassing van artikel 54 van het voormelde koninklijk besluit en voor de aanvang van de werken, van de voormelde personen een vrijstelling van de voornoemde verplichting heeft verkregen. Indien zulk een vrijstelling niet is verleend, kan het Bestuur zonder aanmaning de onmiddellijke stopzetting bevelen van de uitvoering van de geplande werkzaamheden door een niet-erkende onderaannemer, in welk geval de gekozen aannemer alle gevolgen van de stopzetting draagt.

De gekozen aannemer blijft in elk geval de enige verantwoordelijke ten aanzien van het Bestuur.

Bovendien worden de gekozen aannemer en de onderaannemer die op de voormelde voorwaarden zijn vrijgesteld van de verplichting om een beroep te doen op een erkend onderaannemer, niet geacht te

hebben voldaan aan de verplichtingen die hen zijn opgelegd door artikel 8, §§ 1 en 3, van de wet van 14 juli 1976 inzake belastingen en sociale zekerheid".

2. Die opdracht wordt toegewezen aan de N.V. LIXON bij een op een niet nader bepaalde datum genomen beslissing.

Er zij opgemerkt dat de verzoekende partij geen inschrijving heeft ingediend.

3. De verwerende partij zet in haar memorie van antwoord het volgende uiteen :

" In de loop van de maand januari 1995 heeft de verwerende partij vernomen dat de vennootschap LIXON een beroep had gedaan op de verzoekende vennootschap om bepaalde aan haar toegekende werken in onderaanneming uit te voeren.

Gelet op de talrijke problemen die zijn gerezen bij de uitvoering van de opdracht betreffende de renovatie van het Musée royal de Mariemont (...) heeft de verwerende partij zich dadelijk tot de gekozen aannemer gericht om hem ertoe aan te zetten geen deel van die opdracht in onderaanneming aan de verzoekende vennootschap toe te kennen en een andere onderaannemer aan te wijzen. Zij heeft hem bij die gelegenheid de redenen van haar weigering meegedeeld.

Dit verzoek is bevestigd bij een op 25 januari 1995 aan de gekozen aannemer gericht schrijven (...)".

4. Op 25 januari 1995 richt de verwerende partij aan de N.V. LIXON een brief van de volgende strekking :

" Dit schrijven geldt als bevestiging van het telefoongesprek dat u op 23-01-1995 had met mevrouw BREBART, architecte bij mijn dienst, en waarin u erop gewezen is dat u de vennootschap DRUART in geen enkel geval mag aanwijzen als uw onderaannemer voor de inrichting van de verwarmingsinstallatie van het Musée de la photographie te Mont-sur-Marchienne.

Bijgevolg verzoek ik u mij zo spoedig mogelijk de kandidatuur voor te leggen van een of meer andere onderaannemers in verwarming.".

Dat is de bestreden handeling, die blijkbaar is uitgevaardigd toen de verzoekende vennootschap de werkzaamheden op de werkplaats heeft aangevat;

Overwegende dat de verwerende partij een eerste exceptie van niet-ontvankelijkheid ontleent aan het feit dat de verzoekende vennootschap niet bewijst dat haar bevoegd orgaan rechtens de beslissing heeft genomen om dit beroep in te stellen;

Overwegende dat uit de bij brief van 23 juni 1995 aan de Raad van State overgelegde stukken blijkt dat de raad van bestuur van de verzoekende vennootschap, het bevoegde orgaan krachtens artikel 19 van de statuten van die vennootschap, tijdens zijn vergadering van 18 februari 1995 de beslissing heeft genomen om dit beroep in te stellen; dat de exceptie niet gegrond is;

Overwegende dat de verwerende partij een tweede exceptie van niet-ontvankelijkheid hieraan ontleent dat de bestreden handeling slechts een "loutere aanmaning" zou zijn, gericht aan de vennootschap LIXON, die niet verplicht was die op te volgen; dat zij een derde exceptie van niet-ontvankelijkheid hieraan ontleent dat de handeling geen rechtstreekse schade berokkent aan de verzoekende vennootschap, voor welke vennootschap het nadeel voortvloeit uit de beslissing van de vennootschap LIXON om zich naar de bestreden handeling te gedragen, aangezien zijzelf, als verwerende partij, "geen enkele bevoegdheid heeft voor het rechtstreeks aanwijzen van de onderaannemers of voor het verbreken van de door de gekozen aannemer gesloten onderaannemingscontracten";

Overwegende, ten aanzien van de tweede en derde exceptie samen, dat de bestreden handeling nadeel berokkent aan de verzoekende vennootschap; dat deze bijgevolg belang heeft bij haar beroep en dat de excepties niet gegrond zijn;

Overwegende dat de verzoekende vennootschap een middel, het eerste van haar verzoekschrift, ontleent "aan de schending van de wets- en verordeningsbepalingen betreffende de overheidsopdrachten"; dat volgens haar "er, inzake de verordeningsbepalingen betreffende de toewijzing van opdrachten van onderaanneming, ... geen objectieve reden bestaat om de verzoekende vennootschap van de opdracht uit te sluiten";

Overwegende dat de verwerende partij in wezen antwoordt dat de bestreden handeling, vanuit feitelijk oogpunt, gemotiveerd is omdat zij in het raam van de aan de vennootschap LIXON gegunde opdracht (Musée de la photographie te Mont-sur-Marchienne) niet geconfronteerd wilde worden met de moeilijkheden die zich hebben voorgedaan bij de uitvoering van de aan de verzoekende vennootschap gegunde opdracht (Musée royal de Mariemont te Morlanwelz) : aanzienlijke vertragingen bij de uitvoering van de opdracht, vele zaken die niet volgens het bestek zijn uitgevoerd, herhaalde inactiviteit op de bouwplaats, kwade trouw van de verzoekende partij; dat zij, vanuit juridisch oogpunt, antwoordt dat zij, op basis van haar bevoegdheid inzake het leiden en controleren van de uitvoering van de opdracht, aan haar medecontractant eenzijdige aanmaningen kan richten, dat de beginselen van continuïteit van de openbare dienst en van behoorlijk bestuur haar ertoe noopten alle noodzakelijke maatregelen te treffen om een correcte uitvoering te garanderen van de aan de vennootschap LIXON gegunde opdracht, en dat zij bijgevolg gemachtigd was om de

gekozen aannemer aan te manen geen onderaannemer aan te wijzen ten aanzien van wie men gegronde redenen had om te vrezen dat hij de aan hem toegekende werken niet correct uitvoerde en bijgevolg de goede uitvoering van de opdracht in het gedrang bracht;

Overwegende dat het geenszins aan de Raad van State toekomt om zich uit te spreken over de grieven tussen de verzoekende vennootschap en de verwerende partij inzake de uitvoering van het contract betreffende de renovatie van het Musée royal de Mariemont, te meer daar die grieven voor de rechtbank van eerste aanleg van Brussel zijn gebracht, waar het geding blijkbaar nog steeds aanhangig is;

Overwegende dat, zoals de verwerende partij zelf toegeeft, "geen enkele wets- of verordeningsbepaling het Bestuur uitdrukkelijk machtigt deze of gene onderaannemer te weigeren", en dat "onder voorbehoud van de bepalingen van het bestek, waarbij in casu louter wordt geëist dat de onderaannemers erkend zijn, alleen de gekozen aannemer, onder zijn verantwoordelijkheid, de onderaannemers kan aanwijzen";

Overwegende dat het Bestuur, krachtens artikel 17, 4°, van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, alleen over de mogelijkheid beschikt om, vóór de gunning van de opdracht, alle inlichtingen betreffende de eventuele onderaannemers van elke inschrijver te eisen;

Overwegende dat het Bestuur, krachtens artikel 10 van het ministerieel besluit van 10 augustus 1977 houdende vaststelling van de algemene aannemings-voorwaarden van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten, alleen over de mogelijkheid

beschikt om te eisen dat de onderaannemers van de gekozen aannemer erkende aannemers zijn en het de gekozen aannemer verboden is de uitvoering van de opdracht geheel of ten dele aan een uitgesloten aannemer toe te vertrouwen;

Overwegende dat artikel 10, § 1, van het bestek nr. 94/01/390, zoals hiervoren vermeld, wat de keuze van de onderaannemers betreft, als voorwaarde alleen stelt dat ze erkend moeten zijn;

Overwegende dat aldus terdege blijkt dat de verwerende partij uit geen enkele contractuele, verordenings- of wetsbepaling het recht putte om de vennootschap LIXON te verbieden de uitvoering van een gedeelte van de opdracht in onderaanneming toe te vertrouwen aan de verzoekende partij op basis van de aard van de grieven die zij tegen haar koesterde; dat, als de verwerende partij wilde voorkomen dat een onderaannemer die verantwoordelijk was voor zware fouten in de uitvoering van een andere opdracht aan deze opdracht deel zou hebben, zij overeenkomstig artikel 19 van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken bij de Commissie voor erkenning der aannemers klacht had moeten indienen; dat zij zodoende zou hebben gehandeld in het belang van een goede uitvoering van alle overheidsopdrachten en niet alleen van die waarvan zij de opdrachtgever was en de verzoekende vennootschap de gelegenheid zou hebben geboden in haar verweermiddelen te worden gehoord; dat zij op basis van haar loutere bevoegdheid inzake het leiden en controleren van de uitvoering van de opdracht niet gerechtigd was de bestreden handeling te stellen; dat het middel gegrond is;

Overwegende dat het onderzoek van het tweede middel, ontleend aan de ontstentenis van motivering van

de bestreden handeling, niet tot een ruimere nietigverklaring zou kunnen leiden,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Vernietigd wordt de beslissing die vervat zit in een schrijven dd. 25 januari 1995, uitgaande van de algemene directie Infrastructuur van het Ministerie van Cultuur en Sociale Zaken van de Franse Gemeenschap, waarbij aan de naamloze vennootschap LIXON wordt verboden de n.v. Etablissements DRUART aan te wijzen als haar onderaannemer voor de inrichting van de verwarmingsinstallatie van het Musée de la photographie te Mont-sur-Marchienne.

Artikel 2.

De kosten, bepaald op 4.000 frank, komen ten laste van de verwerende partij.

Aldus uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van de VIe kamer, op veertien oktober 1900 zesennegentig door :

de HH.	ANDERSEN,	kamervoorzitter,
	LEROY,	staatsraad,
	HANSE,	staatsraad,
Mevr.	MALCORPS,	griffier.

De Griffier, **De Voorzitter,**

M.-Chr. MALCORPS. **R. ANDERSEN.**

**VERTALING OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 63,
EERSTE LID, VAN DE WETTEN OP DE RAAD
VAN STATE, GECOöRDINEERD OP 12 JANUARI 1973.**