

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 84.267 van 21 december 1999
in de zaak A. 49.086/XII-1183.**

In zake : 1. de NV Aannemingsmaatschappij CFE,
2. de NV BETONAC-BETON, (in faillissement)
rechtsgeding hervat door :
1. advocaten I. VALGAEREN en
S. DEKELVER, curatoren,
kantoor houdende te HEUSDEN-ZOLDER,
G. Gezellelaan 12,
2. advocaat P. BERBEN,
kantoor houdende te NEERPELT,
Boseind 33, curator,
die woonplaats kiezen bij
advocaat J. -J. VAN RAEMDONCK,
kantoor houdende te BRUSSEL,
Terhulpssteenweg 187

tegen :

1. de Vlaamse Milieu Maatschappij,
die woonplaats kiest bij
advocaat M. BALLON,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Britselei 39
2. het Vlaamse Gewest, vertegenwoordigd
door de Vlaamse regering,
dat woonplaats kiest bij
advocaat J. VAN DE VIJVER,
kantoor houdende te ANTWERPEN,
Eglantierlaan 1, bus 22.

D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Aannemingsmaatschappij CFE en de NV BETONAC-BETON op 13 november 1992 hebben ingediend om de nietigverklaring te vorderen van het besluit genomen op 3 augustus 1992 door de Gemeenschapsminister van Leefmilieu en Huisvesting, houdende gunning van de werken van fase I voor de uitbreiding van een rioolwaterzuiveringsinstallatie te Mol aan de NV Waynes en Freytag, voor de som van 156.194.613 frank;

Gezien de regelmatig gewisselde memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgemaakt door auditeur J. STEVENS;

Gelet op de beschikking van 20 mei 1998 die de neerlegging ter griffie van het verslag en van het dossier gelast;

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

Gezien het op 2 juli 1998 aan de Raad van State gerichte verzoekschrift waarbij advocaten I. VALGAEREN, S. DEKELVER en P. BERBEN in hun hoedanigheid van curatoren van de NV BETONAC-BETON verklaren het geding te hervatten ingeleid door de hogervermelde partij;

Gelet op de beschikking van 5 oktober 1999 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 16 november 1999;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter J. DE BRABANDERE;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. VERBEKE, die loco advocaat J.-J. RAEMDONCK verschijnt voor de verzoekende partijen, van advocaat V. VANDER GUCHT, die loco advocaat M. BALLON verschijnt voor de eerste verwerende partij, en van advocaat N. SERVAES, die loco advocaat J. VAN DE VIJVER verschijnt voor de tweede verwerende partij;

Gehoord het eensluidend advies van eerste auditeur J. STEVENS;

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

1. Over de gegevens van de zaak.

Overwegende dat de gegevens van de zaak kunnen worden samengevat als volgt :

1.1. De Vlaamse Milieu Maatschappij, hierna genoemd : "VMM", schrijft een openbare aanbesteding uit voor de opdracht der werken voor de oprichting te Mol van een rioolzuiveringsinstallatie ter uitbreiding van de bestaande (fase I), de raming bedraagt 152.483.195,- fr.

1.2. De opening van de inschrijvingen heeft plaats op 17 december 1991.

Er zijn acht inschrijvingen : de verzoekende partijen hebben de laagste inschrijving ingediend ten bedrage van 142.775.135,- frank. (exclusief BTW); de firma WAYS & FREYTAG is de tweede laagste.

1.3. Met brief van 22 januari 1992 verzoekt de Groep Infrabo de verzoekende partijen, in toepassing van de artikelen 20 § 5 en 25 van het koninklijk besluit van 22 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, een verantwoording te verstrekken van de eenheidsprijzen van een aantal posten.

Met brief van 31 januari 1992 wordt een verantwoording verstrekt.

1.4. Met brief van 10 februari 1992 delen de verzoekende partijen mede dat een verkeerd document werd ingezonden in antwoord op de brief van 22 januari 1992, hetwelk trouwens niet ondertekend was door beide partners in de tijdelijke vereniging en dat bijgevolg

als ongeldig beschouwd dient te worden; als bijlage wordt een nieuwe verantwoording gezonden.

1.5. Met brief van 26 mei 1992 verzoekt Infrabo nogmaals om een verantwoording voor een aantal posten.

1.6. Met brief van 5 juni 1992 laten de verzoekende partijen de verantwoording geworden; zij bevestigen dat alle ingediende prijzen normale inschrijvingsprijzen zijn waarvoor zij een volledig conforme uitvoering garanderen.

1.7. Met brief van 15 juni 1992 vraagt Infrabo nog enkele verduidelijkingen omtrent het onderdeel "Procescontrole en sturingseenheid".

De verzoekende partijen antwoorden met brief van 19 juni 1992.

1.8. De VMM zendt met brief van 16 juli 1992 een nota aan het ministerie van de Vlaamse Gemeenschap, bestuur Milieu-Investeringen.

Blijkens punt 5 van die nota kan volgens de juridische dienst van de VMM gegund worden aan de verzoekende partijen.

In punt 6 "Besprekingen met de hogere overheid" wordt voorgesteld de inschrijving van de verzoekende partijen niet conform te verklaren en bijgevolg onregelmatig; dit blijkt eens te meer, zo wordt gesteld, uit het schrijven van 19 juni 1992 waarin niet correct geantwoord wordt op de gestelde vragen en de aannemer zelf niet-conformiteit toegeeft; voorgesteld wordt de opdracht te gunnen aan de NV WAYS & FREYTAG.

1.9. Aldus wordt beslist op 3 augustus 1992 door de bevoegde minister van de Vlaamse regering.

Als motivering staat in die beslissing :

"Gelet op het voorstel van de VMM en op het advies van de Inspectie van Financiën van 24 juli 1992".

Met brief van 26 augustus 1992 zendt de administrateur-generaal van de VMM een brief aan het bestuur Milieu-Investeringen met "documenten ter aanvulling van uw dossier"; dit blijkt een nota te zijn van 20 augustus 1992 van ene Bultynck met een voorstel tot gunning.

1.10. Met brief van 26 augustus 1992 vragen de verzoekende partijen naar het resultaat van de aanbesteding.

Met brief van 15 september 1992 antwoordt de VMM dat de opdracht hun niet werd gegund; een kopie van het besluit van 3 augustus 1992 wordt meegezonden.

1.11. Met brief van 30 september 1992 vragen de verzoekende partijen om mededeling van het voorstel van de VMM, waarop het besluit is gesteund, gelet op de motiveringsplicht. De verzoekende partijen herhalen die vraag met brief van 20 oktober 1992.

De VMM zendt de brief aan de bevoegde minister; opgemerkt wordt dat "aangezien geen melding wordt gemaakt van een datum waarop het voorstel van VMM betrekking heeft, het de VMM-administratie niet mogelijk is de motivering van de genomen beslissing te preciseren".

Het bovenstaande wordt medegedeeld aan de verzoekende partijen met brief van 9 november 1992 van de VMM.

1.12 In een brief van 7 januari 1993 van het Bestuur Milieu-Investeringen aan de bevoegde minister wordt onder andere gesteld

"
Dit resulteerde uiteindelijk in het afwijzen van de laagste inschrijving van de TV Betonac-CFE omdat deze zichzelf niet conform met het bestek verklaarde.

De weerslag van dit onderzoek en het gemotiveerde voorstel tot gunning aan de tweede laagste werd omstandig verwoord door het Bestuur-Milieu-investeringen in haar nota van 16.7.1992 aan de Inspectie van Financiën (zie bijlage 1). Op basis van dit voorstel keurde de minister op 3.8.1992 de gunning aan de tweede laagste inschrijver goed.

(...)

Niettemin heeft de VMM natuurlijk ook een definitief voorstel tot gunning aan de tweede laagste inschrijver opgemaakt (zie bijlage 2). Dit voorstel van 16.7.1992 is wellicht, gelet op de tijdsdruk (...) een vrij korte samenvatting van het resultaat van de besprekingen zoals verwoord in de omstandige nota van het bestuur Milieu-investeringen dat optrad in hoogste echelon.

(...)

De enige bedenking die men hierbij kan maken is dat enerzijds dit voorstel vanuit Aalst vrij laat opgesteld werd en anderzijds minder gemotiveerd is dan men mocht verwachten. De beslissing van de minister komt gelet op het grondige voorstel van het bestuur Milieu-Investeringen, niet in het gedrang."

Bijlage 1 is een "Inlichtingenblad voor de Inspectie van Financiën" van het bestuur Milieu-Investeringen, blijkbaar gedateerd 16 juli 1992, van 9 bladzijden, waarvan de achtste bladzijde in het neergelegd dossier ontbreekt.

Bijlage 2 is niet aanwezig in het neergelegd dossier, evenmin als bijlage 3, waarvan eveneens sprake is in de brief van 7 januari 1993.

Een mededeling aan de verzoekende partijen van wat zij gevraagd hadden, namelijk het voorstel van de VMM, werd blijkbaar niet gedaan;

2. Over de aanwijzing van de verwerende partij.

Overwegende dat blijkens artikel 2, § 1, van het besluit van 24 juli 1991 van de Vlaamse Executieve houdende vaststelling van de statuten van de VMM alsmede de aanwijzing van de plaats waar zij wordt gevestigd, de VMM een instelling is van categorie A, als bedoeld in artikel 1 van de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle op sommige instellingen van openbaar nut; dat

volgens artikel 4 de VMM onderworpen is aan het gezag van de gemeenschapsminister en door deze wordt vertegenwoordigd en bestuurd; dat ter zake de bevoegde minister blijkbaar is opgetreden als bestuurder en orgaan van de VMM; dat de VMM, vertegenwoordigd door de gemeenschapsminister als enige verwerende partij beschouwd dient te worden en het Vlaamse Gewest buiten de zaak moet worden gesteld;

3. Over de ontvankelijkheid van de vordering.

3.1. Overwegende dat de verwerende partij in een eerste exceptie opwerpt dat het beroep werd ingesteld meer dan zestig dagen na 15 september 1992, datum waarop de verzoekende partijen van de bestreden beslissing in kennis werden gesteld;

3.1.1. Overwegende dat de verwerende partij er ten onrechte van uitgaat dat het beroep werd ingesteld op 16 november 1992; dat het echter werd ingesteld bij aangetekende zending afgegeven ter post op 13 november 1992, derhalve binnen de beroepstermijn; dat de exceptie niet opgaat;

3.2. Overwegende dat de verwerende partij in een tweede exceptie opwerpt dat geen bewijs voorligt van het regelmatig in rechte treden van de verzoekende partij CFE;

3.2.1. Overwegende dat de beslissing van het bevoegde orgaan van CFE om in rechte te treden werd overgelegd met brief van 30 november 1992; dat de exceptie niet opgaat;

3.3. Overwegende dat de verwerende partij tenslotte opwerpt dat de verzoekende partijen geen belang hebben aangezien hun vordering enkel steunt op een gebrek aan motivering, daar waar zij als laagste

inschrijver geweerd moesten worden omdat hun inschrijving niet conform de besteksbepalingen was;

3.3.1. Overwegende dat de aangeklaagde afwezigheid van motivering van de bestreden beslissing precies geacht moet worden verzoeksters, toen zij hun beroep instelden, verhinderd te hebben de redenen waarom de opdracht hen niet werd toegewezen te kennen; dat de exceptie niet opgaat;

4. Over de grond van de zaak.

4.1. Overwegende dat de verzoekende partijen in hun verzoekschrift twee middelen aanvoeren; dat zij van het in bijkomende orde aangevoerde middel, schending van artikel 44, laatste lid, van het koninklijk besluit van 24 april 1977 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, afstand doen in hun memorie van wederantwoord; dat derhalve in beginsel slechts het in hoofdorde aangevoerde middel overblijft, waarin de verzoekende partijen de schending aanvoeren van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen; dat zij te dien aanzien opmerken dat de motivering van de bestreden beslissing beperkt is tot een verwijzing naar het advies van de VMM, dat hen echter niet samen met de beslissing werd medegedeeld;

4.2. Overwegende dat de verwerende partij antwoordt dat ter zake de formele motiveringswet van 29 juli 1991 niet van toepassing was aangezien krachtens de wetten betreffende de staatshervorming de bevoegdheid om de verplichting tot formele motivering op te leggen aan een Vlaamse openbare instelling zoals de VMM uitsluitend tot de bevoegdheid van het Vlaams Parlement en de Vlaamse regering behoort; dat zij de Raad van State verzoekt aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen omtrent de verenigbaarheid van de

artikelen 2 en 3 van de voornoemde formele motiveringswet met de regels door of krachtens de Grondwet vastgesteld betreffende de onderscheiden bevoegdheden van Staat, gemeenschappen en gewesten;

4.3. Overwegende dat verzoeksters repliceren dat er geen reden is om een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof omdat, ook als de wet van 29 juli 1991 ter zake niet van toepassing zou zijn, de bestreden beslissing onregelmatig is; dat zij dienaangaande artikel 25, § 2, laatste zin, van het voormelde koninklijk besluit van 22 april 1977 geschonden achten, omdat zij nooit werden ingelicht betreffende de zogezegde beslissing dat bepaalde prijzen nog als abnormaal werden beschouwd ondanks de door hen gegeven verantwoording; dat zij voorts stellen dat artikel 13, § 1, van het Vlaams decreet van 23 oktober 1991 betreffende de openbaarheid van bestuursdocumenten in de diensten en instellingen van de Vlaamse Executieve dezelfde motiveringsplicht inhoudt als de wet van 29 juli 1991, uiteraard in de mate dat dit decreet reeds van toepassing was op 3 augustus 1992;

4.4. Overwegende dat het voornoemde decreet van 23 oktober 1991 blijkens zijn artikel 15 in werking is getreden op een datum te bepalen door de Vlaamse Executieve en uiterlijk een jaar na zijn publicatie in het Belgisch Staatsblad; dat aangezien de Vlaamse Executieve van haar bevoegdheid geen gebruik heeft gemaakt en het decreet werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 27 november 1991, het in werking is getreden op 27 november 1992, dus nadat de bestreden beslissing genomen werd; dat het derhalve op die beslissing niet kan worden toegepast;

4.5. Overwegende dat de verzoekende partijen ook in hun laatste memorie nog betwisten dat er aanleiding is om een prejudiciële vraag te stellen aan het

Arbitragehof; dat zij daarvoor verwijzen naar de arresten nrs 48.431 en 48.989 van de Raad van State; dat zij ook aanvoeren dat de betrokken materie beschouwd moet worden als een uitvloeisel van een fundamenteel recht zodat de federale overheid exclusief bevoegd gebleven is, dat het decreet van 23 oktober 1991 uitdrukkelijk de bevoegdheid van de federale wetgever erkend heeft en dat eerste verwerende partij geen belang heeft om de prejudiciële vraag te stellen aangezien zij aanneemt dat zij zelf niet bevoegd is om de beslissing te nemen, terwijl de tweede verwerende partij erkend heeft dat de formele motiveringswet van toepassing was;

4.6. Overwegende dat luidens artikel 26, § 2, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, wanneer een vraag omtrent de schending door een wet van de de regels door of krachtens de Grondwet vastgesteld betreffende de onderscheiden bevoegdheden van Staat, Gemeenschappen en Gewesten wordt opgeworpen voor een rechtscollege wiens uitspraken niet met enig rechtsmiddel kunnen worden bestreden, dit college het Arbitragehof moet verzoeken op de vraag uitspraak te doen, behalve wanneer de vordering niet ontvankelijk is om procedureredenen die ontleend zijn aan normen die zelf niet het onderwerp uitmaken van het verzoek tot het stellen van de vraag;

4.7. Overwegende dat hiervoren is gebleken dat het beroep ontvankelijk is; dat de aangehaalde bepaling van de bijzondere wet op het Arbitragehof de Raad van State niet toelaat van het stellen van een prejudiciële vraag af te zien omdat zij naar zijn mening elke rechtsgrond mist, omdat de federale wetgever volgens de Grondwet klaarblijkelijk bevoegd zou zijn in de betrokken materie of omdat de niet-bevoegdheid zou zijn erkend en omdat de degene die de vraag doet stellen daarbij geen belang zou hebben; dat dit laatste argument trouwens niet ter zake is en wat dat betreft kan worden

verwezen naar wat hiervoren gezegd is over de aanwijzing van de verwerende partij: de vertegenwoordiger van de zogenaamde tweede verwerende partij treedt in werkelijkheid op als bestuursorgaan van de eerste verwerende partij,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het Vlaamse Gewest wordt buiten de zaak gesteld.

Artikel 2.

Aan het Arbitragehof wordt de volgende prejudiciële vraag gesteld :

"Heeft de nationale wetgever door het uitvaardigen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen en meer bepaald van de artikelen 2 en 3 van deze wet, de regels geschonden die door of krachtens de Grondwet zijn vastgesteld voor het bepalen van de onderscheiden bevoegdheid van de Staat, Gemeenschappen en de Gewesten, in zoverre dit artikel 2 en 3 van toepassing is op de bestuurshandelingen van de Gewesten en Gemeenschappen?".

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare
terechtzing, op eenentwintig december
1900 negenennegentig, door de XIIe kamer, die was
samengesteld uit :

de HH.	J. DE BRABANDERE,	kamervoorzitter,
	A. VANDENDRIESSCHE,	staatsraad,
	J. BAERT,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

J. DE BRABANDERE.