

RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.

A R R E S T

**nr. 131.125 van 6 mei 2004
in de zaak A. 117.738/XII-3478.**

In zake : de NV ROEGIERS,
die woonplaats kiest bij
advocaten J. Ghysels, P. Flamey en Partners,
kantoor houdende te Brussel,
Aarlenstraat 25

tegen :

de VZW HEILIG HARTZIEKENHUIS MOL,
die woonplaats kiest bij
advocaten C. Geukens, G. Jennen, E. Wouters en Chr. Geukens,
kantoor houdende te Balen,
Lindestraat 2.

DE RAAD VAN STATE, XIIe K A M E R,

Gezien het verzoekschrift dat de NV Roegiers op 4 maart 2002 heeft ingediend om de nietigverklaring te vorderen van “het besluit van de raad van beheer van het Heilig Hart ziekenhuis van Mol dd. 19 december 2001, waarbij de opdracht die bestaat in de uitbreiding (nieuwbouw en verbouwingen) van het Heilig Hart ziekenhuis te Mol (fase 1 en 2) werd gegund aan de tijdelijke vereniging van de firma's Vanhout-Dillen”;

Gezien de memories van antwoord en van wederantwoord;

Gezien het verslag opgesteld door eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de beschikking van 14 januari 2003 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 laatste memories;

Gelet op de beschikking van 26 september 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 oktober 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat S. Knaepen, die loco advocaten J. Ghysels en P. Flamey, verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat C. Geukens, die verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur J. Stevens;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

Overwegende dat de verwerende partij in het Bulletin der Aanbestedingen van 27 juli 2001 een oproep tot kandidaatstelling voor een “beperkte offerte-aanvraag” voor uitbreidingswerken aan haar ziekenhuis bekendmaakte; dat zij in die bekendmaking voor enkele onderdelen van de te volgen procedure verwees naar het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies van openbare werken; dat zij tevens voorschreef dat de in te dienen getuigschriften en verklaringen betreffende de kwalitatieve selectie in overeenstemming dienden te zijn met de artikelen 24 tot 27 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken; dat zij bij beslissing van 14 augustus 2001 de verzoekende partij niet in aanmerking nam als kandidaat voor het indienen van een offerte; dat het door de verzoekende partij daartegen bij de Raad van State ingestelde beroep tot nietigverklaring bij arrest nr. 131.124 van 6 mei 2004 werd verworpen; dat de betrokken opdracht met de bestreden beslissing werd toegewezen aan de tijdelijke vereniging Vanhout-Dillen;

Overwegende dat de verwerende partij in een exceptie opwerpt dat de bestreden beslissing niet geldig voor de Raad van State kan worden aangevochten omdat zij niet kan worden beschouwd als een beslissing van een administratieve overheid in de zin van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat zij daartoe onder meer betoogt dat zij een privaatrechtelijk rechtspersoon is die niet is “opgericht door een administratieve overheid”, weliswaar tot taak heeft te voorzien in de bescherming van de volksgezondheid maar dat de bestreden beslissing geenszins als een “eenzijdig voor derden bindende beslissing kan worden beschouwd”; dat zij voorts stelt dat zij geenszins vanwege de wetgever de

bevoegdheid heeft gekregen om op eenzijdige wijze de rechten en plichten van derden te bepalen, dat de betrokken bouwwerken zonder subsidies en met eigen middelen worden gefinancierd, en dat zij niet verplicht was de betrokken opdracht toe te wijzen volgens de reglementering van de overheidsopdrachten;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar inleidend verzoekschrift, anticiperend op een dergelijke exceptie, stelt hetgeen volgt :

“III. De bevoegdheid van de Raad van State.

Er kan geen twijfel over bestaan dat de VZW Heilig Hart Ziekenhuis te Mol een aanbestedende overheid is in de zin van artikel 4 van de Wet Overheidsopdrachten, hetzij ingevolge de subsidiëring voor de werken in kwestie, hetzij omdat zij voorziet in behoeften van algemeen belang (ziekenhuis beheren) die niet commercieel zijn, rechtspersoonlijkheid heeft en hetzij gefinancierd wordt door de overheid, hetzij onder het beheer van de overheid staat, hetzij onderworpen is aan het toezicht van die overheid; dat verwerende partij in dezelfde mate onderworpen is aan de rechtstreeks werkende Richtlijn 93/37/EEG (artikel 1b); dat dit duidelijk blijkt uit de gegevens die het Heilig Hartziekenhuis te Mol heeft voorgelegd aan het Hof van Beroep van Antwerpen (zie stukken 10, 11 en 12).

Dat de Raad van State vrij recent het verzoekschrift tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de tenuitvoerlegging van het 'besluit van de evaluatieraad van het Heilig Hartziekenhuis van Mol dd. 14 augustus 2001, waarbij verzoekster niet werd weerhouden als kandidaat voor het indienen van een offerte voor de opdracht die bestaat in de uitbreiding van het Heilig Hartziekenhuis te Mol, gelegen aan de Gasthuisstraat 1 (fase 1 en 2)' heeft verworpen op grond van de prima facie vaststelling dat het Heilig Hartziekenhuis geen administratieve overheid is in de zin van artikel 14 van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State, ongeacht of de VZW Heilig Hartziekenhuis al dan niet een aanbestedende overheid is in de zin van de Wet Overheidsopdrachten (R.v.St. Roegiers, 98.837, 13 september 2001).

Dat hierdoor een fundamentele discriminatie is ontstaan.

Dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665 voorziet in een verplichte afdoende rechtsbescherming in het kader van de toepassing van de wetgeving inzake overheidsopdrachten, ook in kort geding.

Dat, wanneer er, ingevolge de interpretatie van het begrip 'aangebestedende dienst' in de zin van de wetgeving Overheidsopdrachten en een 'administratieve overheid' in de zin van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State, geen volledige assimilatie is tussen de invulling van beide, er een fundamentele discriminatie ontstaat.

Dat er met name een discriminatie ontstaat tussen de categorie van rechtzoekenden die geconfronteerd wordt met een aanbestedende dienst die wel onderworpen is én aan de wetgeving overheidsopdrachten én aan het toezicht van de Raad van State enerzijds, en de categorie van rechtzoekenden die geconfronteerd wordt met een aanbestedende dienst die 'enkel' onderworpen is aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten en niet aan het toezicht van de Raad van State anderzijds.

Concreet kan een toewijzingsbeslissing vernietigd worden door de Raad van State, voorzover de aanbestedende dienst een administratieve overheid is in de zin van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State. Daar waar een rechtzoekende deze rechtsbescherming (vernietiging van de toewijzingsbeslissing) niet geniet, wanneer de aanbestedende dienst niet onderworpen is aan

de wetten op de Raad van State omdat deze geen administratieve overheid zou zijn in de zin van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State.

Dat verzoekster dan ook vraagt dat de Raad van State volgende prejudiciële vraag stelt aan het Arbitragehof :

'Schenden de wettelijke bepalingen betreffende het begrip 'administratieve overheid' in de zin van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State (artikel 14) de regels van de gelijkheid en de niet-discriminatie, zoals vervat in de Grondwet, met name in de artikelen 10 en 11, op zichzelf genomen en in samenlezing met artikel 13 van de Grondwet, in zoverre zij een discriminatie bewerkstelligen tussen enerzijds een categorie van rechtzoekenden, die geconfronteerd wordt met een aanbestedende dienst die wel onderworpen is én aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten én aan het toezicht van de Raad van State, en anderzijds de categorie van rechtzoekenden die geconfronteerd wordt met een aanbestedende dienst die 'enkel' onderworpen is aan de wetgeving inzake overheidsopdrachten en niet aan het toezicht van de Raad van State, omdat deze aanbestedende dienst, zoals bedoeld in de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG, geen aanbestedende overheid is in de zin van artikel 14 van de Gecoördineerde wetten op de Raad van State, en in zoverre deze laatste categorie onttrokken wordt aan de natuurlijke rechter inzake overheidsopdrachten, te weten de administratieve rechter, de Raad van State, zoals deze waarborg uitdrukkelijk is voorzien in voornoemde Richtlijn en onder meer bekrachtigd in het arrest van het Hof van Justitie c-81/98, Alcatel Austria (zie CDPK, 2000, 360?";

Overwegende dat overeenkomstig artikel 14, §1, van de op 12 januari 1973 gecoördineerde wetten op de Raad van State, deze enkel kennis mag nemen van beroepen tot nietigverklaring ingesteld tegen de akten en reglementen van de onderscheiden administratieve overheden, alsook tegen de administratieve handelingen van wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen de ombudsmannen ingesteld bij deze assemblees, van het Rekenhof en van het Arbitragehof, evenals van organen van de rechterlijke macht en van de Hoge Raad voor Justitie met betrekking tot overheidsopdrachten en leden van hun personeel;

Overwegende dat instellingen die zijn opgericht door privé-personen, maar erkend door de federale overheid, de overheid van de gemeenschappen en gewesten, de provincies of gemeenten, als administratieve overheden kunnen optreden in de zin van dit artikel 14, mits hun werking door de overheid wordt bepaald en gecontroleerd en zij beslissingen kunnen nemen die derden binden; dat handelingen door deze instellingen gesteld het voorwerp kunnen zijn van een nietigverklaring wanneer die instellingen daarbij een deel van het openbaar gezag uitoefenen;

Overwegende dat de verwerende partij als vereniging zonder winstgevend doel is opgericht overeenkomstig titel I van de wet van 27 juni 1921 waarbij aan de verenigingen zonder winstgevend doel en aan de instellingen van

openbaar nut rechtspersoonlijkheid wordt verleend; dat niet wordt betwist dat administratieve overheden niet hebben deelgenomen aan haar oprichting en evenmin in haar organen aanwezig zijn; dat het hier dienvolgens een instelling betreft die louter door privé-personen is opgericht;

Overwegende dat de omstandigheid, dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing, om de in het geding zijnde opdracht toe te wijzen aan een bepaalde inschrijver, bepalingen van het voormelde koninklijk besluit van 26 september 1996, of Europeesrechtelijke regelgeving zou hebben toegepast, niet van aard is om daaruit af te leiden dat zij daarbij als administratieve overheid is opgetreden; dat immers die regelingen ook van toepassing kunnen zijn op privé-personen en hun toepassingsgebied eveneens -zoals te dezen- kan worden uitgebreid door vrije keuze van de betrokkenen; dat overigens de verwerende partij niet wordt tegengesproken in haar bewering dat zij de betrokken werken zelfs met eigen middelen en dus zonder subsidies van de overheid zou uitvoeren; dat ten slotte ook niet wordt aanvaard dat, door de opdracht aan een bepaalde inschrijver toe te wijzen en dus niet aan een andere, de verwerende partij een beslissing nam die derden bindt, nu een dergelijke beslissing geen verplichtingen ten aanzien van derden doet ontstaan;

Overwegende dat uit hetgeen voorafgaat volgt dat de exceptie gegrond is; dat de verwerende partij bij het nemen van de bestreden beslissing niet heeft gehandeld als administratieve overheid zoals bedoeld in artikel 14,§1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; dat het aldus de Raad van State niet toekomt van het beroep tot nietigverklaring kennis te nemen;

Overwegende, wat het verzoek tot prejudiciële vraagstelling betreft, dat daarop niet wordt ingegaan om de redenen uiteengezet in het arrest van de Raad van State nr. 131.124 van 6 mei 2004, gewezen tussen dezelfde partijen als deze in de huidige zaak,

B E S L U I T :

Artikel 1.

Het beroep wordt verworpen.

Artikel 2.

De kosten van het beroep, bepaald op 175 euro, komen ten laste van de verzoekende partij.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op 6 mei 2004, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

de HH.	D. VERBIEST,	kamervoorzitter,
	J. LUST,	staatsraad,
	G. VAN HAEGENDOREN,	staatsraad,
Mevr.	S. DOMS,	griffier.

De griffier,

De voorzitter,

S. DOMS.

D. VERBIEST.