

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

VIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 203.741 van 6 mei 2010
in de zaak A. 179.384/VII-37.664.**

In zake: de STAD IZEGEM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Patrick Verhamme
kantoor houdend te Izegem
Kasteelstraat 24
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

het VLAAMSE GEWEST, vertegenwoordigd door de Vlaamse
regering
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Bart Staelens
kantoor houdend te Brugge
Stockhouderskasteel
Gerard Davidstraat 46, bus 1
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 13 december 2006, strekt tot de nietigverklaring van het besluit van de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering van 13 oktober 2006 waarbij het beroep van het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem tegen de beslissing van de gouverneur van West-Vlaanderen van 10 juli 2006, houdende intrekking van de beslissing van 24 november 2005 tot het gebruik van trekkingsrechten uit het Investeringsfonds voor de aanpassingswerken in de Baron de Pélichystraat, wordt verworpen.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Patricia De Somere heeft een verslag opgesteld.

De verwerende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verzoekende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 1 april 2010.

Staatsraad Peter Sourbron heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Bert Verhaeghe, die loco advocaat Patrick Verhamme verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Pieter-Jan Staelens, die loco advocaat Bart Staelens verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Patricia De Somere heeft 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. In de zitting van 7 maart 2005 keurt de gemeenteraad van de stad Izegem het ontwerp en de wijze van gunnen goed voor de aanpassingswerken te Izegem, Baron de Pélichystraat. Voor de financiering van de werken zal beroep worden gedaan op de trekkingsrechten uit het Investeringsfonds.

3.2. Op 5 april 2005 beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem de werken te gunnen aan de NV Growebo. De gekozen aannemer wordt van deze beslissing op de hoogte gebracht met een gewone brief van 7 april 2005. Nog luidens dit schrijven zal het bevel van aanvang naderhand na onderling overleg worden gegeven, en dient het bewijs van borgstelling binnen de 30 kalenderdagen worden overgemaakt aan het stadsbestuur van Izegem.

In dezelfde zitting beslist het college van burgemeester en schepenen van de stad Izegem dat ter medefinanciering van voormelde opdracht het college beroep zal doen op de trekkingsrechten uit het Investeringsfonds.

3.3. Met een schrijven van 22 april 2005 doet de verzoekende partij een aanvraag tot het verkrijgen van voormelde trekkingsrechten, met in bijlage het gemeenteraadsbesluit van 7 maart 2005 en het bestek met raming.

3.4. Op 22 juli 2005 wordt namens de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen meegedeeld dat de gemeenteraadsbeslissing van 7 maart 2005, waarbij de gunningswijze en de aannemingsvoorwaarden met betrekking tot voormelde opdracht vastgelegd worden, uitvoering kan krijgen mits rekening wordt gehouden met een aantal opgesomde opmerkingen in verband met het bestek. Voorts wordt gesteld dat de beslissing om gebruik te maken van trekkingsrechten uit het Investeringsfonds ontvankelijk is, en het bedrag zal worden bepaald na onderzoek van het gunningsdossier, dat een aantal bescheiden dient te bevatten, waaronder "de gunningsbeslissing van het College van Burgemeester en Schepenen". De bijzondere aandacht wordt gevestigd op het feit dat de opdracht in geen geval betekend mag worden voor het besluit houdende toestemming tot gebruik van trekkingsrechten is ontvangen.

3.5. Met een schrijven van 9 september 2005 worden de gevraagde documenten bezorgd, met inbegrip van de gunningsbeslissing van 5 april 2005.

3.6. Op 19 september 2005 meldt Ivan Hoste, namens de gouverneur, ontvangst van het gunningsdossier van voormelde werken, en vraagt hij "een verklaring (...) te bezorgen dat de werken nog niet werden toegewezen (nl. betekening aan de aannemer)".

3.7. Bij schrijven van 12 oktober 2005 herinnert Ivan Hoste aan de brief van 19 september 2005 en verzoekt hij het gevraagde per kerende toe sturen.

3.8. Bij schrijven (met onleesbare datum) ontvangen op 24 oktober 2005 bevestigen de stadssecretaris en de burgemeester van de stad Izegem, in antwoord op het schrijven van 12 oktober 2005, dat voormelde opdracht werd gegund aan de NV Growebo uit Kortrijk, maar dat het werk nog niet werd betekend aan de genoemde firma.

3.9. Met een besluit van 24 november 2005 verleent de gouverneur toestemming tot gebruik van een trekkingsrecht uit het Investeringsfonds voor een bedrag van 35.094,36 euro.

3.10. Voormeld besluit wordt aan de verzoekende partij ter kennis gebracht op 30 november 2005. In een begeleidend schrijven wordt het volgende gesteld :

"Betreft : aanpassingswerken in de Baron de Pélichystraat.
Geacht college,

Het toewijzingsdossier is onderzocht. Er zijn geen opmerkingen. Uw beslissing van 05/04/05 kan uitvoering krijgen. Ik stuur als bijlage het dossier terug.

Ik wijs er op dat alvorens de gunning te betekenen dient nagegaan of de aannemer nog voldoet aan de vereiste erkennings- en registratievoorwaarden.

Als bijlage stuur ik u ook een afschrift van het besluit van 24/11/2005 waarbij u een trekkingsrecht uit het investeringsfonds wordt toegekend van 35.094,36 euro.

Om het 1^{ste} voorschot te kunnen uitbetalen, vraag ik u mij volgende stukken te bezorgen:

1. de kennisgeving aan de aannemer van de goedkeuring van zijn offerte alsook van het bewijs van verzending;
2. een afschrift van de brief aan de aannemer met het bevel tot aanvang van de werken;
3. een kopie van de brief met de vraag om storting van de borgstelling, een afschrift van het bewijs van storting met vermelding van de datum van ontvangst van dit stuk op uw bestuur.

Gelieve vervolgens de vorderingsstaten vergezeld van een kopie van de facturen alsook de eindafrekening en het PV van voorlopige overname te bezorgen zodra ze beschikbaar zijn.

Wanneer 60% van de opdracht is uitgevoerd, wordt automatisch het 2^e voorschot uitbetaald en na ontvangst van de eindafrekening wordt het saldo overgemaakt.

Alle stukken dienen steeds in 3 exemplaren te worden voorgelegd".

3.11. Op 31 maart 2006 herhaalt de gouverneur zijn vraag om een aantal documenten over te maken alvorens tot betaling van het eerste voorschot te kunnen overgaan.

3.12. Met een eveneens op 31 maart 2006 gedagtekend schrijven betekent de verzoekende partij aan de NV Growebo het bevel tot aanvang van de werken.

3.13. Bij besluit van 10 juli 2006 trekt de gouverneur zijn beslissing van 24 november 2005 houdende toestemming tot gebruik van een trekkingsrecht in. Het intrekkingsbesluit is als volgt gemotiveerd :

"DE GOUVERNEUR VAN DE PROVINCIE WEST-VLAANDEREN,

1. stelt vast dat:

- 1.1 het College van Burgemeester en Schepenen van IZEGEM de aanpassingswerken in de Baron de Pélichystraat, op 05/04/2005

- toewijst aan de NV Growebo voor de som van 35.094,36 euro (BTW inbegrepen);
- 1.2 het College op 05/04/2005 beslist ter medefinanciering van de voormelde opdracht beroep te doen op de trekkingsrechten uit het Investeringsfonds;
 - 1.3 vernoemde beslissingen van het College samen met het gunningsdossier bij zijn ambt werden ontvangen op 09.09.05;
 - 1.4 hij hiervoor op 24/11/2005 een trekkingsrecht verleende van 35.094,36 euro;
 - 1.5 bij het insturen van de stukken met vraag om uitbetaling van het 1^{ste} voorschot blijkt dat het College van Burgemeester en Schepenen de opdracht aan de aannemer reeds had betekend op 07/04/2005;
 - 1.6 uit omzendbrief BA-2000/4 van 26/05/2000 blijkt dat de betekening van de opdracht aan de aannemer pas kan gebeuren nadat toestemming is verkregen van de gouverneur van de toestemming tot gebruik van het trekkingsrecht;
 - 1.7 wanneer de verlenende overheid post factum in kennis wordt gesteld van deze onregelmatigheid bij de uitbetaling van het 1^{ste} voorschot zij over de mogelijkheid moet beschikken om deze onregelmatigheid recht te zetten
 - 1.8 de onderrichtingen betreffende het verkrijgen van een trekkingsrecht niet zijn gerespecteerd en bijgevolg het reeds verleende trekkingsrecht dient ingetrokken en de toestemming tot gebruik van het trekkingsrecht dient geweigerd.
2. verwijst naar:
- 2.1 het decreet van de Vlaamse Raad van 20 maart 1991 over het investeringsfonds;
 - 2.2 artikel 8 van voormeld decreet waarin bepaald wordt dat de gemeente beroep kan aantekenen bij de Vlaamse Regering tegen het gemotiveerd besluit van de provinciegouverneur waarbij haar toestemming voor het gebruik van trekkingsrechten voor een onroerende investering geheel of gedeeltelijk wordt geweigerd binnen de vijftig dagen vanaf de betekening van het weigeringsbesluit aan de stad;
 - 2.3 de ministeriële omzendbrief BA-2000/04 van 26/05/2000 houdende de gecoördineerde onderrichtingen betreffende het investeringsfonds.
 - 2.4 het besluit van de Vlaamse regering van 20/03/1991 tot uitvoering van het decreet.
3. beslist:
- 3.1 de beslissing van 24/11/2005 waarbij aan de stad Izegem toestemming werd verleend tot gebruik van een trekkingsrecht uit het investeringsfonds voor een bedrag van 35.094,36 euro voor de aanpassingswerken in de Baron de Pélichystraat wordt ingetrokken;
 - 3.2 toestemming te weigeren aan de stad IZEGEM tot gebruik van een trekkingsrecht uit het investeringsfonds voor de aanpassingswerken in de Baron de Pélichystraat".

3.14. Tegen voormeld besluit stelt de verzoekende partij beroep in bij de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur. In het beroepsschrift wordt het volgende aangevoerd :

"Het Besluit van de Vlaamse regering van 20 maart 1991 tot uitvoering van het Decreet van 20 maart 1991 betreffende het investeringsfonds ter verdeling van de subsidies voor bepaalde onroerende investeringen die in de Vlaamse

Gemeenschap en het Vlaamse Gewest op initiatief van de provincies of de gemeenten worden gedaan, is in casu van toepassing (...).

Dit Besluit legt de gemeenten nergens de verplichting op om de opdracht pas te betekenen aan de aannemer nadat toestemming is verkregen van de gouverneur tot gebruik van het trekkingsrecht.

Ons inziens kan een omzendbrief - die nog altijd geen wet in de materiële zin is, maar pseudo-wetgeving - daaraan geen afbreuk doen of nog dergelijke verplichting wel opleggen.

Daarenboven, mocht dit wel het geval zijn - quod non - dan nog is die onregelmatigheid gedekt door de toestemming van de Gouverneur tot gebruik van de trekkingsrechten dd. 24.11.2005 (...).

Daar die beslissing rechten deed ontstaan in hoofde van de stad Izegem, kan zij nu niet zonder meer ingetrokken worden.

Wat meer is, de Gouverneur diende volgens de bepalingen in de omzendbrief van 26 mei 2000 (...) uiterlijk op 29 oktober 2005 te beslissen, zijnde 50 dagen na ontvangst op 9 september 2005 van het collegebesluit dd. 05.04.2005 (...).

Het gaat niet op om enerzijds aan de stad Izegem het gebruik van trekkingsrechten te weigeren op grond van bepalingen in een omzendbrief die niet eens in het Besluit van de Vlaamse regering terug te vinden zijn, en anderzijds zelf de voorschriften van de omzendbrief met voeten te treden.

Tenslotte weze benadrukt dat wegeniswerken in casu werden gegund conform de wetgeving op de overheidsopdrachten, zodat wij niet inzien op welke grond de toestemming tot het gebruik van trekkingsrechten zou kunnen worden geweigerd.

U zult het met ons eens zijn dat de weigering geenszins kan gerechtvaardigd worden, te meer daar de trekkingsrechten definitief verloren gaan voor de stad Izegem, en niet zoals voorheen, gewoon worden overgedragen naar een volgend jaar.

Wij wijzen in dat verband ook naar de geest van de betreffende wetgeving en de prioritaire bedoeling dat elke gemeente (preciezer het college van burgemeester en schepenen) binnen de perken van het Decreet en het Besluit van de Vlaamse regering en de goedgekeurde investeringskredieten in de begroting, vrij over het gebruik van trekkingsrechten beslist".

3.15. Met het thans bestreden besluit van 13 oktober 2006 wijst de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Stedenbeleid, Wonen en Inburgering het beroep van de verzoekende partij af.

Het bestreden besluit is als volgt gemotiveerd :

"Overwegende dat het besluit van het college van burgemeester en schepenen van 5 april 2005 op het Provinciaal Gouvernement werd ontvangen op 9 september 2005;

Overwegende dat bij het insturen van de stukken met vraag om uitbetaling van het eerste voorschot blijkt dat het college van burgemeester en schepenen de werken had gegund aan de aannemer op 7 april 2005;

Overwegende dat artikel 6, §1, van het bovenvermelde besluit van de Vlaamse regering van 20 maart 1991, bepaalt dat de aanvraag tot het gebruik van trekkingsrechten ter financiering van een bepaalde onroerende investering van een gemeente samen met het ontwerpbesluit van gunning aan de provinciegouverneur moet worden gezonden; overwegende dat deze bepaling inhoudt dat de gunningprocedure nog niet mag zijn afgerond op het ogenblik

dat een gemeente een aanvraag tot het gebruik van trekkingsrechten bij de provinciegouverneur indient;

Overwegende dat dit beginsel zijn oorsprong vindt in de wetten op de Rijkscomptabiliteit; dat het artikel 49 van die wetten onder meer bepaalt dat geen kennis mag worden gegeven van de goedkeuring van de contracten en overeenkomsten voor werken en leveringen van goederen en diensten vooraleer deze contracten en overeenkomsten door de controleur van de vastleggingen zijn gevisieerd; overwegende dat bijgevolg de kennisgeving in regel maar mag gebeuren nadat de subsidiebelofte definitief is;

Overwegende dat volgens het artikel 117 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 de werken gegund zijn wanneer aan de betrokken inschrijver kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn offerte; dat de betekening niet onderhevig mag zijn aan enig voorbehoud;

Overwegende dat de subsidiërende overheid, op basis van de beginselen van behoorlijk bestuur en rechtmatig aanwenden van overheidsmiddelen, verplicht is erop toe te zien waarvoor het gesubsidieerde bestuur haar middelen aanwendt en na te gaan of de juiste gunningprocedure gevolgd werd en de overige reglementeringen gerespecteerd werden;

Overwegende dat het toelaten van de gunning vooraleer de toestemming van de trekkingsrechten is verkregen, inhoudt dat er reeds verplichtingen kunnen bestaan tegenover de aannemer, dat de werken reeds in uitvoering of zelfs voltooid kunnen zijn; dat een post factum controle de uitoefening van het toezicht bemoeilijkt en haar doel mist;

Overwegende dat de door de stad Izegem ingediende aanvraag voor het gebruik van trekkingsrechten bijgevolg in strijd is met de bepalingen van het artikel 49 van de wetten op de Rijkscomptabiliteit, het artikel 117 van het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor de aanneming van werken, leveringen en diensten en concessies voor openbare werken en met het artikel 6, §1, van het besluit van 20 maart 1991 betreffende het Investeringsfonds".

IV. Onderzoek van de middelen

Uiteenzetting van de middelen

4. De verzoekende partij roept in een eerste middel de schending in van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel en van de regels inzake de intrekking van administratieve rechtshandelingen. In het middel wordt aangevoerd dat de verwerende partij er ten onrechte aan is voorbijgegaan dat de beslissing van de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen van 24 november 2005 houdende instemming met de uitoefening van een trekkingsrecht uit het Investeringsfonds - beslissing die in de ogen van de verzoekende partij rechten heeft doen ontstaan - niet meer rechtsgeldig kon worden ingetrokken op 10 juli 2006.

Beoordeling

5. Het eerste middel - zoals uiteengezet in het inleidend verzoekschrift - berust op de premisse dat de ingetrokken beslissing van de gouverneur van de provincie West-Vlaanderen van 24 november 2005 door een onregelmatigheid was aangetast. In het tweede middel betwist de verzoekende partij evenwel dat er sprake is van een onregelmatige rechtsverlenende rechtshandeling.

6. De beoordeling van de zaak vereist dat in de eerste plaats uitspraak wordt gedaan over de gegrondheid van het tweede middel. Aangezien het auditorsverslag beperkt is tot het onderzoek van het eerste middel, is er reden om het onderzoek van de zaak voort te zetten.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent de debatten.

2. De Raad van State gelast het door de auditeur-generaal aangestelde lid van het auditorsverslag ermee het onderzoek van de zaak voort te zetten met betrekking tot de gegrondheid van het tweede middel.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van zes mei tweeduizend en tien, door de Raad van State, VIIe kamer, samengesteld uit:

Luc Hellin,	kamervoorzitter,
Eric Brewaeys,	staatsraad,
Peter Sourbron,	staatsraad,
bijgestaan door	
Elisabeth Impens,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Elisabeth Impens

Luc Hellin