

Vermoeden bevoegdheid Raad van State inzake gunningsbeslissing

SOPHIE BLEUX
Advocaat
Praktijkassistent KUL
&
KRIS WAUTERS
Rédacteur en chef

De VZW Cultuurcentrum Hasselt schrijft een open offerteaanvraag uit voor een aanneming van leveringen met als voorwerp “automatiseren handtrekkenwand concert- en theaterzaal en vervangen elektrische trekken kleine theaterzaal”. De opdracht wordt uiteindelijk gegund aan de BVBA Herentalse Metaalwerken Leysen. De BV Bosch Rexroth stelt tegen de gunningsbeslissing beroep in bij de Raad van State.⁽¹⁾ De VZW Cultuurcentrum Hasselt werpt zes excepties op aangaande de ontvankelijkheid van de vordering en betwist daarnaast eveneens de rechtsmacht van de Raad van State.

Bij het beoordelen van de vordering stelt de Raad vast dat de argumentatie van de verzoekende partij geen ontvankelijk rechtsmiddel vormt. De verzoekende partij geeft immers niet aan welke rechtsbepaling of welk rechtsbeginsel geschonden zou zijn. Verder bevat het verzoekschrift slechts een aantal vaststellingen.

Daarnaast buigt de Raad zich over de exceptie van gebrek aan rechtsmacht. Daarbij stelt zij vast dat in de kennisgevingsbrief, gericht aan de verzoekende partij, de Raad van State wel aangewezen wordt als verhaalinstantie. Door aldus te handelen heeft de VZW Cultuurcentrum Hasselt de schijn gewekt dat zij zichzelf aanziet als een administratieve overheid. Bijkomend stelt de Raad vast dat de VZW Cultuurcentrum Hasselt in haar nota met opmerkingen betwist dat zij een administratieve overheid vormt. Evenwel verklaart de verwerende partij zelf ter zitting dat zij twijfels heeft omtrent haar hoedanigheid als al dan niet administratieve overheid.

Bij het beoordelen van de opgeworpen exceptie herhaalt de Raad het principe volgens welke een exceptie aangaande de rechtsmacht van de Raad enkel kan worden aangenomen, in het kader van een kort geding bij uiterst dringende noodzakelijkheid, indien de exceptie een hoge graad van ernst vertoont.⁽²⁾ Als gevolg van het wisselend standpunt van de VZW Cultuurcentrum Hasselt kan er volgens de Raad geen sprake zijn van een hoge graad van ernst, nochtans vereist om de exceptie in het kader van een dergelijke procedure te aanvaarden. Daarbij stelt de Raad dat prima facie de juiste relatie tussen de VZW Cultuurcentrum Hasselt en de stad Hasselt, waarvan zij slechts een verlengstuk zou kunnen zijn, niet kan worden nagegaan nu partijen nagelaten hebben de nodige stukken over te maken. Omwille van deze redenen verwerpt de Raad de exceptie van rechtsmacht.

De Raad gaat in huidige zaak uit van het vermoeden dat een privaatrechtelijk rechtspersoon een administratieve overheid is. Het vermoeden ontstaat volgens de Raad wanneer de aanbestedende overheid zichzelf als aanbestedende overheid aanmerkt en anderzijds zelf twijfel zaait over deze hoedanigheid. Deze weifelende houding ontnemt, volgens de Raad, het voldoende ernstig karakter aan de exceptie. Voormeld arrest lijkt af te wijken van andere rechtspraak van de Raad.⁽³⁾ Volgens die rechtspraak kon het vermoeden van onbevoegdheid in geval van een privaatrechtelijke aanbestedende overheid enkel weerlegd worden indien het tegenbewijs geleverd werd en zodoende aangetoond werd dat de pri-

(1) RvS, 21 januari 2016, nr. 233.564, *BV Bosch Rexroth*.

(2) Zie eveneens: RvS, 17 januari 2008, nr. 178.640, *NV Vanbreda Risk & Benefits*; RvS, 24 januari 2008, nr. 178.884, *NV Brasschaat Financial Holding*; RvS, 25 februari 2014, nr. 226.546, *BVBA Andre Audenaert*; RvS, 3 april 2014, nr. 227.008, *De Roo*; RvS, 23 oktober 2015, nr. 232.688, *Bels*; RvS, 12 juli 2016, nr. 235.411, *BV Berendsen Textiel Service*.

(3) RvS, 19 oktober 2010, nr. 208.189, *NV Daniel Seru En Zonen*; RvS, 22 maart 2012, nr. 218.604, *BVBA Binnenhuiskunst Goossens*; RvS, 10 januari 2013, nr. 221.991, *CVBA Deloitte Consulting*; RvS, 16 april 2014, nr. 227.127, *NV Borzee*; RvS 9 mei 2014, nr. 227.337, *NV Euro-Diesel* en RvS, 2 december 2014, nr. 229.443, *BVBA Euro-Mousse*.



vate persoon over de bevoegdheid beschikte om eenzijdig bindende beslissingen te nemen ten aanzien van derden⁽⁴⁾. Dit werd door de Raad steeds afgeleid uit de subsidiariteit van de rechtsmacht van de Raad en de rechtspraak van het Hof van Cassatie.

De Raad lijkt in het arrest ook te suggereren dat als een privaatrechtelijk rechtspersoon slechts een verlengstuk is van een administratieve overheid dat zij dan ook wel een zou kunnen worden gekwalificeerd als een administratieve overheid. Vraag rijst dan of privaatrechtelijke rechtspersonen, op wie een administratieve overheid een controle uitoefent zoals op zijn eigen diensten (zie de quasi-in-house rechtspraak), geen dergelijke verlengstuk zouden kunnen zijn.

Dit arrest lijkt ons nogmaals een bewijs te zijn dat de Raad van State het overheidsopdrachtenconten-tieux, terecht, zoveel mogelijk bij zich wil houden. De praktijk leert dat de gewone kortgedingrechter meestal niet gewapend is om een afdoende rechtsbescherming te waarborgen. Trouwens, ook juridisch blijven er ongelijkheden tussen beide procedures. Aangezien de bestreden gunningsbeslissing bij de

gewone kortgedingrechter geen administratieve rechtshandeling is, gelden bestuursrechtelijke theorieën zoals de intrekkingleer, de leer van de complexe rechtshandeling, de toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur, enz. en zelfs de toepassing van artikel 159 Gw. niet of niet in dezelfde mate. Vraag rijst dan of er juridisch wel sprake is van een zelfde rechtsbescherming.

Interessant ook is de waarde die de Raad hecht aan de kennisgevingsbrief en de vermelding daarin van de Raad als verhaalinstantie. In het verleden was zij immers van oordeel dat het vermelden van de Raad van State als verhaalinstantie in de kennisgevingsbrief, geen invloed kon hebben op haar rechtsmacht⁽⁵⁾. De Raad hechtte met andere woorden geen enkele waarde aan de inhoud van de kennisgevingsbrief. In voormeld arrest is dit echter anders. De kennisgevingsbrieven lijken aldus aan waarde te winnen.

Indien de Raad in de toekomst vasthoudt aan deze nieuwe rechtspraak, zal dit de aanbestedende overheden er alleszins toe verplichten om de kennisgevingsbrieven zorgvuldiger op te stellen. Dit kunnen wij enkel toejuichen.

(4) RvS, 19 oktober 2010, nr. 208.189, *NV Daniel Seru En Zonen*; RvS, 22 maart 2012, nr. 218.604, *BVBA Binnenhuiskunst Goossens*; RvS, 10 januari 2013, nr. 221.991, *CVBA Deloitte Consulting*; RvS, 16 april 2014, nr. 227.127, *NV Borzee*; RvS, 9 mei 2014, nr. 227.337, *NV Euro-Diesel* en RvS, 2 december 2014, nr. 229.443, *BVBA Euro-Mousse*.

(5) RvS, 27 december 2012, nr. 221.911, *NV Evip*; RvS, 9 mei 2014, nr. 227.337, *NV Euro-Diesel NV*; RvS, 16 april 2014, nr. 227.127, *NV Borzee* en RvS, 2 december 2014, nr. 229.443, *BVBA Euro-Mousse*.

