RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

nr. 231.711 van 23 juni 2015
in de zaak A. 211.507/XII-7572

In zake: Marianne MACHARIS, Petra SEYMOENS en Isabelle VANDER STRICHT, in hun hoedanigheid van het college van curatoren over het faillissement van de bvba ALGRONDBO
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Konstantijn Roelandt
kantoor houdend te 9000 Gent
Recollettenlei 9
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

1. de CVBA EANDIS
2. de CVBA SYNDUCTIS
3. IWVA
4. TMVW
5. de CVBA GASELWEST
6. IMEA
7. IMEWO
8. INTERGEM
9. IVEKA
10. IVERLEK
11. de CVBA SIBELGAS

allen bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

Tussenkomende partij:

de nv VERBRAEKEN CONSTRUCTION
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Christian Lepaffe en Philip Brack
kantoor houdend te 1180 Brussel
Floridalaan 26
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 28 januari 2014, strekt tot de nietigverklaring van

> "1. De beslissing van Synductis en/of Eandis van 29 november 2013 waarbij de offerte van Algrondbo ingediend in het kader van de opdracht van werken voor 'Ondergrondse leidingen', projectnummer EAN11AW105 niet werd gekozen voor Perceel 1;
> 2. De beslissing van Synductis en/of Eandis van 29 november 2013 tot gunning van de opdracht 'Ondergrondse leidingen', projectnummer EAN11AW105 aan de firma's Aksoy Dogan Infrastructuur bvba en 31 andere inschrijvers voor wat betreft Perceel 1".

II. Verloop van de rechtspleging

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

De nv Verbraeken Construction heeft een verzoekschrift tot tussenkomst ingediend. De tussenkomst is toegestaan bij beschikking van 17 juli 2014.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partijen hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 26 mei 2015.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Konstantijn Roelandt, die verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Jochen Vranckx, die loco advocaat Frederik Vandendriessche verschijnt voor de verwerende partijen, zijn gehoord.

Eerste auditeur Jos Stevens heeft een met dit arrest eensluidend 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. Er wordt een overheidsopdracht uitgeschreven voor de uitvoering van werken met als voorwerp ‘Ondergrondse Leidingen’. De opdracht wordt als volgt omschreven:

> “Het betreft een opdracht geplaatst door Eandis cvba optredend in naam van en voor rekening van Synductis en haar vennoten. Concreet gaat het om ‘ondergrondse netten’ in synergie tussen Eandis en TMVW en/of IWVA.
> De werken behelzen:
> Perceel 1: ‘De aanleg van ondergrondse leidingen’ in synergie tussen Eandis en TMVW en/of IWVA en bestaan hoofdzakelijk uit:
> • Het graven van sleuven;
> • Het in de grond brengen van kabels en buizen;
> • Het onderling doorverbinden van deze leidingen in koude toestand (niet onder spanning en gasloos of droog);
> • Het dempen van de sleuven en herstellen van de berm, het voetpad of de bestrating;
> • Het afdrukken van gas en waterleidingen;
> • Het uitvoeren van kleinschalige gestuurde boringen.
> Niet in scope:
> • Het plaatsen en verbinden van stalen leidingen;
> • De eindkoppeling van het nieuwe waternet.
> Perceel 2: De aanleg van ondergrondse waterleidingen niet in synergie voor TMVW inclusief het overkoppelen van de wateraansluitingen, de wachtdienst op alle types waternetten, het maken van de eindkoppelingen voor alle aangelegde waternetten.”

Het betreft de opstelling van een raamovereenkomst met meerdere partijen en een looptijd van 36 maanden (maximaal verlengbaar met 24 maanden). Als gunningswijze wordt gekozen voor de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, waarbij de prijs het enige criterium is.

Wat betreft perceel 1 wordt de opdracht geraamd op 135.061.391 euro op jaarbasis.

3.2. De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 2 mei 2013 en in het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie van 7 mei 2013.

3.3. Na het indienen van de kandidaturen worden de geselecteerde kandidaten uitgenodigd om een offerte in te dienen.

3.4. De uiterste datum voor het indienen van een offerte wordt vastgelegd op 2 september 2013. Na het indienen van de eerste offerte vinden er in totaal nog drie onderhandelingsrondes plaats, waarna de inschrijvers uiteindelijk hun BAFO moeten indienen. De datum voor het indienen van de laatste offerte wordt voor alle inschrijvers vastgesteld op 5 november 2013.

3.5. In de gunningsfiche van 8 november 2013 wordt voorgesteld de opdracht – perceel 1 – te gunnen aan 32 andere inschrijvers dan aan de bvba Algrondbo die enkel een offerte had ingediend voor perceel 1.

3.6. Bij beslissing van 29 november 2013 van de raad van bestuur van de cvba Synductis wordt de opdracht gegund zoals voorgesteld in de gunningsfiche.

3.7. Bij een ter post aangetekende brief van 29 november 2013 wordt de bvba Algrondbo op de hoogte gebracht van de bestreden beslissing. In de kennisgeving is volgende motivering opgenomen: “Uit analyse van de

ontvangen offertes en na onderhandelingen door de aanbestedende dienst bleek dat andere biedingen op basis van het gunningscriterium beter scoorden".

3.8. Bij vonnis van 17 december 2013 wordt de bvba Algrondbo in staat van faillissement verklaard door de rechtbank van koophandel te Dendermonde en worden Marianne Macharis, Petra Seymoens en Isabelle Vander Stricht aangesteld als college van curatoren over het faillissement.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

4. De verwerende partijen voeren een exceptie aan van onontvankelijkheid van het beroep wegens gebrek aan belang. Zij betogen dat de verzoekende partij in haar verzoekschrift niet heeft aangegeven welk belang de failliete boedel bij een vernietiging van de bestreden beslissingen heeft. Voorts merken zij op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij middelen die, in de hypothese dat ze tot de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen leiden, haar geen enkel voordeel opleveren; het is onvoldoende dat er een nadeel wordt aangetoond. "Inzake overheidsopdrachten heeft een inschrijver geen belang bij een middel dat onmogelijk als resultaat kan hebben dat de opdracht aan hem gegund wordt. Ten deze kan een dergelijk belang niet meer vastgesteld worden ingevolge het faillissement van verzoeker. Met name de concrete gevolgen van het faillissement in onderhavige situatie, zijn strijdig met de vereiste van een voordeel dat men kan bekomen door de nietigverklaring."

Zo merken de verwerende partijen op dat het maar de vraag is of het een failliet verklaarde onderneming juridisch wel mogelijk is om de kwestieuze opdracht zelf of na vervanging uit te voeren. Overigens, zo vervolgen zij, is de failliet verklaarde onderneming *de facto* al niet meer in staat de opdracht uit te voeren aangezien zij niet meer beschikt over personeel en materieel. Er is dus geen actueel belang meer aangezien een nietigverklaring geen voordeel meer kan opleveren.

Ook wijzen de verwerende partijen op artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 10 januari 1996 ‘betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten’ waarbij wordt bepaald dat een aannemer van werken die in staat van faillissement verkeert, kan worden uitgesloten van de opdracht in welk stadium van de procedure ook. Gelet op de concrete omstandigheden is het volgens de verwerende partijen uitgesloten dat bij heroverweging na een vernietigingsarrest de opdracht aan de betrokken onderneming wordt gegund.

Ten slotte merken de verwerende partijen op dat wanneer het er om zou te doen zijn schadevergoeding te krijgen na een vernietigingsarrest, dergelijk belang een onrechtstreeks belang is. Voorts is er hier geen sprake van een gekwalificeerd moreel belang omdat de onmogelijkheid om de opdracht nog uit te voeren enkel voortvloeit uit het faillissement.

5. De verzoekende partij wijst in haar memorie van weder-antwoord op de rechtspraak van de Raad van State waarbij zij het belang bij een beroep aanvaardt gelet op het gekwalificeerd moreel belang, ook wanneer de opdracht reeds volledig is uitgevoerd of het contract reeds is gesloten. Zij wijst er op dat “de bestreden beslissingen tot een faillissement hebben geleid en dus zeer veel leed hebben veroorzaakt”.

6. Na kennisname van het voor haar negatief auditoraatsverslag merkt de verzoekende partij in haar laatste memorie op dat “nergens in het Procedureregeling staat vermeld dat het verzoekschrift een uiteenzetting moet bevatten over het ‘belang’ van de verzoekende partij”.

Zij wijst op rechtspraak van de Raad van State die “het belang van de curator, na gedinghervatting, bij de vordering tot nietigverklaring van een gunningsbeslissing reeds meermaals zonder nadere motivering [heeft] aanvaard”. Ook merkt zij op dat de onderhavige opdracht voorheen in haar totaliteit werd uitgevoerd door de bvba Algrondbo zodat het evident is dat het verlies van de

opdracht veel leed heeft veroorzaakt. Zij erkent dat “de situatie van de curator […] inderdaad niet ‘identiek’ [is] aan de situatie van de geweerde aannemer, waarvan wel wordt aanvaard dat hij een morele genoegdoening kan putten uit een vernietigingsarrest, maar zeer zeker afdoende vergelijkbaar om de vaste rechtspraak van Uw Raad betreffende het ‘gekwalificeerd moreel belang’ door te trekken naar de situatie van de curator”. “Mocht het gekwalificeerd moreel belang van de curator van de gefailleerde aannemer die de opdracht mislopen heeft niet aanvaard worden, dan lijkt dit discriminatoir te zijn t.a.v. positie van de nog bestaande aannemer die de opdracht heeft mislopen, maar evenmin nog de opdracht kan uitvoeren, en in wiens hoofde het gekwalificeerd moreel belang wel wordt aanvaard.”

7. De verwerende partijen merken in hun laatste memorie op dat wanneer de verzoekende partij opmerkt dat zij optreedt in haar hoedanigheid van college van curatoren en dat van daaruit zij optreedt in het belang van de gefailleerde en de schuldeisers, dit niet hetzelfde wil zeggen als dat zij belang heeft bij de procedure. Optreden als curator ontslaat niet van het aantonen van een rechtens aanvaardbaar belang.

De rechtspraak van de Raad van State die de verzoekende partij inroept en waarbij de Raad het belang van de curator zou hebben aanvaard, is niet transponeerbaar naar de huidige situatie omdat daar het geding was ingeleid door de inschrijver zelf en hij tijdens de procedure voor de Raad van State in staat van faillissement werd verklaard waarop de curator het geding hervatte terwijl hier de zaak bij de Raad van State is ingeleid door een curator die zijn belang niet aantoont.

Evenmin is het volgens de verwerende partijen aanvaardbaar te stellen dat de curator en de schuldeisers een moreel belang hebben in het weten dat “de daad die het leed heeft veroorzaakt, behept is met een onwettigheid”; een dergelijk moreel nadeel kan niet worden aanvaard.

De verzoekende partij laat overigens na, zo vervolgen de verwerende partijen, aan te tonen dat het faillissement te wijten zou zijn aan het verlies van de opdracht.

Ten slotte benadrukken de verwerende partijen dat het ontkennen van een gekwalificeerd moreel belang in hoofde van de curator geen discriminatie impliceert. De reden van de onmogelijkheid de opdracht nog uit te voeren is verschillend; dat de opdracht hier niet meer kan worden uitgevoerd vloeit uitsluitend voort uit het feit van het faillissement.

Beoordeling

8. Het belang waarvan een verzoeker blijk moet geven, bestaat er niet alleen in dat hij een nadeel moet aantonen, maar dat ook moet blijken dat hij zich met de vernietiging voordeel kan doen. Voor de verzoeker is dit idealiter dat hij uitzicht krijgt op een nieuwe beslissing over de kwestieuze gunning en aldus op zijn minst op de kans de opdracht aan hem gegund te worden en die zelf uit te voeren.

9. In de huidige zaak is het college van curatoren de verzoekende partij die onder meer de belangen van de inschrijver in staat van faillissement en van zijn schuldeisers behartigt.

In de mate dat de verzoekende partij zich beroept op het belang van de schuldeisers, moet worden vastgesteld dat dit belang te onrechtstreeks is om hier in rechte aanvaardbaar te zijn.

Wat de belangen van de bvba Algrondbo, in staat van faillissement, betreft moet worden vastgesteld dat deze laatste gelet op de omstandigheden eigen aan de zaak hoe dan ook geacht moet worden, ook idealiter, geen uitzicht meer te hebben op een voor haar gunstige nieuwe beslissing aangezien zij, zowel in feite als in rechte, niet meer in aanmerking kan komen voor de gunning.

De verwerende partij merkt immers op dat de verzoekende partij niet meer beschikt over het benodigde personeel of materieel – wat de verzoekende partij niet tegenspreekt – zodat er moet worden aangenomen dat na een annulatie van de gunningsbeslissing de inschrijver bvba Algrondbo in elk geval hoe dan ook niet meer in aanmerking komt als kandidaat en inschrijver om geselecteerd te worden en de opdracht in de wacht te slepen. De verzoekende partij kan zich hier ook niet beroepen op het zogenoemd gekwalificeerd moreel belang van een uitgewonnen inschrijver; zij maakt helemaal niet duidelijk hoe de failliet verklaarde inschrijver zich hier op een dergelijk belang kan beroepen dat in wezen handelt over wat het mislopen van de opdracht op het moreel vlak zoals inzake referenties en prestige betekent. De door de verzoekende partij aangeklaagde discriminatie is dan ook niet aangetoond, nu de situatie van een failliet verklaarde onderneming niet vergelijkbaar is met deze van een nog bestaande onderneming aan wie de opdracht niet is gegund.

Voorts kan het zich louter beroepen op schadevergoeding het belang niet voldoende ondersteunen aangezien een beroep dat op dergelijk belang is gegrond, in wezen enkel beoogt de onwettigheid vastgesteld te zien en niet de vernietiging en dus op een onrechtstreeks belang steunt. Overigens moet hier worden opgemerkt dat de verzoekende partij zich niet beroept op artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

In de mate dat de verzoekende partij zich beroept op de stelling dat de bvba Algrondbo ten gevolge van de bestreden beslissing in staat van faillissement is verklaard, wordt deze stelling niet gevolgd. Nergens immers maakt de verzoekende partij haar stelling concreet en aannemelijk.

De vernietiging van de bestreden gunningsbeslissing kan aan de verzoekende partij aldus geen voordeel opleveren dat haar een voldoende belang verleent bij haar beroep tegen de gunningsbeslissing. Van de weeromstuit heeft zij ook geen belang bij haar beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing. Het beroep is derhalve niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.
De tussenkomende partij wordt verwezen in de kosten van de tussenkomst, begroot op 150 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 23 juni 2015, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,

bijgestaan door

Silja Doms,	griffier.

De griffier **De voorzitter**

Silja Doms **Dierk Verbiest**