

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.846 van 21 juni 2018
in de zaak A. 218.958/XII-8124**

In zake: de BVBA CREATIVE RESIN SOLUTIONS,
in staat van faillissement
rechtsgeding hervat door:
Mr. Marc Joris, curator
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Peter Flamey
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Jan Van Rijswijcklaan 16
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de GEMEENTE ELSENE
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Marie Vastmans en Anthony Poppe
kantoor houdend te 1160 Brussel
Tedescolaan 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 11 april 2016, strekt tot de nietigverklaring van “het besluit van het College van Burgemeester en Schepenen van de gemeente Elsene in zitting van 21 december 2015 houdende niet-selectie van de offerte van de bvba Creative Resin Solutions en gunning van niet gekende datum aan de weerhouden inschrijver binnen een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor een overheidsopdracht voor werken nr. 2015-275 betreffende het opnieuw verven van twee verdiepingen (-5 en -4) van de parking (plafons, vloer en muren) en de desbetreffende toegangshellingen alsook het verven (muren en plafonds) van de twee traphallen en de kantoren voor onthaal van het publiek in de Tulpparking gelegen te 1050 Elsene, Tulpstraat 41”.

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 Jos Stevens heeft een verslag opgesteld.

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

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 21 november 2017.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Sophie Aerts, die *loco* advocaat Peter Flamey verschijnt voor de verzoekende partij, en advocaat Anthony Poppe, die *loco* advocaat Marie Vastmans verschijnt voor de verwerende partij, 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. Faillissement

3. Met een brief van 11 januari 2017 brengt de raadsman van de verzoekende partij de Raad ter kennis dat de verzoekende partij failliet is verklaard bij vonnis van 7 november 2016 en dat hij namens de curatele het geding voortzet.

IV. Feiten

4.1. De gemeente Elsene schrijft een overheidsopdracht voor werken uit voor “het opnieuw verven van twee verdiepingen van de parking (plafonds, vloer en muren) en de desbetreffende toegangshellingen alsook het verven (muren en plafonds) van de twee traphalen en de kantoren voor onthaal van het publiek in de Tulpparking”. Zij kiest voor de gunningswijze van een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

De overheidsopdracht bestaat uit drie percelen.

De opdracht wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 5 oktober 2015.

4.2. Negen kandidaten, waaronder de verzoekende partij, dienen een offerte in.

4.3. Het college van burgemeester en schepenen beslist op 21 december 2015 de verzoekende partij niet te selecteren voor deze opdracht en de opdracht te gunnen aan een andere inschrijver. Met een aangetekend schrijven van de verwerende partij van 12 februari 2016 wordt hiervan kennis gegeven aan de verzoekende partij. Een kopie van de gemotiveerde beslissingen tot niet-selectie en gunning wordt haar overgemaakt.

Dit zijn de bestreden beslissingen.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

5. In het verslag van het auditoraat wordt geconcludeerd tot de onontvankelijkheid van het beroep wegens gebrek aan actueel belang.

6. De verzoekende partij betwist dit in haar laatste memorie.

7.1. Bij e-mailbericht van 14 november 2017 wordt de verzoekende partij op vraag van de staatsraad-verslaggever verzocht ter terechtzitting op
‡CBGSJBHBI-BDEBDHT‡

21 november 2017 toelichting te geven inzake haar actuele belang gelet op haar faillietverklaring.

7.2. Op de terechtzitting verwijst de verzoekende partij, wat die vraag betreft, naar haar memorie van wederantwoord en naar haar laatste memorie in de zaak A. 218.957/XII-8123, waarin zij betwistte dat zij wegens haar faillietverklaring over geen actueel belang meer zou beschikken bij haar beroep. zij stelt deze argumentatie hier uitdrukkelijk te hernemen.

Zij merkt in de voormelde laatste memorie onder meer op:

- dat de bvba Creative Resin Solutions niet failliet was op het ogenblik van de inschrijving of de selectie;
- dat sedert de wet van 6 januari 2014 tot wijziging van de gecoördineerde procedurewetten van 12 januari 1973 op de Raad van State een vordering tot schadevergoeding bij de Raad van State kan worden ingesteld met een beroep tot nietigverklaring of nadat een beroep gegrond zou worden verklaard; bijgevolg heeft de voortzetting van de annulatieprocedure, aldus de verzoekende partij, tot gevolg dat zij een schadevergoeding tot herstel kan vorderen, hetgeen een voordeel oplevert in haar hoofdte nu zij de belangen van de gefailleerde vennootschap dient te behartigen;
- dat de curator niet alleen optreedt in het belang van de gemeenschappelijke schuldeisers maar ook van de gefailleerde en dat de taak van de curator bestaat uit de verkoop van het actief, het samenstellen van het passief en de zorg voor de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers, waartoe de toekenning van een schadevergoeding kan bijdragen;
- dat de vroegere rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot de mogelijkheid tot schadevergoeding bij de burgerlijke rechter niet langer geldig is, nu de Raad zelf de bevoegdheid heeft om een schadevergoeding toe te kennen en omdat die vergoeding tot herstel een accessorium is van een verzoek tot nietigverklaring, zoals de Raad besliste in het arrest nr. 231.330;
- dat zij niet inziet waarom het moreel belang niet in dezelfde mate zou toekomen aan de curatele als aan elke inschrijver, nu in nagenoeg alle zaken ten gronde op het ogenblik van de uitspraak de opdracht reeds is uitgevoerd of in dermate gevorderde stand dat er geen herstel in natura meer kan volgen op het vernietigingsarrest;

- en dat de toepassing van de nieuwe bevoegdheid inzake herstel voor overheidsopdrachten werd bevestigd door de Raad van State met zijn arrest nr. 237.894 van 31 maart 2017.

Beoordeling

8. Het belang van de verzoekende partij bij de indiening van haar beroep strekt er idealiter toe om alsnog geselecteerd te worden en een kans te verwerven om zichzelf de opdracht te zien gunnen.

Bij vonnis van 7 november 2016 van de rechtbank van koophandel van Antwerpen, afdeling Mechelen, is de verzoekende partij echter failliet verklaard. Aldus kan zij, zowel in feite als in rechte, niet meer in aanmerking komen voor de gunning. Immers, na een eventuele annulatie van de bestreden beslissingen, komt zij als faillietverklaarde onderneming, die geen enkele activiteit meer uitoefent in het domein dat het voorwerp was van de betrokken overheidsopdracht, in elk geval hoe dan ook niet meer in aanmerking als kandidaat en inschrijver om geselecteerd te worden en zich de opdracht gegund te zien.

In de mate dat er in de voormelde laatste memorie van de verzoekende partij op wordt gewezen dat zij niet failliet was op het ogenblik van de inschrijving of de selectie, valt op te merken dat een verzoekende partij haar belang bij haar beroep dient te behouden tot aan de sluiting van de debatten; zij moet een actueel belang aantonen.

De verzoekende partij mag zich als gefailleerde vennootschap ook niet beroepen op het zogenoemd gekwalificeerd moreel belang van een uitgewonnen inschrijver; zij maakt immers niet duidelijk hoe de faillietverklaarde inschrijver of de curatele zich hier op een dergelijk belang kan beroepen dat in wezen het mislopen van de opdracht betreft, meer bepaald inzake het verlies van referenties en prestige. De door de verzoekende partij aangeklaagde discriminatie is dan ook niet aangetoond, nu de situatie van een faillietverklaarde onderneming niet vergelijkbaar is met deze van een nog bestaande onderneming aan wie de opdracht niet is gegund.

9. Artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (hierna: artikel 11bis) luidt:

“Elke verzoekende of tussenkomende partij die de nietigverklaring van een akte, een reglement, of een stilzwijgend afwijzende beslissing vordert met toepassing van artikel 14, § 1 of § 3, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak vragen om haar bij wijze van arrest een schadevergoeding tot herstel toe te kennen ten laste van de steller van de handeling indien zij een nadeel heeft geleden omwille van de onwettigheid van de akte, het reglement of de stilzwijgend afwijzende beslissing, met inachtneming van alle omstandigheden van openbaar en particulier belang.

Het verzoek tot schadevergoeding wordt uiterlijk ingediend zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld. Er wordt een uitspraak gedaan over het verzoek tot schadevergoeding binnen de twaalf maanden na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld.

Bij toepassing van artikel 38, moet het verzoek tot schadevergoeding uiterlijk worden ingediend zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de beroepsprocedure wordt afgesloten. Er wordt een uitspraak gedaan over het verzoek tot schadevergoeding binnen de twaalf maanden na de kennisgeving van het arrest waarbij de beroepsprocedure wordt afgesloten.

De partij die het verzoek tot schadevergoeding heeft ingediend, kan geen burgerlijke aansprakelijkheidsvordering meer instellen om het herstel van hetzelfde nadeel te bekomen.

Elke partij die een burgerlijke aansprakelijkheidsvordering instelt of heeft ingesteld, kan aan de afdeling bestuursrechtspraak geen vergoeding voor hetzelfde nadeel meer vragen.”

Artikel 25/1 van het Besluit van de Regent van 23 augustus 1948 ‘tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State’ luidt:

“Het in artikel 11bis van de gecoördineerde wetten bedoelde verzoek tot schadevergoeding tot herstel kan geformuleerd worden:

1° gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring;

2° of tijdens de procedure tot nietigverklaring;

3° of ten laatste binnen de zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid of het herstel ervan bij toepassing van de bestuurlijke lus werd vastgesteld.”

10. Krachtens de hiervoor aangehaalde bepalingen kan een verzoek tot schadevergoeding maar worden geformuleerd ofwel gelijktijdig met een beroep tot nietigverklaring, ofwel tijdens de procedure tot nietigverklaring ofwel ten laatste binnen de zestig dagen na de kennisgeving van het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld.

Te dezen werd een dergelijk verzoek echter nog niet ingediend, niet gelijktijdig met het beroep tot nietigverklaring, noch tijdens die procedure. Voorts zal te dezen ook geen arrest worden gewezen waarin de Raad van State tot de definitieve vaststelling van een onwettigheid van de bestreden beslissingen komt, aangezien het beroep hierna wordt verworpen bij gebrek aan belang. De loutere intentie om eventueel na het arrest over het beroep tot nietigverklaring een dergelijk verzoek in te dienen volstaat niet als het belang vereist voor een ontvankelijk beroep tot nietigverklaring.

BESLISSING

1. De Raad van State verworpt het beroep.

2. De failliete boedel van de verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 21 juni 2018,
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