

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 241.847 van 21 juni 2018
in de zaak A. 216.886/XII-7934**

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 UNIVERSITEIT ANTWERPEN
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaat Christophe Coen
kantoor houdend te 2018 Antwerpen
Mechelsesteenweg 210a bus 10
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het verzoek, ingesteld op 28 augustus 2015, strekt tot het verkrijgen van een schadevergoeding tot herstel “met toepassing van art. 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State ingevolge het schorsings-arrest [...] nr. 231.835 van 1 juli 2015, procedure ingeleid middels vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid vanwege de bvba Creative Resin Solutions dd. 12 juni 2015, waarbij de tenuitvoerlegging van de beslissing van de Universiteit Antwerpen van onbekende datum, waarbij de opdracht voor het plaatsen van een epoxymortelvloer in gebouw S 4de verdieping op de Campus Drie Eiken bij wijze van open aanbesteding werd gegund conform het gunnings-

verslag dd. 19 mei 2015 aan bvba Phenix Total Interior voor een bedrag van 67.276,13 EUR (excl. BTW), werd geschorst bij uiterst dringende noodzakelijkheid, hetgeen uiteindelijk heeft geleid tot de intrekking van voormelde gunningsbeslissing bij besluit van het College van Beheer van de Universiteit Antwerpen dd. 9 juli 2015”.

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.

Auditeur Inge Vos 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 Christophe Coen, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Inge Vos 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. Faillissement – hervatting van het geding

3. Bij brief van 14 december 2016 brengt de curator de Raad van State ter kennis dat de verzoekende partij failliet is verklaard bij vonnis van 7 november 2016 van de rechtbank van koophandel van Antwerpen, afdeling Mechelen, en bij brief van 7 september 2017 dat hij het geding voortzet.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij schrijft een open aanbesteding uit voor een opdracht van werken met als voorwerp “het plaatsen van een epoxy mortelvloer in gebouw S (4de verdieping) op de Campus Drie Eiken”.

Op 27 mei 2015 beslist het college van beheer van de verwerende partij, met verwijzing naar het gunningsverslag en gunningsvoorstel, waarvan het de motivering “geheel onderschrijft en derhalve overneemt”, om de voormelde opdracht te gunnen aan de bvba Phenix Total Interior.

4.2. De verzoekende partij heeft op 12 juni 2015 een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid ingesteld tegen de gunningsbeslissing.

In het arrest nr. 231.835 van 1 juli 2015 wordt de schorsing bevolen van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid van de gunningsbeslissing.

4.3. Op 9 juli 2015 beslist de verwerende partij om de gunningsbeslissing in te trekken.

In de nota voorgelegd aan het college van beheer, waarvan de motivering door het college vervolgens wordt onderschreven, wordt hieromtrent onder meer opgemerkt dat “de gunningsbeslissing om de redenen aangehaald in

het arrest van de Raad van State van 1 juli 2015, behept is met verschillende onwettigheden” en dat daarom “aan het College [wordt] voorgesteld, de gunningsbeslissing die tevens in de mogelijkheid tot herhalingsopdrachten voorziet, in te trekken zonder dat dit invloed heeft op de uitvoering van de reeds gesloten overeenkomst met Phenix Total Interior”. Hierdoor worden volgens het college van beheer herhalingsopdrachten onmogelijk.

Met een aangetekend schrijven van 10 juli 2015 wordt de intrekkingbeslissing meegedeeld aan de verzoekende partij.

4.4. Met het arrest nr. 232.939 van 19 november 2015 heft de Raad van State de bevolen schorsing van de tenuitvoerlegging bij uiterst dringende noodzakelijkheid op.

4.5. Het voorliggende verzoek wordt ingesteld op 28 augustus 2015.

V. Ontvankelijkheid van de vordering

5. De verzoekende partij licht in haar verzoekschrift in de eerste plaats op uitgebreide wijze de nieuwe bevoegdheid toe van de Raad van State tot toekenning van een schadevergoeding tot herstel en argumenteert hieromtrent dat deze nieuwe herstelbevoegdheid van de Raad van State zich ook uitstrekt tot het overheidsopdrachtencontentieux.

Voorts doet zij gelden dat een onwettigheid, ook als deze incidenteel wordt vastgesteld, zoals *in casu* in een schorsingsarrest gevolgd door een intrekking, voldoende is om een rechtmatig belang te verkrijgen ten einde een verzoek tot schadevergoeding tot herstel in te stellen bij de Raad van State.

Zij wijst erop dat zij door de intrekking geen afzonderlijk annulatieberoep meer kon instellen tegen de bestreden gunningsbeslissing. De situatie van een intrekking na schorsingsarrest is volgens haar volledig gelijk aan

de situatie van “doelloosheid” van een vernietiging wanneer de vernietiging reeds in een gelijklopende procedure is uitgesproken.

Volgens de verzoekende partij verwijst artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State enkel naar het arrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld, wat volgens haar niet noodzakelijk een annulatiearrest impliceert. Zij verwijst daarbij ook naar de memorie van toelichting bij de wet. De schorsing van de gunningsbeslissing door de Raad van State impliceert volgens de verzoekende partij reeds de onwettigheid van de bestreden gunningsbeslissing. Door de intrekking van de bestreden beslissing na het schorsingsarrest, heeft de verwerende partij volgens de verzoekende partij ook de onwettigheid erkend.

6. De verwerende partij werpt in de memorie van antwoord een exceptie van gebrek aan rechtsmacht van de Raad van State op. Zij meent dat artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State geen autonoom verzoek tot schadevergoeding tot herstel toelaat. Uit de lezing van voormeld artikel blijkt immers volgens haar duidelijk dat een verzoek tot schadevergoeding tot herstel uitsluitend een accessorium vormt van een beroep tot nietigverklaring. De verzoekende partij heeft echter geen verzoekschrift tot nietigverklaring ingediend. De onmogelijkheid om nog een verzoekschrift tot nietigverklaring in te dienen vormt volgens de verwerende partij tevens geen afdoende reden om louter op grond van een schorsingsarrest een ontvankelijk verzoekschrift tot schadevergoeding tot herstel te kunnen indienen.

7. In haar memorie van wederantwoord repliceert de verzoekende partij dat de verwerende partij volledig voorbijgaat aan de recente rechtspraak van de Raad van State waarbij hij zich reeds uitdrukkelijk bevoegd heeft verklaard in geval van een verzoek tot schadevergoeding tot herstel nadat de bestreden beslissing reeds eerder werd geschorst door de Raad van State, en vervolgens de bestreden beslissing werd ingetrokken, zodat een nietigverklaring onmogelijk was. De verzoekende partij verwijst in het bijzonder naar het arrest

Legrand nr. 232.416 van 2 oktober 2015 en meent dat dezelfde situatie zich *in casu* voordoet.

8. Na een voor haar negatief uitvallend auditoraatsverslag, waarin de auditeur besluit tot de onontvankelijkheid van de huidige vordering, blijft de verzoekende partij er in de laatste memorie bij dat haar verzoek tot schadevergoeding tot herstel wel degelijk ontvankelijk is. De verzoekende partij meent dat haar situatie te dezen volledig mag worden geassimileerd met de situatie waarbij de onwettigheid wordt vastgesteld in een arrest ten gronde. Zij wijst tevens op de parlementaire geschiedenis van de herstelbevoegdheid van de Raad van State waaruit blijkt dat de wetgever een aantal gevallen heeft willen assimileren met een onwettigheid in een arrest ten gronde, zoals bijvoorbeeld wanneer er geen arrest ten gronde meer moet komen omdat in een parallelle zaak de onwettigheid reeds is vastgesteld ten gronde.

De verzoekende partij meent dat een vaststelling van een onwettigheid ten gronde net zo goed kan volgen uit het opheffingsarrest, aangezien een opheffingsarrest door de Raad van State wordt gewezen na een uitgesproken schorsing, wanneer er geen beroep tot nietigverklaring aanhangig is gemaakt. Wanneer de Raad in een dergelijk opheffingsarrest niet alleen vaststelt dat er geen beroep tot nietigverklaring aanhangig is gemaakt, maar tevens dat zulks te verklaren is door een intrekking die gevolgd is op het schorsingsarrest en om die reden de kosten ten laste legt van de verwerende partij, dan kan er, zo meent zij, redelijkerwijze niet worden getwijfeld aan de definitieve vaststelling van een onwettigheid; zo niet zou de verwerende partij niet zijn overgegaan tot intrekking na vaststelling van de *prima facie* onwettigheid in het schorsingsarrest. Ingevolge die intrekking heeft de onwettigheid een definitief karakter, omdat de intrekking en de daarin opgenomen motieven zonder enige twijfel de erkenning inhouden van die onwettigheid. Noch artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State noch 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’ vereisen dat er ook effectief een

nietigverklaring moet worden gevraagd wanneer zoals te dezen de aangevochten beslissing reeds werd ingetrokken na het schorsingsarrest dat valt binnen de zestig dagen termijn om de aangevochten, geschorste en vervolgens ingetrokken beslissing aan te vechten.

De verzoekende partij meent dat het volgen van een niet te rechtvaardigen strikte zienswijze de regeling inzake de nieuwe herstelbevoegdheid van de Raad van State volledig zou uithollen, nu het binnen het overheidsopdrachtencontentieux een vaste en algemeen gekende praktijk is dat een aanbestedende overheid overgaat tot intrekking van de bestreden beslissing na schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid van deze beslissing. De verzoekende partij verwijst hierbij opnieuw naar het voormelde arrest Legrand van 2 oktober 2015 van de Raad van State.

Ten slotte vraagt de verzoekende partij, in zoverre de Raad van State zou oordelen dat de exceptie van de verwerende partij gegrond is, de hierna geformuleerde prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

“Schendt artikel 11*bis* van de gecoördineerde wetten op de Raad van State artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre daaruit volgt dat een benadeelde inschrijver die met gunstig gevolg een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid bij de Raad van State heeft ingesteld waarna de aanbestedende overheid op grond van en omwille van het schorsingsarrest overgaat tot intrekking van deze geschorste gunningsbeslissing en hierdoor de onwettigheid van deze beslissing derhalve erkent, de toegang wordt ontzegd om op ontvankelijke wijze een verzoek tot schadevergoeding tot herstel bij de Raad van State in te dienen wanneer deze benadeelde inschrijver geen beroep tot nietigverklaring bij de Raad van State heeft ingesteld?”

De verzoekende partij licht deze prejudiciële vraag vervolgens nog als volgt toe:

“ Het is voor verzoekende partij echter niet duidelijk wat het verantwoord onderscheid is voor het verschil in behandeling tussen een geweerde en benadeelde inschrijver die na intrekking van een bestreden gunningsbeslissing waarvan de onwettigheid door uw Raad werd vastgesteld in een schorsingsarrest een verzoek tot schadevergoeding tot herstel indient,

zonder hierbij een annulatieberoep in te dienen nu dit gewoonweg niet meer mogelijk is ingevolge de intrekking van de gunningsbeslissing en dus erkenning van de onwettigheid van deze beslissing door de aanbestedende overheid na tussenkomst van dit schorsingsarrest, en, een benadeelde inschrijver die een verzoek tot schadevergoeding tot herstel indient bij Uw Raad na tussenkomst van een arrest waarbij de onwettigheid van de beslissing ten gronde werd vastgesteld.

Het is voor de verzoekende partij al evenmin duidelijk wat het redelijk verantwoord onderscheid is voor het verschil in behandeling tussen een benadeelde inschrijver die na intrekking van een bestreden gunningsbeslissing waarvan de onwettigheid door Uw Raad werd vastgesteld in een schorsingsarrest een verzoekschrift tot schadevergoeding tot herstel indient, zonder hierbij een annulatieberoep in te dienen nu dit gewoonweg niet meer mogelijk is ingevolge de intrekking van de gunningsbeslissing en dus erkenning van de onwettigheid van deze beslissing door de aanbestedende overheid na tussenkomst van dit schorsingsarrest, en, een benadeelde inschrijver die een vordering tot schorsing en vernietiging bij de Raad van State instelt waarna de schorsing wordt bevolen, de overheid vervolgens overgaat tot intrekking van de beslissing n.a.v. het tussengekomen schorsingsarrest, de Raad ten gevolge hiervan oordeelt dat er ten gronde geen beslissing meer hoeft tussen te komen, maar wel het verzoek tot schadevergoeding tot herstel inwilligt n.a.v. de in het schorsingsarrest vastgestelde onwettigheid (cf. arrest Legrand).”

Beoordeling

9. Heden zijn voor de algemene vergadering van de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State twee zaken in behandeling (A. 210.902/AV-138 en A. 213.064/AV-139) die mogelijkерwijze invloed kunnen hebben op de beoordeling van de huidige zaak.

Het is gepast het debat te heropenen teneinde na uitspraak in de voormelde zaken de partijen de mogelijkheid te bieden daaromtrent verder te argumenteren.

BESLISSING

1. De Raad van State heropent het debat.

2. De zaak wordt vastgesteld op de terechtzitting van 25 september 2018 om 10.00 uur.

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