

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

XIIe KAMER

A R R E S T

**nr. 242.462 van 28 september 2018
in de zaak A. 217.267/XII-7949**

In zake: de BVBA BELGAZE, in staat van faillissement
rechtsgeding hervat door:
Mr. Vincent Verlaeckt, curator
kantoor houdend te 9100 Sint-Niklaas
Mgr. Stillemansstraat 61/6

tegen:

de CVBA VLAAMSE MAATSCHAPPIJ VOOR
WATERVOORZIENING
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Frederik Vandendriessche en Jochen Vranckx
kantoor houdend te 1000 Brussel
Loksumstraat 25
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 26 november 2015, strekt tot de
nietigverklaring van

“- De beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening, ter kennis gebracht aan verzoe-
kende partij middels aangetekend schrijven d.d. 29 september, waarbij zij
voor de overheidsopdracht getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote
uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’
niet wordt geselecteerd.

- De beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse
Maatschappij voor Watervoorziening waarbij de overheidsopdracht
getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en
aangepassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’, wordt gegund aan
THV Canalco nv - Baert en zn. CVA - THV Verbraeken nv - Etwal nv;

- De impliciete beslissing d.d. 25 september 2015 uitgaande van de Vlaamse Maatschappij voor Watervoorziening waarbij de overheidsopdracht getiteld ‘Raamovereenkomst 2015 voor grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provincie Oost-Vlaanderen’, niet wordt gegund aan Belgaze bvba.”

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 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 25 september 2018.

Staatsraad Pierre Barra heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Jochen Vranckx, die verschijnt voor de verwerende partij, is gehoord.

Eerste auditeur Inge Vos 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 10 november 2017 brengen de raadslieden van de verwerende partij de Raad ter kennis dat de verzoekende partij failliet is verklaard bij vonnis van 23 oktober 2017 van de rechtbank van Koophandel Gent, afdeling Dendermonde.

IV. Feiten

4.1. De verwerende partij doet een oproep tot kandidatuurstelling voor opname in het kwalificatiesysteem als hoofd- en /of onderaannemer voor deelname aan de beperkte aanbestedingen voor het uitvoeren van distributieleidingswerken.

De oproep wordt bekendgemaakt in het Bulletin der Aanbestedingen van 8 mei 2014 en in het Supplement bij het Publicatieblad van de Europese Unie van 13 mei 2014.

De verzoekende partij wordt in juni 2015 opgenomen in het kwalificatiestelsel voor het uitvoeren van distributieleidingswerken.

4.2. De verwerende partij schrijft een overheidsopdracht voor de aanneming van werken uit met als voorwerp het afsluiten van een raamovereenkomst voor het aanleggen van grote uitbreidingen en aanpassingswerken in de provinciale directie Oost-Vlaanderen.

De opdracht heeft betrekking op de speciale sectoren en wordt gegund bij wijze van een beperkte aanbesteding.

4.3. Op 15 juli 2015 worden de kandidaten, opgenomen in het kwalificatiesysteem “distributieleidingswerken”, uitgenodigd om een offerte in te dienen.

4.4. De opening van de offertes vindt plaats op 26 augustus 2015. Er blijken acht offertes te zijn ingediend, onder meer door de verzoekende partij.

4.5. Met een aangetekend schrijven van 4 september 2015 deelt de verwerende partij aan de verzoekende partij mee dat zij naar aanleiding van het onderzoek met betrekking tot het toegangsrecht vanwege de FOD Financiën een fiscaal attest heeft verkregen waaruit blijkt dat er opeisbare fiscale schulden verschuldigd zijn waarvan de totale som meer dan 3000 euro bedraagt. Zij verzoekt de verzoekende partij de bewijzen te bezorgen waaruit blijkt dat zij voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden vermeld in artikel 68, § 2, derde lid, van het koninklijk besluit van 16 juli 2012 ‘betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten speciale sectoren’.

4.6. Met een brief van 11 september 2015 deelt de verzoekende partij een antwoord mee op voormeld schrijven.

4.7. In het gunningverslag van 15 september 2015 wordt vastgesteld dat de verzoekende partij niet in aanmerking komt voor selectie.

4.8. Op 25 september 2015 beslist de verwerende partij om overeenkomstig het gunningsverslag de verzoekende partij niet te selecteren en de opdracht te gunnen aan de thv nv Canalco-cva Baert en zn. en de thv nv Verbraeken / nv Etwal.

4.9. De verzoekende partij dient op 26 november 2015 haar beroep tot nietigverklaring in.

4.10. Bij vonnis van 23 oktober 2017 van de rechtbank van Koophandel Gent, afdeling Dendermonde, wordt de verzoekende partij failliet verklaard.

V. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

5.1. In haar verzoekschrift stelt de verzoekende partij dat zij onmiskenbaar belang heeft bij het instellen van de vordering tot nietigverklaring aangezien de eerste bestreden beslissing, namelijk de niet-selectie van de verzoekende partij, en de tweede bestreden beslissing, namelijk de gunning aan een andere inschrijver, haar de mogelijkheid ontnemen om de opdracht alsnog zelf uit te voeren. Daarnaast zet zij in haar verzoekschrift tevens uiteen waarom zij meent belang te hebben bij het beroep tegen de impliciete beslissing.

5.2. De raadsman van de verwerende partij wijst er in een brief van 10 november 2017 op dat de verzoekende partij op 23 oktober 2017 failliet is verklaard en dat al haar voertuigen te koop worden aangeboden zodat het belang van de verzoekende partij weggevallen is.

In een brief van 21 februari 2018 wijst de curator op het belang van een vergoeding tot compensatie van de onwettige beslissingen, die een actief bestanddeel van de boedel is en de schuldeisers te goede komt.

In een brief van 16 maart 2018 wijst de raadsman van de verwerende partij erop dat de curator niet ontkent dat de verzoekende partij de opdracht niet meer kan uitvoeren en dat de verzoekende partij dan ook geen voordeel meer kan putten uit een nietigverklaring.

5.3. In het auditoraatsverslag wordt opgemerkt dat de verzoekende partij failliet is verklaard. In de mate de curator zich beroept op het belang van de schuldeisers, moet volgens de auditeur-verslaggever worden vastgesteld dat dit belang overeenkomstig de rechtspraak van de Raad te onrechtstreeks is om hier in rechte aanvaardbaar te zijn. Wat de belangen van de bvba Belgaze, in staat van faillissement, betreft, moet dan weer 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. Immers, de verzoekende partij kan, zowel in feite als in rechte, niet meer in aanmerking komen voor de gunning. Uit de brief van 10 november 2017 van de verwerende partij blijkt dat alle voertuigen van de bvba Belgaze te koop werden aangeboden – wat de verzoekende partij niet tegenspreekt – zodat er moet worden aangenomen dat na een annulatie van de gunningsbeslissing de bvba Belgaze in elk geval hoe dan ook niet meer in aanmerking komt als kandidaat en inschrijver om te worden geselecteerd en de opdracht in de wacht te slepen. Voorts is “in staat van faillissement of van vereffening” zijn een uitsluitingsgrond.

In het auditorsverslag wordt als volgt geconcludeerd:

“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 weermotivering heeft zij ook geen belang bij haar beroep tegen de impliciete weigeringsbeslissing.
Het beroep is derhalve niet ontvankelijk.”

5.4. In haar laatste memorie wijst de verzoekende partij erop dat haar belang te vinden is in de compensatie voor de geleden schade, die een actief bestanddeel is van de boedel en de schuldenaars te goede komt. Zij merkt op dat zij “nimmer zou failliet verklaard zijn, mocht zij de kwestieuze aanbesteding bekomen hebben, waar zij volgens de redenen u gekend recht op zou gehad hebben”. “In die zin ziet gefailleerde wel degelijk een rechtstreeks belang bij een eventuele schadevergoeding die de onwettigheid zou compenseren.”

5.5. In haar laatste memorie benadrukt de verwerende partij dat de verzoekende partij nalaat concreet aan te geven hoe de bestreden beslissingen zouden hebben geleid tot het faillissement en sluit zij zich aan bij het standpunt van het auditorsverslag.

Beoordeling

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

Bij vonnis van 23 oktober 2017 van de rechtbank van koophandel van Gent, afdeling Dendermonde, 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 faillietverklarde 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 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 faillietverklarde 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.

In de mate dat de verzoekende partij zich beroept op een financieel nadeel wordt het volgende vastgesteld.

Artikel 11bis van de gecoördineerde wetten op de Raad van State 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.”

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 400 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 700 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 28 september 2018, door de Raad van State, XIIe kamer, samengesteld uit:

Dierk Verbiest,	kamervoorzitter,
Johan Bovin,	staatsraad,
Pierre Barra,	staatsraad,
bijgestaan door	
Greta Scheveneels,	griffier.

De griffier

De voorzitter

Greta Scheveneels

Dierk Verbiest