

Drie blijvende knelpunten in het overheidsopdrachtenrecht

Constant De Koninck
Ere-eerste auditeur Rekenhof

19 oktober 2021

1

Gebruikte afkortingen

- AO : aanbestedende overheid
- VP: verzoekende partij
- OO-Wet 2016 : Overheidsopdrachtenwet van 17 juni 2016
- KB Plaatsing 2017 : Koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017
- RvS : Raad van State
- HvJ : Hof van Justitie van de Europese Unie
- HvC : Hof van Cassatie
- HvB : Hof van Beroep

© Constant De Koninck 2021

2

2

Wat zal worden behandeld?

1. Prijzencontrole en abnormale prijzen
2. Toegelaten/verboden contacten met kandidaten en inschrijvers in het kader van openbare en niet-openbare plaatsingsprocedures
3. Schadevergoedingscontentieux bij onregelmatige gunning van overheidsopdrachten

© Constant De Koninck 2021

3

3

Topic nr. 1

Prijzencontrole en abnormale prijzen

© Constant De Koninck 2021

4

4

1. *Ratio legis* wet- en regelgeving

Abnormale prijzen moeten worden geweerd:

- (1) Het bieden van abnormaal lage prijs is een vorm van oneerlijke mededinging
=> Schending gelijkheidsbeginsel: art. 4, 1^e lid OO-Wet

© Constant De Koninck 2021

5

5

2) Abnormaal lage prijzen kunnen belangrijke uitvoeringsproblemen met zich meebrengen

- opdracht wordt slecht uitgevoerd;
- besteksbepalings worden 'geïnterpreteerd' en betwist;
- kwaliteits- en veiligheidsvoorschriften worden 'zuinig' toegepast
- ...

3) Te hoge prijzen voor welbepaalde posten van een bestek zijn daarentegen mogelijks speculatieve prijzen

© Constant De Koninck 2021

6

6

- RvS 17 februari 2014, nr. 226.447, Galère
“La faculté de contrôler les prix apparemment anormaux reconnue au pouvoir adjudicateur lui permet de vérifier si le prix offert par un soumissionnaire **ne l’empêchera pas d’exécuter les obligations qui résultent du cahier spécial des charges**, tant au point de vue de la qualité des travaux, fournitures ou services qu’au point de vue du délai d’exécution, ou encore, si ce prix ne constitue pas une charge exorbitante pour le pouvoir adjudicateur. Il s’agit d’éviter toute spéculation qui jouerait au détriment des intérêts du pouvoir adjudicateur et de la collectivité”.

© Constant De Koninck 2021

7

7

2. Wet- en regelgeving

Art. 84 OO-Wet 2016:

- De AO voert een **prijzen- of kostenonderzoek** uit op de ingediende offertes, overeenkomstig de door de Koning te bepalen nadere regels. Op haar verzoek verstrekken de inschrijvers tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen om dit onderzoek mogelijk te maken.

© Constant De Koninck 2021

8

8

- Verplichting prijzen- of kostenonderzoek geldt ongeacht de gunningswijze => dus ook bij procedures waar onderhandelingen zijn toegelaten
- Uitz.: OO met geraamde waarde < 30.000 euro (art. 92 OO-Wet 2016)
 - Betreft opdrachten die kunnen tot stand komen via een aanvaarde factuur.

© Constant De Koninck 2021

9

9

- In KB Plaatsing 2017 is prijs- en kostenonderzoek geconcretiseerd in de art. 33, 35, 36 en 37.

© Constant De Koninck 2021

10

10

- Art. 33:
 - Na de verbetering van de offertes (op grond van vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten) gaat de AO over tot een prijs- of kostenonderzoek
 - In geval van vermoeden van abnormaal **hoge** of **lage** prijzen of kosten, gaat zij over tot een prijzen- of kostenbevraging.

© Constant De Koninck 2021

11

11

- Prijzenonderzoek heeft zowel betrekking op
 - abnormaal **hoge** of **lage** prijzen of kosten
 - abnormale **eenheids-** als **totaal**prijzen

© Constant De Koninck 2021

12

12

- **Art. 35:**

- De AO onderwerpt de ingediende offertes aan een prijs-of kostenonderzoek.

- ⇒ **Dus ongeacht welke gunningswijze!**

- ⇒ **OPGELET:** Uit het administratief dossier moet steeds tot uiting komen dat de AO een zorgvuldig prijzenonderzoek heeft doorgevoerd.

- Daartoe kan de AO, overeenkomstig artikel 84 OO-Wet de inschrijvers verzoeken alle nodige inlichtingen te verstrekken.

© Constant De Koninck 2021

13

13

- Art. 36 KB Plaatsing 2017 bevat het **'draaiboek'** voor het door de AO door te voeren prijzenonderzoek indien uit het prijs- of kostenonderzoek voorgeschreven door art. 35 blijkt dat er prijzen of kosten worden aangeboden die abnormaal **laag** of **hoog** lijken.

© Constant De Koninck 2021

14

14

Abnormaal hoge prijzen: een probleem?

- Deelnemen met heel hoge prijzen zorgt er toch voor dat men geen kans maakt om opdracht toegewezen te krijgen?
- Niet noodzakelijk!!!
 - gevaar van speculatief karakter abnormaal hoge eenheidsprijzen
 - ook gevaar wanneer prijs niet enige gunningscriterium is en door toepassing gunningscriteria offerte met abnormaal hoge prijzen best geklasseerde offerte wordt

© Constant De Koninck 2021

15

15

- Art. 36:
 - Bij de prijzen- of kostenbevraging verzoekt de AO de inschrijver om de nodige schriftelijke verantwoording over de samenstelling van de abnormaal geachte prijs of kost te verstrekken binnen een **termijn van twaalf dagen**, tenzij de uitnodiging een langere termijn bepaalt.
 - Wanneer gebruik wordt gemaakt van de **onderhandelingsprocedure**, wordt de bevraging uitgevoerd op de laatst ingediende offertes.
 - Dit belet niet dat de AO deze bevraging reeds kan verrichten in een vroeger stadium van de procedure

© Constant De Koninck 2021

16

16

- Art. 36: verantwoording **kan** verband houden met : (dus **niet-limitatieve opsomming**)
 - doelmatigheid bouwproces, productieproces producten of dienstverlening;
 - gekozen technische oplossingen;
 - uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering;
 - originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
 - eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door inschrijver.

© Constant De Koninck 2021

17

17

- Bijv. het aanbieden van diensten **tegen kostprijs** omdat de inschrijver op een overheidsopdracht gesubsidieerd is of staatssteun geniet (HvJ, 23 december 2009, CoNISMa, C-305/08) of een publiekrechtelijke persoon is (RvS nr. 251.071 van 25 juni 2021, TV WILLER en A.B.O.G.).

© Constant De Koninck 2021

18

18

- Art. 36: De AO is er echter niet toe gehouden om verantwoordingen te vragen voor prijzen voor **verwaarloosbare posten**.
 - RvS 26 juli 2019, nr. 245.243, nv Heyrman-De Roeck: Uit de bepaling dat de AO er niet toe gehouden is om verantwoording te vragen voor prijzen voor verwaarloosbare posten kan echter niet worden afgeleid dat het vragen van een prijsverantwoording in dergelijk geval niet toelaatbaar zou zijn. In die gevallen beschikt de AO dus **over een ruime discretionaire bevoegdheid** bij het al dan niet opstarten van de procedure van blijkbaar abnormale prijzen.

© Constant De Koninck 2021

19

19

- Art. 36, § 2 *in fine* : de AO kan de inschrijver opnieuw om bijkomende inlichtingen verzoeken. ECHTER: de mogelijkheid voor de AO om de inschrijvers opnieuw te bevragen, **is geen verplichting** (RvS 19 april 2018, nr.241.259, nv Peeters; RvS 30 juni 2020, nr. 247.967, De Vriese):
- De bewijsvoering inzake de normaliteit van de *prima facie* abnormaal laag bevonden prijzen ligt bij de betrokken inschrijver.
 - Het behoort niet tot de taken van de AO om een inschrijver die haar een gebrekkige prijsverantwoording heeft voorgelegd te begeleiden in het alsnog geven van een afdoende prijsverantwoording.

© Constant De Koninck 2021

20

20

- Art. 36: De AO beoordeelt de ontvangen verantwoordingen en
 - **weert** de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid omdat het totale offertebedrag of het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont (**motiveren!!!**)
 - ofwel, motiveert in de gunningsbeslissing dat het totale offertebedrag **geen** abnormaal karakter vertoont.
- => Abnormale prijzen maken een offerte **substantieel onregelmatig!!** (art. 36, § 3 *in*cto art. 76, § 1, 2^e lid)

© Constant De Koninck 2021

21

21

Art. 36, § 4: Prijzencontrole i.g.v.

(1) **OO voor werken**

(2) **diensten in een fraudegevoelige sector**

- Kadert in strijd tegen sociale dumping
- Wat zijn **fraudegevoelige sectoren**?
 - <https://www.publicprocurement.be/nl/nieuws/tabel-fraudegevoelige-sectoren>
 - Bouwsector, schoonmaak, metaal-, machine- en elektrische bouw, voedingsnijverheid, land- en tuinbouwactiviteiten

© Constant De Koninck 2021

22

22

- Werken of diensten geplaatste middels openbare of niet-openbare procedure
- Er werden minimum 4 (geselecteerde) offertes ingediend
- **Prijs enige gunningscriterium** en totale offertebedrag ligt 15% onder gemiddeld bedrag van ingediende en geselecteerde offertes
- **Prijs is niet enige** gunningscriterium **maar maakt minstens 50% uit van het totaal gewicht gunningscriteria** (in dit laatste geval kan AO hoger % dan 15% voorzien)

© Constant De Koninck 2021

23

23

- In kader gemiddelde-berekening kan AO beslissen geen rekening te houden met manifest onregelmatige offertes
- Opdrachtdocumenten kunnen voormelde toepasselijk maken op **andere diensten** en op **leveringen** voor zover
 - (1) openbare of niet-openbare procedure en
 - (2) enkel prijs als gunningscriterium

© Constant De Koninck 2021

24

24

Art. 36, § 5: Meldingsplicht AO

- Wanneer een offerte voor een OO voor W, L of D wordt geweerd op basis van een abnormale prijs, moet AO dat meedelen aan de **Belgische Mededingingsautoriteit**.
- Wanneer een offerte in het kader van OO voor werken wordt geweerd op basis van een abnormaal lage prijs, moet ook de **Commissie voor de erkenning van aannemers** daarvan op de hoogte worden gebracht.

© Constant De Koninck 2021

25

25

- Wanneer offerte wordt geweerd omwille van abnormaal lage prijzen ten gevolge van miskennis verplichtingen van het federaal sociaal- of het arbeidsrecht: mededelingsplicht AO aan de **Sociale inlichtingen- en opsporingsdienst**

© Constant De Koninck 2021

26

26

- Art. 36, § 6: Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten is art. 36 KB Plaatsing **niet** toepasselijk op de onderscheiden onderhandelingsprocedures, voor zover het
 - een opdracht voor leveringen of diensten betreft waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempels voor de Europese bekendmaking (214.000 euro) dan wel
 - een opdracht voor werken waarvan de geraamde waarde lager is dan 500.000 euro.

© Constant De Koninck 2021

27

27

- **Opgelet:** prijzenonderzoek blijft bij dergelijke plaatsingsprocedures wel degelijk van toepassing overeenkomstig art. 84 OO-Wet en art. 35 KB Plaatsing!!!
- Doorgevoerd prijzenonderzoek moet blijken uit administratief dossier

© Constant De Koninck 2021

28

28

- RvS 28 augustus 2020, nr. 248.183, nv Alpha Classical Cleaning: “Het administratief dossier zoals het voorlag ten tijde van de gunning bevat geen verklaring voor het grote prijsverschil tussen de inschrijvers. De offerte van de gekozen inschrijver licht de opgegeven prijs niet toe. In zoverre tegenpartijen verwijzen naar artikel 36, § 6 KB Plaatsing 2017 luidens welk een AO niet gehouden is tot prijsbevraging in geval van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking valt op te merken **dat artikel 84 van de wet overheidsopdrachten 2016 juncto artikel 35 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 de AO steeds toelaten om inlichtingen te vragen.** Aangezien het dossier er niet van doet blijken dat de verwerende partij voorafgaand aan het nemen van de gunningsbeslissing een onderzoek heeft verricht van de prijzen, worden de middelen in die mate ernstig bevonden.”

© Constant De Koninck 2021

29

29

Verificatie – Controle ter plaatse (art. 37)

- De AO kan personen aanwijzen **voor het uitvoeren van alle verificaties van de boekhoudkundige stukken en alle onderzoeken ter plaatse**, teneinde de juistheid na te gaan van de gegevens verstrekt in het kader van het prijsonderzoek / bevraging.

© Constant De Koninck 2021

30

30

- De AO mag de aldus ingewonnen inlichtingen voor andere doeleinden gebruiken dan voor het onderzoek van de prijzen of kosten in de loop van de betrokken plaatsings-procedure.
- Zij mag deze inlichtingen zo nodig ook gebruiken tijdens de uitvoeringsfase van de betrokken opdracht.
 - Bijv. bij verrekeningen, n.a.v. doorlichting schadeclaims

© Constant De Koninck 2021

31

31

Rechtspraak Raad van State

© Constant De Koninck 2021

32

32

Vaststelling

© Constant De Koninck 2021

33

33

+/- 80% van de rechtsmiddelen die in een geschil inzake overheidsopdrachten voor de Raad van State (RvS) door verzoekende partijen worden aangewend, **hebben betrekking op abnormale prijzen**:

- hetzij omdat de verzoekende partij van oordeel is dat haar offerte ten onrechte wegens abnormale prijzen werd geweerd;
- hetzij dat verzoekende partij van oordeel is dat de AO een inschrijver heeft gekozen die heeft ingeschreven met abnormale eenheidsprijzen of een abnormale totaalprijs.

© Constant De Koninck 2021

34

34

Vaste rechtspraak RvS

- De vraag tot prijsverantwoording is een **ernstige aangelegenheid** en een inschrijver op een OO moet weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard.
- Hij dient de prijzen van de door AO aangeduide posten **specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd** te verantwoorden.
- AO beschikt over een **ruime beoordelingsbevoegdheid** om de in het kader van een onderzoek naar abnormale prijzen gegeven verantwoordingen al dan niet te aanvaarden.

© Constant De Koninck 2021

35

35

- Dienvolgens komt het niet aan de Raad van State toe om een eigen beoordeling in de plaats van deze van het bestuur te stellen, doch enkel om desgevraagd na te gaan
 - of de betrokken motieven in rechte ter verantwoording van de bestreden beslissing in aanmerking mogen worden genomen,
 - wat onder meer vereist:
 - dat ze naar behoren zijn bewezen, en
 - dat daarbij de appreciatie van het bestuur de perken van een zorgvuldige beoordeling niet te buiten is gegaan.
- **m.a.w. RvS voert marginale toetsing door.**

© Constant De Koninck 2021

36

36

Raad van State, arrest nr. 237.351 van 14 februari 2017, NV WEGEBO:

- Discretionaire beoordelingsbevoegdheid betekent precies dat zekere marge bestaat **binnen dewelke meerdere beslissingen mogelijk zijn**, mits
 - een voldoende zorgvuldig onderzoek en
 - een afdoende motivering.
- Binnen die krijtlijnen **zijn meerdere beslissingen mogelijk, die alle wettig zijn**
 - een minder of meer strenge beoordeling dan in andere gelijkaardige zaken, die mogelijks als onredelijk of onbillijk kan worden ervaren door een verzoekende partij, maakt op zich geen onzorgvuldige beoordeling uit.

© Constant De Koninck 2021

37

37

- Afdoende **cijfermatige onderbouwing** wordt vereist van de posten waarvan een prijsverantwoording wordt gevraagd. Niet afdoende zijn bijv. beweringen in de zin van:
 - “de prijsopgave is gebeurd rekening houdend met de jarenlange ervaring in gelijkaardige projecten, de aanpak van deelopdrachten en de synergie tussen de deelopdrachten»
 - de inschrijver “kan een efficiëntie en doelmatigheid bereiken die vrij uniek is in de sector»
 - “Wij hebben expertise en ervaring van prijsvorming op grote projecten”

© Constant De Koninck 2021

.38

38

- bewering dat de prijs “economisch verantwoord is en volledig conform de opdrachtdocumenten”
- loutere prijsbevestiging
- verwijzing naar eerdere uitvoering tegen dezelfde prijs
- verwijzing naar prijzen/offerte onder-aannemer vermeerderd met winstmarge of met kosten
- bevestiging dat de werken zullen worden uitgevoerd volgens de regels der kunst en algemene verwijzing naar werken die de inschrijver in het verleden heeft uitgevoerd

M.a.w. geen vage en abstracte verantwoording die naar aanleiding van elk verzoek tot prijsverantwoording in gelijk welke opdracht kan worden aangevoerd.

- Voor schijnbaar abnormale **totaalprijsen** kunnen ook niet-cijfermatige gegevens een prijsverantwoording uitmaken
 - Een AO kan niet-cijfermatige gegevens aanvaarden **voor zover deze voldoende concreet zijn** om een aanvaardbaar antwoord te vormen op een vraag naar de verantwoording van de totale prijs.

© Constant De Koninck 2021

41

41

Voorbeeld: RvS 5 april 2018, nr. 241.206, t.h.v. Soetaert -De Nul:

- de gekozen inschrijver is reeds gedurende decennia onderhoudsaannemer in de haven van Zeebrugge;
 - de vestiging van de gekozen inschrijver ligt in de nabijheid van de werf;
 - het zelf in bezit hebben door de aannemer van het benodigde materieel;
- mogen door de AO beschouwd worden als «uitzonderlijk gunstige omstandigheden».

© Constant De Koninck 2021

42

42

- De afwijking van een inschrijvingsprijs ten opzichte van de **raming** van de opdracht **kan** een objectief en relevant vergelijkingspunt vormen in het kader van het prijsonderzoek en de beoordeling van het (ab)normaal karakter van de prijzen.

© Constant De Koninck 2021

43

43

- In tegenstelling tot de vroegere regelgeving is het op grond van de thans geldende voorschriften voor de AO pas mogelijk **om met eigen argumentatie schijnbaar abnormale prijzen te rechtvaardigen** nadat (1) eerst een bevraging bij de betrokken inschrijver(s) is gebeurd en (2) de overgemaakte prijsverantwoording als aanvaardbaar is geëvalueerd. (RvS 18 juni 2020, nr. 247.827)

© Constant De Koninck 2021

44

44

- Wel heeft AO het recht ook motieven te hanteren die resulteren uit eigen onderzoek, **ter aanvulling** van degene die zij afleidt uit het onderzoek van de eerdere prijsverantwoording.
- Op grond van de **formelemotiveringsverplichting** moeten in de gunningsbeslissing de redenen worden opgegeven waarom een gekozen offerte na prijsonderzoek regelmatig wordt bevonden.
 - De loutere vermelding in het gunningsverslag dat de prijsverantwoording van de gekozen inschrijver voldoet volstaat in elk geval niet als afdoende formele redengeving.

© Constant De Koninck 2021

45

45

- Indien de AO bij het prijsonderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, dient ze met betrekking tot dit prijsonderzoek **geen extensieve motivering** op te nemen in de gunningsbeslissing of in het verslag van nazicht:
 - RvS 23mei 2019, nr. 244.584, nv Vanassche Firefighting Engineering
 - RvS 14 december 2020, nr. 249.218, nv Abo

© Constant De Koninck 2021

46

46

RvS 23mei 2019, nr. 244.584, nv
Vanassche Firefighting Engineering

- RvS: Er is in de voorliggende zaak duidelijk in het verslag van nazicht bepaald dat ook een nazicht op abnormale eenheidsprijzen heeft plaatsgevonden en dat het resultaat van het regelmatigheids-onderzoek voor zowel de verzoekende partij als de gekozen inschrijver was: «In orde».

© Constant De Koninck 2021

47

47

RvS 14 december 2020, nr. 249.218,
nv Abo

- RvS: Wat de omvang van de formele motiveringsverplichting betreft, lijkt de verzoekende partij het onderscheid uit het oog te verliezen tussen enerzijds de fase van het algemeen prijzenonderzoek (art. 35 KB Plaatsing 2017) en anderzijds de fase van het — hier niet doorgevoerd — bijzonder onderzoek naar abnormale prijzen, met eventuele vraag tot prijsverantwoording.

© Constant De Koninck 2021

48

48

Indien, zoals *in casu*, de AO bij het prijsonderzoek oordeelt dat er geen schijnbaar abnormale prijzen zijn, dient de AO met betrekking tot dit prijsonderzoek geen extensieve motivering op te nemen in de gunningsbeslissing of in het verslag van nazicht.

Uit dat verslag blijkt dat een nazicht op abnormale eenheidsprijzen en totale offerteprijzen heeft plaatsgevonden en dat uit het onderzoek is gebleken dat er geen abnormale eenheids- en totale prijzen door de inschrijvers werden aangeboden.

© Constant De Koninck 2021

49

49

De formelemotiveringsplicht werd dan ook niet geschonden doordat de bestreden gunningsbeslissing en het verslag van nazicht over het prijsonderzoek geen andere informatie bevat dan wat in het verslag van nazicht wordt vermeld.

© Constant De Koninck 2021

50

50

- Wel moeten de **motieven** op grond waarvan een AO van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, impliciet dan wel expliciet uit de stukken van het **administratief dossier** blijken zodat deze aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen (R.v.St. 11 juni 2019, nr. 244.759, bvba Yes).

© Constant De Koninck 2021

51

51

- Gelijkaardig: RvS 28 mei 2020, nr. 247.663, VMG-De Cock:
 - Uit het administratief dossier dient te blijken dat de AO **een concreet onderzoek van de prijzen heeft verricht**, onder meer dat zij de prijzen van elke offerte op zorgvuldige en gelijke wijze heeft geanalyseerd en nagekeken.
 - De motieven op grond waarvan zij alsdan van oordeel is dat de aangeboden prijzen niet abnormaal zijn, dienen uit de stukken van het dossier te blijken zodat deze aan de toetsing door de Raad van State kunnen worden onderworpen.

© Constant De Koninck 2021

52

52

Intellectuele diensten

- RvS 14 december 2020, nr. 249.218, nv Abo:
 - Een AO beschikt voor het al dan niet opstarten van de procedure wegens abnormale prijzen over een aanzienlijke beoordelingsruimte.
 - **Deze beoordelingsruimte lijkt breder wanneer het gaat om “intellectuele diensten”** die voor een inschrijver een ruime marge bij de prijszetting lijken te bieden.
 - In dit verband dient te worden vastgesteld dat het te dezen een opdracht voor intellectuele dienstverlening betreft, **waarbij aanzienlijke prijsverschillen vaak voorkomen.**

© Constant De Koninck 2021

53

53

Abnormaal lage versus abnormaal hoge prijzen

- RvS 10 juli 2018, nr. 242.091:
 - een principiële onderscheid moet worden gemaakt tussen het onderzoek naar abnormaal lage en abnormaal hoge prijzen
 - inzake abnormaal hoge prijzen is **een soepelere houding van de aanbesteder** bij het aanvaarden van prijsverantwoordingen **toegestaan**

© Constant De Koninck 2021

54

54

- De principes die gelden inzake een onderzoek naar abnormaal lage prijzen mogen niet zonder meer worden getransponeerd naar een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen.
- Bij een onderzoek naar abnormaal lage prijzen is het immers de vraag of de AO wel een **behoorlijke uitvoering van de opdracht** mag verwachten voor de geboden prijs en of het de betrokken inschrijver er niet om te doen is **louter onder de prijs van zijn concurrenten te gaan en de opdracht slecht uit te voeren** zodat het risico op een minder behoorlijke uitvoering ontstaat.

© Constant De Koninck 2021

55

55

- Dit uitgangspunt geldt niet bij een onderzoek naar abnormaal hoge prijzen. Daar is veeleer de vraag aan de orde of de AO voor een behoorlijke uitvoering van de opdracht niet aanzienlijk boven de marktprijs gaat betalen: bij abnormaal hoge prijzen is *“in principe een soepelere houding van de AO bij het aanvaarden van prijsverantwoordingen toegestaan.”*

Opgelet echte voor speculatief hoge eenheids-
prijzen

© Constant De Koninck 2021

56

56

Vaststellingen door het Rekenhof: gevaar van speculatieve prijzen

© Constant De Koninck 2021

57

57

- Soms schrijven aannemers in tegen een **heel lage totaalprijs**, maar bevat hun inschrijving **één of meer posten tegen een hoge tot heel hoge eenheidsprijs** in vergelijking met de andere inschrijvers.
- Zij vermoeden dat de betrokken post(en) tijdens de uitvoering van de werken **in belangrijke mate zal/zullen worden overschreden**, waardoor zij hun laag inschrijvingsbedrag recupereren: **zij schrijven m.a.w. in met speculatieve eenheidsprijzen.**

© Constant De Koninck 2021

58

58

Vb. gehaald uit de audit Verrekeningen bij het agentschap W&Z (www.rekenhof.be)

- Opdracht voor aanneming van werken
- Onder post 6 van de opmetingsstaat is voor de afvoer en behandeling van grondspecie categorie 4 een vermoedelijke hoeveelheid van 1.000 ton voorzien.
- De werkelijke hoeveelheid grondspecie categorie 4 steeg tot 5.879,42 ton, waardoor een verrekening van 429.315 euro in meer moest worden opgemaakt.

© Constant De Koninck 2021

59

59

- De inschrijvingsprijs van de gekozen aannemer voor post 6 lag hoog: **73,02** euro/ ton.
- De tweede, derde en vierde geklasseerde inschrijvers schreven voor post 6 in met respectievelijk **48** euro/ton, **42** euro/ton en **42** euro/ton.
- Het verschil tussen de inschrijvingsprijs van de laagste aannemer voor post 6 en die van de overige inschrijvers doet vermoeden dat het hier een speculatieve prijs betrof.

© Constant De Koninck 2021

60

60

- Het mogelijk speculatieve karakter van de post werd echter niet in vraag gesteld: W&Z heeft geen prijsverantwoording gevraagd aan de laagste inschrijver voor het prijsverschil.
- Wordt de werkelijke hoeveelheid van 5.879,42 ton grondspecie berekend met de inschrijvingsprijs van de tweede, derde en vierde geklasseerde inschrijvers, dan zou de oorspronkelijk laagste inschrijver niet meer de laagste zijn geweest, ook niet meer de op een na laagste en zelfs niet de op twee na laagste.

© Constant De Koninck 2021

61

61

Topic nr. 2

**Toegelaten/verboden
contacten met kandidaten en
inschrijvers in het kader van
openbare en niet-openbare
plaatsingsprocedure**

© Constant De Koninck 2021

62

62

Principes

- Hoeksteen wetgeving OO: gelijke behandeling deelnemers => art. 4 OO-Wet 2016
- Om deze gelijkheid te waarborgen zijn de **openbare en niet-openbare procedures** in strak keurslijf gegoten:
 - Contacten tussen AO en deelnemers dienen zoveel mogelijk te worden vermeden
 - Onderhandelingen al helemaal uitgesloten
- Wettelijk voorziene mogelijkheden om met elkaar in contact te treden vormen uitzondering en dienen restrictief te worden uitgelegd.

© Constant De Koninck 2021

63

63

Algemeen: art. 66, § 3 OO-Wet

- Wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie **onvolledig of onjuist** is of lijkt te zijn of wanneer **specifieke documenten ontbreken**, kan de AO de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen.

© Constant De Koninck 2021

64

64

- **Mits:**

- dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en
- indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, **zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen** van de offerte.

© Constant De Koninck 2021

65

65

Rechtspraak HvJ en RvS

1) Principe: regelmatig offerte moet in de eerste plaats beoordeeld worden op **basis van de offerte zelf** en niet op basis van bijkomende verklaringen inschrijver die poging kunnen zijn om andere draagwijdte te geven aan offerte

2) De contactname met de inschrijver om verduidelijkingen te verkrijgen is **een mogelijkheid** en **dus geen verplichting voor de AO**

=> Geen recht in hoofde inschrijvers

=> Op inschrijver rust een zorgvuldigheidsplicht

=> Anderzijds geldt ook redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, alsook zuinigheidsbeginsel in hoofde AO

© Constant De Koninck 2021

66

66

3) het verzoek om toelichting / aanvulling **mag niet leiden tot een wijziging van de offerte**

- ⇒ Gelijkheid tussen de inschrijvers wordt **niet** in gedrang gebracht wanneer de verduidelijking van de offerte, zonder enige materiële wijziging, de voordelen van de oorspronkelijke offerte beter naar voren brengt, voordelen die reeds in de oorspronkelijke offerte voorkwamen.
 - Verduidelijking is aanvaardbaar wanneer ze er niet toe strekt een product te wijzigen doch daarentegen de samenstelling of het potentieel ervan, dat van meet af aan bestond, toelicht
- ⇒ Niet aanvaardbaar is verzoek tot toelichting waarbij inschrijver wordt uitgenodigd om zijn inschrijving enigszins bij te schaven of deze zulks op eigen initiatief doet

© Constant De Koninck 2021

67

67

4) de aanbesteder moet de verschillende inschrijvers op **gelijke en loyale wijze** behandelen

⇒ het verzoek tot toelichting of aanvulling moet op een vergelijkbare manier worden gericht aan alle deelnemers OO die in dezelfde situatie verkeren

5) Hoopplicht niet van toepassing!

6) het verzoek om toelichting / aanvulling mag er niet toe leiden dat een onregelmatige offerte alsnog wordt **geregulariseerd**

7) ***Patere legem quam ipse fecisti !!***

© Constant De Koninck 2021

68

68

- Aldus is het niet toegestaan dat op straffe van nietigheid of op straffe van uitsluiting voorgeschreven documenten alsnog worden opvraagt bij de betrokken inschrijver
 - voor- en nadelen van draconische besteksbepalingen
- Het ontbreken van **niet** op straffe van nietigheid of op straffe van uitsluiting voorgeschreven documenten of bijlagen bij de offerte vormt op zich niet automatisch een substantiële onregelmatigheid.
 - Dit is slechts het geval indien die bijlagen essentiële voorschriften van het bijzonder bestek betreffen, zijnde degene die in de reglementering of in het bijzonder bestek als dusdanig worden aangeduid

© Constant De Koninck 2021

69

69

Twee specifieke gevallen van contactname

- In bestek opgenomen verplichting voor inschrijver om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren in het bestek of andere opdrachtdocumenten te melden aan AO (zgn. 'Neorec'-clausule)
- Contactname in geval van materiële fouten of rekenfouten in offerte

© Constant De Koninck 2021

70

70

1. In bestek opgenomen verplichting voor inschrijver om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren te melden aan AO (zgn. 'Neorec'-clausule)

© Constant De Koninck 2021

71

71

- Regelmatig gaan inschrijvers slechts bezwaren tegen opdrachtdocumenten, en dan inzonderheid bestek, opwerpen wanneer de opdracht hun niet wordt toegewezen, en dit meestal middels een schorsings- of vernietigingsprocedure voor de RvS, tot grote frustratie van de aanbestedende overheden.
- Om deze rechtsgang kort te sluiten nemen AO in hun bestekken vaak de volgende clausule op:

© Constant De Koninck 2021

72

72

"Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van de opdrachtdocumenten en aanvaarden ze door de bepalingen ervan gebonden te zijn.

Indien een inschrijver in verband met de inhoud van de opdrachtdocumenten rechtmatigheidsbezwaren heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekend schrijven uiterlijk 10 kalenderdagen voor de opening van de offertes bekend te maken aan de AO met omschrijving van de redenen."

© Constant De Koninck 2021

73

73

In zijn vroegere rechtspraak (arresten nr. 206.598 van 13 juli 2010, **nv Neorec**; nr. 214.645 van 14 juli 2011, nv JC Decaux Belgium Publicité; nr. 219.519 van 29 mei 2012, CEI-De Meyer en nr. 225.682 van 3 december 2013, bv Alexander Calder Arbeidsintegratie) had de Raad geen problemen met een dergelijke clause.

© Constant De Koninck 2021

74

74

Echter wijziging rechtspraak sinds RvS 30 november 2018, nr. 243.095, nv Deckx Algemene Ondernemingen: toepassing 'Neorec'-clausule wordt niet langer aanvaard **“omdat dergelijke besteksclausule de toegang tot de rechter fundamenteel bezwaart.”**

© Constant De Koninck 2021

75

75

RvS opperde o.a. volgende bezwaren ten opzichte van deze besteksclausule:

- geen rechtsgrond om in het bestek bepalingen op te nemen die de toegang tot een rechter procedureel en inhoudelijk regelen;
- er wordt slechts een relatief korte termijn gelaten voor een reactie;
- er wordt geen procedure uitgewerkt waaraan een AO zich bij een eventueel bezwaar dient te houden;
- deze clausule heeft bijzonder verstekkende gevolgen voor de inschrijver.

© Constant De Koninck 2021

76

76

- RvS beschouwt kwestieuze besteksbe­paling dan ook “hoogstens als een aansporing voor de geïnteresseerde inschrijvers om de AO te helpen de gunningsprocedure in zo goed mogelijke banen te leiden”.
- Wel zet RvS de Neorec-deur op een kier staan waar zij oordeelt: “Het bezwaar [tegen de gewraakte besteksbe­paling] lijkt niet van die aard dat het voor een inschrijver, gespecialiseerd in wegenwerken, *dermate apert is dat het hem zou mogen worden verweten niet onmiddellijk de AO of een rechter te hebben gevat.*”

© Constant De Koninck 2021

77

77

- Deze zaak zou dus mogelijks een andere wending hebben genomen mocht aan de door verzoekende partij gewraakte besteksbe­paling “**een meteen zichtbaar wettigheidsbezwaar**” hebben gekleefd, dit wil zeggen dat het voor iedere redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver bij de lezing van het bestek evident was of had moeten zijn dat er duidelijk iets schortte aan deze besteksbe­paling.
- Of ook nog wanneer de verzoekende partij het **zorgvuldigheidsbeginsel** zou hebben geschonden: RvS nr. 251.302 van 26 juli 2021, NV ISKRAEMECO BENELUX => zie verder

© Constant De Koninck 2021

78

78

HvB Gent

- **Hof van beroep te Gent** (zestiende kamer), arrest van 13 december 2019, Stad A. t./ N.V. F.
 - *T.Aann.* 2020/1, noot C. De Koninck, “Over de noodzaak om tijdig een beroep in te stellen: eVigilo en Grossmann zeggen Labonorm de wacht aan!” (pp. 71-86)

© Constant De Koninck 2021

79

79

- OO voor werken
- Bestek: inschrijvers dienden te zijn erkend in de categorie D, klasse 2 **of** D20, klasse 2 **of** D4, klasse 2 **of** D5, klasse 2.
- nv F. diende op grond van dit bestek een offerte in
- **Na** deze indiening meldde zij de AO dat, rekening houdende met het relatieve belang van het onderdeel ‘metalen schrijnwerk’ een erkenning in de categorie D20 vereist was en dat een aantal andere inschrijvers volgens haar niet over deze erkenning beschikten.

© Constant De Koninck 2021

80

80

- AO volgende de nv F. niet in haar redenering en wees de werken toe aan de voordeligste inschrijver, de nv A., die beschikte over een erkenning in de categorie D4.
- Hierna is de nv F. overgegaan tot dagvaarding van de AO tot bekomen van schadevergoeding, nu volgens haar de opdracht was toegekend aan een inschrijver die niet over de vereiste erkenning beschikte en deze werken haar hadden moeten worden toegewezen.

© Constant De Koninck 2021

81

81

- HvB te Gent heeft met arrest van 13 december 2019 de vordering van de nv F. onontvankelijk verklaard omdat
 - ze haar offerte zonder enig voorbehoud had ingediend
 - zonder voorafgaandelijk gebruik te maken van de mogelijkheid haar geboden door artikel 86, eerste lid KB Plaatsing 2011 (= artikel 81 KB Plaatsing 2017)
 - “Als een ondernemer in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de AO.”
 - en had nagelaten het bestek aan te vechten binnen de voorziene vervalttermijn, *i.e.* 60 dagen voor het instellen van een vernietigingsprocedure lopende vanaf de kennisname van het bestek.

© Constant De Koninck 2021

82

82

- Onder verwijzing naar het arrest eVigilo van het Hof van Justitie van 12 maart 2015 (zaak C-538/13) oordeelde het Hof van beroep dat de nv F. verplicht was
 - **“zich te gedragen als redelijk geïnformeerde ondernemer**
 - **die mag worden geacht de opdrachtdocumenten als gespecialiseerd aannemer te raadplegen en**
 - **bijvoorbeeld in het bijzonder aandacht moet besteden aan de in het bestek opgenomen bepalingen met betrekking tot de vereiste klasse en categorie inzake erkenning, dit alles in acht genomen het voorwerp van de opdracht”.**

© Constant De Koninck 2021

83

83

- Het Hof oordeelde **dat de in het bestek opgenomen erkenningsvereisten ‘zelfs voor een leek’ voldoende duidelijk en begrijpbaar waren** zodat het aanvechten van deze vereisten na de toewijzing van de overheidsopdracht (en buiten de vervaltermijn voor het instellen van de vernietigingsprocedure die liep vanaf de kennisname van het bestek) niet langer mogelijk was.

© Constant De Koninck 2021

84

84

Arrest eVigilo

- Doel rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665 zou in gevaar worden gebracht indien het de gegadigden en de inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.

© Constant De Koninck 2021

85

85

Arrest eVigilo

- Gunningscriteria moeten zodanig in het bestek of in de aankondiging van de opdracht zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. Rechter dient aan de hand van de norm van een **redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver** na te gaan of de belanghebbende inschrijver werkelijk niet in staat was om de betrokken gunningscriteria te begrijpen, dan wel die criteria had moeten begrijpen.

© Constant De Koninck 2021

86

86

Arrest eVigilo

- Bij dat onderzoek moet rekening worden gehouden met het feit dat
 - de belanghebbende inschrijver en de overige inschrijvers in staat waren inschrijvingen in te dienen en dat
 - de belanghebbende inschrijver voor de indiening van zijn inschrijving de aanbestedende dienst niet om opheldering heeft gevraagd.

© Constant De Koninck 2021

87

87

En wat met Labonorm?

- RvS (AV) 2 december 2005, nr. 152.173
- Labonorm :
 - een bestek kan **niet alleen** aangevochten worden in het kader van een schorsingsprocedure zodra het goedgekeurd is;
 - wettigheidsgrievens tegen het bestek **kunnen nog altijd op ontvankelijke wijze ingeroepen worden bij de aanvechting van de gunningsbeslissing.**

© Constant De Koninck 2021

88

88

Conclusie

- Ongenuanceerde toepassing van de Labonorm-leer niet langer in eenklank met de rechtspraak HvJ en de door deze rechtspraak geïntroduceerde rechtsfiguur van de “redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver” – de tegenhanger van de *bonus pater familias* uit het burgerlijk recht.

© Constant De Koninck 2021

89

89

Op inschrijvers rustende
zorgvuldigheidsplicht!

90

RvS nr. 251.302 van 26 juli 2021, NV ISKRAEMECO BENELUX

- Op inschrijvers rustende zorgvuldigheidsplicht
- Aanvechting van besteksbepaling
- Onzorgvuldig gedrag verzoekende partij
- Onontvankelijkheid van middel

© Constant De Koninck 2021

91

91

- Verzoekende partij (VP) merkt op dat de maximale in het bestek bepaalde duurtijd van de raamovereenkomst kan lopen tot 2049.
- Ingeval er geen verlenging optreedt duurt de raamovereenkomst alleszins 25 jaar.
- VP: Dit is excessief boven de standaard duurtijd van acht jaar zoals voorzien in de speciale sectoren.

© Constant De Koninck 2021

92

92

- VP: wetgeving laat weliswaar langere duurtijd toe “in deugdelijk gemotiveerde uitzonderingsgevallen”.
- Noch in de aanbestedingsdocumenten noch in de bestreden beslissing is echter een gemotiveerde verantwoording terug te vinden.
- **RvS**: opgeworpen middel is **onontvankelijk** wegens **onzorgvuldig gedrag** VP.

© Constant De Koninck 2021

93

93

- VP heeft in de loop van de procedure geen enkele opmerking gemaakt over de mogelijke onwettigheid van de duur van de opdracht.
- Wanneer haar de formele gelegenheid is geboden om opmerkingen te maken “op dit bestek”, schrijft zij:
“Iskraemeco heeft de voorwaarden in de aanbestedingsdocumentatie uitvoerig onderzocht en gaat hiermee in principe akkoord.”

© Constant De Koninck 2021

94

94

- VP handelt met verregaande onzorgvuldigheid, door pas nadat zij naast de opdracht grijpt, kritiek te formuleren op aspecten die tot de kern behoren van de opdracht en die zij voorheen – met goede kennis van zaken – uitdrukkelijk heeft verklaard te kunnen onderschrijven.
- Hierdoor spreekt verzoekster de beweerd uiterst dringende noodzakelijkheid van haar vordering tegen.

© Constant De Koninck 2021

95

95

- Die vaststelling leidt tot de conclusie dat **verzoekster niet getuigt van de minimaal vereiste zorgvuldigheid en diligentie** en dat het middel in die mate niet ontvankelijk is in de huidige rechtspleging.

© Constant De Koninck 2021

96

96

2. Contactname in geval van materiële fouten of rekenfouten in offerte

© Constant De Koninck 2021

97

97

Art. 34 KB Plaatsing 2017

- De AO verbetert de offertes in functie van de door haar of een inschrijver vastgestelde rekenfouten en zuiver materiële fouten in de offertes.
- De AO is niet aansprakelijk voor niet ontdekte fouten.
- 4 fases te onderscheiden in 'verbeterings-traject'

© Constant De Koninck 2021

98

98

FASE 1

- Ten einde de rekenfouten en de zuiver materiële fouten die door haar vastgesteld worden in de offertes te verbeteren, gaat de AO de **werkelijke bedoeling** na van de inschrijver via:
 - een globale analyse van de offerte en
 - door de offerte te vergelijken met de andere offertes en met de marktprijzen.

© Constant De Koninck 2021

99

99

FASE 2

- Indien deze bedoeling, na analyse van de offerte, niet voldoende duidelijk is, kan de AO de inschrijver, binnen een door haar gestelde termijn, uitnodigen om de inhoud van zijn offerte te **verduidelijken** zonder offerte te mogen wijzigen en te vervolledigen.

© Constant De Koninck 2021

100

100

FASE 3

- Wordt
 - geen toelichting gegeven of is
 - de toelichting niet aanvaardbaar voor AOverbetert AO de fouten naar eigen bevindingen

© Constant De Koninck 2021

101

101

FASE 4

Mocht dit niet mogelijk zijn, dan kan de AO:

- (1) hetzij beslissen dat de opgegeven eenheidsprijzen van toepassing zijn
- (2) hetzij de offerte als onregelmatig weren.

© Constant De Koninck 2021

102

102

Rekenfout

- Bij een rekenfout wordt verondersteld dat de hoeveelheden en eenheidsprijzen correct zijn, en dat de fout het gevolg is van de doorgevoerde rekenkundige bewerking (vermenigvuldiging, optelling).
 - Vb. post van bestek vermeldt een vermoedelijke hoeveelheid van 30 m³, en een inschrijver geeft een eenheidsprijs op van 100 euro/m³, dan zal er sprake zijn van een rekenfout indien hij voor die post inschrijft voor een totaalbedrag van 300 i.p.v. 3.000 euro

© Constant De Koninck 2021

103

103

Materiële fout

- Een materiële fout vloeit daarentegen voort uit een **verschrijving** van de inschrijver, die bijvoorbeeld in een bedrag een komma verkeerd heeft geplaatst of een nul te weinig of teveel heeft geschreven (of getikt).

© Constant De Koninck 2021

104

104

Materiële fout

- Het gaat met andere woorden om fouten waaromtrent **nauwelijks discussie mogelijk is** en die met een eenvoudige precisering, zoals bijvoorbeeld het verwisselen van een cijfer, kunnen worden rechtgezet.
- Beweerde materiële fout moet **onbetwistbaar en zeer apert karakter** hebben!!

© Constant De Koninck 2021

105

105

Materiële fout

- Indien de inschrijver bijvoorbeeld bij een post met een vermoedelijke hoeveelheid van 30 m³ een **eenheidsprijs van 1000 euro /m³** zou hebben opgegeven en het totaalbedrag voor die post 3000 euro zou bedragen, dan kan er sprake zijn van een materiële fout, met name het plaatsen van een nul teveel in de eenheidsprijs, indien:

© Constant De Koninck 2021

106

106

- uit de vergelijking van deze post met
gelijkaardige posten in dezelfde offerte
- uit de vergelijking van deze post met
dezelfde post in de andere offertes en
- uit de vergelijking van deze post met de
raming

blijkt dat de prijs voor deze post schommelt
tussen de **95 en 120 euro/m³**.

© Constant De Koninck 2021

107

107

Rechtspraak m.b.t. materiële fout

© Constant De Koninck 2021

108

108

RvS 2 augustus 2016, nr. 235.578, Alonco

- op grond van de elementen van het dossier kon de AO in redelijkheid vaststellen dat voor een opgegeven eenheidsprijs van 1.714,68 euro i.p.v. 17,15 het in casu om een een zuiver materiële fout ging nadat de betrokken inschrijver hieromtrent was ondervraagd.

© Constant De Koninck 2021

109

109

RvS 17 maart 2016, nr. 234.172, Artes Roegiers

- In het licht van al de elementen uit het dossier mocht de AO redelijkerwijze vaststellen dat het in de offerte van de gekozen inschrijver opgegeven bedrag van **299.685,96** euro voor een bepaalde post daadwerkelijk en kennelijk een materiële vergissing betrof en dat in de plaats van het opgegeven bedrag rekening mocht worden gehouden met het bedrag van **2.999.685,96** euro.

© Constant De Koninck 2021

110

110

Principes m.b.t. verbetering van fouten gehaald uit de rechtspraak RvS

© Constant De Koninck 2021

111

111

- Bij het beoordelen of er sprake is van een rekenfout of zuiver materiële fout heeft de AO een beoordelingsruimte om uit te maken of in het licht van de omstandigheden
 - het al dan niet aannemelijk is dat er sprake is van een fout en
 - of al dan niet duidelijk is wat de werkelijke bedoeling van de inschrijver was bij het begaan van de fout.

© Constant De Koninck 2021

112

112

- RvS mag eigen beoordeling niet in de plaats van deze van het bestuur te stellen.
 - RvS kan desgevraagd wel nagaan
 - of de AO bij deze beoordeling de perken van **de zorgvuldige beoordeling en redelijkheid** niet te buiten is gegaan, en
 - of de beslissing tot het al dan niet aanvaarden van een fout op **aanvaardbare motieven** is gesteund.
- ⇒ m.a.w. marginaal toetsingsrecht van de RvS

© Constant De Koninck 2021

113

113

- De mogelijkheid om “rekenfouten en zuiver materiële fouten” in offertes te verbeteren **dient strikt te worden geïnterpreteerd**
 - omdat die handelwijze afwijkt van het principe dat offertes niet mogen worden gewijzigd na neerlegging.
 - verbetering van een ontdekte fout houdt vaak een essentiële wijziging van de offerte in, *in casu* de prijs.

© Constant De Koninck 2021

114

114

- De AO is niet aansprakelijk voor niet-ontdekte fouten.
- Een inschrijver is op de eerste plaats zelf verantwoordelijk om zijn offerte correct op te stellen en dus voor de door hem gemaakte fouten. Hij kan deze verantwoordelijkheid niet afschuiven op de AO.
- Fout waarvan rechtzetting vereist dat AO veronderstellingen dient te maken kan niet worden beschouwd als zuiver materiële fout,

© Constant De Koninck 2021

115

115

Casus nr. 1: RvS 25 oktober 2012, nr. 221.198, Stadsbader

- Vraag om prijsverantwoording door AO => In prijsverantwoording had inschrijver er op gewezen “dat hij tot de vaststelling was gekomen dat er voor de posten 39, 48 en 254 een materiele vergissing was geslopen.”

© Constant De Koninck 2021

116

116

- de opgegeven prijs was geen correcte prijs en diende als volgt verbeterd te worden:
 - voor post 39 waar een prijs van 4.106,27 euro was opgegeven – nu verbeterd naar 41.004 euro,
 - voor post 48 een prijs van 3,06 euro/m³ – nu verbeterd naar 30,60 euro/m³ en
 - voor post 254 een prijs van 20.039,15 euro – nu verbeterd naar 35.489,09 euro.

© Constant De Koninck 2021

117

117

- AO had de voorgestelde verbetering van de prijzen **niet aanvaard** en de offerte van inschrijver daarop wegens abnormale lage prijzen geweerd.
- Inschrijver was van oordeel dat op grond van de berekeningen in de prijsverantwoording duidelijk bleek dat het om een “materiële vergissing” ging waarop zij de AO opmerkzaam had gemaakt en die de AO aldus had moeten verbeteren. In dat geval zou er dan na verbetering geen sprake meer geweest zijn van abnormale prijzen.

© Constant De Koninck 2021

118

118

- Volgens Raad van State – die daarmee het standpunt van de AO volgde – lag geen dergelijke fout voor.
- De AO kon uit de meetstaat, de bij de offerte gevoegde documenten en de door de verzoekende partij naderhand verstrekte informatie, **niet met zekerheid afleiden dat het hier daadwerkelijk een vergissing betrof** waarvan ter gelegenheid van de prijsverantwoording de verbetering kon worden gevraagd.

119

- RvS is AO in haar redenering gevolgd dat het al te gemakkelijk zou zijn voor een inschrijver een abnormaal lage prijs op te geven om deze na opening van de offertes en na kennisname van de overige inschrijvingsprijzen, in het kader van een prijsverantwoording te corrigeren op zodanige wijze dat de prijs niet langer abnormaal laag is, maar laag genoeg om de betrokken opdracht in de wacht te slepen.

120

- **Het kan *in casu* niet worden uitgesloten dat inschrijver zijn prijs zou hebben kunnen aanpassen in functie van de overige inschrijvingsprijzen.**
- Conclusie: het is **niet aangetoond** dat de aanbestedende overheid met de bestreden beslissing **de perken van de redelijkheid te buiten ging** door de beweerde vergissing niet te verbeteren en de offerte aldus te weigeren op grond van abnormale eenheidsprijzen.

© Constant De Koninck 2021

121

121

Casus nr. 2: RvS nr. 251.259 van 14 juli 2021, nv Renotec

- Verzoekende partij (VP) argumenteert
 - dat posten 181 en 541 van haar offerte behept zijn met een zuiver materiële fout, m.n. het louter misplaatsen van een komma,
 - dat VP de AO daarvan heeft ingelicht, en
 - dat AO de twee “zuiver materiële fouten” ten onrechte niet heeft rechtgezet.

© Constant De Koninck 2021

122

122

- RvS is standpunt VP niet gevolgd.
- Toepassing van die verbetermogelijkheid doet afbreuk aan het principe van de onwizigbaarheid van offertes na neerlegging.
- Omzichtigheid is des te meer geboden in een geval als te dezen, waarin de materiële fouten betrekking hebben op de **prijs, die het enige gunningscriterium uitmaakt.**

© Constant De Koninck 2021

123

123

- De vaststelling van de beweerde fout moet zich als duidelijk, als eerder manifest en onontkoombaar, aan AO opdringen.
- Of dat het geval is en of er dus al dan niet een rekenfout of zuiver materiële fout wordt vastgesteld, staat in eerste instantie ter beoordeling van de AO, die ter zake over een beoordelingsmarge beschikt.

© Constant De Koninck 2021

124

124

- Het volstaat niet dat VP signaleren zuivere materiële fouten te hebben begaan opdat de AO er *ipso facto* toe verplicht zou zijn zelf tot de vaststelling te komen dat er sprake is van zuiver materiële fouten !
- AO heeft terecht vastgesteld dat het bedrag in cijfers en het bedrag voluit geschreven identiek zijn.

© Constant De Koninck 2021

125

125

- Alleszins kan dus niet hieruit worden afgeleid dat er een onmiskenbare materiële fout in het spel is en welke de werkelijke bedoeling van de inschrijver is geweest.
- Dat een computerprogramma de ingevoerde bedragen automatisch heeft omgezet in letters, doet daar niet aan af.

© Constant De Koninck 2021

126

126

Topic nr. 3

Schadevergoedingscontentieux bij onregelmatige gunning van overheidsopdrachten

© Constant De Koninck 2021

127

127

- Wat zal worden behandeld:
 - Schadevergoedingscontentieux
overheidsopdrachten **voor de justitiële
rechter**
 - Schadevergoedingscontentieux
overheidsopdrachten **voor de Raad van
State** (art. 11*bis* RvS-Wet)

© Constant De Koninck 2021

128

128

Bevoegde rechter: art. 24 Rechtsbeschermingswet 2013 (RBW)

- **Justitiële rechter** ongeacht of de aanbestedende instantie een administratieve overheid is of niet
- **RvS, afd. Bestuursrechtspraak, enkel** wanneer de aanbestedende instantie een administratieve overheid is en op grond van art. 11bis RvS-Wet schadevergoeding tot herstel wordt gevorderd (autonoom karakter!).
- *Electa una via non datur recursus ad alteram !*

© Constant De Koninck 2021

129

129

I. Schadevergoedingscontentieux overheidsopdrachten **voor de justitiële rechter**

130

Principes

Art. 16, 1^e lid RBW : schadevergoeding moet worden toegekend wanneer

(1) aanbestedende instanties inbreuken hebben begaan op:

- Europese en nationale wetgeving overheidsopdrachten
- grondwettelijke, wettelijke of reglementaire bepalingen, alsook de algemene rechtsbeginselen die op de betreffende opdracht van toepassing zijn
- **opdrachtdocumenten** (*patere legem quam ipse fecisti*)

© Constant De Koninck 2021

131

131

(2) én dat het bewijs wordt geleverd dat schade werd geleden

(3) én dat het bewijs wordt geleverd dat er een oorzakelijk verband is tussen de schade en de beweerde schending

© Constant De Koninck 2021

132

132

Wordt enkel vergoed:

- Zekere schade => integrale schadevergoeding
- Verlies van een kans => fractie van de integrale schadevergoeding in functie van de waarschijnlijkheid van de kans
 - Rechter moet een inschatting maken van de waarschijnlijkheidsgraad dat zonder de fout van de AO opdracht zou zijn toegewezen aan schade-eiser.

© Constant De Koninck 2021

133

133

Welke schade moet worden vergoed?

- (in beginsel:) Volledige schade!
 - Damnum emergens*
 - Lucrum cessans*
 - Interesten
- Echter:

© Constant De Koninck 2021

134

134

Twee situaties

1. Gevallen waar **forfaitaire** schadevergoeding is voorgeschreven
2. Gevallen waar de **werkelijke schade** moet worden bewezen

© Constant De Koninck 2021

135

135

1. Gevallen waar **forfaitaire** schadevergoeding is voorgeschreven

136

Art. 16, 3^e lid RBW

- Forfaitaire schadevergoeding van 10% aangerekend op diens inschrijvingsbedrag voor inschrijver die laagste regelmatige offerte heeft ingediend
 - bij openbare of niet-openbare procedure
 - en waarbij de economisch meest voordelige offerte uitsluitend op basis van de prijs wordt bepaald(de vroegere 'aanbestedingsprocedure')

© Constant De Koninck 2021

137

137

Voor- en nadeel forfaitaire schadevergoedingsregel

- Bewijs leveren dat men laagste regelmatige inschrijver was, volstaat; men moet niet het bewijs leveren van de concreet geleden schade
 - => 10% op inschrijvingsbedrag
- Schadebegrotingen in het overheidsopdrachtencontentieux geven dikwijls aanleiding tot langdurige gerechtelijke expertises
- Nadeel forfait: indien schade geleden door inschrijver groter was dan 10%

© Constant De Koninck 2021

138

138

2. Gevallen waar de **werkelijke schade** moet worden bewezen

© Constant De Koninck 2021

139

139

Welke?

- 1) Openbare en niet-openbare procedures waar prijs **niet** enige gunningscriterium is
- 2) Onderhandelingsprocedures:
 - Mededingingsprocedure met onderhandeling
 - Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking
 - Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking
 - Concurrentiegerichte dialoog
 - Innovatiepartnerschap

© Constant De Koninck 2021

140

140

Wat moet worden bewezen?

- (1) Bewijs dat opdracht **zeker** aan schade-eiser zou zijn toegewezen zonder fout AO **of verlies van een reële kans** op het toegewezen krijgen van de opdracht
- +
- (2) Bewijs van de werkelijk geleden schade

© Constant De Koninck 2021

141

141

Voorbeeld waarbij opdracht zeker aan schade-eisende inschrijver had moet worden toegewezen

- Laagste inschrijver werd geweerd omdat hij met abnormale prijzen zou hebben ingeschreven
- Na onderzoek door de rechtbank komt tot uiting dat zijn prijzen niet abnormaal waren en dat hem – zonder de fout van de AO – de opdracht had moeten worden toegewezen
- Hier recht op volledige schadevergoeding en geen toepassing van ‘verlies van een kans’-theorie.

© Constant De Koninck 2021

142

142

Voorbeeld m.b.t. verlies van een kans

- 4 inschrijvers
- Rb stelt fout vast bij AO maar kan niet met zekerheid bepalen dat zonder deze fout de opdracht aan de schade-eiser had moeten worden toegewezen
- Rb begroot kans van schade-eisende partij op verkrijgen opdracht op 50% omdat zij als tweede laagste regelmatige inschrijver gerangschikt was
- Schadevergoeding: 50% van de door de schade-eiser bewezen schade

© Constant De Koninck 2021

143

143

=> Voor een praktijkvoorbeeld zie *infra* Rb 1^e aanleg Antwerpen, (eind)vonnis van 8 april 2015

© Constant De Koninck 2021

144

144

Vaststelling

- Problematisch gegeven van het correct vaststellen van bedrijfseconomische schadebegrotingen en – daaraan gekoppeld – langdurige (kostelijke) gerechtelijke expertises => Hoven en rechtbanken passen vaak **naar analogie met de 'aanbestedingsprocedure'** de 10%-regel toe op opdrachten die buiten de actieradius vallen van de forfaitaire schadevergoedingsregel.

© Constant De Koninck 2021

145

145

- Opgelet: **ex aequo et bono schadevergoedingen** zijn slechts toegestaan wanneer rechter de door eiser voorgestelde berekeningsmethode niet kan aanvaarden en vaststelt dat de schade onmogelijk op andere wijze kan worden begroot (Cass. 11 september 2009)
- Eventueel moeilijk vast te stellen omvang schade \neq onmogelijkheid tot vaststelling
- **Opgelet:** andere situatie voor RvS (zie verder)

© Constant De Koninck 2021

146

146

Cass. 13 juni 2013 (C.11.0634.F)

- Verbrak arrest van het hof van beroep te Bergen, waarin een toepassing naar analogie werd gemaakt van de 10%-regel, *“omdat dergelijke schadebegroting afbreuk doet aan het principe van de integrale schadevergoeding waartoe art. 1382 en 1383 BW nopen.”*

© Constant De Koninck 2021

147

147

- Onder verwijzing naar dit cassatiearrest kent het hof van beroep te Bergen in zijn arrest van 10 mei 2019 (*MCP-OoO* 2019/3, 292) toch een schadevergoeding van 10% toe naar analogie, met volgende motivering:

© Constant De Koninck 2021

148

148

« Certes également, la Cour de cassation a affirmé récemment, à juste titre, que si on se trouve dans une autre hypothèse que l'écartement injuste d'un soumissionnaire dans le cadre strict d'une adjudication, c'est le dommage réel qui doit être accordé à ce dernier et non automatiquement un forfait de 10% de son offre (Cass., 13 juin 2013, R.G. n° C.11.0634.F) ;

Ainsi, la Cour de cassation ne dit pas qu'il n'est pas possible de considérer que le dommage réel subi ne peut pas correspondre à ce forfait de 10%, mais simplement qu'il ne doit pas être obligatoirement prévu si on est, comme dans l'espèce, dans une autre hypothèse que celle visée à l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993;

En l'espèce, le dommage réel apparaît difficile à évaluer [...] et il apparaît raisonnable de se fonder sur ce forfait de 10% que la jurisprudence retient d'ailleurs également souvent pour calculer la perte du bénéfice escompté dans les marchés qui sont rompus unilatéralement sur base de l'article 1794 du Code civil. »

© Constant De Koninck 2021

149

149

Vergoeding van de kosten voor het opstellen van een offerte ?

- Voor de opdrachten in de **speciale sectoren** kan ook een vordering tot schadevergoeding wordt ingediend ter vergoeding van de kosten voor het opstellen van een offerte of voor de deelname aan de procedure (art. 16, 2^{de} lid RBW)
- Consequentie?

© Constant De Koninck 2021

150

150

Recht op schadevergoeding AO / medecontractant bij absolute nietigheid overeenkomst ?

© Constant De Koninck 2021

151

151

Principe: absolute nietigheid van buiten mededinging gegunde overheidscontracten

- HvC 22 januari 2021 (C.19.0303.N):
verplichting om gelijkheids- en transparantie--beginsel vervat in de artikelen 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verkeer van diensten) van het VWEU te eerbiedigen ter vrijwaring van de eerlijke mededinging, vormt een juridische grondslag van de economische en morele orde van de samenleving is en aldus van openbare orde.

© Constant De Koninck 2021

152

152

- Overeenkomst waarin aanbestedende dienst met miskennis van voornoemd gelijkheids- en transparantiebeginsel aan een marktdeelnemer uit dezelfde lidstaat een dienstenconcessie gunt met een duidelijk grensoverschrijdend belang, doet een toestand ontstaan die in strijd is met de openbare orde en die bijgevolg **volstrekt nietig** is bij gebrek aan geoorloofd voorwerp.

© Constant De Koninck 2021

153

153

Rb. Brussel 22 februari 2008 (AR 2004/5792/A)(eindvonnis)

- AO had juridisch advies ingewonnen bij gerenommeerd advocaat, gespecialiseerd in het arbeids- en socialezekerheidsrecht, in verband met het statuut van de nieuwe afgevaardigde bestuurder van de aanbesteder.
- De aanstelling van de advocaat had plaatsgevonden zonder enige voorafgaande inmededingingstelling.

© Constant De Koninck 2021

154

154

- De aanbesteder verweet aan de advocaat dat zijn advies foutief was en vorderde een contractuele schadevergoeding.
- De advocaat wierp als verweer in hoofddorde echter op dat het contract absoluut nietig was wegens gebrek aan inmededingingstelling.
- De rechtbank van eerste aanleg oordeelde dat de OO-reglementering van toepassing was.

© Constant De Koninck 2021

155

155

- De aanbesteder kon niet zomaar een advocatenkantoor aanstellen maar had de opdracht in mededinging moeten stellen, wat niet gebeurd was.
- Vervolgens oordeelde de rechtbank dat de inmededingingstelling van een overheidsopdracht een regel van openbare orde is.
- Absolute nietigheid is de sanctie voor een overeenkomst gesloten in strijd met regels van openbare orde en deze nietigheid heeft terugwerkende kracht.

© Constant De Koninck 2021

156

156

- Nietige overeenkomsten kunnen geen rechtsgevolgen teweegbrengen en kunnen bijgevolg niet de grondslag vormen voor de schade geleden door de niet- of slechte uitvoering van de overeenkomst.

“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans”

- AO kon dan ook geen schadevergoeding vorderen voor de schade die zij meende te lijden ten gevolge van een beweerde contractuele fout van de advocaat.

© Constant De Koninck 2021

157

157

Ook medecontractant AO heeft in dergelijk geval geen recht op schadevergoeding

- **Het weten of het hadden moeten weten door de medecontractant dat de AO de OO-wetgeving heeft miskend door geen mededinging te organiseren**, heeft een invloed op de verdeling van de verantwoordelijkheid / aansprakelijkheid na de verbreking van de overeenkomst, met het oog op het terugplaatsen van de partijen in de situatie *ex ante*.

© Constant De Koninck 2021

158

158

- Uit de rechtspraak komt tot uiting dat de medecontractant die van de overheid met miskenning van de OO-wet een opdracht toegewezen heeft gekregen, **verplicht is zich te informeren over de wettigheid van de opvolgend te sluiten overeenkomst**

C. De Koninck, "De absolute nietigheid van met miskenning van de mededinging gesloten overheidsopdrachten – Een *status quaestionis*", *T.Ann.* 3/2020, 270-298

© Constant De Koninck 2021

159

159

Onverbindendverklaring (OVV) overheidsopdracht (art. 17 RBW) en recht op schadevergoeding

© Constant De Koninck 2021

160

160

- OVV van de gesloten overeenkomst enkel van toepassing op OO met **geraamde waarde minstens gelijk aan de Europese aanbestedingsdrempel**
- Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de justitiële rechter de gesloten opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:
 - 1° wanneer aanbestedende instantie **ten onrechte opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking;**
 - 2° wanneer aanbestedende instantie opdracht heeft gesloten
 - **zonder inachtneming van wachttermijn, of**
 - **zonder te wachten tot verhaalinstantie uitspraak heeft gedaan over de vordering tot schorsing.**

© Constant De Koninck 2021

161

161

- Wanneer ze de opdracht onverbindend verklaart, beslist de verhaalinstantie om:
 - 1° alle contractuele verbintenissen **met terugwerkende kracht te vernietigen** (*ex tunc*), **of**
 - 2° de werking van de vernietiging te beperken **tot de nog uit te voeren verbintenissen** (*ex nunc*).
- Wanneer ze de werking van de vernietiging beperkt tot de nog uit te voeren verbintenissen moet de verhaalinstantie tevens een boete opleggen.

© Constant De Koninck 2021

162

162

Illustratie onverbindendverklaring:

Hof van Beroep Antwerpen, arrest van 27 juni 2013

(*T.Aann.* 2013/4, 421-428)

© Constant De Koninck 2021

163

163

- Principe: een instantie die
 - (1) werd opgericht om specifiek te voorzien in behoeften van algemeen belang niet van commerciële/industriële aard;
 - (2) rechtspersoonlijkheid bezit en
 - (3) onderhevig is aan een overwegende overheidsinvloed hetzij door financiering, hetzij door controle op het beheer of de samenstelling van de bestuursorganen

is onderworpen aan de OO-wetgeving voor de door deze instantie geplaatste opdrachten (= zgn. 'catch all'-bepaling => **art. 2, 1°, c) OO-Wet 2016**)

© Constant De Koninck 2021

164

164

Synthese van de feiten

- In mei 2010 beslissen Antwerpse Waterwerken (AWW – nu Waterlink) en Tussengemeentelijke Maatschappij der Vlaanderen voor Watervoorziening (TMVW - nu: Farys) samen te werken om op korte termijn een **demineralisatieinstallatie** te realiseren in het Antwerpse Havengebied.
 - Gedemineraliseerd water bevat weinig zouten en is daardoor perfect geschikt om te gebruiken in verschillende productieprocessen
- AWW en TMVV richten daartoe in juni 2010 de **CVBA E.** op.

© Constant De Koninck 2021

165

165

- **CVBA E.** richt op 18 juni 2010 de **NV A.** op
 - Maatschappelijk doel van NV A. is o.a. watergebonden producten voor industriële toepassingen aan te bieden, levering van proceswater (o.a. gedemineraliseerd water) en bouwen/onderhouden en exploiteren van nieuwe en bestaande installaties.
 - De maatschappelijke zetel van NV A. is gevestigd op het hoofdkantoor van AWW.

© Constant De Koninck 2021

166

166

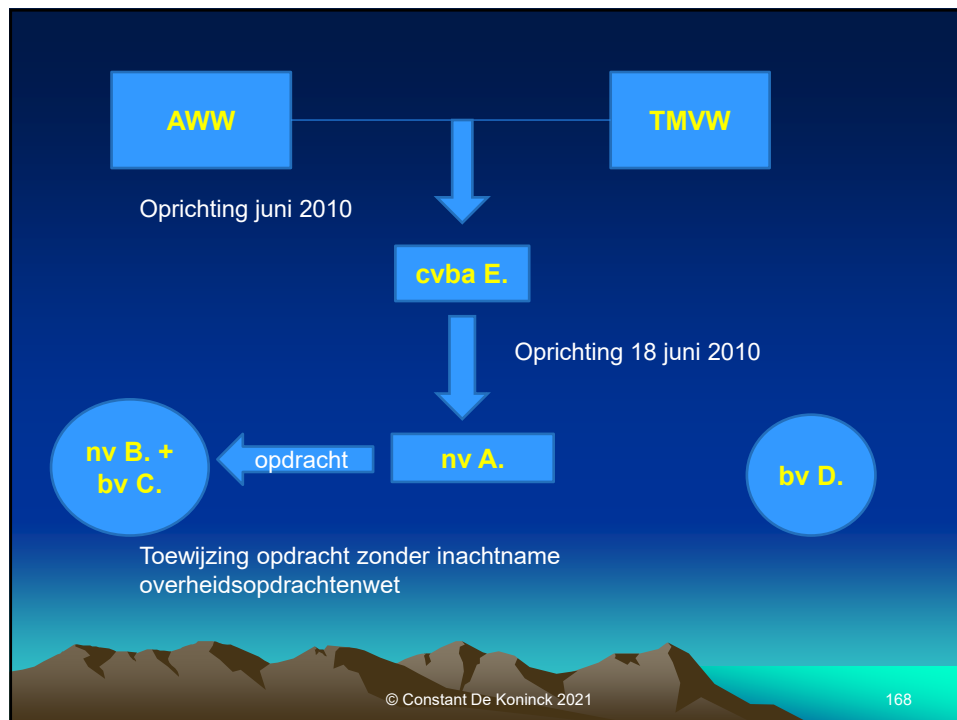
De totstandkoming van de litigieuze overeenkomst

- De NV A. organiseert in juni 2010 een **private marktbevraging** waarbij ook aan BV D. gevraagd werd naar haar voorwaarden voor het elektromechanische luik van de demineralisatieinstallatie.
- BV D. maakte haar voorwaarden over op 23 juni 2010, maar kreeg op 6 juli 2010 bericht dat haar kandidatuur niet werd weerhouden.
- De realisatie van het project wordt door de **NV A.** toevertrouwd aan **NV B.** en de **BV C.**
- Het project is inmiddels volledig gerealiseerd.

© Constant De Koninck 2021

167

167



© Constant De Koninck 2021

168

168

Betwisting

- BV D. eist de **onverbindendverklaring van de gesloten overeenkomst**
- Steunt zich op artikel 65/17 van de overheidsopdrachtenwet (nu artikel 17 RBW 2013): *“Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gesloten opdracht onverbindend [...] wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de wetgeving overheidsopdrachten dit nochtans vereisen.”*

© Constant De Koninck 2021

169

169

Hof van Beroep:

- **NV A. is te kwalificeren als een rechtspersoon in de zin van de ‘catch-all’-bepaling en is dus onderworpen aan de OO-wet.**
- Immers, waar **NV A.** instaat voor de exploitatie van een distributienetwerk van industriewater door de realisatie van een waterfabriek en de aanleg van een kilometerlang distributienet op het domein van het Gemeentelijk Autonoom Havenbedrijf **voorziet zij zonder enige twijfel in een behoefte van algemeen belang**, met name de behoeften van de hele sector in de haven van Antwerpen.
- **Deze behoeften van algemeen belang zijn niet zuiver van industriële/commerciële aard.**

© Constant De Koninck 2021

170

170

- De oprichting van CVBA E., waarvan AWW/TMVW nagenoeg alle aandelen bezitten en de daaropvolgende oprichting van NV A. waarvan CVBA E. op één na alle aandelen bezit en de vermenging van functies in deze vennootschappen en AWW tonen ook de **afhankelijkheid van NV A. aan en de beslissende invloed van AWW/TMVW via CVBA E.**
- Een overheid mag wel participeren in private ondernemingen; **wat zij evenwel niet mag, is een vehikel uitdenken om te ontsnappen aan de regels inzake overheidsopdrachten.**

© Constant De Koninck 2021

171

171

- Voor de betrokken opdracht moest NV A. derhalve de OO-wet naleven.
- Zij heeft zulks niet gedaan en een marktbevraging is slechts een voorloper van een gunningsprocedure.
- Consequentie: **gesloten overeenkomst wordt onverbindend verklaard.**
- Wanneer de opdracht onverbindend wordt verklaard, beslist de rechter om (1) hetzij alle contractuele verbintenissen met terugwerkende kracht te vernietigen of (2) de werking van de vernietiging te beperken tot de nog uit te voeren verbintenissen.

© Constant De Koninck 2021

172

172

- Een vernietiging *ex tunc* is, gelet op de voltooiing der werken die het voorwerp van de overeenkomst uitmaakten, niet in overweging te nemen; teruggave van wederzijdse prestaties is immers niet mogelijk.
- De werking van de sanctie van onverbindendverklaring dient derhalve beperkt te worden tot de nog uit te voeren verbintenissen.
- **Schadevergoeding?** Rechtbank 1^{ste} Aanleg te Antwerpen, (eind)vonnis van 8 april 2015
=> Zie volgende slides

© Constant De Koninck 2021

173

173

Illustratie bepalen schadevergoeding wegens onregelmatige gunning overheidsopdracht

Rb. 1^{ste} Aanleg te Antwerpen,
(eind)vonnis van 8 april 2015

© Constant De Koninck 2021

174

174

- Het gegeven dat een aanbestedende instantie ten onrechte de regelgeving inzake overheidsopdrachten naast zich heeft neergelegd maakt een fout uit in de zin van artikel 1382 BW.
- Het gegeven dat een inschrijver via een **private marktbevraging** wel degelijk de kans kreeg om een offerte in te dienen en hierover te onderhandelen doet aan deze fout geen afbreuk.

© Constant De Koninck 2021

175

175

- Een dergelijke **niet-transparante private bevraging** kon aan deze inschrijver immers niet de vereiste waarborgen inzake gelijke behandeling, eerlijke mededinging en transparantie bieden.
 - Doordat de opdracht nooit conform de regelgeving bekend werd gemaakt, bood de aanbestedende instantie aan deze inschrijver nooit de kans om op grond van op voorhand gekende, objectieve en transparante selectie- en gunningscriteria in mededinging te treden voor de opdracht.

© Constant De Koninck 2021

176

176

- De aanbestedende instantie beging bijgevolg een **fout** in de zin van artikel 1382 BW.
- De **schade** van de gelaedeerde deelnemer bestaat in eerste instantie uit het **verlies van de kans om de opdracht toegewezen te krijgen.**

© Constant De Koninck 2021

177

177

- Indien de AO geen fout had gemaakt en de opdracht had gegund met naleving van de OO-wetgeving, had de benadeelde deelnemer wel degelijk een reële kans gehad op het binnenhalen van de opdracht, rekening houdende met (1) diens competenties en (2) het feit dat de aanbestedende instantie zich — buiten een gunningsprocedure om — ook tot deze deelnemer richtte om een bieding te doen..

© Constant De Koninck 2021

178

178

- Verlies van een kans – **Begroting van de schadevergoeding.**
- Het is aangewezen om de schade, bestaande uit het verlies van een kans, **naar redelijkheid en billijkheid** te begroten.
- Wet voorziet in een **forfaitaire schadeloosstelling van 10%** van het bedrag van de offerte in het geval dat de opdracht door de foutieve handelingen van de aanbestedende dienst niet is toegewezen aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende.

© Constant De Koninck 2021

179

179

- Het komt de rechtbank gepast voor om **voormeld forfait van 10% naar analogie toe te passen** in huidig geval om de schade, bestaande uit het verlies van een kans, te berekenen.
- Gelet op het feit dat tijdens de marktverkenningfase in totaal **vijf kandidaten** een offerte hebben ingediend voor elektromechanisch gedeelte opdracht, is het redelijk en billijk om er van uit te gaan dat, binnen het kader van een wettelijke gunningsprocedure, de benadeelde inschrijver **20% kans zou hebben gehad om de opdracht toegewezen te krijgen.**

© Constant De Koninck 2021

180

180

- Vermits de waarde van het elektromechanische luik van de opdracht 9,9 miljoen euro bedroeg, begroot de rechtbank de schade in hoofde van eisende partij, bestaande uit het verlies van de kans om dit deel van de opdracht uit te voeren, op **198.000 euro** (= 20% van 10% van 9,9 miljoen euro).
- Voor de door eiser gemaakt **nutteloze voorbereidingskosten** werd naar recht en billijkheid een schadevergoeding toegekend van **5000 euro**.

© Constant De Koninck 2021

181

181

II. Schadevergoedingscontentieux overheidsopdrachten **voor de Raad van State** (art. 11*bis* RvSt-Wet)

182

Art. 11*bis* RvS-Wet

- Vanaf 2014 is het mogelijk bij de Raad van State een schadevergoeding tot herstel te vorderen voor schade geleden door onwettige overheidshandeling
- Mogelijkheid neergelegd in art. 11*bis* RvS-Wet
- Ook van toepassing bij onwettig gebleken gunningsbeslissingen

© Constant De Koninck 2021

183

183

De belangrijkste kenmerken van de schadevergoeding tot herstel

1. RvS doet uitspraak **IN EERSTE EN METEEN OOK LAATSTE AANLEG**
2. RvS houdt **REKENING MET ALLE OMSTANDIGHEDEN VAN OPENBAAR EN PARTICULIER BELANG**
3. bevoegdheid van RvS tot herstelvergoeding geldt enkel voor de gunningsbeslissingen van aanbestedende instanties die een **ADMINISTRATIEVE OVERHEID** zijn
 - Opgelet! Het is niet omdat men onderworpen is aan de overheidsopdrachtenwet- en regelgeving dat men een administratieve overheid is

© Constant De Koninck 2021

184

184

zijn bijv. geen administratieve overheden:

- privaatrechtelijke ziekenhuizen;
- privaatrechtelijke verzorgingsinstellingen;
- privaatrechtelijke universitaire instellingen;
- welbepaalde sociale huisvestingsmaatschappijen;
- welbepaalde vzw's;
- privéondernemingen die genieten van bijzondere of exclusieve rechten.

© Constant De Koninck 2021

185

185

4. Voor de toekenning van een schadevergoeding tot herstel is geen fout vereist; een **ONWETTIGHEID** van de bestuurshandeling, vastgesteld in het kader van een beroep tot nietigverklaring volstaat

- Vernietigingsarrest is vereist
- Schorsingsarrest volstaat niet!

5. De schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11 *bis* RvS-Wet kan enkel bestaan in de toekenning van een geldsom en **NIET IN EEN HERSTEL IN NATURA**

© Constant De Koninck 2021

186

186

6. schadevergoeding tot herstel op grond van artikel 11*bis* RvS-Wet bezit een **AUTONOOM KARAKTER**:

- “Het gaat om een autonoom begrip waarvan aan de Raad van State de zorg toekomt om geleidelijk aan de modaliteiten te bepalen in zijn rechtspraak”

© Constant De Koninck 2021

187

187

7. een verzoek tot herstelvergoeding bij de Raad van State moet uiterlijk **ZESTIG DAGEN** na de kennisgeving van het vernietigingsarrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld, ingediend te worden

⇔ 5 jaar art. 2262*bis*, § 1, lid 2 BW

8. de Raad van State dient een uitspraak te doen over het verzoek tot schadevergoeding **BINNEN DE TWAALF MAANDEN** na de kennisgeving van het vernietigingsarrest waarbij de onwettigheid werd vastgesteld

© Constant De Koninck 2021

188

188

Opgelet!

*electa una via non datur recursus
ad alteram!*

© Constant De Koninck 2021

189

189

**Analyse van eerste 7
RvS-arresten waar
schadevergoeding in
raam OO-contentieux
werd toegekend**

© Constant De Koninck 2021

190

190

- RvS (VIe k.) 31 maart 2017, nr. 237.894, sa TRBA;
- RvS (XIIe k.) 16 mei 2019, nr. 244.490, nv TNS Dimarso;
- RvS (VIe k.) 25 oktober 2019, nr. 245.932, sa Établissements G.D.A.;
- RvS (VIe k.) 28 november 2019, nr. 246.220, sa Energys
- RvS (VIe k.) 27 januari 2020, nr. 246.852, sprl Leboutte, Mouhib en c°
- RvS (XIIe k.) 15 oktober 2020, nr. 248.606, nv Janssens
- RvS (XIIe k.) 24 november 2020, nr. 248.999, bvba Steenhaut

© Constant De Koninck 2021

191

191

Achtereenvolgens wordt onderzocht:

- Tijdsverloop tussen instellen schadevergoedingsvordering en schadevergoedingsarrest
- Op welke wijze wordt de schadevergoeding door de Raad van State berekend?
- Wordt een integrale schadevergoeding toegekend?

© Constant De Koninck 2021

192

192

- Vergoeding voor opmaak offerte?
- Interesten
- Tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat?

© Constant De Koninck 2021

193

193

Tijdsverloop tussen instellen schadevergoedingsvordering en schadevergoedingsarrest

- Gemiddeld verlopen 27,3 maanden of 2,3 jaar tussen datum van vernietigingsarrest en datum schadevergoedingsarrest.
- De in artikel 11*bis* RvS-Wet voorziene ordetermin van 12 maanden werd in de hier onderzochte schadevergoedingsdossiers dan ook niet gehaald.

© Constant De Koninck 2021

194

194

- Wordt de gehele duur van de procedure voor de Raad in acht genomen, *i.e.* vanaf de vordering tot vernietiging tot het moment van het schadevergoedingsarrest, dan bedraagt deze gemiddeld 3,9 jaren.

© Constant De Koninck 2021

195

195

Vaststellen schadevergoeding

- In de zeven doorgelichte arresten maakt de Raad van State voor het *ex aequo et bono* begroten van de geleden schade gebruik van de 10% forfaitaire schadevergoedingsregel toegerekend op de offerte van de gelaedeerde inschrijver.
 - RvS beroept zich op autonoom karakter schadevergoeding tot herstel

© Constant De Koninck 2021

196

196

Wordt een integrale schadevergoeding toegekend?

- Ja: RvS maakt geen gebruik van de haar toegekende matigingsbevoegdheid

© Constant De Koninck 2021

197

197

Vergoeding voor opmaak offerte?

In de shadedossiers waar bijkomend een vergoeding werd gevraagd voor de gedane kosten voor de opmaak van de offerte **werd deze vordering afgewezen.**

© Constant De Koninck 2021

198

198

RvS 16 mei 2019, nr. 244.490, Dimarso:

- “Het betreft immers kosten die eigen zijn aan elke deelname aan een overheidsopdracht.
- Ook de gekozen inschrijver zal de kosten van het opstellen van zijn offerte dienen te dragen.
- Deze kost was eveneens verloren, indien de verzoekende partij terecht niet zou zijn gekozen.
- Aldus zou het nadeel bestaande uit de kosten gemaakt voor het opstellen van een offerte zich ook hebben voorgedaan zonder de door de overheid begane onwettigheid.
- Het oorzakelijk verband tussen de onwettigheid en de aangevoerde schade inzake dergelijke kosten is niet aangetoond.”

© Constant De Koninck 2021

199

199

Interesten

- In alle arresten kende de Raad van State vergoedende interesten toe op de schadevergoedingen die – *ongeacht de gunningswijze* – als **waardeschulden** worden beschouwd en kunnen worden gevorderd van het ogenblik van de onwettige gunningsbeslissing.

© Constant De Koninck 2021

200

200

- Waardeschulden zijn verbintenissen tot vergoeding van schade waarvan het bedrag door de rechter bepaald wordt op de dag van zijn uitspraak.
 - ⇒ Deze interesten kunnen worden gevorderd vanaf de datum van het ontstaan van de schade, *i.e.* de datum waarop de onwettige gunningsbeslissing werd genomen
 - ⇒ Bij waardeschulden is geen aanmaning vereist

© Constant De Koninck 2021

201

201

- HvC 15 december 1994 (*Pas.* 1994, I, 1104): schadevergoedingen op grond van de forfaitaire 10%-regel (*i.e.* wanneer prijs enige gunningscriterium is) zijn geen waardeschulden maar geldschulden => aanmaning vereist voor doen lopen van compensatoire interesten
- RvS: Hoewel de schadevergoeding tot herstel op grond van art. 11 *bis* RvS-Wet gelijkennissen vertoont met de buitencontractuele schadevergoeding (art. 1382 e.v. BW), gaat het om een autonoom begrip waarvan aan de Raad van State de zorg wordt overgelaten om geleidelijk aan de modaliteiten te bepalen in zijn rechtspraak

© Constant De Koninck 2021

202

202

Kapitalisatie?

- Ongeacht de gunningswijze (dus ook bij 'aanbestedingsprocedures') is voor de Raad van State kapitalisatie van de interesten mogelijk, zonder dat de kapitalisatie-eis gebonden is aan de voorwaarden van 1154 BW (gerechtelijke aanmaning of overeenkomst die betrekking heeft op interesten die ten minste voor een geheel jaar verschuldigd zijn)

© Constant De Koninck 2021

203

203

- In twee gevallen waar kapitalisatie werd gevorderd, werd deze door de Raad van State afgewezen omdat niet werd bewezen dat deze kapitalisatie noodzakelijk was om tot een volledige schadevergoeding te komen.

© Constant De Koninck 2021

204

204

Tegemoetkoming in de kosten en honoraria van de advocaat?

- Toegekend in één arrest omdat de annulatieprocedure was ingesteld vóór de inwerkingtreding van art. 30/1 RvS-Wet
 - Art. 30/1 kent rechtsplegingsvergoeding toe aan de in het gelijk gestelde partij als forfaitaire tegemoetkoming in de kosten en honoraria advocaat

© Constant De Koninck 2021

205

205

Dank voor uw aandacht

© Constant De Koninck 2021

206

206

Contact?

Constant.dekoninck@gmail.com

© Constant De Koninck 2021

207

207