De sancties ingevolge gebrek aan mededinging bij overheidsopdrachten

15.06.2021

Peter Teerlinck

NCOI M&D Seminars

& DE BANDT

1

I. ABSOLUTE NIETIGHEID
II. ONVERBINDENDVERKLARING
III. VERHOUDING TUSSEN BEIDE

2

I. ABSOLUTE NIETIGHEID

3

3

BASISPRINCIPE

- Het mededingingsprincipe in de wetgeving overheidsopdrachten raakt de openbare orde
- De sanctie van de overeenkomst die de openbare orde niet respecteert is de absolute nietigheid

4

4

RECHTSGRONDEN

- Hof van Cassatie 22 januari 2021, C.19.0303.N
  - “Een overeenkomst heeft een ongeoorloofd voorwerp wanneer zij ertoe strekt een toestand te doen ontstaan of in stand te houden die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen. Krachtens de artikelen 6 en 1108 Oud Burgerlijk wetboek is een dergelijke overeenkomst nietig en kan zij geen gevolg hebben.”
  - OPMERKING: de doctrine die uit het arrest van 30 januari 2015 (R.W. 2015-16, p.1100) had afgeleid dat het Hof van Cassatie niet tot de absolute nietigheid besluit van de overheidsopdracht die zonder mededinging is afgesloten, is duidelijk afgewezen door het Hof van Cassatie zelf.

5

5

KENMERKEN EN GEVOLGEN

- “de overeenkomst kan geen gevolg hebben”:
  - Nietigheid is retroactief, partijen moeten in hun oorspronkelijke toestand worden hersteld,
  - kan door elke belanghebbende worden ingeroepen, ook door de partijen zelf,
  - Ook ambtshalve door de rechter,
  - In elke stand van het geding,
  - Exceptie van nietigheid verjaart niet
  - Meer bepaald zal elke contractuele vordering tussen partijen als onontvankelijk worden afgewezen (*nemo auditur*), met als enige verzachting de toepassing van het principe van de verrijking zonder oorzaak

6

6

TOEPASSINGEN

- Rb Brussel 22 februari 2008, AR 2004/5792/A, deels geciteerd in P. Teerlinck e.a., de aanbestedende overheid & schadevergoeding, Larcier, 2017, 221.
  - vordering tot schadevergoeding tegen de advocaat die een beweerdelijk foutief advies had gegeven: ongegrond

7

7

TOEPASSINGEN

- Brussel 23 november 2011, TBP 2012, 564, noot F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS
  - onderhoudsopdracht met terbeschikkingstelling door de aanbesteder van middelen en personeel plus een vergoeding van 100.000 EUR per jaar
  - Voortijdige verbreking door aanbesteder
  - Vordering van de opdrachtnemer tot betaling van toekomstige vergoedingen: afgewezen als onontvankelijk bij gebrek aan legitiem belang
  - Dezelfde vordering op basis van de culpa in contrahendo is ongegrond: de opdrachtnemer is mede schuldig en de eigen fout doorbreekt het oorzakelijk verband

8

8

TOEPASSINGEN

- Brussel 28 december 2013, J.T. 2014, 96
  - Opdracht voor informaticadiensten
  - Verbreking met onmiddellijke ingang door de aanbesteder zonder opgave van motief
  - Dagvaarding door de opdrachtnemer voor nog onbetaalde facturen en een verbrekingsvergoeding
  - Het Hof wijst de facturatie voor nog niet verrichte prestaties af
  - Het Hof wijst ook de eis tot winstderving op basis van art. 1382-1383 BW af: de opdrachtnemer toont niet aan dat hij, zonder de fout van de aanbesteder, het contract zou verkregen hebben, laat staan aan dezelfde prijsvoorwaarden

9

TOEPASSINGEN

- Gent 14 februari 2014, NjW 2016, 170, noot C. DE KONINCK
  - Aanneming van werken
  - Vordering van de aannemer tot betaling van extra vergoedingen ingevolge feiten te wijten aan de aanbesteder tijdens de uitvoering van de overeenkomst
  - De aanbesteder en de in vrijwaring geroepen architect roepen de absolute nietigheid in;
  - Afwijzing van de vordering op basis van nemo auditur; afwijzing van de precontractuele rechtsgrond op basis van de eigen schuld;
  - Aanbesteder mag de ontvangen (onmogelijk terug te geven) prestaties behouden en de opdrachtnemer de reeds ontvangen volledige aannemingsom

10

TOEPASSINGEN

- Gent 6 februari 2015, T.Aann. 4/2016, 403, noot I.Cooreman en M.Lecomte
  - Dienstenopdracht aan studiebureau voor het ontwerp van een zwembad
  - Voorontwerp werd afgeleverd en betaald, vervolgens werkt de aanbesteder verder met een andere firma
  - De ontwerper vordert een vergoeding voor geleverde maar nog niet gefactureerde prestaties, en een verbrekingsvergoeding
  - Het Hof bevestigt dat hetgeen betaald is, moet betaald blijven, en dat voor het overige nog diensten geleverd zijn, waarvan het bedrag ex aequo et bono wordt begroot door het Hof

11

TOEPASSINGEN

- Antwerpen 6 december 2017, NjW 2018, 259, noot C. DE KONINCK
  - Toewijzing van een makelaarsopdracht inclusief het afsluiten van polissen aan één verzekeringsmakelaar
  - Een concurrerende verzekeringsmakelaar vraagt:
    - De vernietiging van de gunningsbeslissing: JA
    - De veroordeling tot schadevergoeding wegens verlies van een kans: JA, maar niet de volle 10%, wel ex aequo et bono
    - De vernietiging van de polissen: JA
    - De verplichting tot het opstarten van een nieuwe gunningsprocedure waarbij hij moet worden uitgenodigd: NEE

12

TOEPASSINGEN

- Luik 23 april 2019, T.Aann. 4/2020, 426 en Cass. 3 september 2020, T.Aann. 4/2020, 434, noot van de redactie
  - Overheid beëindigt vervroegd een domeinconcessie en een erfpacht m.b.t. de bouw en exploitatie van een parking
  - De concessiehouder vraagt dat het Hof de overheid verplicht om de overeenkomst verder te zetten
  - Het Hof van Beroep herkwalificeert de overeenkomst als een overheidsopdracht voor werken én diensten
  - De overeenkomsten mogen niet verder worden uitgevoerd
  - De verjaring van de exceptie tot vaststelling van de nietigheid kan niet worden ingeroepen, zelfs al is de overeenkomst gedeeltelijk uitgevoerd
  - Vordering op basis van precontractuele aansprakelijkheid eveneens afgewezen: de opdrachtnemer is mede verantwoordelijk en bewijst niet dat hij bij mededinging de opdracht zou hebben bekomen

13

13

TOEPASSINGEN

- In het kader van de afwijzing van het cassatiemiddel over de verjaring stelt het Hof van Cassatie: "**Pour le surplus, fût-elle partiellement exécutée, une convention frappée de nullité absolue pour violation de dispositions légales d'ordre public ne peut avoir aucun effet**"

14

14

TOEPASSINGEN

- Rb. Brussel 20 april 2020, T.Aann. 3/2020, noot C. De Koninck
  - Oprichting van een tijdelijke vereniging door Electrabel met een aannemer in het kader van een domeinconcessie toegewezen door de Belgische Staat; Deze tijdelijke vereniging sluit vervolgens aannemingsovereenkomsten af met de die aannemer en met een reeks andere aannemers;
  - De Belgische Staat trekt de toegekende vergunningen in, waarop de tijdelijke vereniging schadevergoeding eist van de Belgische Staat en een eis tot vrijwaring instelt;
  - De rechtbank past het nemo auditur principe toe: de betrokken overeenkomsten zijn gesloten zonder respect van de mededinging
    - + afwijzing argument gebrek aan belang van een derde
    - + afwijzing van het argument van de verjaring van de vordering tot vaststelling van de nietigheid

15

15

LAATSTE ONTWIKKELINGEN

- HOF VAN CASSATIE 22 JANUARI 2021 EN DE CONCLUSIE VAN HET OPENBAAR MINISTERIE
  - Herneming van het principe van de volstrekte nietigheid, MAAR:
  - “Wanneer evenwel wordt vastgesteld dat er geen enkele potentieel geïnteresseerde marktspeler was, is de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt gelet op het doel van de geschonden regel en is de overeenkomst niet nietig. Bovendien kan de rechter beslissen om de overeenkomst niet te vernietigen wanneer dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht of de concessie voortgang vindt.”

16

16

LAATSTE ONTWIKKELINGEN

- NIEUW BURGERLIJK WETBOEK
  - Art 5.60 nietigheidsgronden
    - « Een contract dat niet voldoet aan de geldigheidsvereisten is nietig.
    - Het contract blijft evenwel geldig in de gevallen die door de wet zijn bepaald of wanneer uit de omstandigheden blijkt dat de nietigheidssanctie kennelijk ongeschikt zou zijn, gelet op het doel van de geschonden regel »

17

17

II. ONVERBINDENDVERKLARING

18

18

RICHTLIJN 2007/66/EG RATIO LEGIS

- Ter bestrijding van de onwettige onderhandse gunning van opdrachten, die het Hof van Justitie als een zeer ernstige schending van het communautaire aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst heeft gekwalificeerd, dient in doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sancties te worden voorzien. Door onwettige onderhandse gunning tot stand gekomen overeenkomsten moeten derhalve in beginsel als onverbindend worden beschouwd. Een overeenkomst behoort niet automatisch onverbindend te worden, doch dient door een onafhankelijke beroepsinstantie onverbindend te worden verklaard of het gevolg te zijn van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie.

19

19

WET RECHTSBESCHERMING

- Principe:
- Art. 17:
  - Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gesloten opdracht of concessie onverbindend in elk van de volgende gevallen :
    1° onverminderd artikel 18, wanneer de aanbestedende instantie een opdracht of concessie heeft gesloten zonder bekendmaking op Europees niveau van een aankondiging van opdracht of van concessie, terwijl het recht van de Europese Unie inzake overheidsopdrachten of concessies of de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten of concessies dit nochtans vereisen;

20

20

WET RECHTSBESCHERMING

- "verzachtingen" op het principe:
  - Art. 18: de vrijwillige transparantie ex ante
  - Art. 19: de gevolgen ex tunc of ex nunc
  - Art. 20: de dwingende reden van algemeen belang
  - Art. 22: de alternatieve sancties: looptijd opdracht inkorten of boete

21

21

WET RECHTSBESCHERMING

- Verhaaltermijn, art. 23§5 en 6 :
- §5. Het in artikel 17 bedoelde verhaal tot onverbindendverklaring wordt ingesteld binnen een termijn van dertig dagen die ingaat de dag waarop de aanbestedende instantie, hetzij :
  - 1° de aankondiging van gegunde opdracht of concessie heeft bekendgemaakt overeenkomstig de daartoe vastgestelde bepalingen, wanneer de aanbestedende instantie beslist heeft deze opdracht of concessie te plaatsen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van opdracht of van concessie in het Publicatieblad van de Europese Unie en het Bulletin der Aanbestedingen en de aankondiging van gegunde opdracht of concessie de rechtvaardiging van deze beslissing bevat, of…
  - De verhaaltermijn bedraagt zes maanden vanaf de dag waarop de opdracht of de concessie werd gesloten, wanneer de aanbestedende instantie de bepalingen van het eerste lid niet naleeft.
- §6. Het in artikel 22 bedoelde verhaal tot alternatieve sancties wordt ingesteld binnen een termijn van zes maanden.

22

22

WET RECHTSBESCHERMING

- Bevoegde instantie, art. 24:
  - Voor de verhaalprocedures bedoeld in de artikelen 17 en 22 is de verhaalinstantie de gewone rechter. Voor de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties zetelt de rechter zoals in kort geding.

23

23

TOEPASSING

- Vz. Rb. Brussel 28 februari 2014 en 31 juli 2014, deels geciteerd in P. THIEL, "Jurisprudence judiciaire", Jaarboek overheidsopdrachten EBP, 2018-2019, 106 en G. MARTOU e.a., Kroniek 2017-2018, *OOO*, 2019, p, 127
  - Levering medisch materiaal aan ziekenhuis voor zwaar verbranden
  - Onterechte toepassing onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking wegens "slechts één mogelijke leverancier"
  - Concurrerende leverancier valt aan
  - Dwingende redenen van algemeen belang
  - Toepassing alternatieve sanctie: verkorting duur van de overeenkomst

24

24

TOEPASSING

- Arrest Hof Antwerpen 27 juni 2013, T.Aann. 4/2013, 421, noot I. Cooreman en Rb.Antwerpen 8 april 2015 (P. TEERLINCK e.a., De aanbestedende overheid & schadevergoeding, Larcier, 2017, 183)
  - Oprichting gebouw met demineralisatie-installatie
  - Hof van Beroep:
    - "Belang" zelfs al zijn werken intussen volledig uitgevoerd
    - Onverbindendverklaring *ex nunc*
  - Rechtbank:
    - Nietigverklaring van de gunningsbeslissing en toekenning van een schadevergoeding
    - Schadevergoeding bij analogie met 10% regel: 5 deelnemers aan marktverkenning dus 20% kans op opdracht binnen te halen;

25

25

TOEPASSING

- Antwerpen 9 april 2015, *Mercatus*
  - Bergingsovereenkomst van baggerspecie
  - Geen concurrentie georganiseerd
  - Onderneming die berging voor dergelijke specie voorziet vraagt onverbindendverklaring
  - Het Hof oordeelt:
    - Ontvankelijk: het feit dat onderneming op die markt actief is vormt afdoende belang; Zij moet geen schade aantonen; In welke mate vergunningen vereist waren, is irrelevant
    - Gegrond: onverbindendverklaring ex nunc, heropening der debatten voor het bepalen van een boete; + dwangsom

26

26

III. VERHOUDING ABSOLUTE NIETIGHEID - ONVERBINDENDVERKLARING

27

27

PROBLEEMSTELLING

- Vergelijkbare sancties maar niet gelijk: moet de sanctie van de absolute nietigheid wijken voor de sanctie van de onverbindendverklaring?
- PRO AFSCHAFFING ABSOLUTE NIETIGHEID
  - Het arrest Fastweb 11 september 2014, C-19/13
  - De rechtsbeschermingswet is een gesloten systeem
  - onaantastbaarheid van de overeenkomst na de sluiting ervan
- KRITIEK OP DAT STANDPUNT:
  - overweging 20 Richtlijn: “Deze richtlijn mag de toepassing van strengere sancties overeenkomstig het nationaal recht niet uitsluiten”
  - Fastweb handelt over de zeer specifieke situatie van de vrijwillige aankondiging ex ante
  - Nergens blijkt de wil van de wetgever tot een gesloten systeem
  - Nergens blijkt de onaantastbaarheid van de overeenkomst
  - Wat dan met de opdrachten onder de Europese drempel (geen onverbindendverklaring voorzien)

28

28

CONCLUSIE

- Enerzijds lijken de sancties naar elkaar toe te groeien: zie arrest Cass. 22 januari 2021
- Anderzijds moet de wetgever zijn huiswerk opnieuw maken: in feite heeft de wetgever over dit probleem niet nagedacht en is het probleem dus ook niet opgelost

29

29

Vragen ?

peter.teerlinck@debandt.eu

30

30

Hartelijk dank!

& DE BANDT cv/sc
Advocaten | Avocats | Attorneys | Rechtsanwälte

Yzerlaan | Avenue de l'Yser 19 | B-1040 Brussel – Bruxelles
Tel +32 2 737 91 79 | Fax +32 2 742 91 79
www.debandt.eu
BTW-TVA BE 0893.065.340 RPM Brussel