



**NATIONAL
TENDER DAY**

(Onuitgegeven) burgerrechtelijke uitspraken inzake de plaatsing en uitvoering van overheidsopdrachten anno 2021-2022

National Tender Day (15.30 uur) | 27 oktober 2022



Inhoud

NATIONAL TENDER DAY 2022

- | | |
|-------|---|
| I. | Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie |
| II. | <i>Quid</i> vermelding verkeerde erkenningseisen? |
| III. | Ambtshalve maatregelen |
| IV. | Prijsonderzoek |
| V. | Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: gevolgen |
| VI. | <i>Quid</i> met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek? |
| VII. | Schadevergoedingscontentieux |
| VIII. | De nietigheidssanctie: recente evoluties |

Spreekers



Bob Martens

Partner
bob.martens@dlapiper.com

M: +32 (0)494 57 15 03



Matthias Stinissen

Senior Lead Lawyer
matthias.stinissen@dlapiper.com

M: +32 (0)498 27 48 92



Andi Zrza

Lawyer
andi.zrza@dlapiper.com

M: +32 (0)498 42 25 17

Methodologie en opzet van de presentatie

- Onuitgegeven burgerrechtelijke vonnissen en arresten → opgevraagd bij diverse rechtsinstanties
- Evenals de belangrijkste arresten van het Hof van Justitie alsmede het Hof van Cassatie
- Focus op relevante *take-aways* en *lessons learned* voor de praktijk
- Slides zijn omstandig opgesteld om eveneens als naslagwerk te kunnen dienen



Inhoud

NATIONAL TENDER DAY 2022

- | | |
|-------|--|
| I. | Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie |
| II. | <i>Quid</i> vermelding verkeerde erkenningseisen? |
| III. | <i>Ambtshalve maatregelen</i> |
| IV. | <i>Prijsonderzoek</i> |
| V. | <i>Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: gevolgen</i> |
| VI. | <i>Quid met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?</i> |
| VII. | <i>Schadevergoedingscontentieux</i> |
| VIII. | <i>De nietigheidssanctie: recente evoluties</i> |

Spreekers



Bob Martens

Partner
bob.martens@dlapiper.com

M: +32 (0)494 57 15 03



I.
Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie
anno 2022

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Strenge selectiecriteria

Hof van Justitie 31 maart 2022 C-195/21 en 28 april 2022 C-642/20

- **Feiten:**

- Selectiecriteria voor overheidsopdracht voor werken :

- **Overheidsopdracht 1:**

- Ingeschreven in centrale beroepsregister voor aannemers (groep IV, categorie I die onder wet ruimtelijke ordening vallen) of gelijkwaardig register
- Technische en beroepsbekwaamheid: referenties van soortgelijke opdrachten (stabiliseringswerken bij grondverschuivingen)
- Vereisten technisch ingenieurspersoneel: technisch directeur met beroepskwalificatie en 3 jaar ervaring

- **Overheidsopdracht 2:**

- Vereist dat leider van combinatie ondernemers zelf aan meeste toelatingsvoorwaarden moet voldoen én meeste prestaties moet verrichten

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Streng selectiecriteria

Hof van Justitie 31 maart 2022 C-195/21 en 28 april 2022 C-642/20

- **Rechtsvragen:**
 - Moet artikel 58, lid 4 van richtlijn 2014/24 worden uitgelegd dat de in de selectiecriteria gestelde eisen aan de beroepsbekwaamheid van het personeel van een ondernemer die inschrijft op een gespecialiseerde opdracht in de bouwsector, strenger mogen zijn dan de minimumeisen inzake opleiding en beroepskwalificatie waarin de bijzondere nationale wet (artikel 163a, lid 4, van de wet inzake ruimtelijke ordening) voorziet, zonder dat de opgelegde eisen op het eerste gezicht mededingingsbeperkend zijn?
 - Kan bestek bepalen dat leider van combinatie aan meeste selectiecriteria moet voldoen en meeste prestaties moet verrichten?

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Strenge selectiecriteria

Hof van Justitie 31 maart 2022 C-195/21 en 28 april 2022 C-642/20

- **Beslissing van het Hof**
 - **Selectiecriteria strenger dan wettelijke vereisten, is mogelijk mits:**
 - Geschiktheid (alleen criteria betrekking op geschiktheid om beroepsactiviteit uit te oefenen én beperkt tot hetgeen nodig is om opdracht uit te voeren)
 - Art. 58 Richtlijn 2014/24 “kunnen” → aanbestedende overheid mag vrij oordelen en mag verder gaan dan minimumvereisten vastgesteld in nationale wet. Hof: rechtvaardiging vereist bij strengere selectiecriteria en nagaan mededinging (*in casu*: 3 kandidaten en waarde opdracht beperkt = voldoende)
 - **Selectiecriteria aangaande leider van combinatie**
 - Art. 63 lid 2 Richtlijn 2014/24: kritieke taken door inschrijver zelf wordt uitgevoerd → doelstelling: kwalitatieve benadering om deelname van tijdelijke samenwerkingsverbanden van kleine en middelgrote ondernemingen aan overheidsopdrachten te bevorderen
 - Algemene wettelijke bepaling die stelt dat leider “meeste prestaties” moet verrichten is in strijd met doelstelling richtlijn en ondermijnt doelstelling om mededinging van kleinere spelers te bevorderen

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning

Hof van Justitie 12 mei 2022 C-719/20

- **Feiten:**

- Gemeente Lerici gunt in-house het beheer van afvalcyclus aan ACAM NV die het beheer toevertrouwd aan haar dochteronderneming ACAM Ambiente. Aandelen van ACAM volledig in handen van deelnemende gemeenten, waaronder Lerici
- Herstructurering ACAM NV: openbare aanbesteding voor nieuwe partner om combinatie te vormen
- IREN verwierf alle aandelen ACAM van deelnemende gemeenten en deze verwierven aandelen in IREN nadat kapitaal voor hen was verhoogd. Gemeente Lerici draagt aandelen over

- **Rechtsvraag:**

- Maakt de verwerving van vennootschap door andere marktdeelnemer een wijziging uit die een nieuwe aanbesteding verantwoordt?

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning

Hof van Justitie 12 mei 2022 C-719/20

- **Beslissing van het Hof:**

- Onderzoek criteria art. 72, lid 1, onder d), ii) Richtlijn 2014/24: “*rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van een herstructurering*”
- Vervanging aannemer mogelijk zonder nieuwe plaatsingsprocedure op voorwaarde dat:
 - De nieuwe aannemer voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie;
 - De verwerving geen andere wezenlijke wijzigingen in opdracht meebrengt
- Wijziging *in casu* is geen vervanging van aannemer → valt niet binnen werkingssfeer van art. 72 Richtlijn 2014/24, omdat de aanbesteding is gegund zonder oproep tot mededinging
- Art. 12, lid 3 Richtlijn 2014/24 bepaalt voorwaarden voor in-house gunning, waaronder gezamenlijk beslissende invloed. Gemeente Lerici heeft niet meer deelgenomen in kapitaal van IREN, zij is niet vertegenwoordigd in besluitvormingsorganen en zij kan geen invloed uitoefenen op strategische doelstellingen

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning

Hof van Justitie 12 mei 2022 C-719/20

- **Beslissing van het Hof:**

- Opdracht kan niet verdergezet worden door dochteronderneming van ACAM → nieuwe aanbesteding
- Gegeven dat IREN door ACAM is gekozen na openbare aanbesteding doet hieraan geen afbreuk.
- Richtlijn 2014/24 verzet zich ertegen dat uitvoering van in-house gegunde overheidsopdracht wordt voortgezet wanneer de aanbestedende dienst niet langer een deelneming in de opdrachtnemer bezit en er geen toezicht meer op uitoefent

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

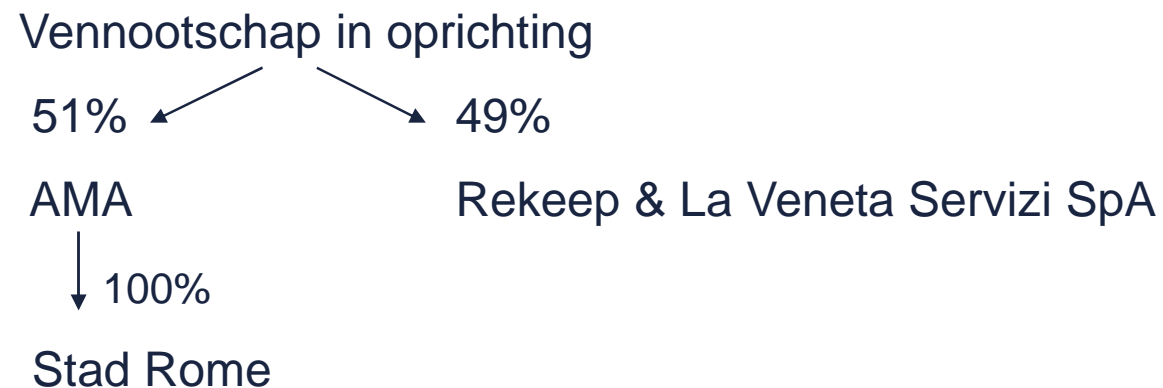
In house gunning: complexe structuren

Hof van Justitie 1 augustus 2022 C-332/20

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht uitgeschreven door de stad Rome: partner voor het oprichten van een vennootschap en dat aan deze vennootschap beheer van schooldienst wordt toevertrouwd
 - 51% van nieuwe vennootschap in handen van stad Rome
 - 49% in handen van nieuwe partner

- **Één kandidaat:**



- Uitsluiting kandidaat door deelneming AMA → stad Rome zou dan 73,5% bezitten in nieuwe vennootschap

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning: complexe structuren

Hof van Justitie 1 augustus 2022 C-332/20

- **Rechtsvragen:**

- Mag een entiteit worden uitgesloten van een aanbesteding, wanneer de directe of indirecte overheidsdeelneming minder dan 30% bedraagt?
- Moet voor de beoordeling of er sprake is van een in-house transactie rekening worden gehouden met de formele samenstelling van de entiteit of met haar eigen indirecte deelneming in de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende particuliere entiteit?

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning: complexe structuren

Hof van Justitie 1 augustus 2022 C-332/20

- **Beoordeling Hof:**

- Kandidaat voldoet aan criteria: 49% van kapitaal én financiële en technische capaciteit om alle diensten te verrichten die samenhangen met schoolactiviteiten → deze onderdelen zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden en vormen ondeelbaar geheel
- Voor betrokken transactie moet de juridische kwalificatie worden beoordeeld op basis van regels die van toepassing zijn op onderdeel van hoofdvoorwerp of het overwegende element van de overeenkomst
- Doel van procedure niet om gemengde vennootschap op te richten maar om de partner van de stad Rome binnen die vennootschap het volledige operationele risico van de verrichting van de met de schoolactiviteit van die stad samenhangende diensten te laten dragen. Vennootschap is louter medium waarmee kwaliteit van de diensten volgens de stad het best verzekerd worden
- De uitsluiting van een inschrijver, door het feit dat de maximumdeelneming door de aanbesteder in het kapitaal van deze vennootschap de voorziene maximumdeelneming zou overschrijden is gerechtvaardigd, voor zover dat die overschrijding het economisch risico van de aanbesteder doet toenemen.

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning: complexe structuren

Hof van Justitie 1 augustus 2022 C-332/20

- **Beoordeling Hof:**

- In-house gunningen vallen buiten de werkingssfeer van Richtlijn 2014/24 (art. 12)
- Echter:
 - *“volstaat het erop te wijzen dat een samenwerkingsovereenkomst, om onder artikel 12, lid 4, van deze richtlijn te vallen, niet tot gevolg mag hebben dat een particuliere onderneming in een bevoorrechte situatie wordt geplaatst ten opzichte van haar concurrenten. [Dit is] in de onderhavige zaak noodzakelijkerwijs wel het geval, gezien de participatie van privékapitaal in de op te richten gemengde vennootschap, zodat de procedure in het hoofdgeding niet op basis van die bepaling kan worden uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 2014/24”*
- Directe participatie wel mogelijk bij inhouse-entiteit, maar:
 - Geen controle-of blokkeringsbevoegdheid opleveren
 - En geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon (aanbestedende dienst moet invloed behouden)

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Mededinging en gelijke toegang

Hof van Justitie 15 september 2022 C-416/21

- **Feiten:**

- J is handelaar actief onder eigen naam. K. Reisen is een busvervoersmaatschappij waarvan J de directeur en enige aandeelhouder is
- J en K. Reisen hebben allebei inschrijvingen ingediend via dezelfde persoon **J**.
- Voor J was het jaar voordien een insolventieprocedure geopend. De curator had de zelfstandige activiteit van J uit de procedure gehaald
- J heeft in zijn kandidatuur verklaard dat er geen insolventieprocedure was aangevraagd of geopend
- De inschrijvingen van J en K. Reisen werden uitgesloten wegens schending van mededingingsregels omdat deze waren opgesteld door dezelfde persoon

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Mededinging en gelijke toegang

Hof van Justitie 15 september 2022 C-416/21

- **Rechtsvraag:**

- Kan kandidaat uitgesloten worden op grond dat er plausibele aanwijzingen bestaan wanneer deze met andere ondernemers inbreuk hebben gemaakt op het artikel 101 VWEU?
- Laat het gelijkheidsbeginsel toe dat kandidaten die een economische eenheid vormen, elk een eigen inschrijving indienen?

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning

Hof van Justitie 15 september 2022 C-416/21

- **Rechtsgronden:**

- Art. 69, lid 1, 4° Wet Overheidsopdrachten (omzetting art. 57, lid 4, onder d) Richtlijn 2014/24):
 - *wanneer de aanbestedende overheid over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat of inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die gericht zijn op vervalsing van de mededinging in de zin van artikel 5, lid 2;*
- Art. 101 VWEU:
 - *Onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd*

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

Mededinging en gelijke toegang

Hof van Justitie 15 september 2022 C-416/21

- **Beslissing van het Hof:**

- **Onderscheid tussen art. 57, lid 4 onder a) Richtlijn 2014/24 en art. 101 VWEU:**

- *“Vastgesteld zij dat deze bepaling in algemene zin ziet op “met andere ondernemers [gesloten overeenkomsten] die gericht zijn op vervalsing van de mededinging”. Er wordt niet verwezen naar artikel 101 VWEU en in het bijzonder is, anders dan daarin het geval is, niet vereist dat die overeenkomsten “tussen ondernemingen” zijn gesloten en “de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden*
- *Hieruit volgt dat artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 verwijst naar gevallen waarin ondernemers om het even welke mededingingsversturende overeenkomst sluiten, en dus niet kan worden beperkt tot de overeenkomsten tussen ondernemingen die worden bedoeld in artikel 101 VWEU.”*

- **Art. 57 Richtlijn 2014/24 verschilt van artikel 101 VWEU**

- *“Aldus wil **artikel 57**, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 aanbestedende diensten de **integriteit** en de **betrouwbaarheid** van elk van de ondernemers te beoordelen en in aanmerking te nemen, zodat zij onbetrouwbare inschrijvers waarvan zij er niet op kunnen vertrouwen dat zij de diensten in kwestie naar behoren zullen uitvoeren, kunnen uitsluiten van aanbestedingsprocedures. Deze doelstelling lijkt te verschillen van die van artikel **101 VWEU**. Dit artikel beoogt namelijk mededingingsversturende gedragingen van ondernemingen te bestraffen en hen van dergelijke gedragingen te weerhouden.*

I. Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie

In house gunning

Hof van Justitie 15 september 2022 C-416/21

- **Beslissing van het Hof:**

- Art. 57 Richtlijn 2014/24 wordt een ruime uitlegging gegeven

- er moet ook rekening worden gehouden met overeenkomsten tussen ondernemers die de handel tussen lidstaten niet ongunstig beïnvloeden

- elke onrechtmatige gedraging die de professionele geloofwaardigheid, integriteit en betrouwbaarheid van de ondernemer aantast (ruime uitlegging)

- In de huidige zaak is mogelijks geen sprake van 2 “verschillende” ondernemingen

- *In casu (...) [kan] in het hoofdgeding niet (...) worden aangenomen dat twee ondernemers die voor hun beslissingen voornamelijk afhangen van een en dezelfde natuurlijke persoon, “overeenkomsten” met elkaar kunnen sluiten, aangezien er geen sprake lijkt te zijn van twee onderscheiden wilsintenties die kunnen samenvallen. Het staat echter aan de verwijzende rechter om na te gaan of het, gezien de band tussen J en K. Reisen, mogelijk is dat zij dergelijke overeenkomsten sluiten om de mededinging te vervalsen. Indien dat niet zo is, kan de facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 57, lid 4, eerste alinea, onder d), van richtlijn 2014/24 niet worden toegepast op hun situatie.*



II.
Quid vermelding verkeerde erkenningseisen?

II. Verkeerde erkenningsvereiste in bestek

Gent 8 april 2022 (2015/AR/453)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor werken: condens-bestrijding en vernieuwen van verlichting in sporthal
- Technisch bestek vereist erkenning in categorie D (klasse 2) – algemene aanneming van bouwwerken
- Raad van State vernietigt gunningsbeslissing: gekozen inschrijver geen erkenning D2
- De eigenlijke werken gaan echter niet over bouw waarvoor erkenning in klasse D vereist is. De werken vereisten in werkelijkheid een erkenning P1 (elektrische installaties)

- **Rechtsvraag:**

- Kan de niet gekozen inschrijver (met enkel erkenning D2) aanspraak maken op schadevergoeding?

II. Verkeerde erkenningsvereiste in bestek

Gent 8 april 2022 (2015/AR/453)

- **Beslissing van het Hof:**

- Art. 15 wet overheidsopdrachten 24 december 1993 en art. 1382 (oud) BW: niet gegunde laagste regelmatige inschrijver aanspraak op schadevergoeding bij mislopen opdracht;
- Vernietiging gunningsbeslissing door Raad van State niet voldoende → verzoekende partij moet bewijzen dat zij de laagste regelmatige inschrijver was;
- Regelgeving inzake erkenningen is van openbare orde;
- Bestek vereist erkenning D2, maar in werkelijkheid doelt bestek op erkenning P1 → bestek slordig opgesteld / resultaat van een copy-paste
- artt. 5 en 6-7 KB 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken:
 - *“De categorie of ondercategorie waarin een aanneming die werken omvat die in verscheidene categorieën en/of ondercategorieën gerangschikt zijn, moet worden gerangschikt is die waartoe het gedeelte van het uit te voeren werk behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van de aannemingssom vertegenwoordigt ”*

II. Verkeerde erkenningsvereiste in bestek

Gent 8 april 2022 (2015/AR/453)

- **Beslissing van het Hof:**

- Verzoekende partij beschikt over D2 erkenning, maar niet over P1
- Bestek stelt verkeerde eisen en niet conform de werkelijke aard
 - *“blijft het feit dat de verkeerd gestelde eisen inzake erkenning (D2) in deze ingaan tegen de conform de werkelijke aard (van de aanzienlijk duurst component) van de werken en dus ook ingaan tegen de van openbare orde toepasselijk zijnde/zich opdringende erkenningsregeling”*
- Verzoekende partij = niet regelmatige inschrijver → **geen aanspraak op schadevergoeding:**
 - *“Dat SIX beschikte over de verkeerdelijk in het bestek vermelde erkenning D2, welke verkeerde erkenningsvereiste ingaat tegen de van openbare orde zijnde erkenningsregeling, vermag SIX geen aanspraken op forfaitaire schadevergoeding”*
- Verzoekende partij is geacht vertrouwd te zijn met overheidsopdrachten en met de erkenningen die in dit verband zijn gesteld

II. Verkeerde erkenningsvereiste in bestek

Zie in dezelfde zin [Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Turnhout 30 september 2022 \(A/22/00265\)](#)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor het vervangen van open ketels door gesloten ketels
- Het bestek bepaalt dat geen specifieke erkenning vereist is
- De niet-gekozen inschrijver houdt voor dat voor de uitvoering van de opdracht weldegelijk een erkenning is vereist (klasse 2, ondercategorie D17), maar de gekozen inschrijver daarover niet beschikt
- De AO argumenteert dat de werken enkel betrekking hebben op ondercategorie D16 en de niet-gekozen inschrijver aldus niet over het vereiste belang beschikt om de nietigverklaring van de gunningsbeslissing te vorderen (nu hij zelf niet over een erkenning in ondercategorie D16 beschikt)

- **Beslissing Ondernemingsrechtbank:**

- De eisende partij heeft geen belang want zij beschikt niet over de vereiste erkenning (ondercategorie D16) – De niet-gekozen inschrijver kwam derhalve niet in aanmerking voor de gunning van de opdracht en geldt dat *“de niet-gekozen inschrijver evenmin is benadeeld in de zin van artikel 16 van de Rechtsbeschermingswet en heeft hij evenmin het vereiste belang om een vordering tot schadevergoeding in te stellen”*)
- **Opmerkelijk:** rechtbank stelt wel vast dat ook gekozen inschrijver niet over de vereiste erkenning beschikt (maar dit doet geen afbreuk aan het gebrek aan belang van de eisende partij)

Inhoud

NATIONAL TENDER DAY 2022

- | | |
|-------|--|
| I. | <i>Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie</i> |
| II. | <i>Quid vermelding verkeerde erkenningseisen?</i> |
| III. | Ambtshalve maatregelen |
| IV. | Prijsonderzoek |
| V. | Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: gevolgen |
| VI. | <i>Quid met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?</i> |
| VII. | <i>Schadevergoedingscontentieux</i> |
| VIII. | <i>De nietigheidssanctie: recente evoluties</i> |

Sprekers



Matthias Stinissen
Senior Lead Lawyer
matthias.stinissen@dlapiper.com

M: +32 (0)498 27 48 92



III. Ambtshalve maatregelen

III. Ambtshalve maatregelen

Quid bij uitgevoerde opdracht?

Gent 7 januari 2022 (2019/AR/130) (1/2)

- **Feiten:**

- Voorlopige oplevering i.k.v. overheidsopdracht voor optimalisatie- en opfrissingswerken heeft plaatsgevonden, n.a.v. waarvan de helft van de gestelde borg is vrijgegeven
- Definitieve oplevering na waarborgtermijn van één jaar geweigerd door AO – Na 15 dagen zonder verweermiddelen van de opdrachtnemer heeft AO ambtshalve maatregel tot verbreking van de opdracht genomen, op basis waarvan de AO in principe recht heeft op het resterend bedrag van de borg (artikel 47, §2, 1° KB AUR)
- Opdrachtnemer betwist alsnog ambtshalve maatregel en ook borgstellingskas beroept zich hierop om vrijgave resterende borg te weigeren
- Daarop dagvaardt AO de borgstellingskas m.o.o. vrijgave van de resterende helft van de borg

III. Ambtshalve maatregelen

Quid bij uitgevoerde opdracht?

Gent 7 januari 2022 (2019/AR/130) (2/2)

- **Rechtsvraag:**

- Betekent laattijdige betwisting van PV van ingebrekestelling dat een ambtshalve maatregel niet langer kan worden betwist?
- Was de AO gerechtigd een ambtshalve maatregel op te leggen die bestond uit de verbreking van de opdracht?

- **Beslissing van het Hof:**

- Het verstrijken van de termijn van 15 kalenderdagen voor het uitoefenen van verweer impliceert geenszins dat de opdrachtnemer ook zou hebben erkend dat de ambtshalve maatregel terecht zou zijn genomen
- Na uitvoering van de opdracht kan geen ambtshalve maatregel meer worden opgelegd (definitieve oplevering werd volgens het Hof onterecht geweigerd)
- Ambtshalve maatregel was “kennelijk disproportioneel” in het licht van de vastgestelde feiten (geen gebreken die definitieve oplevering konden tegenhouden) en de uitsluitende betrachting om de resterende borg te verkrijgen (die aanzienlijk hoger was dan het bedrag van de minimale gebreken)

III. Ambtshalve maatregelen

Ambtshalve maatregelen versus verbreking van de opdracht voor feiten ten laste van de opdrachtnemer

Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen 2 juni 2022 (A/17/02648)

- **Feiten:**

- Uitgebreide betwisting i.k.v. uitvoering overheidsopdracht waarbij stabiliteitsgebreken werden vastgesteld
- Vraag naar verantwoordelijke partij en diverse aanspraken vanuit de AO tot vergoeding van de daardoor geleden schade
- AO verbreekt overeenkomst met de architect (die finaal ook verantwoordelijk wordt gehouden) op grond van artikel 38/11 KB AUR (oud artikel 16, §1 AAV)
 - “De opdrachtdocumenten voorzien in een herzieningsclausule, zoals bepaald in artikel 38, waarin de modaliteiten voor de herziening van de opdracht worden bepaald wanneer de aanbesteder of de opdrachtnemer ten gevolge van nalatigheden, vertragingen of welke feiten dan ook die ten laste van de andere partij kunnen worden gelegd, een vertraging of nadeel heeft geleden”
- Artikel 38/11 KB AUR stelt dat de herziening kan bestaan uit 1° een aanpassing van de contractuele bepalingen, 2° een schadevergoeding en 3° een verbreking van de opdracht

III. Ambtshalve maatregelen

Ambtshalve maatregelen versus verbreking van de opdracht voor feiten ten laste van de opdrachtnemer

Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen 2 juni 2022 (A/17/02648)

- **Rechtsvraag:**

- Kan een verbreking op grond van artikel 38/11 KB AUR aanleiding geven tot een integrale schadevergoeding?

- **Beslissing Ondernemingsrechtbank:**

- De Ondernemingsrechtbank stelt van wel:
 - Artikel 38/11 KB AUR somt de mogelijke herzieningen niet op als alternatieven (geen “of”) – Een verbreking van de opdracht kan aldus gepaard gaan met een (integrale) schadevergoeding
 - Artikel 38/11 KB AUR bevat evenmin een beperking wat betreft de omvang van de schadevergoeding
 - De architect stelde dat de vergelijking moet worden gemaakt met de verbreking als ambtshalve maatregel (artikel 47, §2, 1° KB AUR) op grond waarvan de AO slechts recht heeft op “*het geheel van de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding*” en op grond van artikel 38/11 KB AUR geen hogere schadevergoeding kan worden toegekend
 - De Ondernemingsrechtbank volgt dit standpunt niet en stelt dat artikel 38/11 KB AUR een vertaling is van de gemeenrechtelijke verbrekingsmogelijkheid wegens gebrekkige uitvoering van een overeenkomst (waarin evenmin een beperking qua omvang van de schadevergoeding is opgenomen)



IV. Prijsonderzoek

IV. Prijsonderzoek

Prijsonderzoek en prijsverantwoording

Gent 7 januari 2022 (2020/AR/1368) (1/2)

- **Feiten:**

- Offerte van een inschrijver wordt substantieel onregelmatig verklaard wegens twee “onvoldoende” prijzen voor essentiële posten (op basis van een advies van de veiligheidscoördinator)
- Offerte wordt aldus niet geweerd wegens “abnormale” prijzen, reden waarom door de AO geen prijsverantwoording is gevraagd
- Onregelmatigheid volgt uit beoordeling van de afzonderlijke prijsberekening m.b.t. de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventiemaatregelen en –middelen, welke berekening verder dient te worden verwerkt in de afzonderlijke eenheidsprijzen
- AO stelt dat ze zich zonder meer kon baseren op de beoordeling van de veiligheidscoördinator om de substantiële onregelmatigheid vast te stellen, zonder dat zij hiervoor een prijsverantwoording diende te vragen

IV. Prijsonderzoek

Prijsonderzoek en prijsverantwoording

Gent 7 januari 2022 (2020/AR/1368) (2/2)

- **Rechtsvraag:**

- Was de AO gerechtigd de offerte substantieel onregelmatig te verklaren wegens “onvoldoende” prijzen, zonder een en ander te onderzoeken binnen het kader van het prijsonderzoek (en in het kader daarvan een prijsverantwoording te vragen)?

- **Beslissing van het Hof:**

- Het feit dat de AO de substantiële onregelmatigheid formeel niet grondt op abnormale prijzen (en om die reden er geen verplichting tot prijsverantwoording geldt), neemt niet weg dat er op haar wel de plicht rust om de regelmatigheid van een offerte na te gaan
- Dergelijk regelmatigheidsonderzoek dient te gebeuren met inachtnaam van de zorgvuldigheidsverplichting
- Door alsnog geen prijsverantwoording te vragen voor de “onvoldoende” prijzen, heeft de AO overheid gehandeld met schending van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht

IV. Prijsonderzoek

Prijsonderzoek en verlies van een kans

Gent 17 september 2021 (2019/AR/841) (1/2)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor de dorpskernvernieuwing van een stad op basis van een procedure van open aanbesteding (oud, enkel op basis van prijs)
- Niet-gekozen inschrijver vordert schadevergoeding wegens vermeende onwettigheid van de gunningsbeslissing
 - Onwettigheid is het gevolg van een voorgehouden onregelmatige prijszetting door de gekozen inschrijver
- Totaalprijs van gekozen inschrijver lag aanzienlijk lager dan totaalprijzen van de overige inschrijvers (800.000 euro t.o.v. de tweede gerangschikte)
- In de gunningsbeslissing heeft de AO gemotiveerd – op basis van vroegere werken en eigen ervaringen – dat de prijszetting van de gekozen inschrijver geen abnormaal karakter vertoonde
- In eerste aanleg kreeg de inschrijver gelijk en diende de AO een schadevergoeding te betalen van 399.450,77 euro

IV. Prijsonderzoek

Prijsonderzoek en verlies van een kans

Gent 17 september 2021 (2019/AR/841) (2/2)

- **Rechtsvraag:**

- Is sprake van fout, schade en causaal verband opdat de niet-gekozen inschrijver aanspraak kan maken op een schadevergoeding?

- **Beslissing van het Hof:**

- Het Hof gaat onmiddellijk in op de beoordeling van het causaal verband tussen de vermeende fout en de schade en stelt vast dat:
 - omwille van het geraamde bedrag en de motivering van de AO de offerte van de tweede gerangschikte budgettaire niet haalbaar is,
 - het is uitgesloten dat de AO de opdracht – zelfs in het geval van een abnormaal lage prijs van de eerst gerangschikte – aan de tweede gerangschikte zou gunnen (en de opdracht zou zijn stopgezet)
 - daargelaten eventuele abnormale prijzen de tweede gerangschikte niet in aanmerking zou komen voor gunning en om die reden geen aanspraak kan maken op een schadevergoeding
- Minstens impliciet erkent het Hof dat de vooropgestelde raming en budgettaire beperkingen kunnen worden meegenomen in de beoordeling van schijnbaar abnormale prijzen en op basis daarvan geen verantwoording diende te worden gevraagd

IV. Prijsonderzoek

Nulprijs en verplichting tot prijsonderzoek

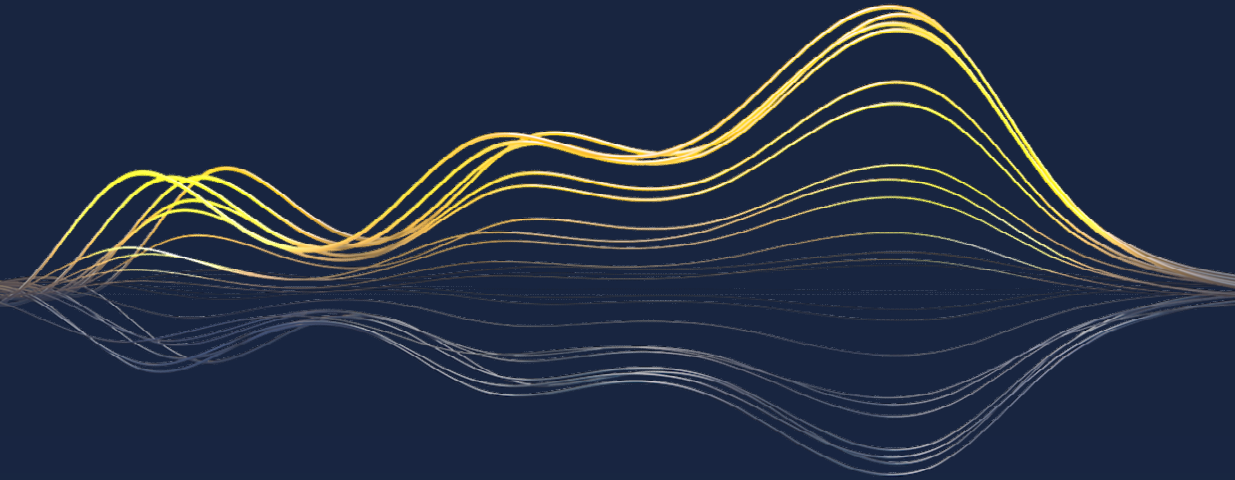
Ondernemingsrechtbank Antwerpen, afdeling Antwerpen 22 oktober 2021 (C/21/00074)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor het sluiten van een raamovereenkomst voor de levering van dialysetoestellen, bijhorende disposables en onderhoud
- Op basis van de beoordeling van de offertes wordt door de AO vastgesteld dat het onderhoud “gratis” zal zijn (hiervoor werd aldus geen prijs opgegeven) – Naar aanleiding daarvan vorderde de tweede gerangschikte de schorsing van de gunningsbeslissing

- **Beslissing Ondernemingsrechtbank:**

- De AO voerde geen onderzoek naar het aangeboden gratis onderhoud, waardoor de gelijkheid van de inschrijvers werd geschonden
 - Dit geldt des te meer nu was bepaald dat het “*preventief*” onderhoud gratis was “*exclusief wisselstukken*” – Op basis hiervan stelt de rechtbank vast dat dit een vrijgeleide betekent voor deze inschrijver nu hij zelf de prijs van de wisselstukken kan bepalen (hieromtrent was niets opgenomen in de offerte; er was zelfs aangegeven dat de opgegeven prijs alle kosten diende te bevatten) , waardoor dit zou kunnen neerkomen op de betaling van een blanco cheque door de AO
- Zie ook recente rechtspraak RvS inzake aanvaarding nulprijs (254.054)



V.
Stopzetting, heraanbesteding dan wel
verbreking: gevolgen

V. Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: *quid?*

Schadevergoedingsregeling na stopzetting

Gent 11 februari 2022 (2019/AR/626) (1/2)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor leveringen met als specifiek voorwerp ‘plafondtilliften’ – Opdracht wordt gegund middels procedure van open offerteaanvraag
- In het kader van de gunningsprocedure diende voor wat betreft het kwaliteitscriterium een test te worden uitgevoerd – Hoewel de gekozen inschrijver niet de beste prijs voorstelde, scoorde hij wel het beste op kwaliteit (de niet-gekozen inschrijver behaalde slechts een score van 6,26/40)
- Nadat de opdracht wordt gegund, dient de niet-gekozen inschrijver een vordering tot schorsing in
- Zonder een uitspraak daarover af te wachten, beslist AO tot intrekking van de gunningsbeslissing, en daaropvolgend ook tot stopzetting van de lopende gunningsprocedure, o.a. omwille van de ingediende procedure alsook vanuit “*de noodzaak om verduidelijkingen, aanpassingen en verfijningen aan te brengen in de opdrachtdocumenten*”
- Een nieuwe opdracht wordt georganiseerd maar de initieel gekozen inschrijver neemt niet langer deel nu hij meent dat dit aan de niet-gekozen inschrijver toelaat een nieuw voorstel (BAFO) in te dienen, met kennis van de eerdere beoordeling van de testen

V. Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: *quid?*

Schadevergoedingsregeling na stopzetting

Gent 11 februari 2022 (2019/AR/626) (2/2)

- **Rechtsvraag:**

- Was de AO gerechtigd de lopende gunningsprocedure stop te zetten en vervolgens een nieuwe opdracht in de markt te plaatsen?

- **Beslissing van het Hof:**

- Het louter instellen van een schorsingsprocedure dient niet per se aanleiding te geven tot een intrekingsbeslissing en daaropvolgende stopzettingsbeslissing – Een en ander dient omstandig te worden gemotiveerd opdat dergelijke beslissingen als redelijk en proportioneel kunnen worden beschouwd
- De ingeroepen motivering van de AO dat besteksbepalingen dienden te worden verfijnd en verduidelijkt kan niet worden aanvaard, nu vaststaat dat de besteksbepalingen correct konden worden toegepast – Dergelijke motivering kan niet worden aangewend om de eigen fouten van de AO te remediëren
- Het starten van een nieuwe procedure betreft *“een aanfluiting van het gelijke mededingingsprincipe op basis van de initieel ingediende offerte”*
 - Niet-gekozen inschrijver wist op basis van de meegedeelde resultaten van de eerste test wat hij zou moeten aanpassen en bijstellen op het vlak van kwaliteit, terwijl andere inschrijver zijn kwaliteit niet meer kon verbeteren en de opdracht enkel nog kon binnenhalen mist een aanzienlijke prijskorting (waardoor de verwachte kwaliteit niet meer kon worden geleverd)
- AO is kennelijk foutief buiten de grenzen van een rechtmatig discretionair handelen getreden en heeft daarbij schade berokkend

V. Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: *quid?*

Heraanbesteding wegens mislopen subsidies – eenzijdige verbreking van reeds gesloten overeenkomst

Gent 10 september 2021 (2018/AR/747) (1/2)

- **Feiten:**

- Overheidsopdracht voor werken voor het vervangen van buitenschrijnwerk in de gebouwen van een gemeentelijke basisschool
- De wettelijk voorgeschreven indiendingstermijn voor de offerte diende 36 dagen te bedragen, doch deze termijn werd door de AO niet gerespecteerd
- Evenwel werden offertes ingediend, werd de opdracht gegund en werd vervolgens de overeenkomst gesloten
- De uitvoering van de werken diende te worden gesubsidieerd door AGION die bij de beoordeling van de subsidieaanvraag vaststelde dat de wetgeving overheidsopdrachten niet was nageleefd (met name door het niet respecteren van de voorgeschreven indieningstermijn van 36 dagen) – Daarop weigerde AGION subsidies toe te kennen
- De AO besliste tot heraanbesteding en bijgevolg tot verbreking van de lopende overeenkomst met de gekozen aannemer

V. Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: *quid?*

Heraanbesteding wegens mislopen subsidies – eenzijdige verbreking van reeds gesloten overeenkomst

Gent 10 september 2021 (2018/AR/747) (2/2)

- **Rechtsvraag**

- Rechtvaardigt een eigen fout van de AO de eenzijdige verbreking van de overeenkomst (ook als de overeenkomst zonder subsidies in elk geval niet kan worden uitgevoerd)?

- **Beslissing van het Hof**

- Vooreerst staat zonder meer vast dat de overeenkomst weldegelijk werd gesloten (zonder enige opschortende voorwaarde)
 - Een loutere bestelbon waarin is vermeld: “*door het overmaken van deze bestelbon kwam dus de overeenkomst tot stand*” volstaat om de overeenkomst effectief tot stand te laten komen – Het feit dat geen aangetekende bevestigingsbrief werd gestuurd doet hieraan geen afbreuk (en is geen substantieel vereiste)
- Het niet-naleven van de wettelijk voorgeschreven indieningstermijn is van dwingend recht, maar leidt niet steeds tot de absolute nietigheid van de gunningsprocedure (in die zin dat dit ook zou gelden t.a.v. de opdrachtnemer)
- Na gunning en contractsluiting kan AO zich niet (meer) op haar eigen fout beroepen om eenzijdig de overeenkomst te verbreken – Dit betreft een contractuele fout die aanleiding geeft tot schadevergoeding
 - Het weze anders, aldus het Hof, indien de heraanbesteding had plaatsgevonden voorafgaand aan de gunning

Inhoud

NATIONAL TENDER DAY 2022

- | | |
|-------|--|
| I. | <i>Belangrijkste arresten van het Hof van Justitie</i> |
| II. | <i>Quid vermelding verkeerde erkenningseisen?</i> |
| III. | <i>Ambtshalve maatregelen</i> |
| IV. | <i>Prijsonderzoek</i> |
| V. | <i>Stopzetting, heraanbesteding dan wel verbreking: gevolgen</i> |
| VI. | <i>Quid met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?</i> |
| VII. | <i>Schadevergoedingscontentieux</i> |
| VIII. | <i>De nietigheidssanctie: recente evoluties</i> |

Sprekers



Andi Zrza

Lawyer
andi.zrza@dlapiper.com

M: +32 (0)498 42 25 17

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Algemene principes

- Een duidelijk bestek kadert in de **informatieplicht van de aanbesteder** die als wezenlijk wordt beschouwd. De voorbije decennia hebben vooral de burgerlijke rechters zich in de regel streng opgesteld ten aanzien van aanbesteders. De aanbesteder wordt gewoonlijk niet als de zwakkere partij beschouwd, maar integendeel als de ‘bijzonder competente’ contractpartner’
- De aanbesteder moet in de opdrachtdocumenten precies aanduiden wat hij wenst, en de offerte van de inschrijver moet precies aan die vraag beantwoorden.
- Omdat de **inhoud van de offerte van de inschrijver gedetermineerd is door de inhoud van de opdrachtdocumenten**, is het vanzelfsprekend dat het zwaartepunt van de informatieplicht met betrekking tot het voorwerp van de opdracht bij de aanbesteder ligt.
- Daarenboven worden overheidsopdrachten in beginsel tegen een **vaste prijs** gesloten: de inschrijver moet erop kunnen vertrouwen dat hij die prijs op basis van juiste en volledige gegevens precies kan berekenen. De juistheid en de volledigheid van de opdrachtdocumenten vormen de tegenhanger van de vaste prijs waartoe de inschrijver zich verplicht.

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Onduidelijk bestek waardoor objectieve prijsvergelijking verhinderd wordt

RvS 29 september 2022, nr. 254.634, *nv bpost*

- Raamovereenkomst voor het verrichten van drukwerken voor de deelnemende instanties van de Belgische federale overheid
- Openbare procedure
- Gunningscriterium prijs (50%):

Kleur recto/verso: 91.84 % (1 click recto/verso = 1 recto en 1 verso)

 - ⇔ *technische voorschriften uitgedrukt in “bladzijden”: begunstigde ging uit van interpretatie van “1 beweging”*
 - Beide inschrijvers interpreteerden het bestek op dit wezenlijk punt anders
 - AO erkende dit interpretatieverschil in zijn gunningsverslag
 - Voorgestelde oplossing AO: halveren van de prijzen van de inschrijver die een dubbele prijs, c.q. de prijs voor 2 bewegingen, c.q. de recto verso-prijs heeft opgegeven (op grond van art. 34 KB Plaatsing)

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Onduidelijk bestek waardoor objectieve prijsvergelijking verhinderd wordt

RvS 29 september 2022, nr. 254.634, *nv bpost*

- **Kan de onduidelijkheid, c.q. gebrekkigheid van het Bestek nog op ontvankelijke wijze worden ingeroepen na ontvangst van de gunningsbeslissing in het kader van een UDN-procedure?**
 - “Onrechtmatigheden die een inschrijver aan een besteksbepaling verwijt, mogen in beginsel nog op ontvankelijke wijze worden aangevoerd tegen latere beslissingen in het kader van een plaatsingsprocedure. Zo ook is het de verzoekende partij in deze zaak in beginsel toegestaan om onrechtmatigheden die zij aan een bepaling van het bestek verwijt, op ontvankelijke wijze in te roepen tegen een latere gunningsbeslissing.” (§ 12)
 - “De uitdrukkelijke verwijzing door de tussenkomende partij naar de meldingsplicht opgenomen in **artikel 81 van het koninklijk besluit plaatsing 2017** doet op het eerste gezicht niet anders besluiten. Te dezen lijkt op het eerste gezicht immers **geen sprake te zijn van een fout of leemte in het bestek**, wel van een onduidelijke besteksbepaling die aanleiding geeft tot verschillende interpretaties.” (§ 14)

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Onduidelijk bestek waardoor objectieve prijsvergelijking verhinderd wordt

RvS 29 september 2022, nr. 254.634, *nv bpost*

Zowel de *beginselen van gelijke behandeling en non-discriminatie* als het daaruit voortvloeiende *transparantiebeginsel* impliceren dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het bestek worden geformuleerd **op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze** zodat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier kunnen interpreteren en de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Omtrent de formulering van referentie-eisen

Nederlandstalige REA Brussel (KG) 22 juni 2022 (22/11/C)

- Raamovereenkomst voor postdiensten uitgeschreven door NVSM
- In deze zaak betwistte de VP concreet de manier waarop de aanbesteder het minimumniveau van het technisch selectie criterium heeft uitgedrukt, met name:

“Minimumniveau perceel 1: vijf soortgelijke diensten die inhoudelijk en budgettair (jaarlijks) gelijkaardig zijn”

- VP was in deze zaak van oordeel dat het bestek uitdrukkelijk een concreet in cijfers uitgedrukte jaarlijks budgettair minimumniveau had moeten opgeven. Door **geen “expliciet gekwantificeerd minimumniveau”** op te geven, zou het bestek strijdig zijn met artikel 65 KB Plaatsing.
- **Artikel 65, lid 2 KB Plaatsing:** *“De aanbestedende overheid is verplicht om elk kwalitatief selectie criterium van economische, financiële en/of technische aard, te verbinden aan een gepast niveau, behalve wanneer één van de gebruikte criteria zich daar niet toe leent.”*

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Omtrent de formulering van referentie-eisen

Nederlandstalige REA Brussel (KG) 22 juni 2022 (22/11/C)

Het hoger geciteerde artikel 65 van het KB plaatsing klassieke sectoren vereist alvast niet om in het bestek een concreet in cijfers uitgedrukte jaarlijks budgettair minimumniveau te bepalen voor de referentieprojecten die de aanbestedende dienst in het kader van het technisch selectie criterium opvraagt.

Op grond van dit artikel heeft de aanbestedende dienst louter de verplichting om selectiecriteria aan een gepast niveau te verbinden. Verdere specificering is niet vereist.

Met de omschrijving referenties van werken van een gelijksoortige omvang heeft het NVSM zich een zekere beoordelingsruimte voorbehouden, hetgeen als dusdanig niet verboden is.

De omschrijving "*gelijksoortige omvang*" is op het eerste gezicht voldoende duidelijk en vormt, anders dan Easypost voorhoudt, wel een kwantitatieve vereiste voor de referenties. Daartoe lijkt de aanbestedende dienst niet verplicht te zijn een concreet bedrag in de selectievoorwaarde op te nemen.

VI. *Quid* met een onduidelijk dan wel gebrekkig bestek?

Omtrent de formulering van referentie-eisen

Nederlandstalige REA Brussel (KG) 22 juni 2022 (22/11/C)

- Analogie met **RvS 30 augustus 2012, nr. 220.490**

*“**De omschrijving “gelijksoortige omvang”** is op het eerste gezicht **voldoende duidelijk** en vormt, anders dan de verzoekende partijen voorhouden, **wel een kwantitatieve vereiste** voor de referenties. Daartoe lijkt de aanbestedende overheid **niet** verplicht te zijn een concreet bedrag in de selectievoorwaarde op te nemen.*

[...]

Met de omschrijving referenties van werken “van een gelijksoortige omvang” heeft de verwerende partij zich een zekere discretionaire beoordelingsmarge voorbehouden, hetgeen als dusdanig niet verboden is. De verzoekende partijen tonen alleszins niet aan dat de verwerende partij de grenzen van een zorgvuldige beoordeling te buiten is gegaan door hun referenties niet als van gelijksoortige omvang te beschouwen.”



VII. Schadevergoedingscontentieux

VII. Schadevergoedingscontentieux

Schadevergoeding ingevolge gunning aan onrealistische bidder

REA Antwerpen, afdeling Mechelen, 6 september 2022 (22/154/A)

- Het geschil in kwestie heeft betrekking op een openbare aanbesteding uitgeschreven door de OVAM (2006)
- De opdracht omvatte o.m. het verwijderen van bodemverontreiniging
- 7 inschrijvers dienden een offerte in. De offerte werd bij beslissing van 31 januari 2007 gegund aan nv DEC
- Mourik nv (d.i. de tweede laagste regelmatige inschrijver) vordert een schadevergoeding wegens het onterecht toewijzen van de opdracht aan een derde aannemer (c.q. nv DEC) in plaats van aan haar
 - De door nv DEC voorgesteld werkmethode zou zowel technisch als financieel niet realistisch zijn;
 - [RvS 8 juni 2021, nr. 250.815, nv Mourik – heropening debatten na deskundigenonderzoek: “Een normaal zorgvuldige aanbestedende overheid mag worden verondersteld een werkmethode die zowel technisch als financieel niet realistisch is, te moeten kunnen identificeren bij het onderzoek van een offerte, zeker wanneer zij voor de betrokken posten een prijsverantwoording – en dus nadere toelichting van de inschrijver – heeft gevraagd. Dit geldt des te meer voor een overheid die, zoals OVAM, geacht mag worden gespecialiseerd te zijn in de betrokken materie van bodemsaneringswerken.”](#)

VII. Schadevergoedingscontentieux

Schadevergoeding ingevolge gunning aan onrealistische bidder

REA Antwerpen, afdeling Mechelen, 6 september 2022 (22/154/A)

- De rechtbank baseert zijn vonnis op het voormeld vernietigingsarrest van de Raad van State, hetgeen een **gezag erga omnes** bekleedt.
- Nu de werkwijze die nv DEC in zijn offerte voorstelde zowel technisch als onrealistisch onhaalbaar bleek te zijn, volgt hieruit dat OVAM deze offerte onregelmatig had moeten verklaren. Bijgevolg was de toewijzing van de opdracht aan nv DEC onwettig.
- *“Het gevolg hiervan is dat Mourik nv de laagste regelmatige offerte had ingediend en de opdracht aan haar had toegewezen moeten worden”*
- De rechtbank kende Mourik nv een forfaitaire **schadevergoeding toe van 10% van haar inschrijvingsbedrag** (excl. btw) op grond van het toenmalige artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993
 - Thans: artikel 16, lid 3 Rechtsbeschermingswet van 17 juni 2013



VIII.
De nietigheidssanctie: recente evoluties

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348



- **Feiten:**

- In 2007 sluiten enkele intercommunale kabelmaatschappijen met Telenet een erfpachtovereenkomst
- Telenet beschikt hierdoor over een exclusief gebruiksrecht van hun netwerken voor een periode van 38 jaar
- Dit was een overeenkomst gesloten zonder marktbevraging en dus buiten de mededinging om
- Proximus eist de nietigverklaring van deze (en de verwante) overeenkomst(en) **en** een schadevergoeding wegens de strijdigheid van deze transactie met de openbare orde
- Juridische veldslag van 15 jaar (RvS; HvJ; HvC)

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348

- **Juridische veldslag van 15 jaar**

- **RvS 22 mei 2008, nr. 183.265 en RvS 27 november 2008, nr. 188.272** (*administratief kort geding*): wordt afgewezen wegens afwezigheid toenmalig 'MTHE'
- **RvS 2 mei 2012, nr. 219.116** (*ten gronde*): PV aan HvJ omtrent noodzakelijkheid marktbevraging
- **HvJ 14 november 2013, nr. C-221/12, ECLI:EU:C:2013:736**
 - HvJ kwalificeert de contractuele relatie als een concessieovereenkomst voor diensten;
 - Gelet op het duidelijk grensoverschrijdend belang, rust hierbij op de publieke kabelmaatschappijen een transparantieplichting tegenover elke potentiële inschrijver conform artikelen 49 en 56 VWEU
 - Er was in dezen “geen dwingende reden van algemeen belang” om in dezen tot het tegendeel te besluiten
- **RvS 26 mei 2014, nr. 227.535** (*ten gronde na PV*): RvS acht beroep tot nietigverklaring gegrond
 - De aangevochten beslissingen worden aldus retroactief uit de rechtsorde gehaald
 - Gelet op de theorie van de afsplitsbare rechtshandeling, impliceert het wegvallen van deze beslissingen nog niet rechtstreeks dat de onderliggende overeenkomst ook nietig is
 - Het komt aan hoven en rechtbanken toe om over de nietigheid van de overeenkomst te oordelen (artikel 144 Gw.)

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348

- **Juridische veldslag van 15 jaar**

- **Burgerrechtelijk spoor**

- In eerste aanleg oordeelt de rechter dat de vordering van Proximus niet toelaatbaar is bij gebrek aan belang
- **Antwerpen 18 december 2017, *Competitio* 2018, 188-194:**
 - Het hof van beroep te Antwerpen oordeelt dat de vordering wel ontvankelijk is, maar **ongegrond**;
 - Volgens het hof van beroep beogen de beginselen van gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie in eerste instantie de private belangen te beschermen, zodat zij geen aanleiding geven tot een absolute nietigheid;
 - Voorts toont Proximus niet aan dat zij door het niet organiseren van een marktbevraging schade heeft geleden, noch dat zij bij een marktbevraging een reële kans maakte;
 - Er is geen enkele reden om de overeenkomst (en de daarmee verwante overeenkomsten) nietig te verklaren.

- **Cassatieberoep**

Quid sanctie miskening mededinging?

Overheidsopdrachten gesloten met miskenning van de mededinging

Zijsprong: vigerende rechtspraak in dit verband

Algemeen principe: absolute nietigheid

- **Algemeen**: een overeenkomst tot stand gekomen met miskenning van de verplichting tot inmededingingstelling van een overheidsopdracht is **absoluut nietig** (immers: schending **regel van openbare orde**).
- Deze rechtspraak is vervolgens **meermaals bevestigd**, met name ook door:
 - **Het hof van beroep te Brussel**:
 - Brussel 23 november 2011, *TBP* 2012, afl . 9, 564 (noot F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS);
 - Brussel 28 december 2013, *JT* 2014, 96;
 - Brussel 13 november 2015, *OOO* 2017/2, 290;
 - Daarnaast ook: REA Brussel 20 april 2020 (2^e k.) (rolnr. 2003/9103/A);
 - **Het hof van beroep te Gent**:
 - Gent 14 februari 2014, *NjW* 2016, 170 (noot C. DE CONINCK);
 - Gent 6 februari 2015, *T.Aann.* 2016/4, 403 (noot I. COOREMAN en M. LECOMTE);
 - **Het hof van beroep te Antwerpen**:
 - Antwerpen 6 december 2017, *NjW* 2018, 259 (noot C. DE CONINCK);
 - Antwerpen 25 februari 2019, *NjW* 2019, 614 (noot C. DE CONINCK).



VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), NjW 2021, 348

“10. Uit de samenhang van voornoemde bepalingen en het arrest van het Hof van Justitie blijkt kennelijk dat de verplichting om het gelijkheids- en transparantiebeginsel vervat in de artikelen 49 en 56 VWEU te eerbiedigen, ter vrijwaring van de eerlijke mededinging, een juridische grondslag is van de economische en morele orde van de samenleving, die zich aan de aanbestedende dienst opdringt.

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

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.”

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

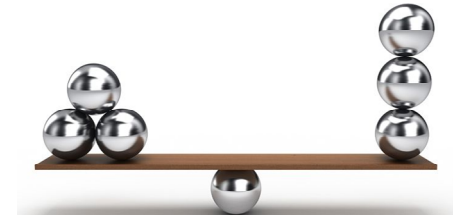
Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348

- **Concl. R. Mortier bij Cass. 22 januari 2021, *T.Aann.* 2021, 266-273**
- Ook de advocaat-generaal stelt in dezen dat **bij de vraag naar nietigheid niet zozeer op de schending van een norm van openbare orde moet worden gefocust, maar wel op de rechtsgevolgen van de overeenkomst:**
 - *“De **concrete doelstelling van de norm** is daarbij een geschikt element om de gevolgen van een normschending te bepalen en de sanctie van de nietigheid is op zijn plaats wanneer die sanctie nodig is om het doel van de overtreden norm te respecteren of te realiseren. De schending van een norm dient dus maar gevolgen te hebben voor de geldigheid van de handeling als de concrete doelstelling van de geschonden norm dat vereist. Toegepast op de zaak die voorligt zou nietigheid van de overeenkomst geen gepaste sanctie zijn wanneer bijvoorbeeld zou blijken dat er geen andere potentiële marktspelers waren die in aanmerking kwamen om het contract met de kabelmaatschappijen te sluiten. Te dezen stellen de appelrechters het bestaan van dergelijke omstandigheden echter niet vast.”*

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidssanctie

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), NjW 2021, 348

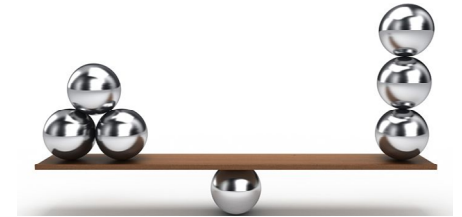


- Belangrijke stap naar een **evenwichtiger nietigheidssanctie**
- Om de nietigheidssanctie op maat te snijden (niet blind toe te passen), verwijst het Hof van Cassatie naar de **doelstelling van de onderliggende geschonden rechtsregel, om na te gaan of de nietigheid wel passend is om het doel van de regel te bereiken**, dan wel het doel wordt of kan worden bereikt door een minder vergaande sanctie
- *Cfr. Cass. 7 november 2019 NjW 2019, 895: **niet de aard de norm, maar wel de concrete doelstelling** van de norm is een geschikt element om de gevolgen van een normschending te bepalen en dus om te bepalen of de nietigheid, gelet op de concrete omstandigheden, kan bijdragen tot de verwezenlijking van de doelstelling van de geschonden norm.*
- *I.e. anticipatieve toepassing van **artikel 5.57, 2^e lid (N)BW**: “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.**”*

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), NjW 2021, 348



- Belangrijke stap naar een **evenwichtiger nietigheidsleer**
 - I.e. anticipatieve toepassing van **artikel 5.57, 2^e lid (N)BW**: “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.**”
 - De **memorie van toelichting bij artikel 5.57** van het wetsvoorstel «Verbintenissen» verwerpt bijvoorbeeld de nietigheid “wanneer de toepassing van een dergelijke sanctie kennelijk indruist tegen het doel van de geschonden norm”, en duidt dat **“[m]et de term “kennelijk” [...] het uitzonderlijke karakter van deze situatie [wordt] onderstreept”**. De evenwichtige benadering laat toe “om in specifieke gevallen de nietigheidssanctie terzijde te schuiven in het voordeel van een andere, meer passende sanctie, en in sommige gevallen zelfs de toepassing van elke sanctie tegen te gaan” (MvT bij het wetsvoorstel houdende Boek 5 «Verbintenissen» van het Burgerlijk Wetboek, *Parl.St. Kamer 2020-21, nr. 1806/1, 64*).
 - Naar huidig en toekomstig recht geldt aldus een meer evenwichtige nietigheidsleer!

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), NjW 2021, 348

- De advocaat-generaal stipt hierbij aan dat de **rechter een actieve rol toekomt bij het beoordelen van de nietigheidssanctie** in het licht van het doel en de geest van de onderliggende geschonden rechtsregel:

“Binnen diezelfde beoordelingsmarge moet de rechter evenwel ook, wanneer de gevolgen van de vernietiging vanuit het algemene belang volstrekt onwenselijk zijn, kunnen oordelen om de overeenkomst niet te vernietigen.”

*“Onder ‘**dwingende redenen van algemeen belang**’ worden verstaan redenen die als dusdanig erkend zijn door de rechtspraak van het Hof van Justitie en ten minste de volgende gronden omvatten: openbare orde, openbare veiligheid, consumentenbescherming, bescherming van afnemers van diensten... Zo zou de rechter kunnen aannemen dat het noodzakelijk is dat de rechtsgevolgen van de overeenkomst voor de afname van bepaalde geneesmiddelen, bijvoorbeeld vaccins, blijven bestaan wanneer de vernietiging van de overeenkomst de zorg voor patiënten en dus de volksgezondheid in gevaar zou brengen, of dat het noodzakelijk is dat de rechtsgevolgen van de overeenkomst blijven bestaan indien de vernietiging van de overeenkomst tot gevolg zou hebben dat de bevolking verstoken blijft van essentiële diensten. [...]”*

*“**Te dezen** stellen de appelrechters **niet** vast dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de concessie voortgang vindt”*

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidssanctie

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), NjW 2021, 348

- Oordeel *in concreto*:
 - De appelrechters verantwoorden hun beslissing dan ook niet naar recht door de overeenkomst die wegens de miskenning van het gelijkheids- en transparantiebeginsel een toestand doet ontstaan **in strijd met de openbare orde** niet nietig te verklaren “zonder vast te stellen dat er geen enkele potentieel geïnteresseerde marktspeler was of dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de concessie voortgang vindt”
 - ➔ **doelgebonden karakter van de nietigheidssanctie!**
 - Met andere woorden, het al dan niet toepassen van de nietigheidssanctie hangt af van een afweging van de onderliggende waarden en belangen. De rechter moet voor elk geval opnieuw deze evenwichtsoefening maken en beslist zo uiteindelijk over de wenselijkheid van de nietigheidssanctie.

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348



- **Quid schadevergoeding?**

- **Antwerpen 18 december 2017, *Competitio* 2018, 188-194:**

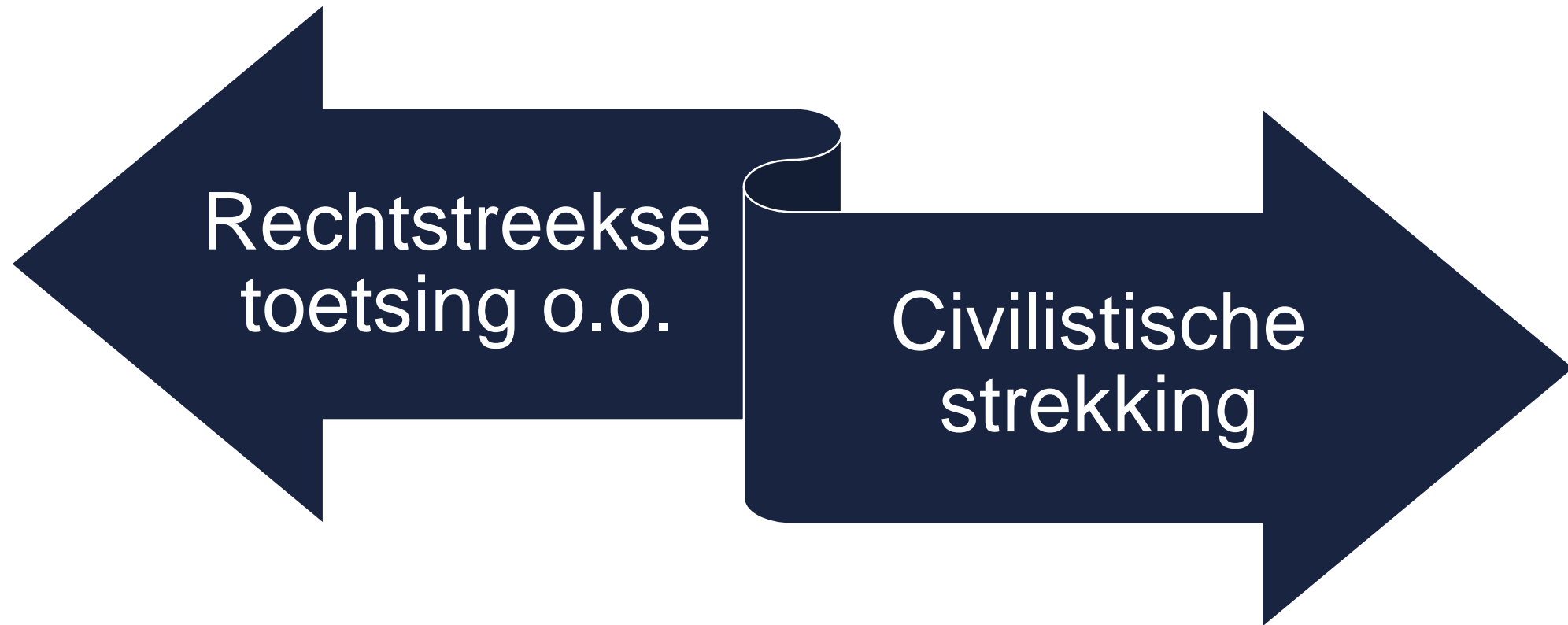
- Er is sprake van een fout van de publieke kabelmaatschappijen: zij hebben niet gehandeld als een zorgvuldige en redelijke publiekrechtelijke rechtspersoon in dezelfde omstandigheden, aangezien zij de markt niet voorafgaand hebben bevroegd.
- De voorwaarde van het oorzakelijk verband is niet vervuld.
 - In de hypothese van een marktbevraging was het nog steeds mogelijk dat de betrokken exploitant (en niet de derde, c.q. Proximus als concurrerende marktdeelnemer) het zou halen.
 - Proximus evenmin aan dat hij een reële kans maakte op de contractsluiting.
 - Ook het Hof van Cassatie bevestigt dit: **eiseres levert niet het bewijs dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout (gebrek aan marktbevraging) en de beweerdde schade.**
 - DUS: HvC vernietigt deels het bestreden arrest van het hof van beroep van Antwerpen

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348

- Welke strekking?



VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348

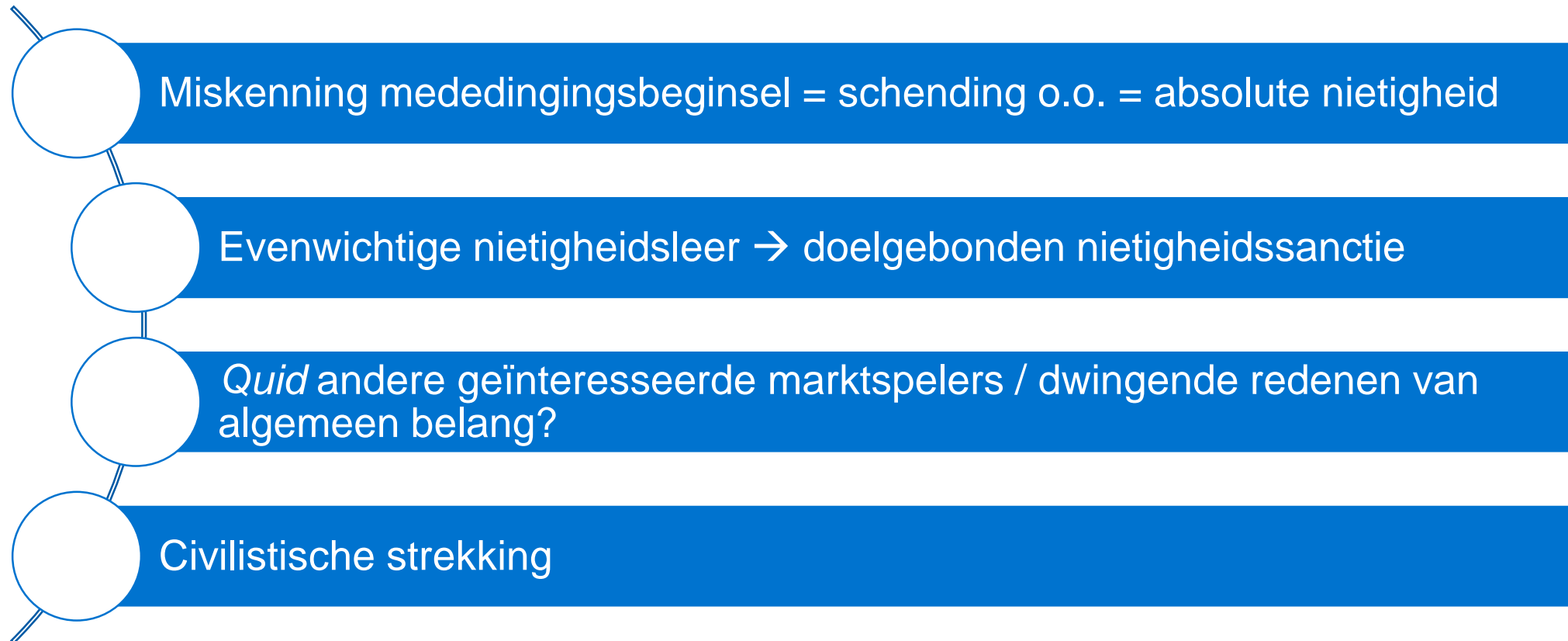
Rechtstreekse toetsing aan de openbare orde *versus* civilistische benadering

- De **absolute strekking** neemt aan dat op grond van een rechtstreekse toetsing van de buiten mededinging gesloten overeenkomst aan de openbare orde tot de **absolute nietigheid** kan (en moet) worden besloten **zonder dat een toetsing vereist is** van deze overeenkomst aan de geldigheidsvereisten zoals opgenomen in artikel 1108 oud BW (thans artikel 5.27 (N)BW).
- Bij de tweede strekking, c.q. de **civilistische benadering** vereist de schending van de openbare orde nog een toets aan de geldigheidsvoorwaarden van artikel 1108 oud BW, met name de geoorloofdheid van het voorwerp of de oorzaak (zie recent Rb. Brussel 20 april 2020, *T.Aann.* 2020, 255-269, noot C. DE KONINCK).
 - HvC heeft zich bij deze strekking aangesloten: het verbindt in dit arrest de nietigheidssanctie met zowel de openbare orde (art. 6 oud BW) en de geldigheidsvoorwaarde van een geoorloofd voorwerp (art. 1108 oud BW)
 - **→ Doordat een toestand (zonder marktbevraging) wordt geschapen in strijd met beginselen van openbare orde, is de overeenkomst behept met een ongeoorloofd voorwerp.**
 - *Cfr. artikel 5.51 (N)BW: “De prestatie is ongeoorloofd wanneer zij een toestand doet ontstaan of in stand houdt die in strijd is met de openbare orde of met dwingende wetsbepalingen.”*

VIII. Relevante cassatierechtspraak inzake de nietigheidssanctie

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348



Dank jullie wel!

Zijn er nog vragen?



Bob Martens

Partner

bob.martens@dlapiper.com

M: +32 (0)494 57 15 03



Matthias Stinissen

Senior Lead Lawyer

matthias.stinissen@dlapiper.com

M: +32 (0)498 27 48 92



Andi Zrza

Lawyer

andi.zrza@dlapiper.com

M: +32 (0)498 42 25 17

DLA Piper is a global law firm operating through various separate and distinct legal entities. Further details of these entities can be found at www.dlapiper.com.

This publication is intended as a general overview and discussion of the subjects dealt with, and does not create a lawyer-client relationship. It is not intended to be, and should not be used as, a substitute for taking legal advice in any specific situation. DLA Piper will accept no responsibility for any actions taken or not taken on the basis of this publication. This may qualify as “Lawyer Advertising” requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.

Copyright © 2022 DLA Piper. All rights reserved.

