



**NATIONAL  
TENDER DAY**

Les arrêts et jugements les plus marquants rendus par les juridictions de  
l'Ordre judiciaire en 2021-2022

National Tender Day | 27 octobre 2022



# Tables des matières

NATIONAL TENDER DAY 2022

I.	Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.	
II.	<i>Quid</i> de la mention d'exigences erronées en matière agréation?	
III.	Mesures d'office	
IV.	Problèmes liés à l'exécution	
V.	La vérification des prix et des coûts	
VI.	Renonciation, réattribution ou résiliation : quelles conséquences?	
VII.	Quid des cahiers spéciaux des charges peu clairs ou présentant des défauts?	
VIII.	La nullité comme sanction : évolutions récentes	
IX.	Le paiement	
X.	Dommmages et intérêts contentieux	

## Oratrices



**Bérénice Wathelet**  
Counsel  
T: +32 (2) 500 15 93  
M: +32 (4) 93 49 89 17  
berenice.wathelet  
@dlapiper.com



**Maëlle Rixhon**  
Avocate  
T: +32 (2) 500 15 47  
M: +32 (4) 76 97 39 03  
maelle.rixhon@dlapiper.com



I.  
Les arrêts les plus importants rendus par la  
C.J.U.E. – année 2022

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

Critères de sélection stricts

## C.J.U.E., 31 mars 2022 C-195/21 et 28 avril 2022 C-642/20

- **Faits :**

- Critères de sélection pour les marchés publics de travaux :

- **Marché public 1 :**

- Inscription au registre professionnel central de l'industrie du bâtiment en vue de l'exécution de constructions du groupe IV, catégorie I, relevant de l'article 137, paragraphe 1, point 1, sous g), de la loi bulgare sur l'aménagement du territoire, ou dans un registre correspondant pour les participants établis dans un autre État membre.
- Compétences techniques et professionnelles : références de missions similaires (travaux de stabilisation de glissements de terrain)
- Exigences relatives au personnel d'ingénierie technique : directeur technique avec qualification professionnelle et 3 ans d'expérience

- **Marchés publics 2 :**

- L'entreprise mandataire d'un groupement d'opérateurs économiques doit remplir la plupart des critères de sélection et fournir la plupart des prestations.

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

Critères de sélection stricts

**C.J.U.E., 31 mars 2022 C-195/21 et 28 avril 2022 C-642/20**

- **Questions préjudicielles :**

- L'article 58, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit-il être interprété en ce sens que les **exigences** en matière d'aptitude professionnelle du personnel d'un opérateur économique soumissionnant pour un marché spécialisé dans le secteur de la construction, **fixées dans les critères de sélection, peuvent être plus strictes que les exigences minimales** en matière de formation et de qualification professionnelle prévues par la **loi spéciale nationale** (article 163a, paragraphe 4, de la loi bulgare sur l'aménagement du territoire), sans que les exigences imposées soient *prima facie* anticoncurrentielles ?
- « *L'article 63 de la directive [2014/24], relatif à l'institution du recours aux **capacités d'autres entités**, lu en combinaison avec les **principes de liberté d'établissement et de libre prestation des services** énoncés aux articles 49 et 56 TFUE, **s'oppose-t-il** à l'application de la réglementation nationale italienne en matière de "critères de sélection et [de] régularisation des offres irrégulières" qui figure à l'article 83, paragraphe 8, [troisième] phrase, du [code des marchés publics], en vertu de laquelle, en cas de recours aux capacités d'autres entités (institution visée à l'article 89 du [code des marchés publics]), **le mandataire doit, en tout état de cause, satisfaire aux critères et exécuter les prestations dans une proportion majoritaire ?** »*

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

Critères de sélection stricts

## C.J.U.E., 31 mars 2022 C-195/21 et 28 avril 2022 C-642/20

- **Décision de la Cour**
- Des critères de sélection plus stricts que les exigences légales sont possibles à condition que :
  - Capacités techniques et professionnelles : « *exigences plus strictes que les exigences minimales posées par la réglementation nationale* » → Ok si (i) garantir des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché et (ii) liées et proportionnées à l'objet du marché
  - Art. 58 Directive 2014/24 "pouvoir" Le pouvoir adjudicateur peut juger discrétionnairement et peut aller au-delà des exigences minimales fixées par le droit national. !! Cour : motivation requise en cas de critères de sélection plus stricts et de vérification de la concurrence (dans ce cas : 3 candidats et valeur du contrat limitée = suffisant).
- Critère de sélection concernant l'entreprise mandataire d'un groupement d'opérateurs économiques
  - Art. 63, al. 2, Directive 2014/24 : tâches critiques effectuées par le soumissionnaire lui-même objectif : approche qualitative pour promouvoir la participation des groupements d'opérateurs économiques constitués de PME aux marchés publics
  - Une disposition légale générale exigeant que « *l'entreprise mandataire d'un groupement d'opérateurs économiques participant à une procédure de passation d'un marché public doit satisfaire aux critères prévus dans l'avis de marché et exécuter les prestations de ce marché dans une proportion majoritaire* » est contraire à l'objectif de la directive, notamment celui de l'accès aux PME aux marchés publics.

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20

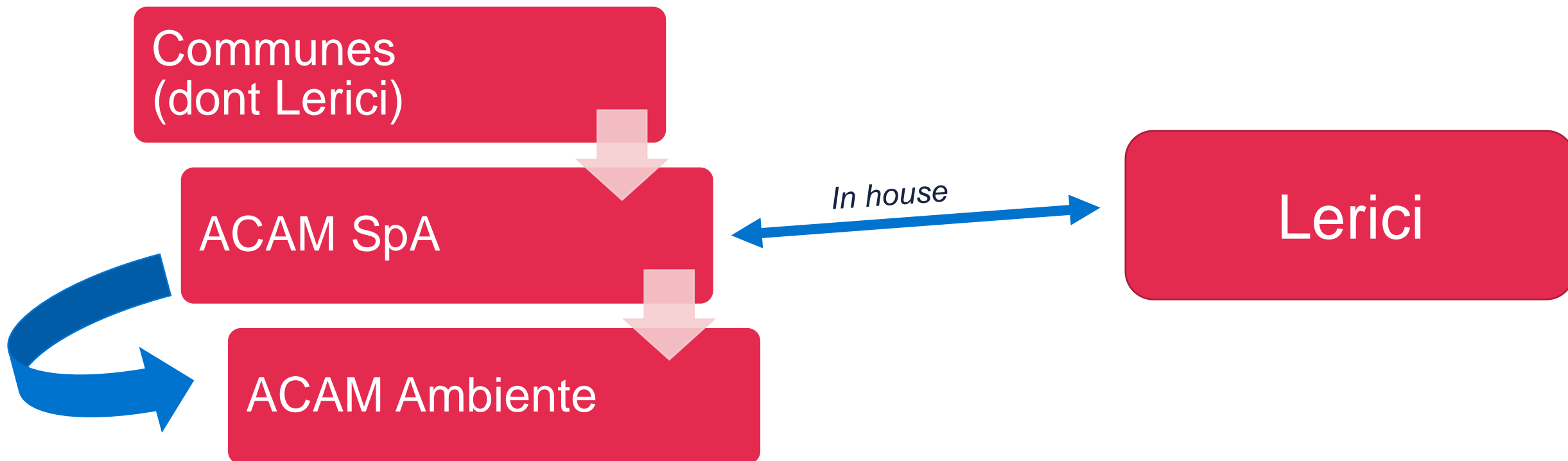
- **Faits :**

- La commune de *Lerici* confie la gestion interne du cycle des déchets à ACAM SpA qui en confie la gestion à sa filiale ACAM Ambiente. Actions de l'ACAM SpA entièrement détenues par les municipalités participantes, y compris *Lerici*.
- Restructuration d'ACAM SpA : marché public pour trouver un nouveau partenaire en vue de racheter toutes les actions détenues par les communes.
- IREN a acquis toutes les actions de l'ACAM SpA auprès des communes participantes et une partie celles-ci ont acquis une partie des actions de l'IREN, après que le capital ait été augmenté pour cette opération. La commune de *Lerici* n'a pas acquis d'action dans IREN.

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

**C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20**

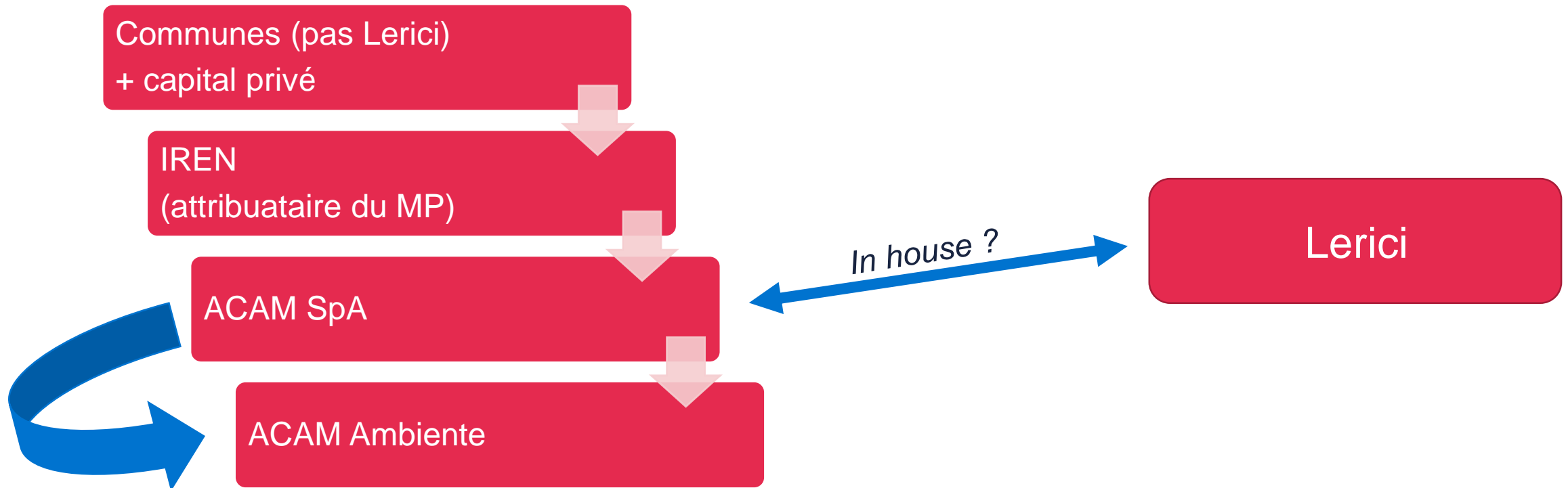




# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

**C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20**



# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20

- **Question préjudicielle :**

- *« L'article 12 de la directive 2014/24 s'oppose-t-il à une réglementation nationale qui impose un regroupement de sociétés de services publics locaux d'importance économique, à la suite duquel l'opérateur économique qui a succédé au concessionnaire initial, par suite d'opérations entre sociétés effectuées selon des procédures transparentes, y compris des fusions ou acquisitions, poursuit la gestion des services jusqu'aux échéances prévues, lorsque :*
  - a) *le concessionnaire initial est une société attributaire "in house" sur la base d'un contrôle analogue à participations multiples ;*
  - b) *l'opérateur économique qui lui succède a été sélectionné par un appel d'offres public ;*
  - c) *à la suite de l'opération de regroupement des sociétés, les conditions du contrôle analogue à participations multiples ne sont plus remplies à l'égard de l'une des collectivités locales qui ont à l'origine attribué le service en question ? »*

En résumé: l'acquisition d'une société par un autre opérateur constitue-t-elle un changement nécessitant un nouveau marché public ?

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20

### • **Décision de la Cour :**

- Critères d'examen art 72(1)(d)(ii) Directive 2014/24 : “à la suite d’opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d’acquisition ou d’insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n’entraîne pas d’autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l’application de la présente directive”.
- Possibilité de remplacer l'entrepreneur sans prévoir une nouvelle procédure de passation :
  - Le nouveau contractant répond aux critères initialement établis pour la sélection qualitative ;
  - L'acquisition n'entraîne pas d'autres changements importants dans les affectations.
- La modification *in casu* ne constitue pas un remplacement de l’adjudicataire et ne tombe pas sous le champ d’application de l'article 72, car le marché a été attribué sans mise en concurrence (*in house*).
- L'art. 12(3) précise les conditions *in-house*, y compris l'influence décisive conjointe. La municipalité de *Lerici* ne participe pas dans le capital de l'IREN, elle n'est pas représentée dans les organes de décision et ne peut pas influencer les objectifs stratégiques.

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 12 mai 2022 C-719/20

- **Décision de la Cour :**

- Le contrat ne peut être poursuivi par la filiale de l'ACAM → nouveau marché public.
- Le fait que IREN ait été choisi par l'ACAM à l'issue d'une procédure en passation n'y change rien.
- La directive 2014/24 **s'oppose** à une réglementation ou à une pratique nationale en vertu de laquelle l'exécution d'un marché public, attribué initialement, sans appel à la concurrence, à une entité *in house*, sur laquelle le pouvoir adjudicateur exerçait, de manière conjointe, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, **soit poursuivie automatiquement par l'opérateur économique ayant acquis cette entité, au terme d'une procédure d'appel d'offres, lorsque ce pouvoir adjudicateur ne dispose pas d'un tel contrôle sur cet opérateur et ne détient aucune participation dans son capital.**

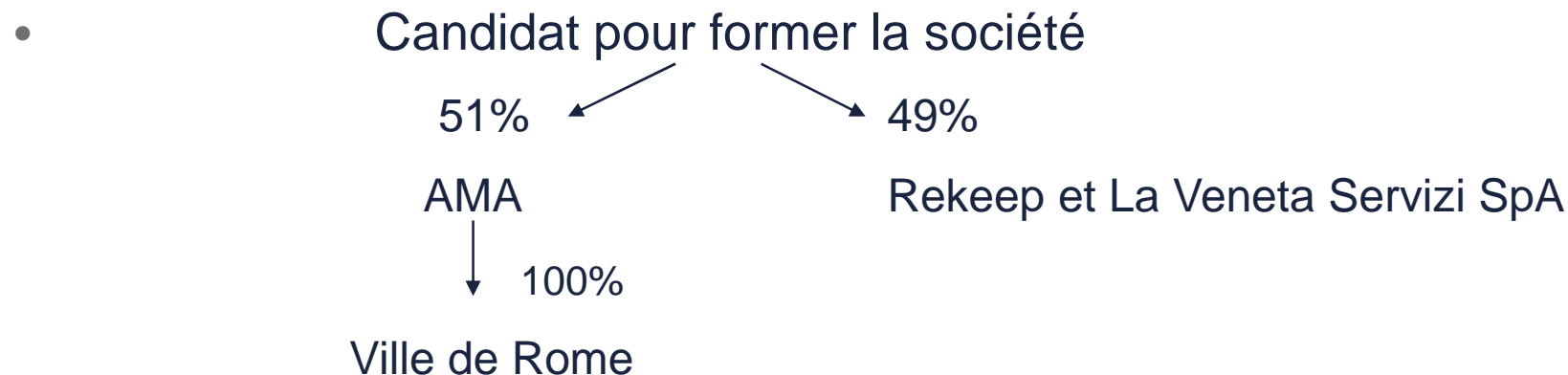
# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house* : structures complexes

## C.J.U.E., 1er août 2022 C-332/20

### • Les faits :

- Marché public de la Ville de Rome : pour trouver un partenaire pour créer une société et lui confier la gestion des services scolaires.
  - 51% de la nouvelle société appartient à la ville de Rome
  - 49% détenus par le nouveau partenaire



- Exclusion candidat à cause de la participation d'AMA → La ville de Rome détiendrait alors 73,5 %

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house* : structures complexes

## C.J.U.E., 1er août 2022 C-332/20

- **Questions préjudicielles :**

- Une entité peut-elle être exclue d'un marché public si sa participation gouvernementale directe ou indirecte est inférieure à 30%, étant entendu que le cahier des charges stipulait que la société à créer devait être détenue à 49 % par un opérateur privé ?
- La composition formelle de la société à former ou la participation indirecte de la Ville de Rome dans l'entité privée participant à la procédure de passation (*i.e.* le candidat), doivent-elles être prises en compte pour déterminer si l'opération relève de l'exception *in house* ?

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house* : structures complexes

## C.J.U.E., 1er août 2022 C-332/20

- **Décision de la Cour :**

- Le candidat répond aux critères : 49 % de capital ainsi que la capacité financière et technique pour fournir tous les services liés aux activités scolaires ; ces composantes sont indissociables et forment un tout indivisible :

*« les deux volets du contrat en cause au principal constituent un tout indivisible et que son volet prépondérant est celui ayant pour objet d'attribuer, à la société à capital mixte, les prestations des services accessoires aux activités scolaires de la ville de Rome. Dès lors, le régime juridique applicable au contrat en cause au principal, considéré dans son intégralité, est celui auquel ce volet est soumis. »*

- l'objectif essentiel de la procédure en cause au principal était non pas de créer une société à capital mixte, mais de faire reposer sur l'associé (le candidat) de la ville de Rome, au sein de cette société, l'intégralité du risque opérationnel lié aux prestations de services accessoires aux activités scolaires de cette ville, ladite société n'étant conçue que comme le support au moyen duquel ladite ville estimait que la qualité des prestations serait le mieux assurée (marché public / concession)

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house* : structures complexes

## C.J.U.E., 1er août 2022 C-332/20

- **Décision de la Cour :**

- La société à capital mixte peut aussi être considérée comme étant un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 12 de la directive 2014/24
- Cependant :
  - *"il suffit de relever que, pour qu'il soit couvert par les dispositions de l'article 12, paragraphe 4, de cette directive, un accord de coopération ne peut **pas** avoir pour effet de placer une entreprise privée dans une **situation privilégiée** par rapport à ses concurrents (arrêt du 28 mai 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, point 76). Or, comme M. l'avocat général l'a relevé au point 78 de ses conclusions, tel aurait été nécessairement le cas en l'occurrence, compte tenu de la participation de capitaux privés dans la société à capital mixte à constituer, de sorte que cette disposition **ne permet pas de faire échapper la procédure en cause au principal au champ d'application de la directive 2014/24.** »*
- Procédure de passation d'un marché public en cas de participation directe du PA à condition :
  - Aucun pouvoir de contrôle ou de blocage
  - Pas d'influence décisive sur l'entité juridique contrôlée



# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 15 septembre 2022 C-416/21

- **Les faits :**

- J est un commerçant opérant sous son propre nom. K. Reisen est une société de transport par autobus dont J est le directeur et l'unique actionnaire.
- J et K. Reisen ont tous deux soumis des offres par l'intermédiaire de la même personne, **J**.
- Une procédure d'insolvabilité avait été ouverte à l'encontre de J l'année précédente. L'administrateur judiciaire avait toutefois sorti du champ de cette procédure l'activité indépendante de J.
- J a déclaré dans sa candidature qu'aucune procédure d'insolvabilité n'avait été déposée ou ouverte.
- Les offres de J et K. Reisen ont été exclues pour violation des règles de concurrence, car elles ont été déposées par la "même" personne.

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 15 septembre 2022 C-416/21

- **Questions préjudicielles :**

- *« Faut-il comprendre l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24, en tant que disposition régissant de manière exhaustive les motifs d'exclusion facultatifs, en ce sens que le principe d'égalité de traitement (article 18, paragraphe 1, de cette directive) – lorsque les offres présentées ne sont ni autonomes ni indépendantes – ne peut pas faire obstacle à l'attribution du marché ? »*
- *Faut-il comprendre l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 comme s'opposant à ce qu'un marché soit attribué à des entreprises qui forment une unité économique et ont chacune présenté une offre ? »*

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 15 septembre 2022 C-416/21

- **Motifs juridiques :**

- Pour mémoire, en BE, art. 69(1), 4° Loi sur les marchés publics (transposition art. 57(4)(d) Directive 2014/24) :
  - *« lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2; »*
  - Art. 101 du TFUE :
  - *“Sont interdits comme incompatibles avec le marché intérieur tous les accords entre entreprises, toutes les décisions d'associations d'entreprises et toutes les pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher la concurrence dans le marché intérieur.”*

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 15 septembre 2022 C-416/21

- **Décision de la Cour :**

- Distinction entre l'art 57(4)(a) de la directive 2014/24 et l'art 101 du TFUE :
  - *“Force est de constater que cette disposition vise, de manière générale, « des accords [conclus] avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ». Son libellé ne mentionne pas l'article 101 TFUE et, en particulier, contrairement à ce dernier, ne comporte pas l'exigence que ces accords soient conclus « entre entreprises », au sens de cette disposition, et soient « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres,*
  - *Il s'ensuit que l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24 renvoie à des cas où des opérateurs économiques concluent un accord anticoncurrentiel, quel qu'il soit, et ne saurait être limité aux seuls accords entre entreprises visés à l'article 101 TFUE. »*
  - L'article 57 de la directive 2014/24 diffère de l'article 101 du TFUE.
  - *" La Cour a jugé que la faculté, voire l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur d'exclure un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché est tout particulièrement destinée à lui permettre d'apprécier **l'intégrité et la fiabilité** de chacun des opérateurs économiques. Notamment, le motif d'exclusion facultatif mentionné à l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24, lu en combinaison avec le considérant 101 de cette directive, se fonde sur un **élément essentiel** de la relation entre l'adjudicataire du marché en cause et le pouvoir adjudicateur, à savoir la **fiabilité** du premier, sur laquelle repose la **confiance** que le second lui accorde »*

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

*In house*

## C.J.U.E., 15 septembre 2022 C-416/21

- **Décision de la Cour :**

- L'art. 57 de la directive 2014/24 est interprété de manière large

les accords entre entrepreneurs qui n'affectent pas le commerce entre les États membres doivent également être pris en compte

tout comportement illicite portant atteinte à la crédibilité professionnelle, à l'intégrité et à la fiabilité de l'entrepreneur (interprétation large)

- L'affaire actuelle ne concerne pas forcément deux entreprises "différentes".

- « **il ne saurait être considéré** que deux opérateurs économiques qui, pour l'essentiel, passent par la même personne physique pour prendre leurs décisions, **peuvent conclure des « accords » entre eux**, dans la mesure où il ne semble **pas exister deux volontés distinctes** qui soient susceptibles de converger. Il revient, cependant, à la **juridiction de renvoi de vérifier** si, eu égard au lien existant entre J et K. Reisen, il est possible qu'ils puissent conclure de tels accords en vue de fausser la concurrence. Si tel n'est pas le cas, le motif d'exclusion facultatif prévu à l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/24 ne saurait s'appliquer à leur situation. »

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

**C.J.U.E., 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche*.**

Accord-cadre – Obligation d'indication des quantités maximales ?

- **CJUE 19 décembre 2018**, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)*, n° C-216/17 et **CJUE 17 juin 2021**, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, C-23/20
  - **L'accord-cadre doit, dès l'origine, déterminer le volume maximal de fournitures ou de services qui pourront faire l'objet des marchés subséquents.**
  - **Le pouvoir adjudicateur ne pourrait s'abstenir d'indiquer, dans l'avis ou dans les documents de marché, une valeur maximale des fournitures et services à fournir en vertu d'un accord-cadre.**

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

**C.J.U.E., 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche.**

Accord-cadre – Obligation d'indication des quantités maximales ?

*« Par ses sixièmes questions, point 1, dans les affaires C-274/21 et C-275/21, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens **qu'un pouvoir adjudicateur peut encore se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s).** »*

*« À cet égard, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que, en concluant un accord-cadre, **un pouvoir adjudicateur ne peut s'engager que dans la limite d'une quantité et/ou d'une valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés, de sorte que, une fois cette limite atteinte, cet accord-cadre aura épuisé ses effets** (arrêt du 17 juin 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, point 68). »*

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

C.J.U.E., 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche*.

Accord-cadre – Obligation d'indication des quantités maximales ?

«Partant, ainsi que l'ont souligné le gouvernement autrichien et la Commission dans leurs observations écrites, plus aucun marché ne peut être légalement attribué en application de l'article 33, paragraphe 2, de la directive 2014/24 sur la base d'un accord-cadre dont ladite limite a été dépassée et qui, dès lors, est privé d'effets, **sauf si cette attribution ne modifie pas substantiellement ce dernier**, au sens de l'article 72, paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/24 (voir, en ce sens, arrêt du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel*, C-23/20, EU:C:2021:490, point 70). »« Il convient donc de répondre aux sixièmes questions, point 1, que l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens **qu'un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle de cet accord-cadre**, ainsi que le prévoit l'article 72, paragraphe 1, sous e), de cette directive. »



# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

C.J.U.E., 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche*.

Accord-cadre – *Standstill*

« Par ses sixièmes questions dans les affaires C-274/21 et C-275/21, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la directive 89/665 doit être interprété en ce sens que la conclusion d'un accord-cadre avec un seul opérateur économique, conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24, correspond à la conclusion du contrat visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665. »

« Dès lors, l'article 2 bis, paragraphe 2, premier alinéa, de la directive 89/665 est applicable aux accords-cadres. Or, en vertu de cette disposition, **la conclusion du contrat qui suit la décision d'attribution d'un accord-cadre conclu avec un seul opérateur économique, conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24, ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de suspension d'au moins dix ou quinze jours calendaires, selon le moyen de communication utilisé, à compter du lendemain du jour où la décision d'attribution de cet accord-cadre a été envoyée aux soumissionnaires et aux candidats concernés.** »

# I. Les arrêts les plus importants rendus par la C.J.U.E.

C.J.U.E., 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, *EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche*.

Accord-cadre - *Standstill*

« [...] l'absence, entre la décision d'attribution d'un marché et la conclusion dudit marché, d'un délai permettant un recours efficace pourrait conduire les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices désireux de rendre irréversibles les conséquences de la décision d'attribution contestée à précipiter la signature du contrat. Or, c'est précisément pour remédier à cette faiblesse dans les mécanismes de recours existant dans les États membres, laquelle compromettrait gravement la protection juridictionnelle effective des soumissionnaires concernés, c'est-à-dire des soumissionnaires qui n'ont pas encore été définitivement exclus, qu'a été introduit un délai de suspension minimal, pendant lequel la conclusion du contrat concerné est suspendue, peu important que cette conclusion intervienne ou non au moment de la signature de ce contrat. ». « [...] **un accord-cadre avec un seul opérateur économique, conformément à l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24, correspond à la conclusion du contrat visé à l'article 2 bis, paragraphe 2, de la directive 89/665.** »

Par cet arrêt, la Cour précise la notion de contrat, visé à l'article 2bis de la directive 89/665, et soumet donc la conclusion d'un accord-cadre avec un seul opérateur économique au principe de *standstill*.



**II.**  
*Quid* de la mention d'exigences erronées en  
matière d'agrégation?

# II. Mention d'exigences erronées en matière d'agrément

**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 categorie 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. Mention d'exigences erronées en matière d'agrément

**Gent 8 april 2022 (2015/AR/453)**

- **Beslissing van het Hof:**

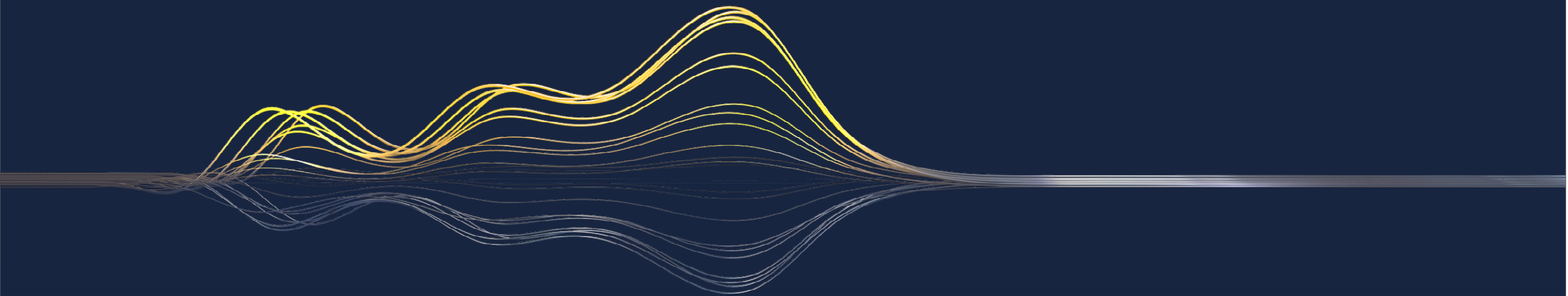
- Art. 15 wet overheidsopdrachten 24 december 1993 en art. 1382 (oud) BW: niet gegunde laagste regelmatige inschrijver aanspraak op schadevergoeding bij mislopen opdracht;
- Vernietiging gunningsbeslissing door Raad van State niet voldoende → verzoekende partij moet bewijzen dat zij de laagste regelmatige 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. Mention d'exigences erronées en matière d'agrément

## 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



# III. Mesures d'office

# II. Mesures d'office

*Quid* dans le cadre d'un marché public exécuté ?

## 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



# II. Mesures d'office

*Quid* dans le cadre d'un marché public exécuté ?

## 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
- 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)



# IV. Problèmes liés à l'exécution

# V. Problèmes liés à l'exécution

Circonstances imprévisibles et fait de l'adjudicateur

## **Trib. Entr. Charleroi (2021/3459)**

- Litige relatif à l'exécution d'un marché public de travaux, portant sur la construction d'un nouveau bâtiment et la rénovation du bâtiment existant d'une maison de repos, divisé en plusieurs lots.
- L'adjudicataire d'un des lots réclame une indemnisation pour l'exécution de divers travaux supplémentaires, ayant eu pour effet l'allongement du délai d'exécution du marché.
- Deux perturbations majeures sont identifiées : la faillite de l'adjudicataire d'un autre lot et les carences, lenteurs et autres faits du PA.
- Appréciation, *in concreto*, par le Tribunal de l'entreprise de Charleroi, de l'allongement du délai d'exécution :
  - La faillite de l'adjudicataire d'un autre lot :
    - Faute d'établir un ordre ferme ou un fait de sa part ayant conduit à stater le chantier, l'article 15, §5 du CGC ne peut servir de base pour une réclamation du fait de la faillite d'un adjudicataire d'un autre lot.
    - S'étant manifesté, par écrit, concernant l'incidence de la faillite de l'adjudicataire d'un autre lot, pour la première fois le 18 août 2016, l'adjudicataire ne pouvait fonder sa réclamation sur base de l'article 16, §2 CGC, au vu des conditions fixées par le §3 du même article.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Circonstances imprévisibles et fait de l'adjudicateur

## **Trib. Entr. Charleroi (2021/3459)**

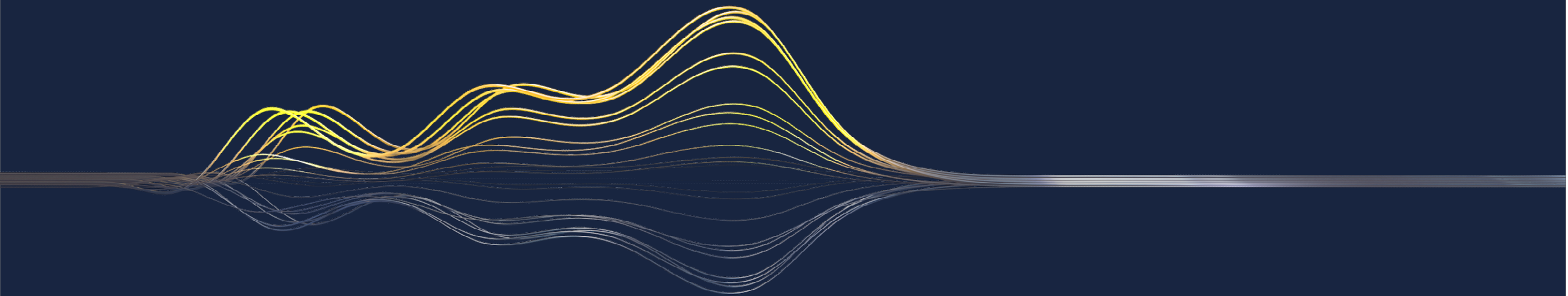
- L'imputation au pouvoir adjudicateur de carences, lenteurs ou autres faits :
  - Les difficultés liées au déménagement des résidents et sa conséquence de morcèlement de la phase 2 du marché en 4 sous-phases
  - Les nombreux ordres modificatifs, 26 avenants au CSC.
- Pour obtenir la réparation du préjudice financier subi de ces faits, l'adjudicataire se base sur l'article 16, §1<sup>er</sup>, CGC.
  - Le Tribunal rappelle que la dénonciation d'un fait de l'adjudicateur doit intervenir par écrit.
  - Que la circonstance, pour l'adjudicataire, d'exécuter son **premier marché public** et de **ne pas connaître la législation technique en la matière**, n'est pas de nature à écarter l'application de l'art. 16, §1<sup>er</sup> et 2 CGC.
  - Il est nécessaire que la dénonciation apparaisse clairement.

# V. Problèmes liés à l'exécution

Circonstances imprévisibles et fait de l'adjudicateur

## Trib. Entr. Charleroi (2021/3459)

- L'obligation de dénonciation du fait de l'adjudicateur, en temps utile, répond à un juste équilibre des intérêts en présence : « *il appartient à l'adjudicataire, dans ce qui est une application du **principe d'exécution de bonne foi** des conventions, de **ne pas laisser son co-contractant dans l'ignorance** que l'évolution du chantier lui est **préjudiciable** et qu'elle aura pour conséquence la réclamation de dommages et intérêts* ».



V.  
La vérification des prix et des coûts

# III. La vérification des prix et des coûts

Vérification et justification des prix

**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 afzonderlijke prijsberekening m.b.t. de door het veiligheids- en gezondheidsplan bepaalde preventie maatregelen en –middelen, welke berekening verder dient te worden verwerkt in de afzonderlijke eenheidsprijzen
- AO stelt dat ze zich zonder meer kon **baseren op beoordeling** veiligheidscoördinator **om substantiële onregelmatigheid vast te stellen, zonder** dat zij hiervoor een **prijsverantwoording** diende te vragen

# III. La vérification des prix et des coûts

Vérification et justification des prix

## 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 **onderzoek** 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), rust op haar wel de plicht 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**



# III. La vérification des prix et des coûts

Vérification des prix et perte d'une chance

## 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
- 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 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 inschrijver gelijk en diende AO een schadevergoeding te betalen van 399.450,77 euro

# III. La vérification des prix et des coûts

Vérification des prix et perte d'une chance

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

- **Rechtsvraag**

- Is sprake van **fout, schade en causaal verband** opdat 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 dat de offerte van de **tweede gerangschikte** budgettair **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



**VI.**  
Renonciation, réattribution ou résiliation :  
quelles conséquences ?

# IV. Renonciation, réattribution ou résiliation : quelles conséquences?

Domages et intérêts suite à une renonciation d'attribution

## 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 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

# IV. Renonciation, réattribution ou résiliation : quelles conséquences?

Domages et intérêts suite à une renonciation d'attribution

## 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 serieuze 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

# IV. Renonciation, réattribution ou résiliation : quelles conséquences?

Réattribution en raison de subsides non obtenus – résiliation unilatérale d'un marché public déjà conclu

## 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

# IV. Renonciation, réattribution ou résiliation : quelles conséquences?

Réattribution en raison de subsides non obtenus – résiliation unilatérale d'un marché public déjà conclu

## 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



**VII.**  
*Quid* des cahiers spéciaux des charges peu  
clairs ou présentant des défauts ?



## VII. *Quid des cahiers spéciaux des charges peu clairs ou présentant des défauts ?*

Sur la formulation des exigences de référence

### **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.”*

## VII. *Quid des cahiers spéciaux des charges peu clairs ou présentant des défauts ?*

Sur la formulation des exigences de référence

### **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.

## VII. *Quid des cahiers spéciaux des charges peu clairs ou présentant des défauts ?*

Sur la formulation des exigences de référence

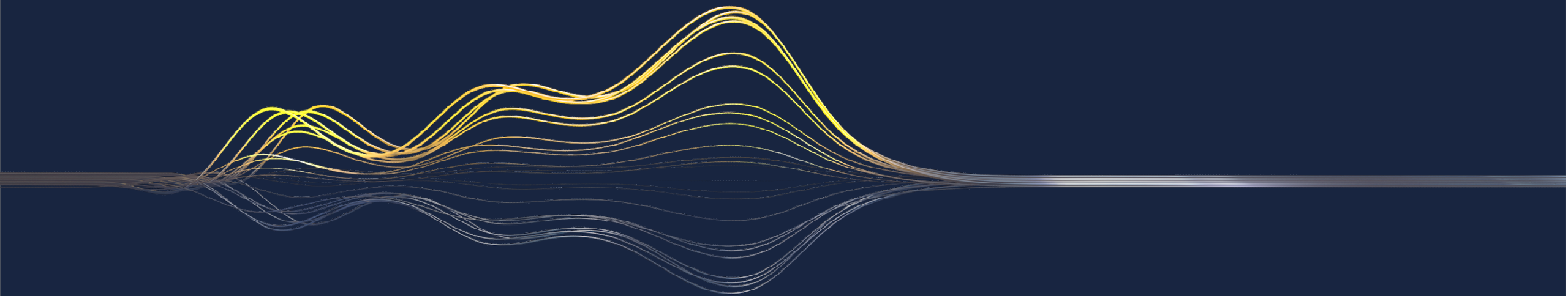
### Nederlandstalige REA Brussel (KG) 22 juni 2022 (22/11/C)

- 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.”*



# VIII.

## La nullité : évolution récente

# VIII. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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**
- 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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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. Jurisprudence pertinente de la Cour de Cassation en matière de nullité

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?

# Marchés publics conclus au mépris de la concurrence

*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<sup>e</sup> 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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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 miskennis 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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

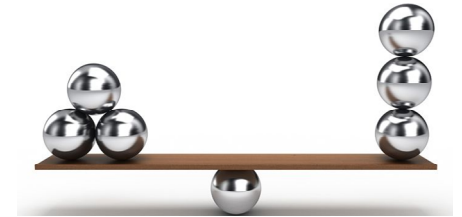
**Cass. 22 januari 2021 (AR nr. C.19.0303.N), *NjW* 2021, 348**

- **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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

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

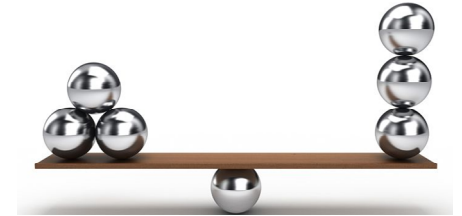


- Belangrijke stap naar een **evenwichtiger nietigheidsleer**
- Om de nietigheidssanctie op maat te snijden (niet blind toe te passen), verwijst het Hof van Cassatie naar de **doelstelling van de onderliggende geschonden rechtsregel, om na te gaan of de nietigheid wel passend is om het doel van de regel 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<sup>e</sup> lid (N)BW**: “Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. Toutefois, le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu’il résulte des circonstances **que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée.**”*

# VIII. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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**
- Le **commentaire de l'article 5.57** de la proposition de loi portant le Livre 5 “Les obligations” du Code civil précise que *“la nullité doit être écartée lorsque l’application d’une telle sanction heurterait manifestement le but de la norme violée. L’usage du **terme “manifestement” souligne le caractère exceptionnel de cette situation**. La disposition permet à cet égard, dans des cas spécifiques, d’écarter la sanction de la nullité au profit d’une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d’éviter l’application de toute sanction”* (Ch., 2020-21, n° 1806/1, p. 64).
- Naar huidig en toekomstig recht geldt aldus een meer evenwichtige nietigheidsleer!

# VIII. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

**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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

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

- Welke strekking?





# VIII. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

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

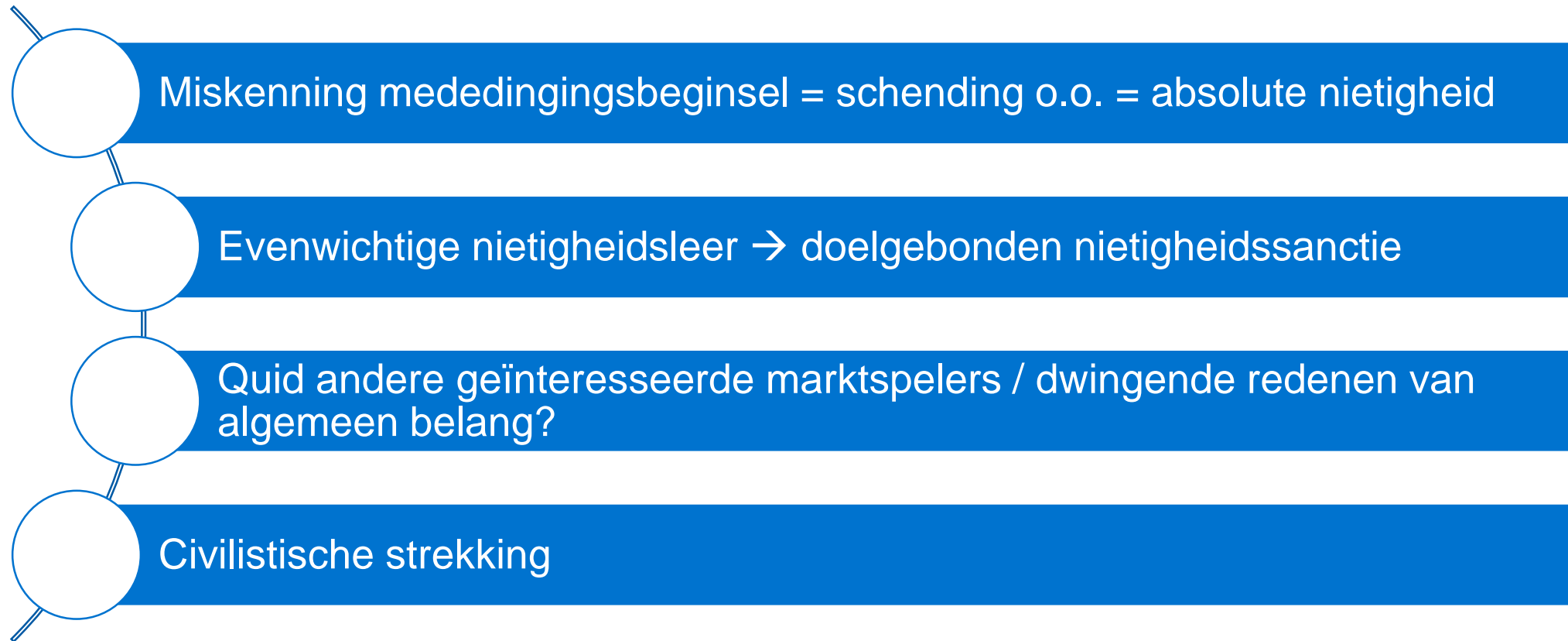
## Rechtstreekse toetsing aan de openbare orde *versus* civilistische benadering

- 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: “La prestation est illicite lorsqu'elle crée ou maintient une situation qui est contraire à l'ordre public ou à des dispositions légales impératives.”*

# VIII. Jurisprudence pertinente de la Cour de cassation en matière de nullité

Inzake de evolutie van de nietigheidsleer

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





# IX. Payement

# IX. Payement

Intérêts de retard

## **Trib. Namur, Division Dinant (7<sup>ème</sup> ch.), 3 juin 2021, 2021/1841.**

- La commune de Doische a attribué, le 29 mars 2016, un premier marché de travaux d'entretien de la voirie à Matagne-La-grande, Niverlée, Vaucelles, à la SRL ENTREPRISE DE TRAVAUX PUBLICS RENE PIRLOTS et FILS pour le montant de 262.189,74 EUR. Il s'agit du premier marché (CV-15/005/D).
- La même commune a attribué un marché de travaux d'entretien de la voirie, le 14 juin 2016, pour l'entretien de la voirie à Doische, Gochenée, Matagne-la-Petite, Vaucelles, et Vodelée à la SRL ENTREPRISE DE TRAVAUX PUBLICS RENE PIRLOTS et FILS, pour un montant de 251.879, 21 EUR. Il s'agit du second marché (CV-15/031)

# IX. Paiement

## Intérêts de retard

### **Trib. Namur, Division Dinant (7<sup>ème</sup> ch.), 3 juin 2021, 2021/1841.**

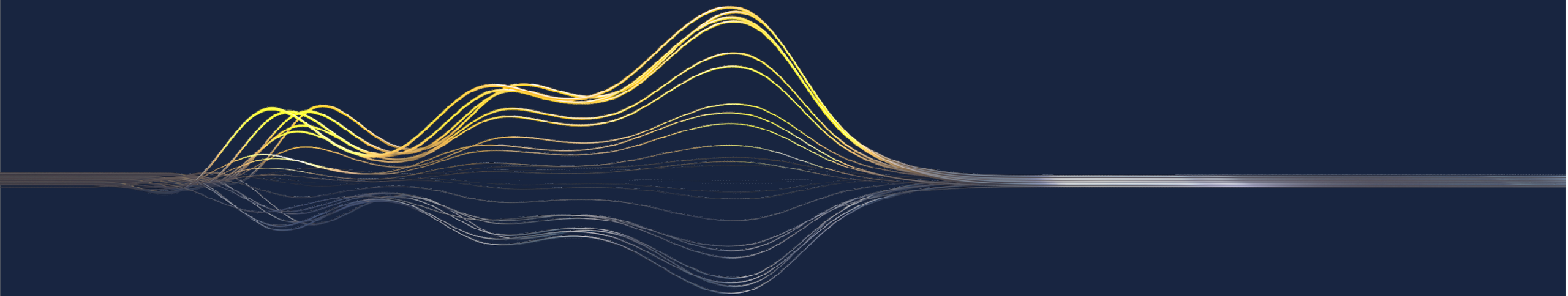
- Le 27 septembre 2017, une déclaration de créances, s'élevant à 72.620,56 EUR (état d'avancement n°13) est établie par l'adjudicataire pour les travaux effectués à Matagne-La-Grande, Niverlée et Vaucelles.
- La Commune de Doische communique, le 30 octobre 2018, que concernant le marché 14/005/D, tant que les avenants ne seront pas intégrés dans un état d'avancement, ils ne pourront pas être payés.
- Par lettre datée du 14 décembre 2018, la Commune de Doische demande à l'adjudicataire d'établir une facture, dans les 5 jours, relative à l'avenant 1 établi le 1<sup>er</sup> février 2018, signé le 23 février 2018 et approuvé par le Collège communal le 15 mai 2018 pour un montant de 72.620,56 EUR (TVAC).
- Le 19 décembre 2018, l'adjudicataire établit une facture dont le montant s'élève à 72.620, 56 EUR (TVAC).
- Le 8 mai 2019, l'adjudicataire réclame à la commune le paiement d'intérêts de retard s'élevant à 8.372, 26 EUR, selon l'état d'avancement n°13bis.

# IX. Payement

Intérêts de retard

## **Trib. Namur, Division Dinant (7<sup>ème</sup> ch.), 3 juin 2021, 2021/1841.**

- Dans un premier temps, le tribunal constate que ces deux créances ne sont en fait qu'une seule et même créance, même si elles se réfèrent respectivement à l'avenant n°1 et l'état d'avancement n° 13. Il a ainsi considéré que *« vu l'absence d'autre déclaration de créance et d'autre facture pour ce montant, il s'agit manifestement du même montant »*.
- Ensuite, en vertu du CSC et de l'article 95 RGE, *« la vérification devait être effectuée dans les 30 jours de la réception de la déclaration de créance, et le paiement effectué dans les 30 jours de la date du fin de la vérification, pour autant que le pouvoir adjudicateur soit en possession d'une facture régulièrement établie »*.
- La facture est établie le 19 décembre 2018 et prévoyait une échéance de payement pour le 17 février 2019. Or, il n'est intervenu que 6 mai 2019, avec 78 jours de retard. La facture régulièrement établie et retenue par le tribunal comme faisant courir les intérêts de retard a été établie le 19 décembre 2018 à la suite de la seconde lettre de la commune et non pas le 27 septembre 2017, comme l'indiquait l'adjudicataire. La somme due, au titre des intérêts de retard, se limitait donc à 1026,04 EUR.



**X.**  
Dommages et intérêts : contentieux

# X. Dommages et intérêts : contentieux

Dommages et intérêts suite à l'attribution à un soumissionnaire ayant remis une offre irréaliste

## 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.”](#)



# X. Dommages et intérêts : contentieux

Dommages et intérêts suite à l'attribution à un soumissionnaire ayant remis une offre irréaliste

## 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 financieel 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

Merci pour votre attention.

Des questions ?



**Bérénice Wathelet**

Counsel

T: +32 (2) 500 15 93

M: +32 (4) 93 49 89 17

berenice.wathelet

@dlapiper.com



**Maëlle Rixhon**

Avocate

T: +32 (2) 500 15 47

M: +32 (4) 76 97 39 03

maelle.rixhon@dlapiper.com

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](http://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.

