

DE AANBESTEDENDE OVERHEID & CAPITA SELECTA
MET FOCUS OP DE RECHTSPRAAK

De aanbestedende overheid
& Capita selecta
met focus op de rechtspraak

Peter TEERLINCK

m.m.v.

Constant DE KONINCK

Louise GALOT

Joren VUYLSTEKE

Peter ALLAERT



INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

Belangrijke juridische kennisgeving – Disclaimer

Hoewel bij de realisatie van voorliggend werk een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)-fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden noch de auteurs noch de uitgever hiervoor enige aansprakelijkheid. De gebruiker van dit werk erkent en aanvaardt op ondubbelzinnige wijze, door de loutere aanwending van de inhoud ervan, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.

De gebruiker wordt steeds verwezen naar de officiële tekst van de wet- en regelgeving inzake overheidsopdrachten. De officiële teksten kunnen geraadpleegd worden op de volgende webadressen:

<http://www.belgielex.be> (= de Kruispuntbank van de Belgische wetgeving);

<http://reflex.raadvst-consetat.be/reflex> (= Reflexdatabanken van de Raad van State).

De aanbestedende overheid & Capita selecta met focus op de rechtspraak
Peter Teerlinck (ed.)

© 2020 Lefebvre Sarrut Belgium NV
Hoogstraat 139/6 – 1000 Brussel

ISBN 978-94-000-1184-7
D/2020/7849/83
NUR 823

Verantwoordelijke uitgever: Paul-Etienne Pimont, Lefebvre Sarrut Belgium NV
Lay-out: Crius Group, Hulshout

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Ondanks alle aan de samenstelling van de tekst bestede zorg, kunnen noch de auteurs noch de uitgever aansprakelijkheid aanvaarden voor eventuele schade die zou kunnen voortvloeien uit enige fout die in deze uitgave zou kunnen voorkomen.

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op www.stradalex.com en www.jurisquare.be.

INLEIDING

In 2014 hebben wij het idee opgevat om een praktijkgerichte reeks “de aanbestedende overheid &” te schrijven over thema’s die veel aanleiding geven tot rechtspraak.

De omvang en complexiteit van de overheidsopdrachtenregelgeving is bekend. Uit de talrijke praktijkgevallen blijkt bovendien dat die rechtsregels interpretatie behoeven, en dat ogenschijnlijk gelijkaardige situaties aanleiding geven tot uiteenlopende beoordelingen. Vandaar het idee om niet alleen de principes te beschrijven maar ook de genuanceerde toepassing ervan door de rechters aan de hand van de voorliggende feiten.

Zonder garantie op exhaustiviteit, is het dan ook de bedoeling om een zeer groot aantal recente praktijkgevallen concreet te bespreken. Aldus kan de rechtspraktijk de gevallen detecteren die zo dicht mogelijk aansluiten bij de zaak die zich bij hem/haar aandient.

Op basis van die uitgangspunten hebben wij jaarlijks boeken gepubliceerd met als thema’s:

- contacten met inschrijvers (2014);
- fouten in opdrachtdocumenten (2015);
- het prijsonderzoek en abnormale prijzen (2016);
- schadevergoeding (2017);
- gunningscriteria (2018).

Intussen is de wetgeving grondig gewijzigd.

In dit boek zijn alle thema’s hernomen en is een deel over de selectiefase toegevoegd.

Dit boek is niet in de eerste plaats een alomvattend theoretisch werk.

De focus van de praktijkgerichte aanpak ligt daarentegen op:

- de beschrijving van de basisregels en de belangrijkste nieuwe regels;
- de principes zoals die gehanteerd worden door het Hof van Justitie en de Belgische nationale rechtsinstanties;

- de beschrijving van een zeer grote reeks concrete en recente gevallen uit de rechtspraak.
- nieuwe ontwikkelingen en knooppunten in de rechtspraak.

Dit boek had niet tot stand kunnen komen zonder de grondige en zeer gewaardeerde medewerking van Constant De Koninck, Louise Galot, Joren Vuylsteke en Peter Allaert. Ook dank ik Ellen De Munck voor de enthousiaste en inspirerende begeleiding.

Peter TEERLINCK

INHOUD

<i>Inleiding</i>	v
DEEL I.	
UITSLUITINGSGRONDEN EN SELECTIECRITERIA	1
Hoofdstuk I.	
De plaats van de selectiefase in de plaatsingsprocedure	3
Hoofdstuk II.	
De uitsluitingsgronden	7
Afdeling 1. Het onderscheid tussen verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden	7
Afdeling 2. Het genuanceerd limitatief karakter van de uitsluitingsgronden inzake beroepsbekwaamheid en professionele kwaliteiten	8
Afdeling 3. Het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel	9
Afdeling 4. Het proportionaliteitsbeginsel	10
Afdeling 5. Het toepassen van uitsluitingsgronden op onderaannemers	18
Afdeling 6. De uitsluitingsgronden en derden op wier draagkracht een beroep wordt gedaan	23
Afdeling 7. De verplichte uitsluitingsgronden	23
§ 1. Het wettelijk kader	23
§ 2. De nieuwe verplichte uitsluitingsgronden in de wet van 17 juni 2016	26
§ 3. De sociale en fiscale schulden	27
§ 4. De periode van uitsluiting	28
Afdeling 8. De facultatieve uitsluitingsgronden	28
§ 1. Het wettelijk kader	28
§ 2. De nieuwe facultatieve uitsluitingsgronden in de wet van 17 juni 2016	30
A. De schending van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht	30
B. De mededingingsbeperkende handelingen	31
C. De belangenconflicten en voorafgaande betrokkenheid	33
D. De tekortkomingen bij een eerdere opdracht	35
E. De restcategorie	39
§ 3. De ernstige beroepsfout	39
A. Toevoeging van een bijkomende voorwaarde	39
B. Het begrip	39

C. De verhouding tot andere uitsluitingsgronden	40
D. De concrete beoordeling van de handeling	41
§ 4. De periode van uitsluiting	46
Afdeling 9. De corrigerende maatregelen (self-cleaning measures).	48
§ 1. Het basisartikel 70 van de wet van 17 juni 2016	48
§ 2. Het toepassingsgebied	49
§ 3. De soorten maatregelen	49
§ 4. Op wiens initiatief?	52

Hoofdstuk III.

De selectiecriteria	55
Afdeling 1. Het basisartikel 71 van de wet van 17 juni 2016.	55
Afdeling 2. Het verschil tussen selectiecriteria en gunningscriteria	56
Afdeling 3. Het verschil tussen technische selectiecriteria en technische specificaties	56
Afdeling 4. Het gelijkheidsbeginsel	57
Afdeling 5. Het transparantiebeginsel	58
§ 1. De voorafgaande bekendmaking van de selectiecriteria en het minimumniveau	58
§ 2. De omschrijving van de selectiecriteria en het minimumniveau	59
Afdeling 6. Het proportionaliteitsbeginsel	60
§ 1. Het vaststellen van selectiecriteria	60
§ 2. Het omzetvereiste	63
Afdeling 7. Het relevantievereiste	64
Afdeling 8. Het beroep op de draagkracht van derden	67
§ 1. Het wettelijk kader	67
§ 2. De verbintenis van de derde	69
§ 3. De beperkingen op de mogelijkheid om een beroep te doen op de draagkracht van derden	71
§ 4. De vervanging van de derde	72
Afdeling 9. Het toepassen van selectiecriteria op onderaannemers	74
Afdeling 10. De referenties in het kader van de technische en beroepsbekwaamheid	74
§ 1. Het begrip	74
§ 2. De aard van de referentie	75
§ 3. De relevante periode van de referentie	76
§ 4. Het daadwerkelijke karakter van de referentie	77
§ 5. De beoordelingsvrijheid van de aanbesteder	77
Afdeling 11. Het tijdstip waarop aan de selectiecriteria moet zijn voldaan	78
Afdeling 12. Het <i>a posteriori</i> opvragen van informatie door de aanbesteder	80
§ 1. Het basisartikel 66, § 3 van de wet van 17 juni 2016	80
§ 2. Een mogelijkheid maar geen verplichting	81

§ 3. Welke informatie?	82
§ 4. De naleving van de beginselen bij de regularisatie	85
Afdeling 13. Het aanvaarden van andere bewijsdocumenten inzake de economische en financiële draagkracht	86
Hoofdstuk IV.	
Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA)	89
Afdeling 1. Het wettelijk kader	89
Afdeling 2. De <i>ratio legis</i> en het principe	91
Afdeling 3. Het toepassingsgebied	92
Afdeling 4. Het standaardformulier	93
Afdeling 5. Het UEA en het beroep op de draagkracht van derden	93
Afdeling 6. De sanctie van de substantiële onregelmatigheid	95
Hoofdstuk V.	
De e-Certis databank voor certificaten	101
Hoofdstuk VI.	
De beperking van het aantal kandidaten	103
Hoofdstuk VII.	
De motivering	105
Afdeling 1. Het wettelijk kader	105
Afdeling 2. De draagwijdte van de motiveringsplicht	107
Bibliografie	113
DEEL II.	
HET PRIJSONDERZOEK EN ABNORMALE PRIJZEN	117
Hoofdstuk I.	
Wettelijk kader	119
Afdeling 1. Klassieke sectoren	119
§ 1. De wet van 17 juni 2016	119
§ 2. Het KB Plaatsing van 18 april 2017	119
Afdeling 2. Speciale sectoren	120
§ 1. De wet van 17 juni 2016	120
§ 2. Het KB Plaatsing van 18 juni 2017	120
Afdeling 3. Concessieovereenkomsten	120

Hoofdstuk II.	
Principes	121
Hoofdstuk III.	
Het begrip abnormale prijs of kost	125
Afdeling 1. Geen wettelijke definitie	125
Afdeling 2. Het wettelijk weerlegbaar vermoeden van abnormale prijs of kost.	127
Hoofdstuk IV.	
Het prijsonderzoek	133
Afdeling 1. De twee fasen: het prijsonderzoek en de prijsverant- woordingsprocedure	133
Afdeling 2. Plicht tot het voeren van een prijsonderzoek	134
Afdeling 3. De toe te passen criteria	137
Afdeling 4. De verificatie van de boekhoudkundige stukken en het onderzoek ter plaatse.	146
Hoofdstuk V.	
De prijsverantwoordingsprocedure	149
Afdeling 1. De Europese richtlijn en de rechtspraak van het Hof van Justitie.	149
Afdeling 2. Artikel 36 van het KB Plaatsing van 18 april 2017 en de drie stappen van de prijsverantwoordingsprocedure.	152
§ 1. Stap 1: de vraagstelling	153
A. De plicht tot vraagstelling behalve in geval van een verwaar- loosbare prijs	153
B. De inhoud van de vraagstelling	158
C. De formaliteiten en termijnen	160
§ 2. Stap 2: de verantwoording door de inschrijver	160
§ 3. Stap 3: De beoordeling van de verantwoording, de sancties en de motivering.	166
Afdeling 3. De mededeling aan bepaalde instanties	174
Afdeling 4. De afwijkende regeling voor onderhandelingsprocedures onder de Europese drempel	175
Hoofdstuk VI.	
De prijsverantwoording en de bescherming van de bedrijfsgeheimen	177
Afdeling 1. De formele motiveringsplicht versus de bescherming van de bedrijfsgeheimen	177
Afdeling 2. De regeling voor de Raad van State inzake de vertrouwelijk- heid van offertes.	179

Hoofdstuk VII.	
Abnormale prijzen en de stakingsrechter	183
Afdeling 1. Rechtsmacht van de stakingsrechter inzake abnormale prijzen ..	183
Afdeling 2. Staatssteun en sociale-economieondernemingen	184
Bibliografie	189
DEEL III.	
CONTACTEN MET INSCHRIJVERS IN OPENBARE EN NIET- OPENBARE PROCEDURES	193
Hoofdstuk I.	
Principes	195
Hoofdstuk II.	
Bespreking van een aantal topics	197
Afdeling 1. De aanvullende inlichtingen over de opdrachtdocumenten	197
Afdeling 2. De in het bestek opgenomen plicht voor de inschrijver om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren te melden aan de aanbestedende overheid (de <i>Neorechtspraak</i> herzien)	198
Afdeling 3. De meldingsplicht van de inschrijver inzake fouten of leemten in het bestek die de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken	202
Afdeling 4. Het opvragen door de aanbesteder van bijkomende informa- tie in het kader van de beoordeling van de regelmatigheid van de offerte	207
§ 1. Het wettelijk kader	207
§ 2. Rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht	209
A. Het Hof van Justitie	209
B. Het Gerecht van eerste aanleg	220
§ 3. Rechtspraak van de Raad van State	225
A. De contactname is in beginsel een mogelijkheid (en geen ver- plichting)	225
B. Alle inschrijvers moeten op gelijke voet worden ondervraagd.	230
C. De vraag tot toelichting mag niet leiden tot een wijziging van wezenlijke aspecten van de offerte.	230
Afdeling 6. De contactname voor de verbetering van rekenfouten en zuiver materiële fouten	233
§ 1. Het wettelijk kader	233
§ 2. De begrippen	235
§ 3. De discretionaire bevoegdheid van de aanbesteder om tot verbete- ring en/of ondervraging over te gaan	237

§ 4. De niet-ontdekte zuiver materiële of rekenfout	244
§ 5. De ondervraging in het kader van zuiver materiële fouten en rekenfouten gaat de ondervraging inzake abnormale prijzen vooraf	245
Bibliografie	247
DEEL IV.	
TECHNISCHE FOUTEN IN DE OPDRACHTDOCUMENTEN	249
Hoofdstuk I.	
Principes	251
Hoofdstuk II.	
De informatieplicht van de aanbesteder	253
Afdeling 1. Op de aanbesteder rust een omstandige informatieplicht	253
Afdeling 2. Hoe kan de aanbesteder aan zijn informatieplicht tegemoetkomen?	255
Afdeling 3. Hoe dient de aanbesteder fundamentele technische fouten in het bestek recht te zetten?	257
Afdeling 4. Kan de aanbesteder zich van zijn informatieplicht exonereren?	259
Afdeling 5. Moet de omstandige informatieplicht van de aanbesteder worden genuanceerd?	261
Afdeling 6. De vrijwaringsplicht van de externe specialist die de aanbesteder bijstaat	262
Hoofdstuk III.	
De onderzoeks- en informatieplicht van de inschrijver	265
Afdeling 1. Welke zijn de inhoud, de omvang en de intensiteit van de informatieplicht van de inschrijver bij overheidsopdrachten?	265
Afdeling 2. Onderzoeksplicht van de inschrijver versus informatieplicht van de aanbesteder	270
Hoofdstuk IV.	
Enkele bijzonderheden en toepassingen van het sanctieregime	273
Afdeling 1. Sancties ten aanzien van de aanbesteder	273
§ 1. Schorsing en vernietiging van de gunningsbeslissing door de Raad van State	273
§ 2. Schadevergoeding door de burgerlijke rechter op basis van de <i>culpa in contrahendo</i>	274
§ 3. Toepassing van artikel 38/11 van het KB AUR van 14 januari 2013 (herziening, schadevergoeding, verbreking)	275

§ 4. <i>Culpa in contrahendo</i> versus artikel 38/11 van het KB AUR van 14 januari 2013	278
Afdeling 2. Sancties ten aanzien van de inschrijver	280
§ 1. De nietigheid of de verbetering van de offerte	280
§ 2. Toepassing van het forfait ten laste van de opdrachtnemer	285
Hoofdstuk V.	
Besluit	287
Bibliografie	289
DEEL V.	
GUNNINGSCRITERIA	291
Hoofdstuk I.	
Het basisartikel 81 van de wet van 17 juni 2016*	293
Hoofdstuk II.	
Het begrip (sub)gunningscriterium en het onderscheid met andere bepalingen in de opdrachtdocumenten	297
Afdeling 1. Het begrip (sub)gunningscriterium	297
Afdeling 2. Het verschil tussen gunningscriteria en selectiecriteria	298
Afdeling 3. Het verschil tussen gunningscriteria en contractvoorwaarden. . .	301
Afdeling 4. Het verschil tussen gunningscriteria en technische specificaties .	301
Afdeling 5. Het verschil tussen subgunningscriteria en beoordelings- elementen	306
Hoofdstuk III.	
Het toepasselijke regime: keuzevrijheid, transparantie en onverander- lijkheid.	311
Afdeling 1. Algemene beginselen	311
Afdeling 2. Keuzevrijheid	312
§ 1. Het overkoepelende gunningscriterium ‘economisch meest voorde- lige offerte’	312
§ 2. De vrije basiskeuze tussen drie soorten gunningscriteria: prijs, kosten en prijs-kwaliteitsverhouding	313
§ 3. Algemene beperkingen aan de vrije keuze van de gunningscriteria. . .	313
§ 4. Het gunningscriterium ‘prijs’	317
§ 5. Het gunningscriterium ‘kosten’	318
§ 6. Het gunningscriterium ‘beste prijs-kwaliteitsverhouding’	319

A. Discretionaire keuze van de kwalitatieve, milieu- en/of sociale criteria	319
B. Milieucriteria	321
C. Sociale criteria.....	324
Afdeling 3. Transparantie.....	326
§ 1. Wanneer moeten de (sub)gunningscriteria worden bekendgemaakt? ..	326
A. De gunningscriteria.....	326
B. De subgunningscriteria.....	326
§ 2. Wanneer moet het relatieve gewicht van de (sub)gunningscriteria worden bekendgemaakt?	329
A. Het moment van bekendmaking van het relatieve gewicht van de gunningscriteria	329
B. Het moment van bekendmaking van het relatieve gewicht van de subgunningscriteria	330
§ 3. Moet ook de beoordelingsmethode vooraf worden bekendgemaakt? ..	332
§ 4. Besluit	343
Afdeling 4. Onveranderlijkheid.....	344
Hoofdstuk IV.	
De materiële en de formele motivering	347
Afdeling 1. De materiële motivering.....	348
Afdeling 2. De formele motivering.....	353
Bibliografie.....	361
DEEL VI.	
SCHADEVERGOEDING	365
Hoofdstuk I.	
De schadevergoeding voor de onrechtmatig geweerde of niet-gekozen inschrijver.....	367
Afdeling 1. De bevoegde rechter	367
Afdeling 2. Het schadevergoedingscontentieux voor de gewone rechter	374
§ 1. De klassieke aansprakelijkheidsgrond (art. 1382-1383 BW).....	374
§ 2. Artikel 16 van de wet van 17 juni 2013.....	380
§ 3. De forfaitaire schadevergoeding van 10% voor de laagste regelmatige inschrijver	384
§ 4. De schadevergoedingen buiten het specifieke regime voor openbare of niet-openbare procedures die louter op basis van de prijs worden gegund.....	386

§ 5. De schadevergoeding ingevolge de absolute nietigheid van de overeenkomst	390
§ 6. De schadevergoeding in geval van onverbindendverklaring	395
§ 7. Schadevergoeding wegens het onrechtmatig afbreken van onder- handelingen	395
§ 8. Schadevergoeding ingevolge de onrechtmatige intrekking van een erkenning	398
Afdeling 3. Het schadevergoedingscontentieux voor de Raad van State	399
Afdeling 4. De vrijwaringsvordering tegen de architect/het studie bureau . . .	402
Hoofdstuk II.	
Interesten en kapitalisatie	405
Bibliografie	409

