
HET LOT VAN DE 'GESLOTEN' OP- DRACHT NA DE SCHORSING VAN DE GUNNINGSBESLISSING DOOR DE RAAD VAN STATE

JOHAN GEERTS en HELENA DE GROOF



SAMENVATTING

Ingevolge recente rechtspraak van de Raad van State kan een niet gekozen inschrijver in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering nog de schorsing van de gunningsbeslissing bekomen, ook nadat de opdracht reeds is gesloten (lees: de overeenkomst met de begunstigde inschrijver is gesloten). Deze rechtspraak betekent een radicale omkering van de "Feyfer Formanova" rechtspraak waarbij de schorsingsvordering steeds werd afgewezen indien de opdracht al was gesloten, en dit bij gebreke aan moeilijk te herstellen ernstig nadeel.

Hoewel voormelde (r)evolutie ondertussen goed gekend is in de praktijk, rijst heden nog steeds vraag welke de juridische gevolgen zijn van de schorsing (bij uiterst dringende noodzakelijkheid) – en desgevallend navolgende vernietiging – van de gunningsbeslissing voor de intussen rechtsgeldig (gezien de wachttermijn niet van toepassing is op Belgische opdrachten) gesloten opdracht.

Werkt de onwettigheid van de gunningsbeslissing alsnog door naar de onderliggende overeenkomst? Kan deze overeenkomst zonder meer verder worden uitgevoerd? En welke rechtsmiddelen staan belanghebbenden ter beschikking om de uitvoering van de overeenkomst te schorsen en/of stop te zetten?

*De oplossing voor dit vraagstuk wordt gezocht in de nietigheidsleer van het gemeen verbintenissenrecht, die wordt aangevuld door de overheidsopdrachtenreglementering als *lex specialis*. Meer in het bijzonder wordt getracht om inzicht te krijgen in de doelstellingen van artikel 65/21 en 65/30 van de Overheidsopdrachtenwet 1993 die bepalen dat een opdracht zodra deze is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend kan worden verklaard.*

RÉSUMÉ

Une jurisprudence récente du Conseil d'Etat permet à un soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie d'obtenir la suspension de la décision d'attribution, même après que le marché ait été conclu. Cette jurisprudence constitue un revirement radical de la jurisprudence « Feyfer Formanova » qui rejetait systématiquement l'action en suspension d'un marché déjà conclu, vu l'absence d'un préjudice grave difficilement réparable.

La question reste cependant de savoir quelles sont les conséquences juridiques de cette suspension – et d'une annulation ultérieure éventuelle – de la décision d'attribution pour un marché qui entre-temps a été conclu valablement (comme le standstill n'est pas d'application pour les marchés publics belges).

L'illégalité de la décision d'attribution rejaillit-elle sur le contrat sous-jacent ? Ce contrat peut-il être exécuté, sans plus ? De quelles voies de recours dispose l'intéressé afin de suspendre ou d'arrêter l'exécution de la convention ?

La réponse à ces questions doit être recherchée dans la théorie des nullités que l'on retrouve dans le droit général des obligations. Cependant, ce droit sera complété par la réglementation relative aux marchés publics. On essaiera plus particulière-

ment d'avoir une meilleure compréhension des objectifs de l'article 65/21 et 65/30 de la loi relative aux marchés publics qui précisent que le marché, une fois conclu, ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets.

INHOUD

- I. De vordering tot schorsing van de gunningsbeslissing en de werking van de wachttermijn: verschil tussen 'Europese' en 'Belgische' opdrachten
 - A. Gelijklopende rechtsbescherming voor Europese en Belgische opdrachten: de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid
 - B. Onderscheid tussen Europese en Belgische opdrachten: verplichte vs. facultatieve toepassing van de wachttermijn
- II. Het einde van *Feyfer Formanova*: Schorsing van de gunningsbeslissing (bij UDN) is nog mogelijk na contractsluiting
- III. Het lot van een gesloten opdracht na de schorsing van de gunningsbeslissing
 - A. Bevoegde rechter: de 'gewone' (burgerlijke) rechtbanken
 - B. Toepassing van de gemeenrechtelijke nietigheidsleer uit het verbintenissenrecht: (absolute) nietigheid van de gesloten overeenkomst gestoeld op een onwettige gunningsbeslissing?
 - i) Algemeen: De beoordeling van de geldigheidsvereisten van een overeenkomst volgens gemeen verbintenissenrecht
 - ii) Relatieve nietigheid van de overeenkomst wegens een gebrek in de toestemming
 - iii) Absolute nietigheid van de overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak
 - iv) Tussenbesluit: De nietigheid van de gesloten overeenkomst wegens de onwettigheid van de gunningsbeslissing is niet vanzelfsprekend
 - C. Toepassing van artikel 65/21 en 65/30 van de Overheidsopdrachtenwet als *lex specialis*: onaantastbaarheid van de gesloten opdracht?
 - i) Artikel 65/21 en 65/30: letterlijke lezing
 - ii) Draagwijdte van het begrip 'onverbindendverklaring': met de onverbindendverklaring bedoelt de wetgever vernietiging ex nunc of ex tunc van de overeenkomst
 - iii) Nuancering: de onaantastbaarheid van de gesloten overeenkomst wordt niet bevestigd in de rechtspraak. Rechtsleer is het oneens
 - D. Toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel: Rechtsplicht tot intrekking van de onwettige gunningsbeslissing en verbreking van de onderliggende overeenkomst?
- IV. Conclusie
 - A. Het lot van de gesloten overeenkomst is onzeker
 - B. Voorkeur voor vrijwillige toepassing van de wachttermijn bij Belgische opdrachten

I. De vordering tot schorsing van de gunningsbeslissing en de werking van de wachtermijn: verschil tussen 'Europese' en 'Belgische' opdrachten

A. Gelijklopende rechtsbescherming voor Europese en Belgische opdrachten: de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid

1. De nieuwe Rechtsbeschermingswet¹ introduceerde belangrijke wijzigingen op het vlak van motivering en informatie bij het nemen van gunnings- en andere beslissingen, alsook op het vlak van (preventieve) rechtsbescherming, te weten inzake de wachtermijn en de verhaalprocedures².

Eén van de meest opvallende nieuwigheden betreft de invoering als 'standaardprocedure' van de vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid (UDN) bij de Raad van State (of de kortgedingprocedure voor de burgerlijke kortgedingrechter voor aanbestedende entiteiten, die geen administratieve overheden zijn in de zin van de Gecoördineerde Wetten op de Raad van State), zonder dat een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (MTHEN) noch de hoogdringendheid moet worden aangetoond³.

Zowel bij opdrachten boven als onder de 'Europese drempels' kan op grond van artikel 65/15 en 65/24 van de Overheidsopdrachtenwet 1993⁴, binnen een termijn van 15 kalenderdagen⁵ een vordering tot schorsing worden ingesteld tegen de gunningsbeslissing.

2. De rechtsbescherming is op dit punt dezelfde voor alle overheidsopdrachten⁶.

¹ Wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek – het boek II bis – betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de Overheidsopdrachtenwet van 24 december 1993, *B.S.* 28 december 2009.

² Voor een bespreking van de nieuwe rechtsbeschermingswet zie: J. STEVENS, "De standstill staat niet stil", *CDPK* 2010, afl. 2, p. 159-173; C. DE KONINCK, P. FLAMEY, J. BOSQUET, "Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten na de wet van 23 december 2009", *RW* 2009-10, afl. 40, 1666-1682; M. SCHOUPS en K. LEMMENS, "Rechtsbescherming bij de gunning van overheidsopdrachten", *TBO* 2010, afl. 3, 82-99; F. VANDENDRIESSCHE en F. DERUYTER, "Nieuwe regeling inzake rechtsbescherming bij overheidsopdrachten" *RABG* 2010, afl. 6, 392-393; C. DE KONINCK, P. FLAMEY en J. BOSQUET, *Rechtsbescherming inzake overheidsopdrachten na de wet van 23 december 2009*, Antwerpen, Maklu, 2010, 545 p.

³ Overeenkomstig artikel 65/24 Overheidsopdrachtenwet 1993, wordt de vordering tot schorsing (art. 65/15) of nietigverklaring (art. 65/14) ingeleid voor de Raad van State, dan wel de burgerlijke (kortgeding)rechter, afhankelijk van de aard van de aanbestedende instantie. Is deze instantie een administratieve overheid in de zin van artikel 14§ 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, dan is de Raad van State bevoegd. Is de aanbestedende instantie geen administratieve overheid dan is de burgerlijke (kortgeding)rechter bevoegd.

⁴ Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, *B.S.* 22.01.1994.

⁵ Artikel 65/23 Overheidsopdrachtenwet 1993.

⁶ Artikel 65/31 Overheidsopdrachtenwet 1993 verklaart de artikelen 65/14 tot 65/16 van toepassing op opdrachten die de Europese drempels niet bereiken.

B. Onderscheid tussen Europese en Belgische opdrachten: verplichte vs. facultatieve toepassing van de wachttermijn

3. Een belangrijk onderscheid tussen Europese en Belgische opdrachten situeert zich op het niveau van de wachttermijn, ook wel *stand still* genoemd, die wordt voorgeschreven in artikel 65/11 van de Overheidsopdrachtenwet 1993.

Tijdens de wachttermijn van 15 kalenderdagen mag de aanbestedende overheid de opdracht niet sluiten. Deze "bevrozing" van de procedure moet een niet gekozen⁷ inschrijver in de mogelijkheid stellen om de gunningsbeslissing te onderzoeken en om desgevallend een (UDN) procedure tot schorsing tegen deze gunningsbeslissing in te stellen, en om zodoende een preventieve rechtsbescherming voorafgaand aan de sluiting van de opdracht te waarborgen.

De versterking van de preventieve rechtsbescherming en de mogelijkheid tot rechtsherstel in natura – dit is de mogelijkheid om de gunningsbeslissing te bestrijden vooraleer de opdracht wordt gesloten, teneinde alsnog zelf de opdracht te kunnen uitvoeren – is één van de voornaamste doelstellingen van de Europese⁸ en Belgische wetgever.

4. Een belangrijke innovatie hierbij is de effectieve sanctionering ingeval van de schending door de aanbestedende overheid van de wachttermijn, en wel op drie wijzen:

- De schorsing van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met de wachttermijn zou zijn gesloten (Artikel 65/13 Overheidsopdrachtenwet 1993).
- De vordering tot onverbindendverklaring (artikel 65/17 e.v. Overheidsopdrachtenwet 1993)
- De alternatieve sancties (art. 65/22 Overheidsopdrachtenwet 1993)

Aan de wedloop naar betekening (*race to signature*) of de 'politiek van de volongen feiten' (*fais accomplis*) wordt hierdoor een einde gesteld, wat ook duidelijk de bedoeling van de wetgever is geweest. Verwijzend naar het *Feyfer*

⁷ De wachttermijn is enkel van toepassing op de gunningsbeslissing, cfr. art. 65/11

⁸ Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, inleidende considerans nr. 4:

"Een van de gebleken zwakke punten is het ontbreken van een termijn om een doeltreffend beroep in te stellen tussen het besluit tot gunning van een opdracht en het sluiten van de desbetreffende overeenkomst. Dat leidt soms tot een zeer snelle ondertekening van de overeenkomst door aanbestedende diensten die de gevolgen van het betwiste gunningsbesluit onomkeerbaar willen maken. Om deze tekortkoming, die een ernstige belemmering vormt voor een doeltreffende rechtsbescherming van de betrokken inschrijvers – te weten, de inschrijvers die niet definitief zijn uitgesloten – te verhelpen, dient te worden voorzien in een opschortende minimumtermijn gedurende welke de sluiting van de desbetreffende overeenkomst wordt opgeschort, ongeacht of die sluiting al dan niet geschiedt ten tijde van de ondertekening van de overeenkomst".

Formanova arrest (zie hierna) wordt in de Memorie van Toelichting⁹ als volgt besloten:

“Dankzij dit ontwerp kan deze redenering niet meer worden aangehouden, vermits de uitspraak van de Raad van State krachtens de wet een invloed zal hebben op het contract. Elke andere houding zou immers de politiek van het voldongen feit de vrije hand geven”.

De wachttermijnregeling zoals die bestond onder het toenmalige artikel 21bis Overheidsopdrachtenwet 1993 – ingevoegd bij wet van 9 juli 2004¹⁰ en gewijzigd bij wet van 8 juni 2008¹¹ - voorzag niet in enige sanctie op de schending van de wachttermijn en zette aanbestedende overheden dan ook niet aan om deze te respecteren¹².

5. Voormeld artikel 65/11 is (tot op heden) echter enkel van toepassing op opdrachten boven de Europese drempels¹³ (en opdrachten voor werken waarvan het goed te keuren bedrag de helft van de Europese drempels bedraagt¹⁴).

De wachttermijn geldt dus NIET voor Belgische opdrachten, zodat deze opdrachten in principe nog steeds meteen na de gunning kunnen worden gesloten. Met andere woorden: de betekening van de gunningsbeslissing kan ineens ook de sluiting van de opdracht – dus: de totstandkoming van de overeenkomst – inhouden.

Het is de aanbestedende overheid evenwel altijd toegestaan om de wachttermijn vrijwillig van toepassing te verklaren¹⁵. Omwille van de problematiek zoals deze in ondeharvige bijdrage wordt uiteengezet, lijkt dit ook aan te raden (zie titel IV).

6. Na de sluiting van de overeenkomst¹⁶ bij Belgische opdrachten, wanen aanbestedende overheden zich vaak ‘veilig’ en gaan niet gekozen inschrijvers er vanuit dat zij enkel nog een schadevergoeding kunnen bekomen.

Hierna zal blijken dat deze redenering niet geheel terecht is. De sluiting van de opdracht staat immers de schorsing en nietigverklaring van de overeenkomst niet in de weg (zie titel II). Het is ook zeer de vraag of de aldus gesloten overeenkomst zonder meer verder kan worden uitgevoerd (zie titel III).

⁹ Parl. St Kamer 2009-2010, nr. 2276/001, p. 27.

¹⁰ Programmawet 9 juli 2004, B.S. 15 juli 2004 – artikel 302.

¹¹ Wet 8 juni 2008 houdende diverse bepalingen, B.S. 18 juni 2008.

¹² P. FLAMEY en S. KNAEPEN, “Standstillverplichting bij overheidsopdrachten”, *NJW* 2005, p. 653-662.

¹³ Artikel 65/3 Overheidsopdrachtenwet 1993

¹⁴ Artikel 65/30 Overheidsopdrachtenwet 1993. Zie voor een interessante toepassing van de wachttermijn op opdrachten voor werken tussen de Europese drempels en de helft daarvan: RvS nr. 220.565, 11 september 2012, *nv Krinkels*.

¹⁵ Artikel 65/30 Overheidsopdrachtenwet 1993

¹⁶ Artikel 65/1, 11^o overheidsopdrachtenwet 1993: “sluiting van de opdracht: de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde”. Het begrip ‘sluiting van de opdracht’, vervangt de voorheen gebruikte term ‘toewijzing van de opdracht’.

II. Het einde van *Feyfer Formanova*: Schorsing van de gunningsbeslissing (bij UDN) is nog mogelijk na contractsluiting

7. Het is intussen genoegzaam bekend dat (bij Belgische opdrachten), de sluiting van de opdracht niet verhindert dat de Raad van State (of de kortgedingrechter) bevoegd blijft om de schorsing van de gunningsbeslissing uit te spreken¹⁷. Of anders geformuleerd: ook wanneer de (Belgische) opdracht reeds werd gesloten en de overeenkomst met de begunstigde inschrijver tot stand is gekomen, kan de bevoegde verhaalinstantie alsnog de schorsing van de onwettige gunningsbeslissing bevelen. In de rechtsleer verschenen reeds diverse bijdragen over deze kentering in de rechtspraak van de Raad van State¹⁸.

8. De excepties die stelselmatig door de aanbestedende overheden werden opgeworpen, stellende dat geen wachttermijn van toepassing is – dus de overeenkomst mocht worden gesloten, en dat deze overeenkomst onaantastbaar is, gelet op artikel 65/21 en 65/30 van de Overheidsopdrachtenwet 1993, zodat de niet gekozen inschrijver geen belang meer heeft bij diens vordering tot schorsing nu deze haar preventieve functie niet meer kan bereiken, worden thans consequent afgewezen.

In het arrest *Spatial Intelligence*¹⁹ motiveert de Raad van State de afwijzing van deze excepties als volgt:

“Er lijkt dan ook te moeten worden aangenomen dat de Raad van State bezwaarlijk aan een verzoekende partij het belang bij de schorsing van de tenuitvoerlegging van de bestreden gunningsbeslissing kan weigeren alleen omdat de gewone rechter de opdracht niet meer zou kunnen schorsen of onverbindend verklaren nu de opdracht gesloten lijkt zonder schending van de wachttermijn.

Die beoordelingsbevoegdheid wordt door de voormelde wet van 23 december 2009 immers toegekend aan de gewone rechter en het komt dan ook aan die rechter toe om in voorkomend geval te oordelen of de opdracht, wanneer deze is gesloten, geschorst of onverbindend kan worden verklaard. Door zelf reeds te oordelen dat een niet gekozen inschrijver geen belang heeft bij de gevraagde schorsing van de tenuitvoerlegging van de gunningsbeslissing nu de opdracht werd gesloten en dat deze onaantastbaar zou zijn op grond van artikel 65/21, zoals gevraagd in de exceptie, lijkt de Raad van State te moeten anticiperen op de beoordeling die moet gebeuren door een andere rechter en lijkt hij zich een

¹⁷ RvS nr. 210.497 van 18 januari 2011, *nv sca Hygiene Products*; RvS nr. 211.549, 25 februari 2011, *NV LABO VAN VOOREN*; RvS nr. 211.791 van 3 maart 2011; RvS nr. 216.660, 1 december 2011, *nv sport-infrabouw*; RvS nr. 217.840, 9 februari 2012, *E. MARTENS*; RvS nr. 216.660, 19 juli 2012 nr. 220.344, *nv Sportinfrabouw*.

¹⁸ J. RIEMSLAGH, “Het einde van de Feyfer-formanova-rechtspraak. De schorsing van betekende gunningsbeslissingen door de Raad van State na de wet van 23 december 2009”, *T. Gem* 2011/4 p. 237-241; B. GHEYSENS, “Het arrest SIGISS: een duidelijke stap voorwaarts in de richting van een effectieve rechtsbescherming bij overheidsopdrachten”, *T. Aann.* 2011, afl. 2, p. 196-202.

¹⁹ RvS nr. 208.513, 28 oktober 2010, *nv Spatial Intelligence Genuine & Generic IT Solutions*.

rechtsmacht toe te eigenen die hij niet heeft. De Raad van State zou aldus ook anticiperen op de wijze waarop dit artikel 65/21 en de verwijzing daarin naar "het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten" dient te worden toegepast door de bevoegde verhaalinstantie.

In die zin staat dan ook niet vast dat verzoekende partij, enkel omdat de opdracht werd gesloten, geen belang meer kan hebben bij de schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling die de gunningsbeslissing is. De Raad van State kan immers bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een dergelijke schorsing, ook wanneer de opdracht al werd gesloten. Probleemsituaties die daarbij zouden ontstaan, lijkt verwerende partij dan aan haar eigen beslissing te danken te hebben nu zij er voor koos geen wachttermijn in acht te nemen, hoewel zij deze leek aan te kondigen in haar brief van 8 september 2010 aan verzoekende partij".

9. Deze 'nieuwe' rechtspraak van de Raad van State sinds de inwerkingtreding van de Rechtsbeschermingswet, gaat lijnrecht in tegen de reeds aangehaalde *Feyfer Formanova* rechtspraak, volgens dewelke werd geoordeeld dat een niet gekozen inschrijver die een vordering tot schorsing (bij UDN) van de gunningsbeslissing instelt, niet over het vereiste moeilijk te herstellen ernstig nadeel (MTHEN) beschikt wanneer de opdracht reeds is gesloten met de gekozen inschrijver²⁰.

Er werd geoordeeld dat de Raad immers niet bevoegd is om de tot stand gekomen overeenkomst te schorsen of vernietigen, zodat het doel van de schorsingsvordering – de opdracht zelf kunnen uitvoeren - niet meer kan worden bereikt.

Nu het aantonen van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel niet langer vereist is krachtens de nieuwe Rechtsbeschermingswet, wordt deze rechtspraak verlaten:

« Cependant, selon l'article 65/15 de la même loi, applicable quel que soit le montant estimé du marché, la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché ne dépend plus de la condition que cette exécution expose le requérant à un risque de préjudice grave difficilement réparable. Il ne paraît dès lors plus exclu qu'elle puisse être ordonnée lors même que le marché est conclu, en voie d'exécution voire même exécuté²¹».

10. Deze 'nieuwe' rechtspraak van de Raad van State lijkt logisch, nu de voorwaarde van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel (MTHEN) inderdaad niet meer wordt vereist door de wetgever. De schorsingsprocedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid (UDN) is de standaardprocedure geworden. De doelstelling van de wetgever was duidelijk om een einde te stellen aan de *Feyfer Formanova* rechtspraak.

²⁰ RvS nr. 87.983, 15 juni 2000, *Feyfer-Formanova*.

²¹ RvS nr. 218.300, 2 maart 2012, *sa SPIE Belgium*.

Terecht plaatst GHEYSENS²² toch de kanttekening dat de Raad van State ook zou kunnen oordelen dat er geen actueel belang meer bestaat wanneer de opdracht al is gesloten. Het MTHEN en het actueel belang zijn immers twee onderscheiden zaken. Het voorhanden zijn van een actueel belang blijft een ontvankelijkheidsvoorwaarde die niet specifiek (of toch niet zo duidelijk²³) door de overheidsopdrachtenwet wordt geregeld.

Ook op dit vlak oordeelde de Raad van State echter duidelijk dat de sluiting van de opdracht de niet gekozen inschrijver geenszins diens actueel belang ontnemt²⁴. De mogelijkheid tot rechtsherstel in natura blijft immers mogelijk. De Raad van State kan niet vooruitlopen op de beoordeling van de burgerlijke rechter dienaangaande of op de mogelijke initiatieven van de aanbestedende overheid, bvb. de intrekking van de gunningsbeslissing.

11. De Raad van State blijft eveneens bevoegd om de nietigverklaring van de gunningsbeslissing uit te spreken, zelfs wanneer de opdracht in tussentijd al volledig is uitgevoerd.

Het feit dat de opdracht intussen is uitgevoerd en de verzoekende partij niet meer de kans heeft om deze in natura uit te voeren en het feit dat zij geen beroep gedaan heeft op de mogelijkheid een vordering tot schorsing van de tenuitvoerlegging in te dienen tegen de gunningsbeslissing, ontnemt de verzoekende partij niet haar gekwalificeerd moreel belang bij haar annulatieberoep, ook niet wat de impliciete weigeringsbeslissing betreft²⁵.

III. Het lot van een gesloten opdracht na de schorsing van de gunningsbeslissing

12. Uit wat voorafgaat volgt dat de rechtsgeldige – d.i. zonder toepassing van de wachttermijn – sluiting van de (Belgische) opdracht – zelfs wanneer deze al geheel of ten dele is uitgevoerd – niet verhindert dat de bovenliggende gunningsbeslissing nog kan worden geschorst en/of vernietigd door de Raad van State (of de burgerlijke rechter indien de aanbestedende overheid geen administratieve overheid is, cfr. Art. 65/24 Overheidsopdrachtenwet 1993).

De vraag is dan in hoeverre de aldus vastgestelde onwettigheid van de gunningsbeslissing de onderliggende gesloten overeenkomst beïnvloedt.

²² B. GHEYSENS, "Het arrest SIGISS: een duidelijke stap voorwaarts in de richting van een effectieve rechtsbescherming bij overheidsopdrachten", *T. Aann* 2011, afl. 2, p. 196-202, randnummer 5.1.

²³ GHEYSENS vindt in de bepaling onder artikel 65/14, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 1993 'op verzoek van elke persoon die een belang heeft of een belang heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen', een afwijking van de gemeenrechtelijke Raad van State-procedure waar steeds een actueel belang vereist is. Deze stelling komt niet terug in de Raad van State-rechtspraak.

²⁴ RvS nr. 216.660, 19 juli 2012 nr. 220.344, *nv Sportinfrabouw*.

²⁵ RvS nr. 217.565, 26 januari 2012, *nv Euroburo*.

A. Bevoegde rechter: de 'gewone' (burgerlijke) rechtbanken

13. Allereerst dient te worden opgemerkt dat de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de gesloten – en desgevallend in uitvoering zijnde – overeenkomst, tot de bevoegdheid van de burgerlijke rechtbanken behoort. Artikel 65/24 van de Overheidsopdrachtenwet 1993 laat hierover geen ruimte voor discussie. De Raad van State²⁶ is enkel bevoegd voor de verhaalprocedures als bedoeld in de artikelen 65/14 (vernietiging) en 65/15 (schorsing) van diezelfde wet.

De verhaalprocedures als bedoeld in de artikelen 65/16 (schadevergoeding), 65/17 (vordering tot onverbindendverklaring) en 65/22 (alternatieve sancties) van de Overheidsopdrachtenwet 1993 behoren tot de exclusieve bevoegdheid van de gewone (burgerlijke) rechter.

Dit wordt bevestigd door de voornoemde rechtspraak van de Raad van State, o.a. in het arrest *Spatial Intelligence*:

“Die beoordelingsbevoegdheid wordt door de voormelde wet van 23 december 2009 immers toegekend aan de gewone rechter en het komt dan ook aan die rechter toe om in voorkomend geval te oordelen of de opdracht, wanneer deze is gesloten, geschorst of onverbindend kan worden verklaard”.

14. Hierboven kwam reeds zijdelings aan bod dat de desgevallend geschorste of vernietigde gunningsbeslissing wordt beschouwd als een afsplitsbare administratieve rechtshandeling ten opzichte van de onderliggende gesloten overeenkomst.

Hernemen we opnieuw de relevante overweging dienaangaande in het arrest *Spatial Intelligence*:

“In die zin staat dan ook niet vast dat verzoekende partij, enkel omdat de opdracht werd gesloten, geen belang meer kan hebben bij de schorsing van de afsplitsbare rechtshandeling die de gunningsbeslissing is”.

Dit houdt in dat de schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing, de onderliggende overeenkomst onaangetast laat.

De niet gekozen inschrijver zal zich dus noodzakelijk tot de burgerlijke rechter moeten richten om de schorsing en/of vernietiging van de gesloten overeenkomst te bekomen.

15. Nu de schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing de onderliggende overeenkomst onaangetast laat, zal de gegriefde inschrijver zich tot de gewone rechter moeten richten om de vernietiging of schorsing van de uitvoering van de overeenkomst te vorderen.

²⁶ of, als de aanbestedende overheid geen administratieve overheid is, de burgerlijke rechter.

Dit is ook zo, zelfs indien toepassing wordt gemaakt van artikel 65/13 (van toepassing op Europese opdrachten) Overheidsopdrachtenwet 1993 dat bepaalt dat de schorsing van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie van rechtswege leidt tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht die in strijd met de wachtermijn zou zijn gesloten.

In het Verslag van de Kamercommissie Financiën en Begroting²⁷ wordt dienaangaande opgemerkt:

“Artikel 78 (dit is artikel 65/13) van het wetsontwerp bepaalt dat de schorsing van de uitvoering van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie van rechtswege leidt tot de schorsing van de uitvoering van het contract. Formeel betekent dit dat de Raad van State het contract niet zelf kan schorsen. De inschrijver die zich benadeeld voelt, kan voor de gewone rechter vragen vast te stellen dat het contract van rechtswege geschorst is op basis van het arrest van de Raad van State dat de afsplitsbare rechtshandeling schorst. Formeel verandert er dus niets aan de bevoegdheidsverdeling tussen de Raad van State en de gewone rechter.”

In dit verslag van de Kamercommissie wordt ook melding gemaakt van de fundamentele discussie of het niet aangewezen is om het basisbeginsel van de duale rechtsbescherming²⁸ – Raad van State enerzijds en de burgerlijke rechtbanken anderzijds – en/of de strikte scheiding tussen de Raad van State en de gewone rechter te verlaten inzake overheidsopdrachten, door de Raad van State o.a. ook bevoegd te maken om zich over de onderliggende overeenkomst uit te spreken. Gelet op de korte omzettingstermijn van de Europese richtlijnen terzake werd de fundamentele hervorming van het Belgische rechtssysteem die zulke aanpassing zou inhouden, niet aangevat.

16. Voor een goed begrip wordt opgemerkt dat een voorafgaande schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing door de Raad van State geen absolute voorwaarde is om de vernietiging van de overeenkomst te vorderen voor de burgerlijke rechter. Met toepassing van artikel 159 G.W. (exceptie van onwettigheid) kan de burgerlijke rechter een onwettige gunningsbeslissing buiten toepassing laten en aldus de onderliggende overeenkomst onmiddellijk vernietigen.

In nagenoeg alle gevallen zal het echter aangewezen zijn meteen de schorsings- en navolgend de vernietigingsprocedure in te leiden om zodoende een arrest van de Raad van State te bekomen – dat *erga omnes* geldt en dus bindend is voor de burgerlijke rechter.

Ook wanneer de Raad van State een vordering tot schorsing en/of nietigverklaring heeft afgewezen, blijft een vordering voor de burgerlijke rechter theoretisch mogelijk. Al zal de kans op slagen in zulk geval om evidente redenen klein zijn.

²⁷ Parl.St. Kamer 2009-2010, nr. 2276/03, p. 8.

²⁸ Meer algemeen over dit thema: D. VERBIEST, “Jurisdictionele rechtsbescherming tegen de overheid: is monisme de remedie?”, *R.W.* 2003-04, nr. 32, p. 1241-1259.

B. Toepassing van de gemeenrechtelijke nietigheidsleer uit het verbintenissenrecht: (absolute) nietigheid van de gesloten overeenkomst gestoeld op een onwettige gunningsbeslissing?

- i) *Algemeen: De beoordeling van de geldigheidsvereisten van een overeenkomst volgens gemeen verbintenissenrecht*

17. De vordering tot nietigverklaring of schorsing van de tenuitvoerlegging van de onderliggende overeenkomst betreft een toepassing van het gemeen verbintenissenrecht – dat ook van toepassing is op overeenkomsten met de overheid, al dan niet gesloten na het voeren van een overheidsopdrachtenprocedure²⁹.

Om de vernietiging van de onderliggende overeenkomst te bekomen dient de gegriefde inschrijver zich te beroepen op een nietigheidsgrond. Basisartikel dienaangaande is artikel 1108 van het Burgerlijk Wetboek dat de vier voorwaarden voor de geldigheid van een overeenkomst opsomt:

- De toestemming;
- De handelingsbekwaamheid;
- Bepaald voorwerp;
- Een geoorloofde oorzaak.

Klassiek wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de absolute en de relatieve nietigheid van de overeenkomst³⁰. De aard van de nietigheidssanctie is in beide gevallen dezelfde – het retroactief uit het rechtsverkeer verdwijnen van de overeenkomst. Het onderscheid heeft te maken met de aard van de overtreden regel, meer bepaald het belang dat met deze regel wordt beschermd. Het algemeen belang wordt beschermd met de sanctie van absolute nietigheid, waar het particulier belang met een relatieve nietigheid wordt beschermd.

18. De nietigheid van de onderliggende overeenkomst wegens de onwettigheid van de gunningsbeslissing wordt in de rechtspraktijk gestoeld op twee theorieën:

- De theorie van de relatieve nietigheid wegens gebrek in de toestemming (art. 1109-1122 BW);
- De theorie van de absolute nietigheid wegens ongeoorloofde oorzaak (art. 1131 en 1133 BW).

²⁹ K. RONSE en H. BOULARBAH, "Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten", *CDPK* 1998, 336-346. Meer algemeen: D. D'HOOGHE en M. GELDERS, "De eenzijdige wijziging van met de overheid gesloten contracten: overheidsopdrachten, PPS en concessies van openbare dienst", IN X. *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 2002, p. 96 e.v.

³⁰ S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 128.

De toepassingsgevallen van deze theorieën in de rechtspraak zijn schaars. In de rechtsleer wordt al geruime tijd gediscussieerd over de mogelijkheid tot vernietiging van de onderliggende overeenkomst³¹. Deze discussie blijft actueel.

ii) *Relatieve nietigheid van de overeenkomst wegens een gebrek in de toestemming*

19. De theorie gestoeld op een gebrek in de toestemming wordt als volgt onderbouwd. Door de schorsing en/of vernietiging van de gunningsbeslissing door de Raad van State, verdwijnt de toestemming van de overheid uit het rechtsverkeer (of wordt de uitvoering ervan geschorst). Aldus bestaat er in hoofde van de aanbestedende overheid een gebrek in haar toestemming³².

Gezien het hier een relatieve nietigheid betreft kan deze enkel door diegene die ze beschermt – dus de aanbestedende overheid – worden ingeroepen en niet door derden voor wie de overeenkomst een *res inter alios acta* is zoals bvb. de niet gekozen inschrijver. Deze theorie geeft dan ook geen mogelijkheid tot rechtsherstel in natura voor deze niet gekozen inschrijver.

iii) *Absolute nietigheid van de overeenkomst wegens ongeoorloofde oorzaak*

20. De enige nuttige piste voor een niet gekozen inschrijver die wordt geconfronteerd met een onwettige gunningsbeslissing en een navolgend reeds gesloten overeenkomst lijkt aldus de absolute nietigheid van deze overeenkomst aantonen wegens ongeoorloofde oorzaak.

21. In een arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 25 maart 1993³³ werd geoordeeld dat, wanneer de overheid zich, na een schorsing of vernietiging van een gunningsbeslissing, verschuilt achter de gesloten overeenkomst om de uitvoering ervan verder te zetten, deze overeenkomst aangewend wordt om de regels inzake overheidsopdrachten buiten spel te zetten³⁴. De verbintenis die uit dergelijke overeenkomst voortvloeien, hebben in die omstandigheden een ongeoorloofde oorzaak, zodat de overeenkomst op grond van artikel 1131 en 1133 BW door een absolute nietigheid is aangetast, en elke belanghebbende derde bijgevolg de mogelijkheid heeft om door de gewone rechter

³¹ ZIE algemene uiteenzetting: C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *Schade en schadeloosstelling bij de gunning en de uitvoering van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2005, p. 153-172 – hoofdstuk VII: "Het nietigheidsvraagstuk omtrent het gunningscontract na de stand-still, en M.A. FLAMME e.a., *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, deel 1 B, zesde uitgave, Brussel, Nationale Confederatie van het Bouwbedrijf, 1996-1997, p. 2042-2067 – Hoofdstuk VIII "Invloed van het sluiten van de overeenkomst voor de overheidsopdracht op de geschillen over de gunning van deze opdracht".

³² C. DE KONINCK, P. FLAMEY en K. RONSE, *o.c.*, p. 158-166.

³³ Kort Ged. Brussel 25 maart 1993, *T. Aann.* 1993, 232-238.

³⁴ Gelijkkluidende: Rb. Namen 24 augustus 1994, *J.T.* 1994, 693 en *T. Aann.* 1994, 407; Brussel 18 december 1997, noot K. RONSE en H. BOULARBAH, "Pleidooi voor een civilistische aanpak van overeenkomsten gesloten in het kader van overheidsopdrachten", *CDPK* 1998, 331-346; Brussel 18 december 1997, *CDPK* 1998, 331; Brussel 13 oktober 1998, onuitg., aangehaald en omstandig besproken door M.-A. FLAMME, en PH. FLAMME, *Le contentieux des commandes publiques ou le parcours du combattant*, *T. Aann.* 2002, 147-149.

de uitvoering van een dergelijke overeenkomst te doen schorsen dan wel de nietigheid ervan te laten vaststellen.

Recenter nog oordeelde de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel³⁵ in dezelfde zin:

« Le non-respect de l'obligation de mise en concurrence prescrite par la réglementation relative aux marchés publics est d'ordre public. Par conséquent, ce manquement peut être invoqué par le pouvoir adjudicateur lui-même. Il en découle que le contract conclu entre les parties est nul. Le fondement de la relation entre le pouvoir adjudicateur et le prétendu contractant est alors quasi-délictuel ».

Ingevolge artikel 6 B.W. - en artikel 1331 en 1333 BW³⁶ - zijn overeenkomsten waarvan het voorwerp of de oorzaak in strijd is met de openbare orde, absoluut nietig. Elke belanghebbende derde – in casu dus ook de niet gekozen inschrijver - kan zich op deze nietigheid beroepen.

22. Voor toepassing van deze theorie is de afbakening van het begrip “openbare orde” fundamenteel. Het spreekt voor zich dat niet elke schending van de wetgeving overheidsopdrachten als een schending van de openbare orde kan worden gecatalogeerd³⁷. In de rechtspraak van de Raad van State wordt een onderscheid gemaakt tussen schendingen van de overheidsopdrachtenreglementering die als van openbare orde kunnen worden beschouwd en schendingen van regels van dwingend recht³⁸.

Enkel schendingen van de reglementering die raken aan de kern van de overheidsopdrachtenreglementering kunnen als strijdig met de openbare orde worden beschouwd en aldus aanleiding geven tot de absolute nietigheid en dus vernietiging van de gesloten overeenkomst.

Zo bijvoorbeeld ook de zwaarst denkbare schending van de overheidsopdrachtenreglementering: gunningsfraude³⁹. Wanneer een overeenkomst tot stand komt na opzettelijke en onwettige manipulatie van de gunningsprocedure, moet de aldus gesloten overeenkomst als absoluut nietig worden beschouwd.

23. In een recent arrest van het Hof van Beroep van Brussel van 23 november 2011 wordt geoordeeld dat een overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten – die van openbare orde is – de absolute nietigheid van de overeenkomst voor gevolg heeft.

Hoewel deze stelling op zichzelf in lijn ligt met de theorie van de ongeoorloofde oorzaak, gaat het Hof in haar overwegingen wel erg kort door de bocht.

³⁵ Rb Brussel, 13 december 2010, *TOO* 2011/1, p. 141.

³⁶ Art. 1133 B.W.: “De oorzaak is ongeoorloofd, wanneer zij door de wet verboden is, of wanneer zij strijdig is met de goede zeden of met de openbare orde”.

³⁷ Y. HANNEQUART, A. DELVAUX, L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts, *T. Aann.* 1998,332.

³⁸ RvS nr. 40.734, 13 oktober 1992, *EGTA*; RvS nr. 163.472, 11 oktober 2006, *sa Axa Belgium*.

³⁹ H. VAN BAVEL en F. VANDENDRIESSCHE, “Gunningsfraude en strafrechtelijke bescherming van vrijheid van opbow”, *T. Gem* 2012/3, p. 190-201.

Deze uitspraak – die een procedure betreft van voor de inwerkingtreding van de Rechtsbeschermingswet – wordt terecht zwaar bekritiseerd in een noot van VANDENDRIESSCHE⁴⁰. In de overwegingen van dit arrest is immers geen spoor terug te vinden van de toets volgens de klassieke nietigheidsleer op basis van artikel 1108 B.W. De absolute nietigheid van de overeenkomst wordt zonder meer geponoerd. Daarnaast wordt ook de stelling van het Hof dat de overheidsopdrachtenreglementering in haar geheel van openbare orde zou zijn, in vraag gesteld.

iv) *Tussenbesluit: De nietigheid van de gesloten overeenkomst wegens de onwettigheid van de gunningsbeslissing is niet vanzelfsprekend*

24. De theorie van de ongeoorloofde oorzaak lijkt dan ook het meest verdedigbaar. Dit is des te meer het geval omdat dit de enige nuttige theorie is voor de niet gekozen inschrijver om rechtsherstel in natura te bekomen.

Of nu beroep wordt gedaan op de ene dan wel de andere theorie om tot de nietigheid van de onderliggende overeenkomst te besluiten, het resultaat van een vordering tot vernietiging dan wel schorsing van de tenuitvoerlegging van deze overeenkomst, blijft evenwel onvoorspelbaar.

25. Ten eerste blijft er discussie bestaan in rechtsleer en rechtspraak aangaande de toepasbaarheid van de nietigheidsleer inzake overheidsopdrachten. In een arrest van 30 januari 2001 verwerpt het Hof van Beroep van Brussel bijvoorbeeld nog het in kortgeding gevorderd verbod om de overeenkomst verder uit te voeren⁴¹. Hoewel de onwettigheid van de gunning vaststaat, weigert het Hof aan de overeenkomst te raken.

26. De nietigheidsleer laat bovendien ook toe dat de rechter een belangenafweging maakt en bvb. niet de nietigheid uitspreekt, doch een vervangende schadevergoeding oplegt. De nietigheidssanctie kan ook gemoduleerd worden door de rechter door bvb. de gevolgen van de nietigheid te beperken tot de toekomst. STIJNS noemt dit de flexibiliteit van de nietigheidssanctie, bedoelende dat deze sanctionering maatwerk moet blijven⁴².

27. De concrete omstandigheden van het dossier zullen een belangrijke rol spelen. Zo moet bijvoorbeeld een onderscheid worden gemaakt tussen het geval waarin een overeenkomst wordt gesloten zonder enige gunningsprocedure (dan wel middels onterechte toepassing van de onderhandelingsprocedure), en het geval waarin een overheidsopdrachtenprocedure werd gevolgd doch de gunningsbeslissing is aangetast door bepaalde (eerder punctuele) onwettigheden. In het eerste geval is de vernietiging van de overeenkomst veel waarschijnlijker dan in het laatste geval.

⁴⁰ F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS, "Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard?", *TBP* 2012/9, p. 565-570.

⁴¹ Brussel, 30 januari 2001, *R.W.* 2003, p. 505.

⁴² S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 129.

Binnen de context van een overheidsopdrachtenprocedure kan verder een onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin formalistische fouten zijn gemaakt (bvb. gebrek in de motivering) - die mogelijk kunnen worden rechtgezet zonder dat de opdracht dan aan een andere inschrijver wordt gegund – en gevallen waarbij (al dan niet manifeste) materiële fouten worden gemaakt die noodzakelijk tot gevolg hebben dat de opdracht aan een andere inschrijver had moeten worden gegund. In dit laatste geval is een vernietiging of schorsing van de uitvoering van de onderliggende overeenkomst veel waarschijnlijker dan in het eerste geval.

C. Toepassing van artikel 65/21 en 65/30 van de Overheidsopdrachtenwet als *lex specialis*: onaantastbaarheid van de gesloten opdracht?

28. De 'nieuwe' bepalingen van artikel 65/21 en 65/30 lijken een belangrijke impact te hebben op de discussie als hierboven onder titel B uiteengezet. Als *lex specialis* moeten deze bepalingen voor gaan op het gemeen verbintenisrecht.

De precieze draagwijdte van deze bepalingen is echter onduidelijk.

i) Artikel 65/21 en 65/30: letterlijke lezing

29. Artikel 65/21 (enkel van toepassing op Europese opdrachten en opdrachten voor werken tot de helft van de Europese drempels⁴³) bepaalt het volgende:

“Behalve in de in de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/20 bepaalde gevallen kan de opdracht, zodra die is gesloten, niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten”

In artikel 65/13 wordt bepaald dat de schorsing van de gunningsbeslissing van rechtswege tot de schorsing van de uitvoering van de opdracht leidt, die in strijd met artikel 65/11 (de wachttermijn) zou zijn gesloten.

In artikel 65/17 – tot 65/20 wordt de vordering tot onverbindendverklaring geregeld (enkel van toepassing op Europese opdrachten⁴⁴). De onverbindendverklaring is enkel mogelijk indien de opdracht niet werd bekendgemaakt, dan wel wanneer de opdracht is gesloten met schending van de wachttermijn:

“Op verzoek van elke belanghebbende verklaart de verhaalinstantie de gesloten opdracht onverbindend in elk van de volgende gevallen:

1° onverminderd artikel 65/18, wanneer de aanbestedende instantie een opdracht heeft gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl

⁴³ Artikel 65/32, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 1993.

⁴⁴ Enkel een Europese opdracht kan nog worden geschorst of onverbindend verklaard na sluiting, doch enkel om redenen van in essentie miskening van de wachttermijn of miskening van de bekendmakingsverplichting.

het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten dit nochtans vereisen;

2° wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten zonder inachtneming van de in artikel 65/11, eerste lid, bedoelde termijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie, in voorkomend geval van eerste aanleg, uitspraak heeft gedaan, hetzij over de vordering tot schorsing, hetzij over de vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer:

a) een inschrijver door deze schending geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen als bedoeld in artikel 65/11, tweede lid, en

b) deze schending gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten die de kansen van een inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig heeft beïnvloed”.

De artikelen 65/12, 65/13, 65/18, eerste en vierde lid, 65/19 tot 65/22 (onverbindendverklaring) zijn eveneens toepasselijk op opdrachten voor werken die de helft van de Europese drempels bereiken⁴⁵

30. Artikel 65/30, laatste lid (van toepassing op Belgische opdrachten) stelt:

“Zodra de opdracht is gesloten, kan deze niet meer geschorst of onverbindend worden verklaard door de verhaalinstantie wegens schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten”.

De vordering tot onverbindendverklaring bestaat aldus niet voor Belgische opdrachten.

ii) Draagwijdte van het begrip ‘onverbindendverklaring’: met de onverbindendverklaring bedoelt de wetgever vernietiging ex nunc of ex tunc van de overeenkomst

31. De impact van deze bepalingen kan niet worden onderschat. In een letterlijke lezing stellen deze dat een gesloten opdracht/ overeenkomst onaantastbaar is, en dus onverkort verder kan worden uitgevoerd ook als de bovenliggende gunningsbeslissing is geschorst of vernietigd.

Het is echter niet duidelijk wat onder ‘geschorst’ of ‘onverbindend verklaard’ moet worden verstaan, meer bepaald of met deze termen wordt bedoeld op de nietigheidsleer volgens het gemeen verbintenissenrecht (artikel 1108 B.W.: vier voorwaarden voor de geldigheid van een overeenkomst), die onder titel B wordt besproken.

Ons zijn op heden geen vonnissen of arresten bekend die hieromtrent meer verduidelijking bieden.

⁴⁵ Artikel 65/32 Overheidsopdrachtenwet 1993.

32. In considerans 21 van de Europese Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen (klassieke sectoren: RL 89/665/EEG⁴⁶) wordt de notie 'onverbindendverklaring' nader toegelicht:

“Doel is dat, indien een lidstaat voorschriften vastlegt die ervoor zorgen dat een overeenkomst als onverbindend wordt beschouwd, de rechten en verplichtingen van de partijen bij de overeenkomst niet langer worden uitgevoerd en uitgeoefend. De gevolgen van onverbindendverklaring van een overeenkomst dienen te worden bepaald door het nationaal recht. Het nationaal recht kan dus bijvoorbeeld voorzien in de vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen (ex tunc) of daarentegen de werking van de nietigverklaring beperken tot verbintenissen die nog uitgevoerd moeten worden (ex nunc). Dit mag niet ertoe leiden dat geen krachtdadige sancties worden getroffen indien de uit een overeenkomst voortvloeiende verbintenissen reeds volledig of nagenoeg volledig zijn uitgevoerd. In dergelijke gevallen moeten de lidstaten ook in alternatieve sancties voorzien, rekening houdend met de mate waarin een overeenkomst van kracht blijft overeenkomstig het nationaal recht. Evenzo moeten de gevolgen wat betreft de eventuele terugvordering van bedragen die zouden zijn betaald en alle andere vormen van eventuele restitutie – met inbegrip van restitutie in geld indien restitutie in natura niet mogelijk is – worden bepaald door het nationaal recht”.

Kort gesteld, dient het begrip 'onverbindendverklaring' te worden ingevuld volgens nationaal recht. Door dit begrip klakkeloos over te nemen in de Rechtsbeschermingswet heeft de Belgische wetgever hieraan echter geen helder gevolg gegeven. 'Onverbindendverklaring' is namelijk geen gekend begrip in het Belgisch verbintenissenrecht.

33. Uit de verslagen van de Kamercommissie en de Senaatscommissie⁴⁷ lijkt te kunnen worden afgeleid dat met het begrip 'onverbindendverklaring', de vernietiging ex tunc wordt bedoeld.

In de Memorie van toelichting bij de Rechtsbeschermingswet wordt dienaangaande geen verdere toelichting gegeven.

In het Verlag van de Senaatscommissie⁴⁸ wordt echter benadrukt dat Belgische opdrachten niet onderworpen zijn aan de mogelijkheid tot onverbindendverklaring en verder:

“De vernietiging van de gunning als rechtshandeling (maar niet van de overeenkomst) en de toekenning van schadevergoeding, blijven, zoals dat momenteel het geval is, de enige optie waarover de inschrijver beschikt die meent onregelmatig geweerd te zijn.

⁴⁶ Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken.

⁴⁷ Parl.St. Kamer 2009-2010, nr. 2276/03, p. 5; Parl.St. Senaat 2009-2010, nr. 4-1538/2, p. 6-8.

⁴⁸ Parl.St. Senaat 2009-2010, nr. 4-1538/2, p. 6-8.

34. De overwegingen 27 e.v. van de Europese Richtlijn 2007/66/EG zetten verder duidelijk uiteen dat de mogelijke onverbindendverklaring van de overeenkomst niet als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de aanbestedende overheid en de gekozen inschrijver mag blijven hangen:

“Om redenen van rechtszekerheid kan de onverbindendheid van de overeenkomst slechts gedurende een bepaalde termijn ingeroepen worden. Het bindend karakter van deze termijnen moet in acht worden genomen.

De verhoging van de doeltreffendheid van de nationale beroepsprocedures moet de betrokkenen ertoe aanzetten, meer gebruikt te maken van de beroepen in kortgeding voor het sluiten van een overeenkomst. Daarom moet het correctiemechanisme worden toegespitst op gevallen van ernstige inbreuken op de communautaire wetgeving inzake overheidsopdrachten”.

35. Samenvattend komt de letterlijke lezing van artikel 65/21 en 65/30 aldus hierop neer:

– **Voor Belgische opdrachten:**

Eens de opdracht/overeenkomst is gesloten kan de overeenkomst niet meer onverbindend worden verklaard (lees: vernietigd ex tunc of ex nunc). Na een bekomen schorsing en/of vernietiging van de gunningsbeslissing kan enkel een vordering tot schadevergoeding worden ingeleid overeenkomstig artikel 65/16 van de Overheidsopdrachtenwet 1993. De overeenkomst zou onverkort verder uitgevoerd kunnen worden.

– **Voor Europese opdrachten** (en opdrachten voor werken boven de helft van de Europese drempels):

Eens de opdracht/overeenkomst is gesloten na geldige bekendmaking en met naleving van de wachttermijn, kan de overeenkomst niet meer onverbindend worden verklaard (lees: vernietigd ex tunc of ex nunc). Ook hier staat enkel nog een vordering tot schadevergoeding open overeenkomstig artikel 65/16.

Conform artikel 65/17 staat de vordering tot onverbindendverlaring enkel open in de volgende gevallen:

- De opdracht wordt gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking;
- De aanbestedende instantie heeft de opdracht gesloten zonder inachtneming van de wachttermijn, of zonder te wachten tot de verhaalinstantie uitspraak heeft gedaan.

Deze zeer ingrijpende 'bescherming' of beter onaantastbaarheid van een gesloten opdracht/ overeenkomst wordt gerechtvaardigd op grond van de rechtszekerheid. Op een bepaald moment moeten de aanbestedende overheid én de

gekozen inschrijver immers de zekerheid hebben dat de overeenkomst zonder verdere problemen zal kunnen worden uitgevoerd.

iii) *Nuancering: de onaantastbaarheid van de gesloten overeenkomst wordt niet bevestigd in de rechtspraak. Rechtsleer is het oneens*

36. Het dient nogmaals herhaald dat voorgaande conclusie nog niet lijkt te zijn bevestigd in rechtspraak. In de praktijk zal moeten blijken of deze strikte lezing van de artikelen 65/21 en 65/30 kan worden gehandhaafd, dan wel of er toch ruimte is om de vernietiging te vorderen van een gesloten overeenkomst ten gevolge van de (door de Raad van State) vastgestelde onwettigheid van de bovenliggende gunningsbeslissing.

Ook in recente rechtsleer werd nog gesteld dat ondanks de artikelen 65/21 en 65/30 niet met zekerheid kan worden besloten dat na het sluiten van de overeenkomst ook de nietigheidsvordering op grond van een schending van de wetgeving overheidsopdrachten uitgesloten is. De onverbindendverklaring en de nietigheid van een overeenkomst zijn immers twee onderscheiden rechtsfiguren⁴⁹.

Andere rechtsleer stelt dan weer dat het volledig uitsluiten van de vorderingen tot vernietiging van de gesloten overeenkomst, net de bedoeling van de wetgever is geweest⁵⁰.

37. Het lijkt alleszins niet logisch dat het principe van de onaantastbaarheid van de gesloten overeenkomst gelijk wordt toegepast voor Europese en Belgische opdrachten, terwijl de mogelijkheden van preventieve rechtsbescherming voor deze Belgische opdrachten veel beperkter zijn, gelet op het ontbreken van de verplichting tot het naleven van een wachttermijn.

De *race to signature* die men precies wilde vermijden, lijkt voor Belgische opdrachten net in de hand te worden gewerkt nu de overheid bij onmiddellijke sluiting zich op de onaantastbaarheid van de overeenkomst zou kunnen beroepen en dus elke vastgestelde onwettigheid van de gunningsbeslissing zonder gevolg zou blijven, alleszins op het vlak van mogelijkheden tot rechtsherstel in natura. Artikel 65/30 lijkt de rechtsbescherming voor Belgische opdracht aldus te verminderen, ten opzichte van voor de invoering Rechtsbeschermingswet, toen de nietigheidsleer als hiervoor onder titel B uiteengezet 'vrij' kon spelen.

38. *De lege ferenda* lijkt het logischer om artikel 65/30 (van toepassing op Belgische opdrachten) te schrappen en enkel artikel 65/21 (van toepassing op Europese opdrachten) te laten bestaan. Zodoende wordt het voor Belgische opdrachten aan de feitenrechter overgelaten om een afweging te maken tus-

⁴⁹ F. VANDENDRIESSCHE en L. MARTENS, "Kan iedere overeenkomst gesloten in strijd met de wetgeving overheidsopdrachten dan toch nietig worden verklaard?", *TBP* 2012/9, p. 565-570. ZIE ook: B. GHEYSENS B. GHEYSENS, "Het arrest SIGISS: een duidelijke stap voorwaarts in de richting van een effectieve rechtsbescherming bij overheidsopdrachten", *T. Aann* 2011, afl. 2, p. 196-202: "Of de vorderingen tot nietigerklaring van de ontstane overeenkomst ten gevolge van het wetgevend ingrijpen definitief tot het verleden behoren, is een open vraag".

⁵⁰ P. THIEL, *Memento des marchés publics et des ppp 2010 et 2011*, Wolters-Kluwer, p. 5590-591 en 556.

sen de mogelijkheid van rechtsherstel in natura (dus de vernietiging van de overeenkomst), dan wel rechtsherstel bij equivalent (schadevergoeding).

Het is treffend te moeten vaststellen dat FLAMME in 1996 als oplossing voor de discussie over de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst een *stand still* periode voorstelt tussen de gunning en de sluiting van de opdracht⁵¹. Deze oplossing is er met de nieuwe Rechtsbeschermingswet gekomen voor Europese opdrachten, door een verplichte *stand still* waarvan de overtreding effectief gesanctioneerd wordt. Voor Belgische opdrachten blijft de discussie onverkort actueel, omdat de toepassing van de *stand still* niet verplicht is gesteld.

39. Ons inziens moet de vordering tot nietigverklaring van een overeenkomst die totaal buiten de voorgeschreven gunningsprocedures om wordt gesloten – en dus met een manifeste schending van de vrije mededinging en het gelijkheidsbeginsel – alleszins mogelijk blijven. Het ligt niet in lijn met de doelstellingen van de wetgever om ook in dergelijke gevallen – waar totaal geen mogelijkheid tot preventieve rechtsbescherming was – de overeenkomst onaanastbaar te maken.

D. Toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel: Rechtsplicht tot intrekking van de onwettige gunningsbeslissing en verbreking van de onderliggende overeenkomst?

40. Zelfs indien wordt aangenomen dat ingevolge artikel 65/21 en 65/30 de gesloten overeenkomst ten allen tijde onaantastbaar is, bestaat de vraag of de aanbestedende overheid zonder meer verder uitvoering kan geven aan een overeenkomst, wanneer zwart op wit (middels een rechterlijke uitspraak) vast staat dat de opdracht is gegund aan een 'verkeerde' inschrijver.

In concrete gevallen kan – op basis van het *erga omnes* gezag van gewijsde van een schorsingsarrest van de Raad van State en de beginselen van behoorlijk bestuur – worden geargumenteed dat een zorgvuldige overheid alleszins verplicht lijkt de geschorste gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen⁵².

Dat is ook waar de Raad van State in de vermelde rechtspraak lijkt op aan te sturen:

*“De Raad van State kan immers bezwaarlijk vooruitlopen op de gevolgen die de aanbestedende overheid zal hechten aan een dergelijke schorsing, ook wanneer de opdracht al werd gesloten. Probleemsituaties die daarbij zouden ontstaan, lijkt verwerende partij dan aan haar eigen beslissing te danken te hebben nu zij er voor koos geen wachttermijn in acht te nemen, hoewel zij deze leek aan te kondigen”.*⁵³

⁵¹ M.A. FLAMME, o.c., deel 1B, p. 2067.

⁵² D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten en het toezicht door de Raad van State en de gewone rechtbanken*, Brugge, Die Keure, 1993, nr. 1296.

⁵³ RvS nr 208.513 van 28 oktober 2010, SIGGIS.

41. Wanneer een rechtsplicht bestaat om te verbreken – als dat bvb. de enige mogelijke interpretatie is van het arrest van de Raad van State – lijkt een vordering voor de burgerlijke (kortgeding)rechter om de voorzetting van de werken/ uitvoering van de overeenkomst te doen verbieden, niet uitgesloten. De vordering is dan immers gesteund op de rechtsplicht tot handelen⁵⁴ en/of de verplichting gevolg te geven aan het schorsingsarrest van de Raad van State, in hoofde van de aanbestedende overheid.

42. Bij een intrekking van de geschorste gunningsbeslissing heeft de aanbestedende overheid heeft dan slechts twee keuzes:

- De intrekking van de bestreden gunningsbeslissing en de vaststelling van een nieuwe – bvb. beter gemotiveerde – beslissing waarbij wordt gegund aan dezelfde inschrijver;
- De inntrekking van de bestreden gunningsbeslissing en de vaststelling van een nieuwe beslissing waarbij wordt gegund aan een andere inschrijver (normaal gezien diegene die het schorsingsarrest bekommt).

Bij de eerste mogelijkheid, lijkt de gesloten overeenkomst zonder problemen verder uitgevoerd te kunnen worden, zodat deze niet dient te worden verbroken.

Bij de laatste piste zal de aanbestedende overheid de overeenkomst met de initieel gekozen inschrijver dienen te verbreken, met toepassing van artikel 1794 Burgerlijk Wetboek. Hierdoor zal de overheid aan deze inschrijver een ‘verbrekingsvergoeding’ verschuldigd zal zijn. Wanneer de overheid dit niet doet, zal zij aan de onterecht niet gekozen inschrijver een schadevergoeding verschuldigd zijn.

43. Het blijft met andere woorden kiezen tussen twee ‘kwaden’, te weten het betalen van een schadevergoeding of een verbrekingsvergoeding.

Doch lijkt de verbreking van de overeenkomst de enige juiste keuze als de geschorste gunningsbeslissing niet kan worden ‘hersteld’ (door bvb. een nieuwe beter gemotiveerde te nemen).

Het is afwachten hoe de rechtspraak van de burgerlijke rechtbanken zich dien-aangaande verder zal ontwikkelen.

44. De mogelijkheden en verplichtingen tot intrekking van de gunningsbeslissing komen aan bod in de bijdrage van VAN HEUVEN en RIEMSLAGH verder in dit werk⁵⁵.

⁵⁴ ZIE over de dwangmiddelen ten aanzien van de overheid wanneer deze verzaakt aan haar rechtsplicht tot handelen: I. OPDEBEECK, *Rechtsbescherming tegen het stilzitten van het bestuur*, Brugge, Die Keure, 1992, p. 59.

⁵⁵ DIRK VAN HEUVEN en JONAS RIEMSLAGH, “De intrekking van de gunningsbeslissing”, verder in dit werk

IV. Conclusie

A. Het lot van de gesloten overeenkomst is onzeker

45. Er dient te worden vastgesteld dat het lot van de gesloten overeenkomst na de schorsing of vernietiging van de gunningsbeslissing onzeker is.

De artikelen 65/21 en 65/30 – die stellen dat een gesloten opdracht niet meer onverbindend kan worden verklaard – lijken niet noodzakelijk te verhinderen dat de niet gekozen inschrijver de burgerlijke rechter vat om de vernietiging dan wel schorsing van de uitvoering van de gesloten overeenkomst te bekomen.

De al jaren gevoerde discussie over de vernietigbaarheid van de gesloten overeenkomst wegens de onwettigheid van de bovenliggende gunningsbeslissing, blijft aldus relevant.

46. Daarnaast kan uit het *erga omnes* gezag van gewijsde van een arrest van de Raad van State in bepaalde gevallen een rechtsplicht tot handelen in hoofde van de aanbestedende overheid volgen.

Zo kan de overheid de plicht hebben om een geschorste beslissing in te trekken en een nieuwe beslissing te nemen waarbij de opdracht aan een andere inschrijver wordt toegewezen. In dat geval zal de aanbestedende overheid ook de onderliggende overeenkomst moeten vebreken.

B. Voorkeur voor vrijwillige toepassing van de wachtermijn bij Belgische opdrachten

47. Gelet op de zeer complexe juridische knoop waarin de aanbestedende overheid kan terechtkomen wanneer de overeenkomst al is gesloten, terwijl de gunningsbeslissing wordt geschorst en/of vernietigd, is onze stelling duidelijk: het is aangewezen dat de aanbestedende overheid ook voor Belgische opdrachten vrijwillig de wachtermijn toepast overeenkomstig artikel 65/30, tweede lid van de Overheidsopdrachtenwet 1993.

Door inschrijvers de kans te geven de preventieve rechtsbeschermingsmogelijkheden uit te putten, worden alle discussies beslecht VOOR de contractsluiting, en kan de hiervoor omschreven probleemsituatie aldus niet ontstaan.

In tegenstelling tot wat vaak wordt gedacht, is het dus zowel in het belang van het bestuur als in het belang van de inschrijvers om de opdracht pas te sluiten na het verstrijken van de termijn van 15 kalenderdagen waarbinnen een schorsingsberoep kan worden ingesteld, en – zo tijdig een beroep werd ingesteld – na de uitspraak van de Raad van State/kortgedingrechter.

48. Ook voor inschrijvers is de te volgen weg duidelijk: gezien de Raad van State ook bij Belgische opdrachten van oordeel is dat de gunningsbeslissing nog kan worden geschorst na sluiting van de opdracht, is het opstarten van

een schorsingsprocedure (bij UDN) steeds dé procedure bij uitstek wanneer de inschrijver meent dat de gunningsbeslissing behept is met een onwettigheid.

Indien de opdracht al is gesloten, is een rechtsherstel in natura vaak moeilijk doch niet onmogelijk.

Hoewel het dus niet zeker is dat de niet gekozen inschrijver nog aanspraak kan maken op uitvoering van de opdracht, wanneer de overeenkomst al is gesloten, is een schorsingsarrest hoe dan ook een nuttig 'wapen' om – na een vordering tot nietigverklaring ten gronde – een schadevergoedingsvordering in te stellen voor de burgerlijke rechter. Gelet op het erga omnes karakter van een arrest van de Raad van State is de burgerlijke rechter gebonden door het oordeel van de Raad, zodat de fout vaststaat en enkel nog schade moet worden bewezen.