

Rolnummer 4932
Arrest nr. 47/2011 van 30 maart 2011

## A R R E S T

---

*In zake* : het beroep tot vernietiging van de artikelen 65/22, § 2, en 65/32 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in voormelde wet van 24 december 1993, ingesteld door de gemeente Oudergem.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey en P. Nihoul, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

\*

\* \*

## I. *Onderwerp van het beroep en rechtspleging*

Bij verzoekschrift dat aan het Hof is toegezonden bij op 12 mei 2010 ter post aangetekende brief en ter griffie is ingekomen op 14 mei 2010, heeft de gemeente Oudergem beroep tot vernietiging ingesteld van de artikelen 65/22, § 2, en 65/32 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in voormelde wet van 24 december 1993 (bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 28 december 2009, derde editie).

De Ministerraad heeft een memorie ingediend, de verzoekende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de Ministerraad heeft ook een memorie van wederantwoord ingediend.

Op de openbare terechtzitting van 26 januari 2011 :

- zijn verschenen :

. E. Schoonbroodt, gemeentesecretaris van de gemeente Oudergem, voor de verzoekende partij;

. Mr. S. Depré en Mr. K. Man, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers P. Nihoul en T. Merckx-Van Goey verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde partijen gehoord;

- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

## II. *In rechte*

- A -

### *Ten aanzien van de ontvankelijkheid*

A.1.1. De gemeente Oudergem, verzoekende partij, zet uiteen dat zij een aanbestedende overheid is en in die zin de adressaat is van de door haar bestreden wetsbepalingen. Zij voert aan dat die bepalingen het risico op geschillen waaraan zij is blootgesteld, vergroten door rechtsmiddelen tegen administratieve handelingen gesteld in procedures inzake overheidsopdrachten open te stellen voor personen die tot nu toe niet over die toegang tot de rechtscolleges beschikten, alsook door specifieke rechtsmiddelen voor de Europese overheidsopdrachten uit te breiden tot opdrachten voor aanneming van werken van een geringere waarde.

Als bijlage bij haar verzoekschrift legt zij een eensluidend uittreksel voor uit de beslissingen van haar organen waarbij deze hebben besloten het beroep in te stellen.

A.1.2. De ontvankelijkheid van het beroep wordt niet betwist door de Ministerraad.

*Ten gronde*

*Wat het eerste middel betreft*

A.2.1. Het eerste middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De gemeente Oudergem voert aan dat artikel 2 van de bestreden wet, in zoverre het de artikelen 65/22, § 2, en 65/32 invoegt in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, rechtsmiddelen openstelt voor een andere en veel ruimere categorie van personen dan de categorie van personen die tot dan toe om de vernietiging of de schorsing van de beslissing tot toewijzing van de opdracht konden verzoeken of bij de rechter een onverbindendverklaring of een schadevergoeding konden vorderen.

A.2.2. De verzoekende partij is van mening dat het bij artikel 65/22, § 2, ingevoerde rechtsmiddel op zulke wijze is gedefinieerd dat het grenst aan de *actio popularis*, in zoverre het zelfs van toepassing is op de ingestelde vorderingen terwijl iemands rechten om in rechte te treden noch iemands kansen om de opdracht te verkrijgen, werden aangetast of beperkt. Zij voert aan dat de artikelen 65/14 tot 65/17 daarentegen de klassieke of nieuwe rechtsmiddelen slechts openstellen voor de persoon die over een werkelijk belang beschikt. Zij merkt op dat richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 « 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 », die in het Belgisch recht door de bestreden bepaling is omgezet, geen enkele discriminatie invoert onder de verzoekers, en dat zij bovendien de discriminatie verbiedt die de wetgever heeft ingesteld. Zij voegt eraan toe dat uit de voormelde richtlijn immers duidelijk voortvloeit dat de enige verzoekers die om een alternatieve sanctie kunnen verzoeken, de begunstigen van de wachttermijn zijn die belang erbij hebben of hadden een bepaalde opdracht te verkrijgen en die door de schending van die wachttermijn zijn of dreigen te worden benadeeld. Ten slotte wijst zij erop dat er geen verklaring voorhanden is voor het feit dat de bestreden artikelen op zodanige wijze zijn geformuleerd dat zij het mogelijk maken alternatieve sancties uit te voeren ten gunste van andere verzoekers dan de begunstigen van de krachtens het Europees recht geregelde wachttermijn.

A.3.1. In hoofdorde is de Ministerraad van mening dat de verzoekende partij een discriminatie aanklaagt onder categorieën van verzoekers die niet vergelijkbaar zijn, omdat het doel van de met elkaar vergeleken rechtsmiddelen verschilt. Ten aanzien van de vergelijking tussen de verzoekers die bij de rechter om de alternatieve sanctie kunnen verzoeken en de verzoekers die bij de rechter een onverbindendverklaring kunnen vorderen, zet hij uiteen dat de alternatieve sanctie geen autonoom rechtsmiddel vormt, daar zij in principe altijd ondergeschikt is aan het verzoek tot onverbindendverklaring, dat zij vervangt. Hij leidt hieruit af dat geen sprake kan zijn van een verschil in behandeling tussen verschillende categorieën van verzoekers, vermits de verzoekers die om de onverbindendverklaring kunnen verzoeken, dezelfde zijn als diegenen die om de alternatieve sanctie kunnen verzoeken.

In verband met de vergelijking tussen de verzoekers die bij de rechter om de alternatieve sanctie kunnen verzoeken en de verzoekers die de vernietiging of de schorsing van de beslissing tot gunning van de opdracht en een schadevergoeding kunnen vorderen, zet hij uiteen dat het doel van de wetgever enkel erin bestaat de schending van een voorschrift van de gunningsprocedure te bestraffen, namelijk de niet-naleving van de wachttermijn van 15 dagen of het sluiten van de opdracht alvorens de verhaalinstantie zich heeft uitgesproken. Het doel van de andere rechtsmiddelen bestaat daarentegen erin een voordeel van de verzoeker te beschermen en in dat geval is het normaal dat het belang strikter wordt begrepen.

A.3.2. In ondergeschikte orde wijst de Ministerraad erop dat hij niet inziet waarin de door de verzoekende partij aangevoerde discriminatie is gelegen, aangezien beide categorieën van verzoekers zich in fundamenteel verschillende situaties bevinden. Hij voegt eraan toe dat het verzoek om een alternatieve sanctie geen *actio popularis* is, daar het uitsluitend openstaat voor « belanghebbenden », begrip dat zal moeten worden gepreciseerd door de rechtscollages, terwijl de andere verzoekers een persoonlijk voordeel nastreven. Hij is van mening dat de wetgever dus een gedifferentieerde behandeling heeft voorbehouden aan verschillende situaties en ervoor heeft gezorgd alternatieve maatregelen te kiezen waarvan de gevolgen niet onevenredig zijn.

A.3.3. In uiterst ondergeschikte orde merkt de Ministerraad op dat de wetgever het begrip « belang » kan definiëren volgens het betrokken rechtsmiddel en dat dat begrip bovendien door de rechtscolleges wordt geïnterpreteerd. Hij voegt eraan toe dat de wetgever in verschillende domeinen, wanneer het belang van een vordering de sfeer van de louter particuliere belangen overstijgt, de neiging heeft de groep van mogelijke verzoekenden open te stellen.

A.4. De gemeente Oudergem antwoordt dat de stelling van de Ministerraad tegenstrijdigheden bevat, daar niet kan worden aangevoerd dat de ene vordering ondergeschikt is aan de andere en dus dat zij alleen kan worden ingesteld door de verzoekers die toegang hebben tot de hoofdvordering, en tegelijk dat de alternatieve sanctie kan worden gevorderd door andere verzoekers dan diegenen die kunnen handelen met het oog op de onverbindendverklaring. Zij is van mening dat, hoewel het Europees recht en de logica van de alternatieve sancties een regeling maken die ondergeschikt is aan een onverbindendverklaring, de Belgische wetgever daaraan echter een uitbreiding geeft die vreemd is aan de aard ervan en ze opstelt voor verzoekers die geen toegang kunnen hebben tot de rechtbank.

Zij merkt op dat het aanvullende karakter van de vordering tot alternatieve sanctie ten opzichte van de vordering tot onverbindendverklaring in geen enkele bepaling van de wet van 23 december 2009 wordt bevestigd en dat de wet dat ondergeschikte karakter overigens ontkent, vermits de verzoekers op onderscheiden wijze zijn gedefinieerd en de indieningstermijnen verschillend zijn. Zij voegt eraan toe dat de door haar aangeklaagde discriminatie onder verzoekers niet kan worden verantwoord door het doel bestaande in de omzetting van de Europese richtlijn, vermits die wordt tegengesproken door de richtlijn zelf, en evenmin kan worden gewettigd door het doel van de alternatieve sancties, vermits, daar zij worden verondersteld de onverbindendverklaring te vervangen, alleen de verzoekers die om de ontbinding van de opdracht verzoeken, die sancties zouden moeten kunnen vorderen.

A.5.1. De Ministerraad zet in zijn memorie van wederantwoord uiteen dat de vordering tot alternatieve sanctie en de vordering tot onverbindendverklaring hetzelfde doel beogen, namelijk de schending van een voorschrift van de gunningsprocedure bestraffen. Hij bevestigt dat de onverbindendverklaring kan worden gevorderd door een belanghebbende verzoeker die geen enkele kans maakt om de betwiste opdracht te verkrijgen, zoals bijvoorbeeld de toezichthoudende overheid, omdat de onverbindendverklaring eveneens ertoe strekt een schending van de regels inzake bekendmaking te bestraffen. Hij legt uit dat de onverbindendverklaring eveneens kan worden gevorderd in geval van een schending van de *standstill*-termijn of van de regels die moeten beletten dat een opdracht wordt gesloten zolang een beroep hangende is volgens artikel 65/17, 2°, op voorwaarde dat de verzoeker aantoont dat het onmogelijk is een vordering tot schorsing in te stellen of te voleindigen of de schending aantoont van de basisregels inzake de overheidsopdrachten waardoor zijn kansen op het verkrijgen van de opdracht in het gedrang zijn gekomen. Hij is van mening dat er dus geen tegenstrijdigheid is tussen de bewering volgens welke de alternatieve sanctie ondergeschikt is aan de vordering tot onverbindendverklaring en de bewering volgens welke zij ook ten uitvoer kan worden gelegd door andere verzoekers, zoals de toezichthoudende overheid van de aanbestedende overheid.

A.5.2. De Ministerraad merkt op dat richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van richtlijn 89/665/EEG het de lidstaten mogelijk maakt de andere schendingen van de formele voorwaarden dan de schending van de *standstill* te bestraffen en de middelen te kiezen om die andere schendingen van de formele voorwaarden te bestraffen, ofwel door de onverbindendverklaring, ofwel door een alternatieve sanctie. Hij voegt eraan toe dat het verbod van discriminatie tussen de ondernemingen die een nadeel kunnen aanvoeren, geenszins uitsluit dat andere personen dan de inschrijvers rechtsmiddelen zoals de sanctie van de onverbindendverklaring of de alternatieve sanctie kunnen aanwenden. Voorts wijst hij erop dat artikel 2<sup>sexies</sup> van de richtlijn, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, aantoont dat de schadevergoeding en de alternatieve sanctie in geen geval mogen samenvallen, aangezien die rechtsmiddelen een verschillend doel nastreven, waarbij de Europese wetgever heeft willen voorkomen dat een Staat de toepassing van de alternatieve sancties zou kunnen afwijzen door te stellen dat de betaling van een schadevergoeding daaraan gelijkwaardig is.

A.5.3. De Ministerraad herhaalt dat de alternatieve sanctie een ondergeschikt karakter heeft en dat alleen de verzoeker die een vordering tot onverbindendverklaring heeft ingediend, namelijk een « belanghebbende » om een alternatieve sanctie kan verzoeken. Er is dus, in tegenstelling tot wat de verzoekende partij beweert, geen sprake van een uitbreiding van de categorieën van verzoekers die om een alternatieve sanctie kunnen verzoeken. Het doel van de Europese en Belgische wetgevers, met het invoeren van de alternatieve sanctie en de onverbindendverklaring, bestaat in hoofddeorde erin de schending van een voorschrift van de gunningsprocedure te

bestrafen, namelijk de regels inzake bekendmaking, en de niet-naleving van de wachtermijn of het sluiten van de opdracht vooraleer de beroepsinstantie zich heeft uitgesproken.

*Wat het tweede middel betreft*

A.6.1. Het tweede middel is afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. De verzoekende partij zet uiteen dat artikel 65/32, ingevoegd in de wet van 24 december 1993 bij artikel 2 van de bestreden wet, rechtsmiddelen die eigen zijn aan de opdrachten met een waarde die de drempel bereikt vanaf wanneer een Europese bekendmaking vereist is, uitbreidt tot de opdrachten voor aanneming van werken met een kleinere waarde. Volgens haar verantwoordt niets de procedures van de onverbindendverklaring en van de alternatieve sancties uit te breiden tot de opdrachten voor aanneming van werken met een waarde tussen 2 422 500 euro zonder btw (drempel bepaald bij artikel 65/30, eerste lid, waarnaar artikel 65/32 verwijst) en 4 845 000 euro zonder btw (drempel die van toepassing is op het vlak van de vereisten inzake Europese bekendmaking), aangezien, enerzijds, aldus een discriminatie wordt ingevoerd tussen de opdrachten voor aanneming van werken en de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten en, anderzijds, die uitbreiding indruist tegen het objectieve onderscheid tussen de opdrachten die zijn onderworpen aan de communautaire richtlijnen en die welke niet onder het toepassingsgebied van de communautaire richtlijnen vallen.

A.6.2. De verzoekende partij zet uiteen dat de wetgever het belang van de versterkte rechtsbescherming van de ondernemingen en het belang om de efficiëntie van de door de overheid uitgevoerde procedures te vrijwaren, tegen elkaar had moeten afwegen.

A.7.1. De Ministerraad is in de eerste plaats van mening dat de categorie van de opdrachten voor aanneming van werken en die van de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten niet met elkaar vergelijkbaar zijn. Het koninklijk besluit van 18 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken regelt aldus onderscheiden juridische stelsels uitgaande van het voorwerp of de aard van de overheidsopdracht. Ter uitvoering van de Europese richtlijnen ter zake heeft de wetgever drempels vastgesteld voor de toepassing van de vereisten inzake Europese bekendmaking, gedifferentieerd volgens het voorwerp of de aard van de overheidsopdracht, zodat die opdrachten niet met elkaar vergelijkbaar zijn.

A.7.2. De Ministerraad zet uiteen dat het verschil in behandeling tussen, enerzijds, de opdrachten voor aanneming van werken en, anderzijds, de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten, berust op een objectief criterium, namelijk de waarde van de drempel voor de toepassing van de vereisten inzake Europese bekendmaking, die hoger ligt voor de eerstgenoemde dan voor de laatstgenoemde. Hij verwijst in dat opzicht naar het arrest nr. 179/2005 van het Hof. Het bedrag van de Europese drempel voor de opdrachten voor aanneming van werken, vastgelegd op 4 845 000 euro, ligt ongeveer 25 keer hoger dan het bedrag van de drempels die van toepassing zijn op de opdrachten voor aanneming van leveringen en de opdrachten voor aanneming van diensten. Hij is van mening dat de wetgever vermocht ervan uit te gaan dat de kandidaten en inschrijvers voor de opdrachten voor aanneming van werken zich in een situatie bevonden die overdreven ongunstig was ten opzichte van de kandidaten en inschrijvers voor de andere opdrachten, en dat hij dus een grotere rechtsbescherming op hen vermocht toe te passen.

A.7.3. De Ministerraad is van oordeel dat de bestreden bepaling niet indruist tegen het objectieve onderscheid tussen de opdrachten die zijn onderworpen aan de communautaire richtlijnen en die welke niet onder het toepassingsgebied van die richtlijnen vallen. Hij voert aan dat het niet verboden is dat een lidstaat het toepassingsgebied van de richtlijnen uitbreidt teneinde een doeltreffendere rechtsbescherming te regelen voor bepaalde belangrijke overheidsopdrachten, namelijk de opdrachten voor aanneming van werken die een hoge waarde bereiken, en dat die keuze onder de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever valt.

A.8. De gemeente Oudergem antwoordt dat de wetgever op zijn minst moest uitleggen waarom de rechtsmiddelen die zijn voorbehouden aan de opdrachten die aan de Europese bekendmaking zijn onderworpen, moesten worden uitgebreid tot de opdrachten waarvan de waarde lager ligt dan de Europese drempel, en uitsluitend voor de opdrachten voor aanneming van werken, terwijl de Europese wetgever substantieel verschillende waarden heeft vastgesteld om de opdrachten voor aanneming van werken en de opdrachten voor aanneming van leveringen en van diensten aan de richtlijn te onderwerpen. Zij is van mening dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie geen redelijke verantwoording geeft voor de door de wetgever veroorzaakte discriminatie.

Zij is van mening dat de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever wordt uitgeoefend binnen de grenzen van het grondwettelijk recht en merkt op dat, te dezen, de uitbreiding van de bescherming uitsluitend voorbehouden aan de opdrachten voor aanneming van werken en de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten daarvan uitsluiten, geen enkele verantwoording vindt in de rechtspraak van het Hof. Zij vestigt voorts de aandacht erop dat het effect van de uitbreiding van de alternatieve sancties op de efficiëntie van de door de overheid aangewende procedures voor het plaatsen van opdrachten, in het bijzonder op het vlak van de kosten, niet is omschreven.

A.9. De Ministerraad wijst in zijn memorie van wederantwoord erop dat de bestreden wet niet uitsluitend tot doel heeft de richtlijn in het intern recht om te zetten, maar dat zij tevens in een reglementering van de proceduremiddelen voorziet voor de opdrachten die onder de Europese drempels liggen. Hij onderstreept dat het communautaire stelsel vanzelfsprekend een lidstaat niet belet het stelsel van rechtsbescherming te regelen voor de opdrachten waarvan de waarde onder de Europese drempel ligt, en met name voor de opdrachten die een grensoverschrijdend belang inhouden omdat zij een hoge waarde vertegenwoordigen.

- B -

### *Ten aanzien van de bestreden bepalingen*

B.1.1. De verzoekende partij vordert de vernietiging van de artikelen 65/22, § 2, en 65/32, van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, ingevoegd bij artikel 2 van de wet van 23 december 2009 tot invoeging van een nieuw boek betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

B.1.2. Artikel 65/22, § 2, van de voormelde wet bepaalt :

« Op verzoek van elke belanghebbende en na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, legt de verhaalinstantie een alternatieve sanctie op als bedoeld in § 1 wanneer de aanbestedende instantie de opdracht heeft gesloten in strijd met artikel 65/11, eerste en tweede lid, waarbij deze schending evenwel :

1° voor de inschrijver geen belemmering vormde om een vordering tot schorsing in te stellen als bedoeld in artikel 65/11, tweede lid, en

2° niet gepaard ging met een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten, de wet of haar uitvoeringsbesluiten, waardoor de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen nadelig zouden zijn beïnvloed.

De boetes die bij wijze van alternatieve sanctie worden uitgesproken, worden gestort aan de Schatkist ».

### B.1.3. Artikel 65/32 van de voormelde wet bepaalt :

« Wanneer artikel 65/30, eerste lid, toepasselijk is, zijn de artikelen 65/12, 65/13, 65/18, eerste en vierde lid, en 65/19 tot 65/22 eveneens toepasselijk.

In dat geval worden de in die bepalingen vermelde woorden ‘ Europese bekendmaking ’ en ‘ *Publicatieblad van de Europese Unie* ’ vervangen door de woorden ‘ Belgische bekendmaking ’, respectievelijk ‘ *Bulletin der Aanbestedingen* ’.

Wanneer de aanbestedende instantie, overeenkomstig artikel 65/30, tweede lid, artikel 65/11, eerste lid, vrijwillig toepasselijk maakt, zijn de artikelen 65/13 en 65/17 tot 65/22 niet toepasselijk ».

B.2. De bestreden wet « voorziet, enerzijds, in de omzetting in Belgisch recht van de richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 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, [...] en, anderzijds, in de invoering van de toepasselijke regels voor de opdrachten die de Europese drempels niet bereiken » (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 4).

B.3.1. De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten maakt een onderscheid tussen de overheidsopdrachten die de drempels die zijn voorgeschreven voor de verplichte voorafgaande Europese bekendmaking bereiken, en de overheidsopdrachten die die drempels niet bereiken. Het bestreden artikel 65/32 maakt sommige bepalingen die van toepassing zijn op de opdrachten waarvoor de voorafgaande Europese bekendmaking verplicht is, niettemin van toepassing op de opdrachten voor aanneming van werken waarvan het goed te keuren offertebedrag zonder belasting over de toegevoegde waarde onder de Europese drempel ligt, maar de helft van die drempel bereikt, namelijk de opdrachten voor aanneming van werken waarvan het bedrag tussen 2 422 500 euro en 4 845 000 euro varieert. Die opdrachten voor aanneming van werken zijn aldus eveneens onderworpen aan de wachtermijn tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de opdracht (artikelen 65/11, 65/12 en 65/13 van de wet van 24 december 1993), en de niet-naleving van die wachtermijn door de aanbestedende overheid kan, ook voor die opdrachten voor aanneming van werken, wanneer zij worden gesloten, worden bestraft door een onverbindendverklaring of een alternatieve sanctie.

B.3.2. De sanctie van onverbindendverklaring en de alternatieve sancties zijn in de wet van 24 december 1993 ingevoegd bij de wet van 23 december 2009. Met toepassing van artikel 65/17 van de wet van 24 december 1993 verklaart de verhaalinstantie een opdracht onverbindend wanneer die ofwel is gesloten zonder voorafgaande Europese bekendmaking, terwijl die was vereist door het Europees gemeenschapsrecht of het toepasbare interne recht, ofwel is gesloten vóór het verstrijken van de in artikel 65/11, eerste lid, bepaalde wachtermijn of vooraleer de verhaalinstantie zich heeft uitgesproken over de vordering tot schorsing of de vordering tot voorlopige maatregelen. In het tweede geval wordt de onverbindendverklaring uitgesproken wanneer « een inschrijver door [die afgekeurde] schending geen verhaal tot schorsing heeft kunnen instellen of voleindigen als bedoeld in artikel 65/11, tweede lid, en 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 ».

B.3.3. De verhaalinstantie zal de onverbindendverklaring niet uitspreken, maar met toepassing van artikel 65/20 een alternatieve sanctie toepassen, « indien ze, na alle relevante aspecten te hebben onderzocht, van mening is dat dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de opdracht verbindend blijft ». Zij zal eveneens een alternatieve sanctie uitspreken wanneer de aanbestedende overheid de opdracht heeft gesloten met schending van de wachtermijn of nog vóór de verhaalinstantie zich heeft kunnen uitspreken over een vordering tot schorsing of een vordering tot voorlopige maatregelen, wanneer die schending van artikel 65/11 de inschrijver niet de mogelijkheid heeft ontnomen een vordering tot schorsing in te stellen, en wanneer die schending gepaard gaat met een andere schending van het Europees gemeenschapsrecht of van het intern recht die de kansen van de inschrijver om de opdracht te bekomen niet nadelig heeft beïnvloed (artikel 65/22, § 2, van dezelfde wet). De wetgever heeft geoordeeld dat, in dat geval, « een vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen [...] een onevenredige zware sanctie [zou] zijn geweest » (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 38).

De alternatieve sanctie bestaat erin de looptijd van de opdracht in te korten of een boete aan de aanbestedende instantie op te leggen. De verhaalinstantie kan ook ervoor kiezen de twee alternatieve sancties uit te spreken.



*Ten aanzien van het eerste middel*

B.4.1. In haar eerste middel verwijt de verzoekende partij de door haar bestreden bepalingen dat zij rechtsmiddelen die ertoe strekken een alternatieve sanctie te laten uitspreken, openstellen voor nieuwe categorieën van personen, die verschillen van en mogelijk veel talrijker zijn dan die welke bij de rechter een sanctie kunnen vorderen die bestaat in de vernietiging of de schorsing van de beslissing tot gunning van de opdracht, in een onverbindendverklaring of in de toekenning van een schadevergoeding. De verzoekende partij vreest bijgevolg, zonder verantwoording, te worden geconfronteerd met een verhoging van het aantal beroepen waaraan zij als aanbestedende overheid het hoofd moet bieden.

B.4.2. Met toepassing van artikel 65/14 van de wet van 24 december 1993 kan de verhaalinstantie de beslissingen van de aanbestedende overheden vernietigen « op verzoek van elke persoon die een belang heeft of heeft gehad om een bepaalde opdracht te bekomen en die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld ». De schorsing van dezelfde beslissingen kan worden bevolen onder dezelfde voorwaarden (artikel 65/15 van dezelfde wet). Aan de personen die zijn benadeeld door een van de in het voormelde artikel 65/14 bedoelde schendingen kan een schadevergoeding worden toegekend (artikel 65/16 van dezelfde wet). De sanctie van de onverbindendverklaring van de opdracht kan daarentegen worden uitgesproken door de verhaalinstantie op verzoek van elke belanghebbende (artikel 65/17 van dezelfde wet). Hetzelfde geldt voor de alternatieve sancties (artikel 65/22 van dezelfde wet).

B.4.3. De verzoekende partij is van mening dat de bestreden bepalingen tussen de categorieën van verzoekers die de rechter kunnen vragen de gesloten opdracht onverbindend te verklaren en de categorieën van verzoekers die de uitspraak van een alternatieve sanctie kunnen vorderen, een verschil in behandeling invoeren dat niet bestaanbaar is met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Zowel artikel 65/17, dat betrekking heeft op de onverbindendverklaring, als artikel 65/22, § 2, dat betrekking heeft op de alternatieve sancties, bepalen echter dat de verhaalinstantie die sancties uitspreekt « op verzoek van elke belanghebbende ». De verhaalinstantie zal de opdracht daarentegen onverbindend verklaren of de sanctie beperken tot één van de alternatieve sancties naargelang de niet-naleving van de wachttermijn of van de termijn waarin de verhaalinstantie zich uitspreekt over een vordering tot schorsing of tot voorlopige maatregelen een inschrijver al dan niet de mogelijkheid heeft

ontnomen om een vordering tot schorsing in te stellen of te voleindigen, en de schending van de wachtermijn gepaard gaat met een schending van het Europees gemeenschapsrecht of van het intern recht die de kansen van een inschrijver om de opdracht te verkrijgen al dan niet nadelig heeft beïnvloed.

Hieruit vloeit voort dat de categorieën van verzoekers die bij de verhaalinstantie een onverbindendverklaring kunnen vorderen en die welke een alternatieve sanctie kunnen vorderen, in de tekst van de bestreden wet op dezelfde wijze zijn gedefinieerd, zodat er geen discriminatie zou kunnen bestaan tussen die categorieën van verzoekers.

Het is daarentegen juist dat de categorieën van verzoekers die om een onverbindendverklaring en een alternatieve sanctie kunnen verzoeken, ruimer zijn gedefinieerd dan de categorieën van verzoekers die de vernietiging of de schorsing kunnen vorderen van de door de aanbestedende overheid genomen beslissingen. Die laatste categorieën moeten immers aantonen dat zij een belang hebben of hebben gehad om een bepaalde opdracht te verkrijgen en dat zij door de aangevoerde schending zijn of dreigen te worden benadeeld.

B.5. In tegenstelling tot hetgeen de verzoekende partij betoogt, heeft de wetgever van het beroep dat ertoe strekt een alternatieve sanctie uit te spreken, geen rechtsvordering gemaakt « die zich beperkt tot de *actio popularis* », vermits hij heeft gepreciseerd dat dat beroep alleen openstaat voor de « belanghebbenden ». De verzoeker moet bijgevolg aantonen dat hij belang erbij heeft dat de sanctie wordt uitgesproken. Het zal aan de bevoegde rechtscolleges staan te definiëren wat in die context moet worden begrepen onder het belang om in rechte te treden, waarbij in voorkomend geval kan worden uitgegaan van de parlementaire voorbereiding van de bestreden bepalingen.

B.6. De wetgever vermocht overigens, door in de wetgeving betreffende de overheidsopdrachten nieuwe sancties in te voeren die ertoe strekken de wachtermijn door de aanbestedende overheden te laten naleven, de categorieën van personen die de verhaalinstantie kunnen verzoeken om die nieuwe sancties uit te spreken, te definiëren volgens het door hem nagestreefde doel, en hij was niet ertoe gehouden de voorwaarden voor de ontvankelijkheid van die nieuwe sancties af te stemmen op die welke de vroegere wetgeving had vastgesteld voor de rechtsvorderingen met het oog op het verkrijgen van de

vernietiging, de schorsing of een schadevergoeding. Samen met de Europese wetgever stelt hij vast dat « de onverbindendheid de meest doeltreffende manier [is] om de mededinging te herstellen en nieuwe economische kansen te creëren voor bedrijven waaraan op een onwettige manier de toegang tot de procedure is ontzegd », en in dat opzicht heeft hij de rechtsvordering die het verkrijgen van de onverbindendheid beoogt, niet alleen kunnen openstellen voor de belanghebbende ondernemingen, maar eveneens voor « de overheid [die] de inbreuk op het gemeenschapsrecht moet opheffen », alsook voor « bijvoorbeeld [...] de gewestelijke overheid die de voogdij heeft over de aanbestedende overheid » (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, p. 33).

B.7. Het eerste middel is niet gegrond.

#### *Ten aanzien van het tweede middel*

B.8. In haar tweede middel verwijt de verzoekende partij artikel 65/32, dat in de wet van 24 december 1993 is ingevoegd bij artikel 2 van de bestreden wet, dat het rechtsmiddelen die eigen zijn aan de opdrachten waarvan de geschatte waarde de drempel bereikt vanaf wanneer een Europese bekendmaking vereist is, uitbreidt tot de opdrachten voor aanneming van werken waarvan de waarde onder die drempel wordt geraamd. Zij is van mening dat de wetgever aldus een discriminatie tot stand heeft gebracht tussen, enerzijds, de opdrachten voor aanneming van werken en, anderzijds, de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten en dat hij het objectieve onderscheid heeft geschonden tussen de aan de richtlijnen van de Europese Unie onderworpen opdrachten en die welke dat niet zijn, waarbij hij geen rekening heeft gehouden met de impact van die maatregel op de door de aanbestedende overheden gedragen kosten.

B.9. Uit de parlementaire voorbereiding van de in het geding zijnde bepaling blijkt dat de wetgever heeft vastgesteld « dat er een te groot verschil in behandeling bestaat tussen de opdrachten waarvan het bedrag de [Europese] drempels overschrijden waarvoor is voorzien in een optimale rechtsbescherming van de geweerde inschrijvers, en die waarvan het bedrag lager is dan de drempels, waarbij de principes inzake informatie en transparantie gemakkelijker kunnen worden geschonden », en dat hij bijgevolg heeft beslist een aantal bepalingen op alle opdrachten van toepassing te verklaren. Hij heeft evenwel geoordeeld dat

hij niet alle opdrachten moest onderwerpen aan de bepalingen met betrekking tot de naleving van de wachttermijn en de onverbindendheid, daar « het niet opportuun [is] om deze opdrachten aan een te zwaar regime te onderwerpen ». Hij heeft echter ervoor gekozen de naleving op te leggen van de regels met betrekking tot de wachttermijn, de onverbindendverklaring en de alternatieve sancties voor de opdrachten voor aanneming van werken waarvan het bedrag gelegen is tussen de Europese drempel en de helft van die drempel, ervan uitgaande dat « dit bedrag [...] immers signifikanter [is] en [...] de toepassing van een strenger systeem [rechtvaardigt], waardoor de betrokken ondernemingen meer transparantie wordt geboden » (*Parl. St.*, Kamer, 2009-2010, DOC 52-2276/001, pp. 43-44).

B.10. Het aangeklaagde verschil in behandeling berust op twee objectieve criteria, namelijk, enerzijds, de aard van de beoogde overheidsopdracht en, anderzijds, het bedrag ervan. Het valt onder de beoordelingsbevoegdheid van de wetgever te beslissen om op bepaalde opdrachten, gedefinieerd met verwijzing naar door hem vastgestelde bedragen die naar gelang van de aard van de beschouwde opdracht kunnen verschillen, dwingendere maatregelen toe te passen. Wanneer hij aan de door het Europees gemeenschapsrecht opgelegde reglementering alle opdrachten onderwerpt die door dat recht worden beoogd, belet niets hem daaraan eveneens opdrachten te onderwerpen die onder de door de Europese reglementering vastgestelde drempels gelegen zijn. Hij vermocht, zonder de artikelen 10 en 11 van de Grondwet te schenden, ervan uit te gaan dat de drempel die van toepassing is op de opdrachten voor aanneming van werken vastgesteld in de bepalingen met betrekking tot de Europese bekendmaking, te hoog was voor de toepassing ervan op de Belgische context, zodat omvangrijke opdrachten in die context ontsnapten aan de bescherming waarin sommige dwingende bepalingen voorzagen, terwijl dat niet het geval was voor de opdrachten voor aanneming van leveringen en diensten.

B.11. Het tweede middel is niet gegrond.

Om die redenen,

het Hof

verwerpt het beroep.

Aldus uitgesproken in het Frans, het Nederlands en het Duits, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 30 maart 2011.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse