

Rolnummer 5076
Arrest nr. 173/2011 van 10 november 2011

A R R E S T

In zake : de prejudiciële vraag over artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, gesteld door de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters M. Bossuyt en R. Henneuse, en de rechters E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke, J. Spreutels, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul en F. Daoût, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter M. Bossuyt,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. *Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging*

Bij vonnis van 23 december 2010 in zake de nv « De Meeuw » tegen de Vlaamse Gemeenschap, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 5 januari 2011, heeft de Rechtbank van eerste aanleg te Brussel de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, in zoverre de inschrijver aan wie de opdracht bij een openbare of beperkte aanbesteding ten onrechte niet werd toegewezen recht heeft op een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van de offerte, terwijl de inschrijver aan wie de opdracht bij algemene of beperkte offerteaanvraag ten onrechte niet werd toegewezen het bestaan en de omvang van zijn schade moet bewijzen overeenkomstig de gemeenrechtelijke regels zoals vervat in de artikelen 1382-1383 van het Burgerlijk Wetboek ?

Of, anders gesteld, is de ontstentenis van een wetsbepaling die het mogelijk maakt dat de inschrijver aan wie de opdracht bij een algemene of beperkte offerteaanvraag ten onrechte niet werd toegewezen, aanspraak maakt op een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van de offerte, in strijd met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet ? ».

Memories en memories van antwoord zijn ingediend door :

- de nv « De Meeuw », met maatschappelijke zetel te 2830 Willebroek, Koning Leopoldlaan 8;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 29 september 2011 :

- zijn verschenen :

. Mr. K. Lemmens en, *loco* Mr. M. Schoups, Mr. A. Meel en Mr. E. Willaert, advocaten bij de balie te Antwerpen, voor de nv « De Meeuw »;

. Mr. B. Schutyser, advocaat bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;

- hebben de rechters-verslaggevers A. Alen en F. Daoût verslag uitgebracht;

- zijn de voornoemde advocaten 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. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschied*

Een opdracht tot uitvoering van werken, uitgeschreven volgens de procedure van de algemene offerteaanvraag, werd door de Vlaamse Regering gegund aan de als eerste gerangschikte kandidaat. De nv « De Meeuw », die als tweede werd gerangschikt, vocht die beslissing aan omdat de eerste kandidaat volgens haar niet over de vereiste vergunningen voor de aanneming van het werk in kwestie beschikte, en vorderde een forfaitaire schadevergoeding ten belope van 10 pct. van de inschrijvingsprijs.

De Rechtbank van eerste aanleg te Brussel oordeelt dat de als eerste gerangschikte kandidaat inderdaad niet beschikte over de vereiste vergunningen, zodat de gunning onrechtmatig was. Wat de forfaitaire schadevergoeding betreft, stelt zij evenwel vast dat artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten enkel van toepassing is indien gebruik wordt gemaakt van de procedure van de openbare of beperkte aanbesteding, maar niet op de procedure van de algemene offerteaanvraag. Aangezien de nv « De Meeuw » aanvoert dat dit onderscheid in behandeling discriminerend is, stelt de verwijzende rechter de onderhavige prejudiciële vraag.

III. *In rechte*

- A -

A.1. Volgens de nv « De Meeuw » maakt de in het geding zijnde bepaling een onderscheid tussen twee categorieën van deelnemers aan een gunningsprocedure aan wie de opdracht ten onrechte niet werd toegewezen. Indien de gunningsprocedure verloopt onder de procedure van een aanbesteding, kent de in het geding zijnde bepaling aan de ten onrechte geweerde deelnemer een forfaitaire schadeloosstelling toe ten belope van 10 pct. van de inschrijvingsprijs, terwijl op de gunning bij wege van offerteaanvraag, bij gebrek aan andersluidende regeling, enkel het gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsrecht van toepassing is. De ten onrechte geweerde deelnemer dient enkel in het laatste geval het bestaan en de omvang van zijn schade aan te tonen. Volgens de nv « De Meeuw » strookt die regeling niet met het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie, in zoverre in geval van een offerteaanvraag de bewijslast voor de schade veel zwaarder is dan in geval van een aanbesteding.

A.2. De Ministerraad voert aan dat de onderscheiden schadevergoedingsregelingen op onderscheiden situaties van toepassing zijn. De toewijzing bij een aanbestedingsprocedure moet gebeuren aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte. Bij een offerteaanvraag wijst de overheid de opdracht toe aan de inschrijver met de meest voordelige offerte. Die onderscheiden gunningscriteria zorgen volgens de Ministerraad ervoor dat de overheid bij een offerteaanvraag over een zekere beoordelingsbevoegdheid beschikt waarover zij niet beschikt bij een aanbestedingsprocedure. Het bestaan van die beoordelingsbevoegdheid zou de aanspraak op schadevergoeding van een deelnemer aan wie de opdracht niet werd gegund, beïnvloeden. De geweerde deelnemer aan een aanbestedingsprocedure heeft recht op schadevergoeding als hij aantoonde dat hij de regelmatige offerte met de laagste prijs heeft ingediend, terwijl een dergelijke vaststelling de deelnemer aan een procedure van offerteaanvraag geen automatisch recht op schadevergoeding geeft. De rechter moet bij de beoordeling van diens aanspraak op schadevergoeding immers rekening houden met de beoordelingsvrijheid van het bestuur. Nu onderscheiden situaties onderscheiden worden behandeld, is volgens de Ministerraad het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie niet geschonden.

A.3. Verder acht de Ministerraad, in ondergeschikte orde, het verschil in behandeling objectief verantwoord. Bij een aanbesteding bestaat een subjectief recht op toewijzing voor de inschrijver met de laagste regelmatige offerte. Wanneer de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de laagste regelmatige offerte, staat automatisch vast aan wie de opdracht had moeten worden toegewezen. Het is in dat geval gepast een automatisch recht op forfaitaire schadevergoeding van 10 pct. van de inschrijvingsprijs toe te passen. Zo worden, in het belang zowel van de overheid als van de ten onrechte geweerde deelnemer, lange procedures betreffende de omvang van de schade vermeden. Ook vermijdt die regeling dat de overheid wordt geconfronteerd met al te hoge schadeclaims.

Het is volgens de Ministerraad onmogelijk om dat automatische recht op forfaitaire schadevergoeding uit te breiden tot de gunningsprocedures bij wege van offerteaanvraag. In dat geval geldt immers niet het mathematische criterium van de laagste regelmatige offerte, maar het soepelere criterium van de meest

voordelige offerte. Wanneer een inschrijver meent dat de opdracht hem ten onrechte misgund is, moet bij het bepalen van de schadevergoeding rekening worden gehouden met de beoordelingsvrijheid van de overheid.

A.4. De nv « De Meeuw » is evenwel van oordeel dat tussen inschrijvers bij een aanbesteding en inschrijvers bij een offerteaanvraag geen verschil bestaat. Beiden hebben hetzelfde doel voor ogen, want zij streven beiden naar de gunning van de overheidsopdracht. Het enige verschil tussen de aanbestedingsprocedure en de procedure van offerteaanvraag is het gunningscriterium. Volgens de nv « De Meeuw » is dat verschil slechts relatief: enerzijds, is het criterium van de laagste prijs bij aanbestedingen geen puur mathematisch criterium dat geen beoordelingsruimte biedt voor de overheid; anderzijds, is de beoordelingsruimte die het criterium van meest voordelige offerte bij offerteaanvragen biedt, niet absoluut. Ondanks de beoordelingsruimte is, aldus de nv « De Meeuw », ook bij offerteaanvragen van een zekere objectiviteit sprake.

A.5. Volgens de nv « De Meeuw » verantwoordt dat relatieve verschil niet het verschil in behandeling op het vlak van de schadevergoeding. Zodra vaststaat dat de opdracht ten onrechte niet aan een bepaalde inschrijver van een offerteaanvraag werd toegekend, ziet de nv « De Meeuw » geen enkele reden om die inschrijver uit te sluiten van de forfaitaire schadevergoedingsregeling. De motieven achter de forfaitaire schadevergoedingsregeling bij aanbesteding gelden immers ook voor een offerteaanvraag: de zorg om de hoogte van schadevergoedingen te beperken en de zorg om, in belang van de overheid en van de inschrijver, lange en ingewikkelde procedures te vermijden.

Zelfs indien niet onbetwistbaar vaststaat dat de opdracht ten onrechte niet aan een bepaalde inschrijver werd toegewezen, ziet de nv « De Meeuw » geen reden om die inschrijver van de forfaitaire schadevergoedingsregeling uit te sluiten. Een forfaitaire schadevergoeding belet volgens haar niet de waarschijnlijkheid in rekening te brengen dat de inschrijver de opdracht had moeten toegewezen krijgen.

A.6. Volgens de nv « De Meeuw » zou de bodemrechter, teneinde de ongelijkheid op te heffen, de forfaitaire schadevergoedingsregeling bepaald in de in het geding zijnde bepaling ook dienen toe te passen in procedures van offerteaanvraag.

- B -

B.1.1. Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, zoals gewijzigd bij de programmawet van 22 december 2003, bepaalt :

« Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen dient deze bij openbare of beperkte aanbesteding toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze offerte. Deze forfaitaire schadevergoeding wordt aangevuld met een schadeloosstelling met het oog op het volledige herstel van de schade, wanneer deze voortvloeit uit een daad van corruptie in de zin van artikel 2 van het Burgerlijk Verdrag inzake corruptie, gedaan te Straatsburg op 4 november 1999.

Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de bevoegde overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen ».

Artikel 16 van dezelfde wet bepaalt :

« Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht. De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering. Behalve wanneer het bestek hierover anders beschikt, kan de aanbestedende overheid de eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld werden. Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen ».

B.1.2. De in het geding zijnde bepaling voorziet in een automatische en forfaitaire schadeloosstelling voor de inschrijver die deelneemt aan een procedure van aanbesteding, hierna « de inschrijver » genoemd, en die de laagste regelmatige offerte indiende, maar aan wie de opdracht niet werd gegund.

Blijkens het voormelde artikel 16 heeft de inschrijver voor een procedure van offerteaanvraag die de voordeligste regelmatige offerte indiende, maar aan wie de opdracht niet werd gegund, daarentegen geen recht op een dergelijke forfaitaire schadeloosstelling. Op een dergelijke situatie is de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregeling van de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek van toepassing, zodat de afgewezen inschrijver het bestaan en de omvang van de geleden schade dient te bewijzen.

B.2. Hoewel het criterium van de « laagste regelmatige offerte », in het geval van een gunningsprocedure bij wege van aanbesteding, geen enkele beoordelingsruimte laat aan de aanbestedende overheid, terwijl er wel een zekere beoordelingsvrijheid is bij de toepassing van het criterium van de « voordeligste regelmatige offerte » in het geval van een gunningsprocedure bij wege van offerteaanvraag, zijn een ten onrechte afgewezen inschrijver voor een procedure bij wege van aanbesteding en een ten onrechte afgewezen inschrijver voor een procedure bij wege van offerteaanvraag voldoende vergelijkbaar.

De gunningsregels zijn immers in beide gevallen erop gericht de vrije en eerlijke mededinging tussen en de gelijke behandeling van de deelnemers aan de gunningsprocedure te waarborgen.

B.3. Uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat de wetgever een dubbel doel nastreefde bij het invoeren van een forfaitaire schadeloosstelling ten belope van 10 pct. van de inschrijvingsprijs voor de ten onrechte afgewezen inschrijver voor een gunningsprocedure bij wege van aanbesteding.

Ten eerste beoogde hij, in het belang van de aanbestedende overheden, te vermijden dat rechtbanken zeer belangrijke schadeloosstellingen zouden toekennen « die buiten verhouding staan met de geleden schade » (*Parl. St.*, Senaat, 1975-1976, nr. 723-1, p. 20).

Ten tweede beoogde hij « lange, dure en ingewikkelde gerechtelijke procedures te voorkomen » (*Parl. St.*, Senaat, 1975-1976, nr. 723-2, p. 12). Die zorg betreft zowel het vermijden van juridisch en administratief werk voor de overheid als de « vluggere betaling zonder te moeten procederen » voor de ten onrechte geweerde inschrijver (*ibid.*, pp. 12-13).

B.4. De forfaitaire schadevergoeding ten belope van 10 pct. van de inschrijvingsprijs en de bijbehorende lichtere bewijslast gelden enkel voor de ten onrechte geweerde inschrijver voor een procedure van aanbesteding. De wetgever heeft de forfaitaire schadevergoeding niet willen uitbreiden tot de gunningsprocedures bij wege van offerteaanvraag.

De wetgever heeft die keuze in de parlementaire voorbereiding verantwoord als volgt :

« Het recht op schadeloosstelling wordt slechts in één enkel geval toegekend : dit waarin in een openbare of beperkte aanbesteding, de inschrijver, die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend, wordt geweerd. [...] »

De uitbreiding van dit recht op schadeloosstelling zou evenwel de toekenning ervan voor gevolg hebben – zoals aangetoond door de voorbeelden van de Raad van State – in de gevallen dat het niet om inschrijvers gaat, maar slechts om kandidaat-inschrijvers, die slechts de mogelijkheid tot het bekomen van de opdracht bezitten. [...] Deze restrictieve opvatting moet behouden blijven, want het is slechts in geval van aanbesteding dat er een zeker automatisme is in de toewijzing van de opdracht; in de verschillende gevallen door de Raad van State aangehaald, is het niet zeker dat de opdracht aan de eiser zou worden gegund; bijgevolg is het recht op schadeloosstelling niet gerechtvaardigd, want er is geen zekere schade » (*Parl. St.*, Senaat, 1975-1976, nr. 723-1, pp. 6-7).

B.5.1. In een gunningsprocedure bij wege van aanbesteding moet de aanbestedende overheid één enkele rangschikking van de regelmatige offertes opstellen op basis van de voorgestelde en verbeterde prijzen (artikel 113 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken). Die bepaalt dus op louter mathematische wijze welke inschrijver de « laagste regelmatige offerte » heeft ingediend. De rechter kan in dergelijke gevallen met zekerheid vaststellen aan wie de opdracht had moeten worden gegund.

In een gunningsprocedure bij wege van offerteaanvraag beschikt de aanbestedende overheid daarentegen over een ruime beoordelingsbevoegdheid bij het kiezen van de « voordeligste regelmatige offerte » op grond van de gunningscriteria. Gelet op die beoordelingsbevoegdheid, kan de rechter in de regel niet met dezelfde zekerheid vaststellen of de opdracht had moeten worden toegewezen aan de inschrijver die meent ten onrechte te zijn geweerd.

B.5.2. De keuze van de wetgever om in een gunningsprocedure bij wege van offerteaanvraag niet in een forfaitaire schadeloosstelling te voorzien, is derhalve pertinent en redelijkerwijze verantwoord.

De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 15 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Nederlands en het Frans, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 10 november 2011.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt