

Onwettige gunning? Aansprakelijkheid van de aanbestedende overheid

Isabelle COOREMAN

Advocaat-Vennoot
RACINE & VERGELS

NATIONAL TENDER DAY
19 oktober 2010

*R*ACINE &
VERGELS
ADVOCATEN/AVOCATS

Inleiding

- I. Juridische grondslag precontractuele aansprakelijkheid
- II. Bewijsproblematiek
- III. Schadebegroting
- IV. Procedureel

I. Juridische grondslag pre-contractuale aansprakelijkheid

Artikel 1382-1383 Burgerlijk Wetboek

Gemeenrechtelijke grondslag buitencontractuele aansprakelijkheid

“Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.”

- **Flandria-arrest 1920**
Overheid op dezelfde wijze als andere rechtsonderhorigen onderworpen aan de artikelen 1382-1383 B.W.
- **Cassatie 10.12.1981 (Rank Xerox NV/PIROUX)**
- Fout in pre-contractuele fase leidt tot buitencontractuele aansprakelijkheid

I. Juridische grondslag pre-contractuale aansprakelijkheid

Artikel 1382-1383 B.W.

A. Fout/nalatigheid

B. Schade

C. Oorzakelijk verband

I. Juridische grondslag pre-contractuale aansprakelijkheid

Fout = schending van:

1) Wettelijke of reglementaire norm

- ✦ de wetgeving inzake overheidsopdrachten
- ✦ algemene rechtsbeginselen

2) Algemene zorgvuldigheidsnorm

- ✦ een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur

I. Juridische grondslag pre-contractuale aansprakelijkheid

Schade =

- winstderving + kosten (studiekosten)
- het verlies van de kans dat deze schade zich niet zou hebben voorgedaan

Oorzakelijk verband =

zonder de fout/nalatigheid zou de schade zich niet hebben voorgedaan.

- Quid artikel 18 Wet 24.12.1993?

II. Bewijsproblematiek

Bewijsvoering afhankelijk van gunningsprocedure

1. Aanbesteding:

- ✦ prijs = enig gunningscriterium
- ✦ “de laagste, regelmatige offerte”
- ✦ zeker, rechtstreeks oorzakelijk verband
- ✦ forfaitaire schadevergoeding van 10% van de offerte excl. BTW (art. 15 Wet 24.12.1993)

II. Bewijsproblematiek

2. Offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure,...

- ✦ meerdere gunningscriteria
- ✦ “de regelmatige en economisch voordeligste inschrijver”
- ✦ meer onzekerheden
- ✦ ‘*verlies van kans*’

II. Bewijsproblematiek

Verlies van kans

- Art. 1382 B.W.

→ integrale schadevergoeding

→ voorwaarde: zeker, direct oorzakelijk verband tussen fout en schade

soms moeilijke bewijsvoering (vb. overtreding procedureregel, schending motiveringsplicht,...)



- Schade = “verlies van kans”

II. Bewijsproblematiek

Verlies van kans

- Voorwaarden:
 - (1) het verlies moet definitief zijn
 - (2) de kans moet serieus en reëel zijn
 - >< *pure toevalligheid, louter subjectieve hoop*
- Rechtspraak soms nog (te) weigerachtig

II. Bewijsproblematiek

Rechtspraak m.b.t. verlies van kans:

Hof van Cassatie

- Arrest Cass. 19.09.2002
 - Quasi zekerheid oorzakelijk verband fout en schade - kans 99%
- Arrest Cass. 01.04.2004 ('vitrioolarrest')
 - Geen recht op schadevergoeding bij 'onzeker' causaal verband. -> Theorie verlies van kans op helling?
- Arrest Cass. 05.06.2008
 - Het verlies van een kans komt in aanmerking voor vergoeding indien er tussen de fout en het verlies van deze kans een sine qua non-verband bestaat.

II. Bewijsproblematiek

Hoven en rechtbanken

- Brussel, 26.09.1995 (Herpain t/ Foyer Jambois)
 - 2 inschrijvers, begroting kans: 50%, vergoeding: 5% van inschrijving
- Bergen, 30.03.1998
 - Enige regelmatige inschrijver, begroting kans: 100%, vergoeding: 10% van zijn offerte + studiekosten
- Kh. Brussel, 08.11.2001 (Alia t/ NV Berlaymont 2000)
 - Goedkoopste bij offerteaanvraag, begroting kans: 100%, vergoeding: 10% van opdracht (200 miljoen BEF)
- Brussel, 25.09.2003 (Van Roey t/ Nationale Bank)
 - Ten onrechte onderhandelingsprocedure, 23 inschrijvers, vergoeding: 0,75% van inschrijvingsprijs

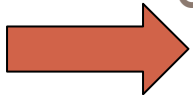
II. Bewijsproblematiek

- **Bergen, 20.06.2008 (TV BDEV/ NV G. en Forem)**
 - Bij offerteaanvraag: prijs criterium op zich onvoldoende als bewijs van redelijk zekere kans tot toewijzing opdracht

II. Bewijsproblematiek

Hoe “**kans**” begroten?

- Ex aquo et bono > < concrete begroting
- Raming percentage van kans door:
 - ✦ Onderzoek regelmatigheid
 - ✦ Onderzoek volgens gunningscriteria (toegekende punten,...)
 - ✦ Delen door aantal gelijkwaardige inschrijvingen
- Proportionele verdeling schade tussen slachtoffer en aansprakelijke van de vastgestelde fout



II. Bewijsproblematiek

Substantiële vormvereisten

- Niet-naleving van substantiële vormvereisten door de aanbestedende overheid.



- Vermoeden van regelmatigheid van de ten onrechte geweerde inschrijver.

III. Schadebegroting

Hoe de schade begroten?

(1) Aanbesteding

forfait van 10% van de offerte excl. BTW

(2) Offerteaanvraag, onderhandelingsprocedure,...

reële schade (winstderving + kosten)

- In praktijk: 10% van inschrijvingsprijs naar analogie met aanbesteding
- Percentage kans: 100%, 50%, 30%,... van 10% van de inschrijvingsprijs

IV. Via welke procedure?

Gunning van de opdracht: (pre-contractuele aansprakelijkheid)

- Raad van State: - UDN-procedure
- schorsing
- vernietiging
- Burgerlijke rechtbanken: - schorsing (kortgeding)
- onverbindendverklaring (*nieuw*)
- schadevergoeding – art. 1382 B.W.
- alternatieve sancties (*nieuw*)

enkel mogelijk zolang contract niet gesloten is

Uitvoering van de opdracht: (contractuele aansprakelijkheid)

- Burgerlijke rechtbanken: exclusieve bevoegdheid (art. 144-145 Grondwet)

V. Besluit

- Belangrijke pre-contractuele aansprakelijkheid van bestuur bij gunning overheidsopdrachten
- Aansprakelijkheid studiebureau indien bijstand overheid tijdens gunningsprocedure (?)
- Nieuwe wetgeving: preventief optreden

Vragen?

Racine & Vergels advocaten

Ninoofsesteenweg 643

1070 BRUSSEL

Tel: 02 412 01 63

Fax: 02 414 99 62

Isabelle COOREMAN

icooreman@racine.eu

www.racinevergels.be