

DE AANBESTEDENDE OVERHEID & CAPITA SELECTA  
MET FOCUS OP DE RECHTSPRAAK



De aanbestedende overheid  
& Capita selecta  
met focus op de rechtspraak

Peter TEERLINCK

m.m.v.

Constant DE KONINCK

Louise GALOT

Joren VUYLSTEKE

Peter ALLAERT



INTERSENTIA

Antwerpen – Gent – Cambridge

### *Belangrijke juridische kennisgeving – Disclaimer*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dit boek is eveneens digitaal beschikbaar op [www.stradalex.com](http://www.stradalex.com) en [www.jurisquare.be](http://www.jurisquare.be).

# INLEIDING

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

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

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

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

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

Intussen is de wetgeving grondig gewijzigd.

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

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

De focus van de praktijkgerichte aanpak ligt daarentegen op:

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

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

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

Peter TEERLINCK

# INHOUD

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

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

**Hoofdstuk III.**

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



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

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

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

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

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

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

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

