

Epiloog

KRIS WAUTERS

Het behandelde onderwerp ging over de problematiek van de regelmatigheid van offertes bij de gunning van een overheidsopdracht. De verschillende auteurs hebben het grootste deel van de problemen, die in dat kader opduiken, behandeld. Daarbij namen zij als uitgangspunt de wijze waarop de verschillende actoren bij de gunning van een overheidsopdracht moeten omgaan met deze problematiek. Rode draad doorheen deze bijdragen is de vaststelling dat het begrip 'regelmatige offerte' niet altijd eenvoudig te omschrijven is en dat de wijze waarop de leer inzake de regelmatigheid van de offertes moet toegepast worden niet altijd even duidelijk is. Daarnaast stelt men wel vast dat op grond van de rechtspraak de rechten van verdediging van een kandidaat merkelijk zijn verbeterd, wanneer zijn offerte dreigt onregelmatig verklaard te worden. Hij moet immers om een verantwoording worden gevraagd door de aanbestedende overheid. Gebeurt dit niet of gebeurt dit op een gebrekkige wijze zal de beslissing om de offerte onregelmatig te verklaren onwettig zijn.

Huidige epiloog heeft echter niet als bedoeling om de verschillende bijdragen samen te vatten of er de essentie uit te halen. Het is nuttiger voor de lezer om ter zake de bijdragen zelf te lezen. Betrachting is om eerder een vereenvoudigd kader te zoeken, waarbinnen de verschillende actoren de regelmatigheid van de offertes kunnen beoordelen. In de verschillende bijdragen tonen de auteurs aan dat de aanbestedende overheid, de kandidaat en de rechter in de praktijk worstelen met de leer van de regelmatigheid der offertes.

Misschien moet men voor de duidelijkheid terugkeren naar de aard zelf van wat een overheidsopdracht is en uit welke soort rechtshandelingen zij is samengesteld. De juridische aard van elk van de samenstellende rechtshandelingen bepaalt in beginsel welke rechtsregels toepasselijk zijn.

De overheidsopdracht is een overeenkomst. Zelfs wanneer één van de partijen bij deze overeenkomst een overheid is, past men naar Belgisch recht op de overeenkomst en haar samengestelde delen het privaatrecht toe⁽¹⁾. Hierop zijn twee nuanceringen.

De eerste nuancering betreft de rechtshandelingen van de overheid. De belangrijkste rechtshandelingen van de overheid in het raam van een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht zijn het bestek en de gunningsbeslissing. Het bestek kan men eerder beschouwen als een reglementaire administratieve rechtshandeling en de gunningsbeslissing is een (afsplitsbare) individuele administratieve rechtshandeling. Op deze rechtshandelingen is het bestuursrecht van toepassing (Formele motivering, beginselen van behoorlijk bestuur,...). De tweede nuancering vloeit voort uit de toepasselijke regelgeving inzake de gunning van overheidsopdrachten. Het sluiten van deze specifieke overeenkomst is onderworpen aan een hele reeks bijzondere regels, die afwijken van het privaatrecht. Hoofdzakelijk het beginsel van de gelijke behandeling verklaart deze bijzondere regels.

De offerte van een kandidaat vormt in een verbintenisrechtelijk kader het aanbod van de overeenkomst: "*De inschrijving vormt het aanbod*"⁽²⁾. Het aanbod is ook in het raam van een overheidsopdracht een "*déclaration de volonté unilatérale*"⁽³⁾. Het is een privaatrechtelijke wilsuiting, tenzij de kandidaat een administratieve overheid zou zijn. Op deze wilsuiting is in beginsel het privaatrecht toepasselijk. In dat kader kent men het onderscheid tussen de absolute en de relatieve nietigheid. Een nietigheid is, Van Ommeslaghe parafraserend, een gebrek die op essentiële wijze een wilsuiting aantast⁽⁴⁾. De aard van de nietigheid wordt bepaald op grond van de aard van de over-

(1) Voor een kort historisch overzicht zie K. WAUTERS, "Zin of onzin van een leer van het administratief contract in België", in D. D'HOOGHE, K. DEKELAERE en A.M. DRAYE, *Liber Amicorum Marc Boes*, Brugge, Die Keure, 2011, 590-591.

(2) E.H. PIJNACKER HORDIJK, G.W. VAN DER BEND en J.-F. VAN NOUHUYS, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2009, 350.

(3) C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat », *R.G.D.C.*, 2004, 550 overgenomen door P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, Brussel, Larcier, 2011, 153.

(4) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. II, Brussel, Bruylant, 2010, 943, n° 623.



treden regel. Raakt deze regel het algemeen belang, dan is sprake van een absolute nietigheid en als enkel private belangen worden geraakt, is de nietigheid slechts relatief⁽⁵⁾. Dit eenvoudig onderscheid lijkt de Franstalige Kamer van de Raad van State in een aantal annulatieprocedures te hebben overgenomen bij de beoordeling van de regelmatigheid van een offerte⁽⁶⁾.

Wanneer we dit vertalen naar de regelgeving inzake overheidsopdrachten, is er sprake van een absolute nietigheid van de offerte als zij een bepaling van het bestek, die het algemeen belang dient, niet respecteert. De aard van de bepaling zal de aard van de nietigheid bepalen. Hoe bepaalt men of iets al dan niet van algemeen belang is? In het privaatrecht hebben partijen niet de bevoegdheid om te bepalen wanneer iets al dan niet van algemeen belang is. *Mutatis mutandis* kan ook een overheid dit niet, wanneer zij handelt in een privaatrechtelijk kader. Maar ook meer in het algemeen rechtvaardigt niet de overheid haar optreden, maar is het algemeen belang dat het optreden van de overheid rechtvaardigt. De vaststelling 'algemeen belang' ligt bijgevolg in beginsel buiten de wil van de overheid. In die zin lijkt een besteks-bepaling, die het gebrek in een offerte met een nietigheid sanctioneert, in vraag te kunnen worden gesteld, wanneer de motieven hiertoe niet voldoende draagkrachtig zijn.

Eén voorbeeld kan worden aangehaald, waaruit blijkt hoe de aard van de sanctie voor een begane onregelmatigheid kan worden vastgesteld. Bijvoorbeeld, in geval een offerte niet getekend is of getekend is door een niet bevoegd persoon, is er geen aanbod. In dat geval kan ook geen overeenkomst tot stand komen. Bij gebrek aan toestemming is een overeenkomst absoluut nietig⁽⁷⁾. Daar de beginselen inzake de nietigheid van de overeenkomst van toepassing zijn op eenzijdige rechtshandelingen, is bij gebrek aan een aanbod ook de eenzijdige rechtshandeling (de offerte) absoluut nietig.

Het begrip 'substantieel' komt in het bestuursrecht hoofdzakelijk in één kader ter sprake, namelijk wanneer de vraag rijst op grond van welke middelen een administratieve rechtshandeling kan geschorst of vernietigd worden. Op grond van de

artikelen 14, § 1 en 17 § 1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State is de Raad van State (hierna RvS-wet) bevoegd om administratieve rechtshandelingen te schorsen en te vernietigen wanneer zij substantiële vormen schenden. Het substantieel karakter van een vormvereiste, zoals voorzien in de artikelen 14, § 1 en 17, § 1 RvS-wet, vloeit ofwel voort uit de toepasselijke regelgeving zelf, ofwel uit het doel van de bepaling⁽⁸⁾. Leroy maakt volgend onderscheid: « *Sans entrer dans le détail, on peut grosso modo classer en deux catégories les formes considérées comme substantielles. La première, étroitement liée à la terminologie de la loi, est celle des formes qui sont tellement importantes que leur méconnaissance altère la substance même de l'acte. Mais un autre critère dérive de ce que la fonction première du contentieux de l'annulation est de protéger les administrés : sont également substantielles les formes qui tendent à protéger les intérêts qui ne sont pas exclusivement ceux de l'autorité* »⁽⁹⁾. Salmon, Jaumotte en Thibaut voegen aan deze categorieën nog de vormvereisten, die de openbare orde raken, toe⁽¹⁰⁾. Ten slotte poneert Lewalle als kenmerk van een substantiële vormvereiste dat een schending mogelijkerwijze een invloed heeft op de inhoud van de rechtshandeling⁽¹¹⁾.

Het is niet uitgesloten dat de Raad van State wanneer zij in één van haar eerste arresten⁽¹²⁾ over de regelmatigheid van een offerte het begrip 'substantiële vormvereiste' gebruikt om te bevestigen dat een offerte onregelmatig is en dus niet kon worden meegenomen in de gunningsprocedure, zij zich heeft geïnspireerd op artikel 14 RvS-wet (eerstijds artikel 9). Probleem is dat aldus een begrip betrekking hebbend op een administratieve rechtshandeling wordt getransponeerd naar een privaatrechtelijke rechtshandeling, namelijk het aanbod van een kandidaat. Sindsdien is de Raad dit woordgebruik echter blijven gebruiken, hoewel niet altijd systematisch.

Opdat het systeem intern logisch zou blijven en indien de rechtspraak verder wenst gebruik te maken van het begrip 'substantieel' kan er slechts sprake zijn van een substantieel gebrek in de offerte als hierdoor bepalingen worden geschon-

(5) P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, T. II, Brussel, Bruylant, 2010, 951-952, n° 630.

(6) RvS 15 maart 2006, nr. 156.427, s.a. *Bouygues Belgium*; RvS 21 mei 2008, nr. 183.174, *Aqualiège*.

(7) Vgl. W. VAN GERVEN, m.m.v. S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2006, 148.

(8) *Les Nouvelles. Droit administratif. Tome VI Le Conseil d'État*, Brussel, Larcier, 1975, 428-430, nr. 1287bis.

(9) M. LEROY, *Contentieux administratif*, Brussel, Anthemis, 2011, 366.

(10) J. SALMON, J. JAUMOTTE en E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, Vol. 1, Brussel, Bruylant, 2011, 950-953.

(11) P. LEWALLE m.m.v. L. DONNAY, *Contentieux administratif*, Brussel, Larcier, 2008, 1048, nr. 586.

(12) RvS 10 december 1952, nr. 2029, *Ranson*.



den, die het algemeen belang dienen, of als algemene belangen worden geschaad. Dit leidt dan tot de absolute nietigheid van de offerte. Het gebrek is ook substantieel, als dit voortvloeit uit de termen van de toepasselijke regelgeving of van het bestek. De afwijking van een essentiële besteksbeplanning maakt in die context ook onmiddellijk een substantiële onregelmatigheid uit. Of een besteksbeplanning essentieel is of niet, moet geval per geval onderzocht worden.

De bijdragen in huidig nummer handelen veelal over het Belgisch overheidsopdrachtenrecht, omdat, zoals reeds eerder aangegeven, de Europese richtlijnen ter zake geen specifieke bepalingen bevatten. Dit wil echter niet zeggen dat de Belgische regelgever/overheid geen rekening moet houden met het Europees Unierecht. De lidstaten beschikken, in het raam van het Europees Unierecht, over een vrij ruime marge om regels vast te leggen omtrent de beoordeling van de regelmatig-

heid van de offertes. In het kader van hun beleidsvrijheid kunnen lidstaten bepalingen of vereisten inzake de regelmatigheid van de inschrijvers voorzien, die waarborgen dat de gelijke behandeling van de inschrijvers wordt in acht genomen⁽¹³⁾. Overeenkomstig het evenredigheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen dergelijke bepalingen of vereisten evenwel niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken⁽¹⁴⁾. De rechtspraak van de Raad van State over het feit of een bepaalde besteksvereiste al dan niet substantieel/essentieel is, zal ook moeten afgetoetst worden aan het Europeesrechtelijk evenredigheidsbeginsel.

Zoals steeds zal de regelgever en de praktijk nieuwe uitdagingen doen ontstaan. Een juridisch verhaal bevat in die zin altijd een open einde. De auteurs kunnen slechts hopen dat hun bijdragen een startpunt zijn om toekomstige wetgeving op te stellen of om toekomstige problemen op te lossen.

(13) Vgl. *mutatis mutandis* HvJ 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, overw. 44.

(14) HvJ 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, overw. 48.

