

Het inschrijvingsformulier is ook beschikbaar op de website [www.mobilit.fgov.be](http://www.mobilit.fgov.be)

De kandidaten die zich lieten inschrijven na 31 maart 2010 moeten hun aanvraag tot inschrijving niet hernieuwen.

Het inschrijvingsgeld voor het examen is vastgesteld op 25 € en dient vóór 31 augustus 2010 gestort te worden op het rekeningnummer IBAN86 6792 0060 1050 - BIC PCHQBEBB met vermelding van : « RS/examen/naam en voornaam van de kandidaat ».

La demande d'inscription est aussi disponible sur le site [www.mobilit.fgov.be](http://www.mobilit.fgov.be)

Les candidats dont la demande d'inscription est postérieure au 31 mars 2010 ne doivent pas renouveler leur demande.

Le droit d'inscription à l'examen est fixé à 25 € et doit être versé avant le 31 août 2010 au numéro de compte IBAN86 6792 0060 1050 - BIC PCHQBEBB avec la mention : « AE/examen/nom et prénom du candidat ».

## GEMEENSCHAPS- EN GEWESTREGERINGEN GOUVERNEMENTS DE COMMUNAUTE ET DE REGION GEMEINSCHAFTS- UND REGIONALREGIERUNGEN

### REGION WALLONNE — WALLONISCHE REGION — WAALS GEWEST

#### SERVICE PUBLIC DE WALLONIE

[2010/204227]

#### 21 JUIN 2010. — Circulaire informative concernant la motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics

A Mmes et MM.

Les Présidents et Membres des Collèges provinciaux

Les Gouverneurs de Province

Les Greffiers et Receveurs provinciaux

Les Bourgmestres et Membres des Collèges communaux

Les Présidents des Conseils de l'aide sociale

Les Présidents des intercommunales

Les Secrétaires

Les Receveurs

Le *Moniteur belge* du 28 décembre 2009 a publié la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

De même, le *Moniteur belge* du 16 février 2010 a publié l'arrêté royal du 10 février 2010 modifiant certains arrêtés royaux exécutant la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

La présente circulaire a pour objet d'attirer votre attention particulière sur ces nouvelles dispositions qui sont entrées en vigueur le 25 février 2010, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal susmentionné.

Il est à noter que les marchés publics publiés avant cette date ou pour lesquels, à défaut de publication, l'invitation à présenter une candidature ou à remettre offre est lancée avant cette date, demeurent soumis aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur au moment de l'avis ou de l'invitation.

L'objectif de ces dispositions consiste en la transposition de plusieurs directives européennes, notamment les Directives 2007/66/CE, 2004/17/CE et 2004/18/CE, renforçant les dispositions relatives à la motivation, à l'information et aux voies de recours, tant dans les secteurs classiques que dans les secteurs spéciaux, en vue d'assurer une plus grande transparence dans la passation des marchés publics.

Ce souci de transparence se manifeste à plusieurs niveaux :

- au niveau de la motivation formelle des décisions (principalement choix du mode de passation, sélection, attribution);

- au niveau de l'information des participants (sélection et attribution);

- au niveau de l'application du délai d'attente (sélection et attribution);

- au niveau des voies de recours.

Ces nouvelles dispositions introduisent un Livre *Ilbis* dans la loi du 24 décembre 1993, sous la forme d'un article 65 subdivisé lui-même en sous articles (afin de ne pas trop perturber la numérotation actuelle du texte).

Même si, initialement, il n'avait été envisagé que de modifier les règles concernant les marchés atteignant les seuils de publicité européenne (Titre II de la loi du 23 décembre 2009) afin de simplement se conformer aux directives communautaires en la matière, le législateur fédéral a finalement également modifié les règles applicables aux marchés soumis à une publicité belge (Titre III de la même loi) et a introduit deux mécanismes correcteurs (Titre IV de la même loi), rendant le délai d'attente européen applicable à certains marchés à publicité belge.

Afin de ne pas surcharger la circulaire en chiffres et numéros et donc de faciliter sa lecture, nous parlerons en abrégé de "la loi" pour désigner la loi du 24 décembre 1993.

Cette circulaire abordera cette importante réforme de la matière en deux parties :

- une première traitant de la motivation formelle et de l'information;

- une seconde traitant exclusivement des voies de recours.

En ce qui concerne la première partie, afin d'assurer une plus grande lisibilité, la structure de la présente circulaire s'inspire directement de la structure de la loi, à savoir :

Titre 1<sup>er</sup> : Dispositions générales et définitions

Titre 2 : Marchés atteignant les seuils européens

1. Motivation formelle des choix - décision motivée

1.1. Etendue de l'obligation

1.2. Moment de l'établissement

1.3. Contenu général

1.4. Contenu particulier

2. Information des participants

2.1. Sélection et qualification des candidats

2.1.1. Candidats non-sélectionnés dans les procédures restreinte et négociée avec publicité

2.1.2. Candidats non qualifiés dans un système de qualification (secteurs spéciaux)

2.2. Attribution du marché

2.2.1. Contenu

2.2.2. Moyens de communication

2.2.3. Effets

2.3. Renonciation ou recommencement du marché

2.4. Restrictions à trois niveaux

3. Délai d'attente

3.1. Régime général

3.2. Champ d'application

3.3. Calcul du délai

3.4. Exceptions

3.5. Avis de transparence ex ante volontaire

Titre 3 : Marchés n'atteignant pas les seuils européens

1. Régime général

2. Application facultative du délai d'attente

Titre 4 : Régimes propres à certains marchés

1. Les marchés de travaux importants

2. Les marchés "glissants"

3. Les "petits" marchés

3.1. Bases légales

3.2. Hypothèse

3.3. La motivation

3.4. L'information

3.5. La renonciation à passer le marché

La seconde partie traitera en parallèle des voies de recours concernant les marchés européens et les marchés belges étant donné que la plupart des voies de recours et des règles en matière de recours sont applicables aux marchés soumis aux deux types de publicité.

PREMIERE PARTIE : La motivation des décisions, l'information des participants et les délais d'attente

Remarque relative à la motivation des décisions :

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle législation, les pouvoirs adjudicateurs étaient soumis à la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs. Ses articles 2 et 3 imposaient aux autorités compétentes des pouvoirs adjudicateurs de mentionner, dans leurs actes administratifs, c'est-à-dire les actes juridiques unilatéraux à portée individuelle, les considérations de droit et de fait justifiant la décision adoptée.

Le nouvel article 65/4 de la loi sur les marchés publics étend et renforce l'obligation de motivation.

J'ai pu noter qu'au cours des derniers mois, dans le cadre de l'exercice de la tutelle générale d'annulation sur base des articles L3122-1 et suivants du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, sur base des rapports de mon administration, j'ai été amené à devoir annuler un certain nombre de décisions portant sur l'attribution de marchés publics par la procédure d'appel d'offres et ce, pour non respect de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Je me permets d'attirer vigoureusement votre attention sur les nouvelles obligations telles que précisées ci-dessous.

Titre 1<sup>er</sup> : Dispositions générales et définitions

Outre quelques précisions terminologiques déjà usitées dans la législation actuelle, la nouvelle loi, en son article 65/1 introduit les nouvelles notions suivantes :

- autorité adjudicatrice : "le pouvoir adjudicateur, l'entreprise publique ou l'entité adjudicatrice au sens de la présente loi".

Cette notion est donc plus large que l'ancienne notion de pouvoir adjudicateur étant donné qu'elle recouvre toutes les entités juridiques susceptibles de lancer un marché public (autorités publiques des secteurs classiques et spéciaux ainsi que les entités privées des secteurs spéciaux);

- candidat concerné : "candidat à qui l'autorité adjudicatrice, à l'occasion d'un marché, n'a pas notifié les motifs de sa non-sélection avant que la décision motivée d'attribution soit notifiée aux soumissionnaires concernés";

- soumissionnaire concerné : "soumissionnaire non définitivement exclu de la participation à la procédure par une décision motivée qui lui a été notifiée et qui n'est plus susceptible d'un recours devant l'instance de recours ou qui a été jugée licite par l'instance de recours";

- conclusion du marché : "naissance du lien contractuel entre l'autorité adjudicatrice et l'adjudicataire".

## Titre 2 : Marchés atteignant les seuils européens

Marchés atteignant le montant fixé par le Roi pour la publicité européenne soit depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2010 :

pour les secteurs classiques :

pour les marchés de travaux : 4.845.000 € H.T.V.A.;

pour les marchés de fournitures : 193.000 € H.T.V.A.;

pour les marchés de services : 193.000 € H.T.V.A.

pour les secteurs spéciaux :

pour les marchés de travaux : 4.845.000 € H.T.V.A.;

pour les marchés de fournitures : 387.000 € H.T.V.A.;

pour les marchés de services : 387.000 € H.T.V.A.

**1. Motivation formelle des choix - décision motivée**

1.1. Décisions concernées (article 65/4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi)

Plusieurs types de décisions sont concernées par cette obligation de motivation :

\* les décisions de recourir à une procédure négociée sans publicité :

- ces décisions déterminent le mode de passation et sont donc soumises à tutelle à condition qu'elles dépassent le seuil de transmission obligatoire prévu par les articles L3122-2 (communes, provinces) et L3122-3 (intercommunales) du Code de la démocratie locale et de la décentralisation;

\* les décisions de recourir à une procédure négociée avec publicité (secteurs classiques) :

- dans les secteurs spéciaux, étant donné que le recours à la procédure négociée avec publicité est une mode de passation ordinaire, au même titre que l'adjudication et l'appel d'offres, conformément à l'article 39 § 1<sup>er</sup> de la loi, une motivation formelle du choix de cette procédure n'est pas requise;

- ces décisions déterminent également le mode de passation et sont également transmissibles à la tutelle dans les mêmes conditions que celles relatives à la procédure négociée sans publicité;

\* les décisions de qualification ou de retrait de la qualification (secteurs spéciaux) :

\* les décisions de sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation :

- les décisions visées par cette disposition sont les décisions de sélection qualitative en adjudication restreinte, en appel d'offres restreint, en procédure négociée avec publicité ainsi qu'en procédure négociée sans publicité lorsque la phase de sélection qualitative a été formalisée par le pouvoir adjudicateur;

\* les décisions d'attribution de marchés, quelle que soit la procédure;

- ces décisions d'attribution de marchés publics sont également susceptibles d'être soumises à la tutelle générale à transmission obligatoire dans les mêmes conditions que dit précédemment;

- il faut également noter que la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs concerne toujours les marchés constatés par simple facture acceptée (articles 25, 51 et 80 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 sur les marchés publics tel que modifié);

\* les décisions de renoncer à la passation d'un marché et, le cas échéant, de lancer un nouveau marché.

1.2. Moment de l'établissement (article 65/4, alinéa 2, de la loi)

En principe, la motivation doit être établie au moment où la décision est prise.

L'article 65/4 contient deux exceptions à ce principe :

1) en cas de recours à une procédure négociée sans ou avec publicité :

Les motifs de la décision doivent exister et être réels (nés et actuels) au moment où la décision de recourir à ce mode de passation est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori :

- en cas de procédure négociée sans publicité, au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution;

- en cas de procédure négociée avec publicité, au plus tard lors de l'établissement de la décision de sélection qualitative.

Il va de soi que cette possibilité laissée au pouvoir adjudicateur ne peut être utilisée que dans des cas exceptionnels : elle ne doit en aucun cas constituer la règle générale.

Elle pourrait par exemple trouver à s'appliquer lorsque la procédure de marché est justifiée par l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles (article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c), de la loi).

Pour rappel, ces circonstances ne peuvent en aucun cas être imputables au pouvoir adjudicateur, ni être prévisibles.

L'arrivée prochaine à son terme du marché précédent ne peut donc aucunement justifier le recours à cette procédure.

Il peut par contre éventuellement être recouru à la procédure négociée sans publicité sur cette base lors de la survenance de catastrophes naturelles.

2) en cas d'impossibilité d'établir la décision d'attribution immédiatement :

Si la décision d'attribution ne peut être établie immédiatement, elle peut l'être a posteriori, et au plus tard dans les quinze jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées notamment aux articles suivants :

Secteurs classiques

- 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c, de la loi : urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles dans les secteurs classiques.

Secteurs spéciaux

- 39, § 2, 1<sup>o</sup>, c, de la loi : urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles dans les secteurs spéciaux;

- 39, § 2, 3<sup>o</sup>, b, de la loi : achat en bourse de fournitures cotées;

- 39, § 2, 3<sup>o</sup>, c, de la loi : achat d'opportunité (occasion particulièrement avantageuse se présentant dans une période de temps très courte et pour laquelle le prix à payer est considérablement plus bas que les prix habituellement pratiqués sur le marché).

### 1.3. Contenu général (article 65/5 de la loi)

Une décision motivée doit, selon la procédure et le type de décision comporter :

1) des données générales à savoir :

- nom et adresse de l'autorité adjudicatrice;
- objet du marché;
- montant à approuver;

2) en cas de procédure négociée :

- les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure.

C'est-à-dire, la base légale (une des hypothèses prévues à l'article 17 de la loi, pour les secteurs classiques) justifiant le recours à cette procédure ainsi que les éléments de fait démontrant que le pouvoir adjudicateur se trouve dans cette hypothèse légale.

Par exemple :

Procédure négociée sans publicité sur base de l'article 17, § 2, 1<sup>o</sup>, a)

- motivation en droit.

Le montant estimé du marché est de 45.000 € H.T.V.A. et est donc inférieur au seuil de 67.000 € H.T.V.A., seuil en dessous duquel il est permis de recourir à la procédure négociée sans publicité sur base de l'hypothèse dite "du faible montant";

- motivation en fait.

3) les noms des candidats ou des soumissionnaires;

Remarque : cette disposition constitue en quelque sorte le "camion-balai". Elle peut s'avérer redondante au vu des 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> et 7<sup>o</sup> ci-dessous; elle vise en fait toute personne consultée ou qui s'est manifestée pendant la procédure mais qui ne rentrerait pas dans un des autres cas prévus à l'article 65/5;

4) en cas de système de qualification (secteurs spéciaux) :

- les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et motifs de droit et de fait des décisions;
- les noms des candidats dont la qualification est retirée et motifs de droit et de fait des décisions;

5) les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions;

6) les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait y relatifs;

7) les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait de la décision;

8) en cas de renonciation à passer le marché :

- les motifs de droit et de fait pour lesquels la décision de renonciation a été prise et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure de marché suivie.

Toutefois, s'agissant des marchés passés par les autorités communales et provinciales, la renonciation est une compétence du Collège tandis que la relance d'une nouvelle procédure relève de la compétence du Conseil sauf délégation expresse telle que prévue aux articles L1222-3 et L2222-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation.

### 1.4. Contenu particulier (article 65/6 de la loi)

La décision visée à l'article 65/5 vaut procès-verbal, qui pourra être envoyé à la Commission européenne à sa demande.

Dans les secteurs classiques, il est nécessaire d'indiquer, si elle est connue, la part du marché qui sera sous-traitée.

## 2. Information des participants

### 2.1. Sélection et qualification des candidats

2.1.1. Candidats non-sélectionnés dans les procédures restreinte et négociée avec publicité (article 65/7, § 1<sup>er</sup>, de la loi)

Le pouvoir adjudicateur communique, dès que la décision motivée de sélection est prise, à tout candidat non sélectionné :

1) les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2) en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés, la décision motivée de sélection dans son entièreté.

Il est strictement interdit, sous peine de s'exposer à un recours, d'adresser l'invitation à présenter une offre aux candidats sélectionnés avant d'avoir envoyé les informations visées ci-dessus.

Même si la loi ne le précise pas, il est fortement conseillé de communiquer ces informations par lettre recommandée afin de s'assurer une date certaine.

2.1.2. Candidats non qualifiés dans un système de qualification (secteurs spéciaux) (article 65/7, § 2, de la loi)

Il est nécessaire de communiquer, à tout candidat non qualifié, dès que la décision motivée de qualification est prise, les motifs de sa non-qualification.

Ils doivent être extraits de la décision motivée de qualification et doivent être communiqués dans les moindres délais et au plus tard dans les 15 jours à compter de la décision.

## 2.2. Attribution du marché (article 65/8 de la loi)

### 2.2.1. Contenu (article 65/8, § 1<sup>er</sup>, de la loi)

Avant tout envoi d'informations concernant l'attribution du marché, la décision d'attribution doit être envoyée à la tutelle (à condition que le montant attribué dépasse les seuils de transmission), étant donné qu'elle ne peut être mise à exécution qu'après cet envoi (sauf en matière de C.P.A.S., tutelle exercée par les gouverneurs de province).

L'information des différents participants à la procédure telle qu'explicitée si après ne pourra donc avoir lieu qu'après cet éventuel envoi d'un dossier complet à mon administration.

Il n'est par contre pas obligatoire d'attendre l'expiration du délai de tutelle avant de procéder à ladite information.

Dès la prise de la décision motivée d'attribution, les éléments suivant doivent être communiqués à tout soumissionnaire :

- 1) non sélectionné : les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
- 2) dont l'offre a été jugée irrégulière : les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
- 3) dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu : la décision motivée.

Le cas échéant (= si les dispositions relatives au délai d'attente sont applicables), la communication doit également comprendre :

- 1) la mention précise de la durée exacte du délai d'attente (article 65/11 de la loi);
  - le délai de 15 jours étant un délai minimum, il importe de préciser quel délai sera effectivement appliqué et donc jusqu'à quelle date précise le délai d'attente courra;
- 2) la recommandation faite au soumissionnaire d'avertir l'autorité adjudicatrice, dans le courant du délai d'attente, de l'introduction d'une demande en suspension (avertissement par télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique);

- 3) la mention du numéro de télécopieur ou de l'adresse électronique pour l'envoi de l'avertissement.

### 2.2.2. Moyens de communication (article 65/8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi)

L'autorité adjudicatrice communique les éléments décrits ci-dessus :

- par télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique, et le même jour,
- par lettre recommandée.

### 2.2.3. Effets (article 65/8, § 2, de la loi)

\* Aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu, à ce stade de la procédure.

Il ne faut pas confondre l'information du soumissionnaire retenu ayant lieu pendant le délai d'attente en même temps que l'information aux soumissionnaires non retenus (sur base de l'article 65/8 § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> de la loi), avec la notification de la désignation de l'adjudicataire.

Seule la notification fait naître le lien contractuel, tandis que la simple information visée dans cet article ne vaut pas conclusion du contrat.

Il faut donc d'abord informer, attendre l'expiration du délai de standstill puis éventuellement notifier.

\* Le délai d'engagement des soumissionnaires est suspendu pendant la durée du délai d'attente, il reprend :

- à l'issue du dernier jour du délai d'attente, si aucune demande de suspension n'a été introduite entre-temps;
- au jour de la décision de l'instance de recours, en cas de demande de suspension;
- en tout cas, au plus tard 45 jours après la communication de l'information par l'autorité adjudicatrice.

Ce qui veut donc dire que, quel que soit le temps qu'il faille pour que l'instance de recours se prononce, 45 jours après l'information, le délai d'engagement reprendra.

## 2.3. Renonciation ou recommencement du marché (article 65/9 de la loi)

L'autorité adjudicatrice DOIT, dès que la décision de renonciation à un marché est prise, communiquer la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires.

Même si la décision de renonciation ne constitue pas une décision soumise à la tutelle générale à transmission obligatoire, en tant que telle, il est souhaitable d'informer mon administration d'une quelconque décision de renonciation à un marché lorsque le dossier relatif au choix du mode de passation lui avait été soumis pour examen.

## 2.4. Restrictions à trois niveaux (article 65/10, §§ 1<sup>er</sup> et 2, de la loi)

Des restrictions particulières sont prévues en ce qui concerne la communication des informations, elles concernent la nature des renseignements, la qualité des personnes chargées de les communiquer, ainsi que le moment auquel un accès aux documents du marché est possible :

1) Ainsi, en ce qui concerne la nature des renseignements (article 65/10, § 1<sup>er</sup>, de la loi), des renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation :

- ferait obstacle à l'application d'une loi;
- serait contraire à l'intérêt public;
- porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises;
- pourrait nuire à une concurrence loyale entre participants.

2) En ce qui concerne la qualité des personnes chargées de communiquer (article 65/10, § 2, de la loi) :

- l'interdiction de divulguer des informations est imposée à toute personne qui, en raison de ses fonctions ou de ses missions, aura eu connaissance de renseignements confidentiels relatifs aux marchés ou à sa passation ou à son exécution (notamment les secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres).

3) En matière d'accès aux documents (article 65/10, § 2, de la loi) :

- aucun candidat, soumissionnaire ou tiers ne peut avoir accès aux documents relatifs à la procédure (demandes de participation, offres, documents internes) aussi longtemps que l'autorité adjudicatrice n'a pas pris de décision concernant le marché.

### 3. Délai d'attente (article 65/11 à 65/13 de la loi)

#### 3.1. Régime général (article 65/11 de la loi)

La loi du 23 décembre 2009 abroge les articles 21*bis*, 41*sexies* et 62*bis*, anciens sièges de la matière relative au délai d'attente ou standstill.

Il est interdit de conclure le marché, c'est-à-dire de procéder à la notification de la décision d'attribution au soumissionnaire retenu :

1) avant l'expiration d'un délai de 15 jours, à compter du lendemain du jour où la décision motivée est envoyée, conformément à l'article 65/8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3 de la loi;

2) avant que l'instance de recours saisie n'ait statué, en cas de demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution introduite dans le délai de 15 jours précité.

Remarques :

1) La recommandation faite au soumissionnaire d'avertir, par télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique, l'autorité adjudicatrice de l'introduction d'une demande de suspension de sa décision (cfr point 2.2.1 de la présente circulaire) est notamment destinée à garantir le respect de cette disposition et donc à s'assurer que l'autorité adjudicatrice ne notifie pas le marché alors qu'une demande de suspension de sa décision a été introduite.

2) L'interdiction faite à l'autorité adjudicatrice, de notifier sa décision avant que l'instance de recours n'ait statué, ne bénéficie qu'au seul auteur d'une demande de suspension formulée dans le délai prévu.

Ce qui signifie, en d'autres termes, que seul un soumissionnaire qui a introduit une demande de suspension et qui l'a formulée pendant le délai d'attente, pourra bénéficier de l'effet suspensif découlant de sa demande.

3) En ce qui concerne la computation du délai d'attente, elle s'opère conformément au Règlement (CEE, Euratom) n° 1182/71 du Conseil, du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, dates et aux termes.

En vertu de l'article 3 dudit règlement :

- un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai;

- les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis, sauf ci ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables;

- si le dernier jour du délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

Le délai d'attente visé à l'article 65/11 étant bien un délai exprimé en jours de calendrier et non un jours ouvrables, il comprend donc également les week-end et jours fériés.

Par contre, si le dernier jour du délai tombe un samedi, un dimanche ou un jour férié, l'échéance est reporté au prochain jour ouvrable.

#### 3.2. Champ d'application

### TRES IMPORTANT

Le délai d'attente concerne :

\* les marchés dont le montant estimé atteint le seuil européen;

\* d'autres marchés qui y sont assimilés par le législateur belge, à savoir :

- les marchés de TRAVAUX dont le montant de l'offre à approuver dépasse 2.422.500 € H.T.V.A., montant correspondant à la moitié du montant fixé par le Roi pour la publicité européenne en matière de marchés de travaux (cfr Titre 4, Point 1., de la présente circulaire; article 65/30, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi);

- les marchés de fournitures et de services estimés sous les seuils mais dont le montant de l'offre à approuver dépasse de plus de 20 % le seuil fixé pour la publicité européenne, c'est à dire dépasse 231.600 € H.T.V.A. en secteurs classiques et 464.400 € H.T.V.A. (cfr Titre 4, Point 2 de la présente circulaire; article 65/3, alinéa 3, de la loi).

#### 3.3. Calcul du délai (article 65/11 de la loi)

Le délai d'attente commence à courir à dater du lendemain de l'envoi de la décision motivée.

A défaut de simultanéité d'envoi des courriers aux diverses personnes concernées, le délai d'attente prend court le lendemain du dernier envoi. Il est donc préférable d'envoyer tout le même jour pour éviter les complications.

#### 3.4. Exceptions (article 65/12 de la loi)

Il n'est pas requis de respecter un délai d'attente dans les cas suivants :

1) une publicité européenne préalable n'est pas obligatoire, c'est à dire lorsqu'un avis de marché ne doit pas être publié préalablement à la consultation des candidats ou soumissionnaires; sont ainsi visés :

a) les marchés passés par procédure négociée sans publicité;

b) les marchés de services repris dans l'annexe 2B de la loi;

2) le seul soumissionnaire concerné est celui à qui le marché est attribué et en l'absence de candidats concernés, c'est-à-dire lorsqu'un seul soumissionnaire s'est manifesté.

#### 3.5. Avis de transparence ex ante volontaire (article 65/18 de la loi)

Hypothèse : le pouvoir adjudicateur peut procéder à la publication d'un avis de transparence ex ante volontaire au *Journal officiel de l'Union européenne* dans le cas où son marché ne devait, à priori, pas faire l'objet d'une publication européenne préalable.

Un exemple d'application pourrait être un marché public d'un montant de 250.000 € H.T.V.A. pour lequel un pouvoir adjudicateur hésite entre la qualification de travaux et l'une ou l'autre des qualifications "fournitures ou service".

La qualification revêt ici une importance particulière, étant donné qu'un marché de travaux de ce montant doit uniquement faire l'objet d'une publicité belge (vu qu'il est inférieur à 4.845.000 € H.T.V.A.) tandis qu'un marché de fournitures ou de services de ce même montant doit faire l'objet d'une publicité au niveau européen (vu qu'il est supérieur à 193.000 € H.T.V.A.).

Le pouvoir adjudicateur décide de qualifier le marché de travaux mais vu le doute et le seuil différent au niveau de la publicité européenne, il décide avant d'informer les soumissionnaires de procéder à la publication d'un avis de transparence ex ante volontaire afin que, si son marché est requalifié en marché de fournitures ou de services par l'instance de recours éventuelle, le fait de ne pas avoir publié un avis au niveau européen ne puisse pas entraîner le prononcé d'une déclaration d'absence d'effets du marché passé.

Objectif : la publication d'un tel avis permet d'éviter le prononcé par un tribunal de la déclaration d'absence d'effet du contrat conclu avec l'adjudicataire.

Contenu de l'avis :

1) Cet avis doit manifester l'intention de l'autorité adjudicatrice de conclure (notifier) un marché sans publicité préalable au plan européen.

2) Il doit contenir les informations suivantes :

- le nom et les coordonnées de l'autorité adjudicatrice;
- la description de l'objet du marché;
- la justification de la décision de l'autorité adjudicatrice de passer le marché sans publicité européenne préalable;
- le nom et les coordonnées du soumissionnaire auquel il a été décidé d'attribuer le marché;
- et, le cas échéant, toute autre information jugée utile par l'autorité adjudicatrice.

Condition : pour obtenir le bénéfice de cette publication (c'est-à-dire échapper à une éventuelle déclaration d'absence d'effets), le pouvoir adjudicateur doit respecter un délai d'attente de dix jours, à compter du lendemain de la publication de l'avis de transparence, avant de conclure (notifier) son marché.

Remarques :

1) Le délai de dix jours évoqué ci-dessus ne doit pas être confondu avec un quelconque délai d'attente entre l'information des soumissionnaires et la notification au soumissionnaire retenu. Il s'agit ici d'un délai totalement indépendant, étant donné qu'il présente une durée, un point de départ et un objectif différents.

2) L'avis de transparence ex ante volontaire ne doit pas non plus être confondu avec un avis de marché classique, ni avec un avis d'attribution, il s'agit d'un autre type d'avis, basé sur un autre modèle que l'on peut retrouver en annexe 2D à l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

3) L'avis de transparence doit également être publié au Bulletin des adjudications. Toutefois, en cas d'oubli de publication audit bulletin, une déclaration d'absence d'effet ne pourra tout de même pas être appliquée; la publication au *Journal officiel de l'Union européenne* se suffit à elle-même sur ce point.

Titre 3 : Marchés n'atteignant pas les seuils européens

#### 1. Régime général (articles 65/28 et 65/29 de la loi)

Les articles suivants, applicables aux marchés européens, sont également applicables aux marchés à publicité belge :

- l'article 65/4 concernant les obligations en matière de motivation et le moment auquel elles doivent être remplies (tant en ce qui concerne les délibérations déterminant le mode de passation, que celles procédant à une sélection ou une qualification, que celles désignant l'adjudicataire du marché, décisions éventuellement soumises à tutelle selon leur type et les montant en jeux);

- l'article 65/5 déterminant le contenu des décisions motivées;

- l'article 65/7 se rapportant à l'information des candidats non sélectionnés ou non qualifiés;

- l'article 65/8, § 1<sup>er</sup>, article 1<sup>er</sup>, relatif à l'information des soumissionnaires mais sans mention des éléments relatifs au délai d'attente étant donné que le délai d'attente n'est en principe pas applicable aux marchés belges (sauf exceptions explicitées au point 3.2. précité).

Même remarque que pour les marchés de niveau européen concernant l'envoi à la tutelle, préalable à toute démarche d'information des participants à la procédure (sauf C.P.A.S.);

- l'article 65/9 traitant de la communication de la décision motivée aux candidats concernés et aux soumissionnaires, en cas de renonciation à la passation d'un marché;

- l'article 65/10 abordant les restrictions à l'information (cfr page 11, point 2.4. de la présente circulaire).

L'on peut constater que la législation ne prévoit pas expressément que l'article 65/8, § 2, stipulant que l'information des soumissionnaires ne vaut pas engagement contractuel, est applicable aux marchés à publicité belge.

Toutefois, en cas d'application volontaire d'un délai d'attente dans le cadre d'un marché à publicité belge, il serait difficilement concevable et contraire à l'esprit de la nouvelle loi de ne pas en faire application, étant donné que si la simple information au soumissionnaire retenu est assimilée à une conclusion du contrat, l'application volontaire du délai d'attente n'aurait aucun effet.

La législation ne prévoit pas non plus que l'article 65/8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, déterminant les moyens de communication des informations relatives à l'attribution d'un marché (télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique avec envoi le même jour par recommandé) est applicable aux marchés à publicité belge.

Toutefois, il n'est pas possible, pour des motifs de preuve et de transmission certaine, de procéder d'une manière différente de celle renseignée par l'article 65/8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3.

Nous recommandons donc également pour les marchés soumis à publicité belge, un envoi des informations par télécopieur, courrier électronique ou autre moyen électronique ET, le même jour, un envoi par recommandé.

#### 2. Application facultative du délai d'attente (article 65/30, alinéa 2, de la loi)

L'autorité adjudicatrice peut décider de rendre applicable l'article 65/11, alinéa 1<sup>er</sup>, relatif au délai d'attente à un marché soumis à publicité belge, c'est-à-dire de procéder à une application volontaire du délai d'attente.

Mais dans ce cas, ladite autorité n'a pas l'obligation de suspendre l'exécution de la décision au delà du délai d'attente étant donné que ces dispositions (prévues à l'article 65/8, § 2, alinéa 2) ne sont applicables qu'aux marchés pour lesquels un délai d'attente doit être appliqué.

Il est cependant permis de s'interroger sur l'intérêt pour l'autorité adjudicatrice de procéder à une application volontaire du délai d'attente, afin de permettre à des réclamants potentiels de se manifester, sans suspendre l'exécution de sa décision dans l'attente de la décision en suspension de l'instance de recours, dans le cas où une réclamation serait introduite.

Titre 4 : Régimes propres à certains marchés

#### 1. Les marchés de travaux importants (article 65/30, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi)

Hypothèse : on entend par marchés de travaux importants les marchés de travaux soumis à publicité obligatoire belge dont le montant de l'offre à approuver hors T.V.A. est situé entre le seuil européen en matière de travaux (actuellement 4.845.000 €) et un montant correspondant à la moitié de ce seuil (=> actuellement 2.422.500 €).

Conséquence : les marchés se situant dans cette fourchette sont soumis aux mêmes obligations que les marchés européens en ce qui concerne le délai d'attente (articles 65/11 à 65/13 de la loi), ainsi qu'en ce qui concerne la sanction éventuellement applicable en cas de non respect dudit délai, à savoir la déclaration d'absence d'effets (article 65/18, alinéas 1<sup>er</sup> et 4, et article 65/19 à 22 de la loi).

## 2. Les marchés dits "glissants" (article 65/3, alinéa 3, de la loi)

Hypothèse : sont visés par ces termes les marchés dont :

- l'estimation initiale était inférieure au seuil européen;
- dont le montant hors T.V.A. de l'offre à approuver dépasse de 20 % le seuil européen, c'est à dire dépasse 231.600 € hors T.V.A. dans les secteurs classiques et 464.400 € hors T.V.A. dans les secteurs spéciaux.

Conséquence : ces marchés se voient appliquer l'ensemble des dispositions relatives aux marchés européens (y compris le délai d'attente).

Observation : même si le texte ne le mentionne pas explicitement, cette hypothèse ne s'applique en fait qu'aux marchés publics de fournitures et de services étant donné qu'en ce qui concerne les marchés de travaux, l'article 65/30, alinéa 1<sup>er</sup>, prévoit déjà des règles particulières pour les marchés dont le montant de l'offre à approuver est supérieur à 50 % du seuil européen.

Cette disposition ne trouverait à s'appliquer en matière de marchés de travaux que si le pouvoir adjudicateur sous estimait de manière caractérisée l'estimation du marché, sous les 2.422. 500 € H.T.V.A. et se retrouvait à un montant d'offre à approuver supérieur à 5.814.000 € H.T.V.A.

## 3. Les "petits" marchés

### 3.1. Bases légales

- article 65/29 de la loi du 24 décembre 1993;
- articles 25 (travaux), 51 (fournitures) et 80 (services) de l'arrêté royal du 8 janvier 1996;
- article 111 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

### 3.2. Hypothèse

Sont appelés petits marchés, et sont donc visés par les dispositions légales susvisées, les marchés :

- dont la dépense à approuver hors T.V.A. ne dépasse pas 67.000 € en secteurs classiques et inférieure ou égale à 135.000 € en secteurs spéciaux;
- et, ce, quelle que soit la procédure et quel que soit le type de marché (travaux, fournitures, services).

Ne sont pas visés par les dispositions susvisées, les marchés constatés par simple facture acceptée (montant ne dépassant pas 5.500 € H.T.V.A.).

### 3.3. La motivation

Une décision motivée doit être établie :

- pour la sélection, quand la procédure de passation comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation (adjudication restreinte, appel d'offres restreint, en procédure négociée avec publicité ainsi qu'en procédure négociée sans publicité, dans ce dernier cas, lorsque la phase de sélection qualitative a été formalisée par le pouvoir adjudicateur;
- pour l'attribution du marché (décision éventuellement soumise à tutelle);
- en cas de renonciation à la passation d'un marché et, le cas échéant, décision de lancer un nouveau marché.

Toutefois, même si la loi du 23 décembre 2009, n'y fait pas référence, il n'en demeure pas moins qu'il est impératif de procéder à la rédaction d'une décision motivée pour choisir le mode de passation d'un marché public et en déterminer les conditions.

En effet, à défaut d'être visés par la loi particulière "marchés publics", les autres types de délibérations en matière de petits marchés restent soumis à la disposition générale que constitue la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, qui impose également une motivation formelle.

### 3.4. L'information

Les petits marchés constituent le seul cas où l'on peut dissocier la simple information des candidats et soumissionnaires de la communication des motifs justifiant les décisions prises.

En ce qui concerne l'information, le régime allégé suivant s'applique aux petits marchés :

- information écrite à tous les candidats et soumissionnaires tant au stade de la sélection qualitative (pour les procédures en deux phases), qu'au stade de l'attribution, dès la prise de décision concernée (obligation d'informer les candidats non sélectionnés et d'informer les soumissionnaires non retenus) sans obligation, à ce stade, de joindre les motifs;
- possibilité pour le candidat ou le soumissionnaire concerné de demander par écrit dans les 30 jours les motifs pertinents de la décision;
- informations complémentaires à communiquer dans les 15 jours.

Il est néanmoins possible de joindre directement les motifs à l'information.

### 3.5. La renonciation à passer le marché

Les obligations minimales en matière d'information sont les suivantes :

- information écrite de la décision de renoncer à la passation du marché dès la prise de décision, sans obligation, à ce stade, de joindre les motifs;
- possibilité pour le candidat ou le soumissionnaire concerné de demander par écrit dans les 30 jours la communication de la décision;
- communication par écrit dans les 15 jours.

## SECONDE PARTIE : Les voies de recours

Plusieurs recours cohabitent dans la nouvelle législation entrée en vigueur le 25 février dernier, en plus de la possibilité de recours devant l'autorité de tutelle :

- le recours en annulation (article 65/14 de la loi);
- le recours en suspension (article 65/15 de la loi);
- le recours afin d'obtenir des dommages et intérêts (article 65/16 de la loi);
- la déclaration d'absence d'effet (articles 65/17 et suivants de la loi - Nouveau recours);
- les sanctions de substitution (article 65/22 de la loi).

En voici une description succincte afin de présenter les diverses sanctions qui pourraient être appliquées en cas d'illégalité constatée dans un marché public.



**1. Le recours en annulation** (article 65/14 de la loi)

## 1.1. Personnes pouvant introduire un recours

Un recours peut-être introduit par toute personne :

- ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché;
- qui a été lésée ou qui risque d'être lésée par la violation alléguée.

## 1.2. Type de décisions pouvant être annulées

Toute décision de l'autorité adjudicatrice peut être annulée y compris celles ne concernant que des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires.

## 1.3. Motifs d'annulation

Les motifs d'annulation sont les suivants :

- détournement de pouvoir;
- violation du droit communautaire en matière de marchés publics;
- violation des dispositions légales ou réglementaires du droit belge en matière de marchés publics (constitution, lois, arrêtés,...);
- violation des principes généraux du droit (équité, égalité et non-discrimination entre soumissionnaires, bonne administration, concurrence, transparence,...);
- violation des documents du marché (avis de marché, cahier spécial des charges,...).

## 1.4. Modalités du recours en annulation (articles 65/23 et 65/24 de la loi)

Le recours en annulation est introduit :

- devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, c'est-à-dire lorsque l'autorité adjudicatrice est une "autorité administrative" au sens de cette disposition;
- devant le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (n'est pas une autorité administrative au sens de cette disposition).

Ledit recours doit être introduit dans les 60 jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le type d'acte (article 65/23, § 2, de la loi).

## 1.5. Particularités du recours en annulation

Une demande de mesures provisoires peut être introduite en même temps que la demande d'annulation (article 65/15 dernier alinéa).

**2. Le recours en suspension** (article 65/15 de la loi)

## 2.1. Personnes pouvant introduire un recours

Tout comme pour le recours en annulation, le recours en suspension peut être introduit par toute personne :

- ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché;
- qui a été lésée ou qui risque d'être lésée par la violation alléguée.

Remarque importante : le demandeur ne doit plus apporter la preuve du risque de préjudice grave difficilement réparable afin que son recours en suspension soit recevable.

## 2.2. Type de décisions pouvant être suspendues

Tout comme pour le recours en annulation, toute décision de l'autorité adjudicatrice peut être suspendue y compris celles ne concernant que des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires.

## 2.3. Motifs de suspension

Les motifs de suspension sont identiques aux motifs d'annulation, à savoir :

- détournement de pouvoir;
- violation du droit communautaire en matière de marchés publics;
- violation des dispositions légales ou réglementaires du droit belge en matière de marchés publics (Constitution, lois, arrêtés,...);
- violation des principes généraux du droit (équité, égalité et non-discrimination entre soumissionnaires, bonne administration, concurrence, transparence,...);
- violation des documents du marché (avis de marché, cahier spécial des charges,...).

## 2.4. Modalités du recours en suspension (articles 65/23 et 65/24 de la loi)

La demande de suspension est introduite selon une procédure d'extrême urgence ou de référé (article 65/15, alinéa 2) :

- devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat;
- devant le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

Ledit recours doit être introduit dans les 15 jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le type d'acte (article 65/23, § 3, de la loi).

En cas d'application de l'article 65/18 (publication d'un avis de transparence ex ante volontaire) ce délai d'introduction est réduit à 10 jours.

L'instance de recours informe immédiatement l'autorité adjudicatrice de tout dépôt d'une demande en suspension (article 65/25, alinéa 2).

## 2.5. Particularités du recours en suspension

L'instance de recours peut, s'il échet, assortir la décision de suspension d'une astreinte.

Aussi longtemps qu'elle est saisie d'un recours en annulation, l'instance de recours peut également ordonner les mesures provisoires,

- ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
- nécessaires à l'exécution de sa décision.

La demande de mesures provisoires peut être introduite en même temps que la demande en suspension ou que la demande en annulation (article 65/15, dernier alinéa).

L'instance de recours tient compte des conséquences possibles d'une suspension de l'exécution ou du prononcé de mesures provisoires. Elle procède à une balance des intérêts en présence, tant publics que privés susceptibles d'être lésés et peut décider de ne pas accorder la suspension ou de ne pas accorder de mesures provisoires lorsque les conséquences négatives pourraient prédominer par rapport aux avantages de prononcer l'une ou l'autre de ces mesures.

Pour rappel : disparition de l'exigence du risque de préjudice grave difficilement réparable précédemment prévue en ce qui concerne les demandes en suspension.

#### 2.6. Conséquences de la décision de suspension (article 65/13 de la loi)

La suspension d'une décision d'attribution entraîne :

- l'interdiction d'attribuer le marché en l'état (de notifier le marché au soumissionnaire retenu);
- la suspension de plein droit de l'exécution du marché éventuellement conclu endéans le délai d'attente (cas du non respect du délai d'attente).

L'autorité adjudicatrice doit donc dans ce cas :

- informer sans délai l'adjudicataire de la suspension;
- ordonner à l'adjudicataire de ne pas commencer ou d'arrêter l'exécution du marché.

En réaction à la décision de suspension, l'autorité adjudicatrice peut :

- soit renoncer à passer le marché et décider de relancer une nouvelle procédure;
- soit retirer son acte et reprendre une nouvelle décision (respectant la légalité) et désigner, le cas échéant, un nouvel adjudicataire.

Si le recours en suspension n'est pas suivi d'un recours en annulation (dans les 60 jours) ou d'une demande en déclaration d'absence d'effets (dans les 30 jours) :

- levée de plein droit de la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et de la suspension de l'exécution du marché.

### 3. Les dommages et intérêts (article 65/16 de la loi)

#### 3.1. Personnes pouvant introduire un recours

Toute personne lésée par une des violations visées à l'article 65/14 commise par une autorité adjudicatrice peut introduire une demande de dommages et intérêts

#### 3.2. Conditions d'octroi des dommages et intérêts

En principe, il est nécessaire de prouver l'existence d'un dommage ainsi que le lien causal entre ce dernier et la violation alléguée.

Toutefois, en ce qui concerne les secteurs spéciaux (article 65/16, alinéa 2), dans le cas d'une demande de dommages et intérêts relative aux frais nécessaires à la préparation d'une offre ou à la participation à la procédure, le réclamant est uniquement tenu de prouver :

- une violation du droit communautaire en matière de marchés publics ou de la loi ou de ses arrêtés d'exécution;
- ainsi que le fait qu'il avait une chance réelle de remporter le marché.

#### 3.3. Modalités de l'introduction de la demande de dommages et intérêts (article 65/23, § 4, et 65/24, dernier alinéa, de la loi)

La demande susvisée doit être introduite devant le juge judiciaire conformément à l'article 65/24, dernier alinéa, de la loi.

La personne lésée est tenue d'introduire son recours dans un délai de 5 ans à dater de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le type d'acte (article 65/23, § 4, de la loi).

### 4. La déclaration d'absence d'effets (article 65/17 à 65/21 de la loi)

#### 4.1. Personnes pouvant introduire un recours (article 65/17 de la loi)

Toute personne concernée par le marché peut introduire une procédure pour demander la déclaration d'absence d'effets.

L'adjudicataire ainsi que l'autorité adjudicatrice sont appelés à la cause (article 65/17, alinéa 2, de la loi).

#### 4.2. Hypothèses dans lesquelles une déclaration d'absence d'effets peut être demandée (article 65/17 de la loi)

La déclaration d'absence d'effets peut être prononcée lorsque :

- soit l'autorité adjudicatrice n'a pas respecté les formalités relatives à la publication européenne ou n'a tout simplement pas publié au niveau européen.

Toutefois, la déclaration d'absence d'effet ne pourra pas être prononcée si l'autorité adjudicatrice a, conformément à l'article 65/18 de la loi :

- procédé à la publication d'un avis de transparence ex ante volontaire (article 65/18 de la loi);
- attendu dix jours à compter du lendemain de cette publication pour conclure le marché (notifier);
- soit l'autorité adjudicatrice n'a pas respecté le délai d'attente, tel que prévu par l'article 65/11 de la loi, avant de notifier sa décision au soumissionnaire retenu ou n'a pas attendu que l'instance de recours se soit prononcée sur la demande de suspension ou sur la demande de mesures provisoires.

Dans ce dernier cas, le recours ne sera recevable que si la violation :

- a privé un soumissionnaire de la possibilité d'engager ou de mener à son terme le recours en suspension;
- et
- est accompagnée d'une violation du droit communautaire ou du droit belge qui a compromis les chances d'un soumissionnaire d'obtenir le marché.

L'instance de recours prononcera alors, à titre de substitution, une sanction financière compensatoire (article 65/20, alinéa 2).

Conformément à l'article 65/20, l'instance de recours peut décider de ne pas déclarer le marché dépourvu d'effets, même s'il a été conclu en violation des dispositions précitées si des raisons impérieuses d'intérêt général imposent que les effets du marché soient maintenus (article 65/20, alinéa 1<sup>er</sup>).

Remarque : l'intérêt économique à ce que le marché produise ses effets ne peut être considéré comme une raison impérieuse que dans des cas et circonstances exceptionnels (article 65/20, alinéas 3 et 4).

#### 4.3. Modalités d'introduction d'une déclaration d'absence d'effets

La déclaration d'absence d'effet est prononcée par le juge judiciaire siégeant comme en référé (65/24, dernier alinéa).

Comme renseigné à l'article 65/23, § 5, de la loi, la demande doit être introduite dans un délai de 30 jours à compter du lendemain du jour ou l'autorité adjudicatrice, soit :

- a publié l'avis d'attribution du marché, lorsque l'autorité adjudicatrice a passé son marché sans publicité belge et européenne préalable et que l'avis d'attribution contient le justification de cette décision,

ou

- a informé les candidats concernés et les soumissionnaires concernés de la conclusion du contrat en leur communiquant simultanément la décision motivée les concernant.

Le délai de recours est porté à 6 mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du marché lorsque l'autorité adjudicatrice n'a pas respecté les formalités prévues à l'alinéa premier de l'article 65/23, § 5 (article 65/23, § 5, alinéa 2, de la loi); c'est-à-dire lorsqu'elle n'a pas correctement publié un avis d'attribution ou informé les candidats et soumissionnaires concernés.

#### 4.4. Conséquences du prononcé d'une déclaration d'absence d'effets (article 65/19 de la loi)

Deux types de conséquences sont possibles selon la décision de l'instance de recours :

- soit l'annulation rétroactive de toutes les obligations contractuelles;
- soit la limitation de la portée de l'annulation aux obligations devant encore être exécutées.

Dans ce dernier cas, l'instance de recours prononcera également une pénalité financière à titre de sanction de substitution (article 65/19, alinéa 2, de la loi).

#### 5. Les sanctions de substitution (article 65/22 de la loi)

##### 5.1. Personnes pouvant demander des sanctions de substitution (article 65/22, § 1<sup>er</sup>, de la loi)

Des sanctions de substitution peuvent être prononcées soit à la demande d'une personne intéressée soit d'office par le juge lui-même sans demande préalable.

L'adjudicataire ainsi que l'autorité adjudicatrice sont appelés à la cause. L'autorité adjudicatrice communique l'identité de l'adjudicataire à la demande de l'instance de recours (article 65/22, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, de la loi).

##### 5.2. Hypothèses dans lesquelles des sanctions de substitution peuvent être demandées (article 65/22 de la loi)

Des sanctions de substitution peuvent être appliquées lorsqu'un marché a été conclu en violation des dispositions de l'article 65/11, alinéas 1<sup>er</sup> et 2 (non respect du délai d'attente ou défaut d'attendre que l'instance de recours ait statué sur la demande en suspension ou en mesures provisoires) à condition que cette violation :

- n'ait pas privé le soumissionnaire de la possibilité d'introduire une demande en suspension;
- ne soit pas accompagnée d'une violation du droit communautaire ou du droit belge qui a compromis les chances du soumissionnaire d'obtenir le marché;

Les sanctions se substitueraient alors à la déclaration d'absence d'effets.

##### 5.3. Modalités du recours relatif à des sanctions de substitution

Tout comme en ce qui concerne la déclaration d'absence d'effets, les sanctions de substitution sont prononcées par le juge judiciaire siégeant comme en référé (article 65/24 dernier alinéa de la loi).

Le recours doit être introduit dans un délai de 6 mois à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le type d'acte (article 65/23, § 6, de la loi).

##### 5.4. Sanctions de substitution pouvant être appliquées

Deux types de sanctions peuvent être appliquées :

- soit la diminution de la durée du marché;
- soit l'imposition d'une pénalité financière assez conséquente étant donné qu'elle pourra aller jusqu'à 15 % du montant total du marché hors T.V.A.

##### 5.5. Caractéristiques des sanctions de substitution

- La sanction prononcée doit être effective, proportionnée et dissuasive.
- L'instance de recours peut, afin de prononcer la sanction la plus adaptée, tenir compte de tous les facteurs pertinents tels que la gravité de la violation, le comportement de l'autorité adjudicatrice ainsi que la mesure dans laquelle le contrat continue à produire ses effets.
- La pénalité éventuellement prononcée sera versée au Trésor public fédéral.
- L'octroi de dommages et intérêts ne constitue pas en lui-même une sanction de substitution.

En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur pourra se voir condamner, le cas échéant, à la fois à verser des dommages et intérêts au soumissionnaire ou candidat lésé, et à s'acquitter de la pénalité financière constituant la sanction de substitution.

Pour tout renseignement complémentaire concernant le contenu de cette circulaire, je vous invite à prendre contact avec la Direction générale opérationnelle Pouvoirs locaux, Action sociale et Santé, Direction des Marchés publics : M. Olivier Ringoet, Attaché, tél. 081-32 37 99.

Je vous prie d'agréer, Mesdames et Messieurs, l'assurance de ma considération distinguée.

Namur, le 21 juin 2010.

Le Ministre des Pouvoirs locaux et de la Ville,

P. FURLAN

Votre correspondant : Olivier Ringoet, Attaché, tél. 081-32 37 99. [www.olivier.ringoet@spw.wallonie.be](mailto:www.olivier.ringoet@spw.wallonie.be)

## ÜBERSETZUNG

## ÖFFENTLICHER DIENST DER WALLONIE

[2010/204227]

**21. JUNI 2010 — Informatives Rundschreiben über die Begründung,  
die Unterrichtung und die Rechtsmittel in Sachen bei öffentlichen Aufträgen**

An die Damen und Herren

Vorsitzenden und Mitglieder der Provinzkollegien  
Provinzgouverneure  
Provinzialsekretäre und -einnehmer  
Bürgermeister und Mitglieder der Gemeindegremien  
Vorsitzenden der Sozialhilferäte  
Vorsitzenden der Interkommunalen  
Sekretäre  
Einnehmer

Im *Belgischen Staatsblatt* vom 28. Dezember 2009 ist das Gesetz vom 23. Dezember 2009 zur Einfügung eines neuen Buches über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge veröffentlicht worden.

Ebenso ist im *Belgischen Staatsblatt* vom 16. Februar 2010 der Königliche Erlass vom 10. Februar 2010 zur Abänderung bestimmter königlicher Erlasse zur Durchführung des Gesetzes vom 24. Dezember 1993 über öffentliche Aufträge und bestimmte Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge veröffentlicht worden.

Das vorliegende Rundschreiben hat zum Ziel, Ihre besondere Aufmerksamkeit auf diese neuen Bestimmungen zu lenken, die gemäß Artikel 76 des oben erwähnten königlichen Erlasses am 25. Februar 2010 in Kraft getreten sind.

Es ist zu bemerken, dass die vor diesem Datum bekannt gemachten öffentlichen Aufträge oder diejenigen, für die in Ermangelung einer Bekanntmachung die Aufforderung zum Einreichen einer Bewerbung oder zur Abgabe eines Angebots vor diesem Datum in die Wege geleitet wurde, weiterhin den zum Zeitpunkt der Bekanntmachung oder der Aufforderung geltenden gesetzlichen und verordnungsmäßigen Bestimmungen unterliegen.

Die Zielsetzung dieser Bestimmungen besteht in der Umsetzung mehrerer europäischer Richtlinien, insbesondere der Richtlinien 2007/66/EG, 2004/17/EG und 2004/18/EG, die die Bestimmungen über die Begründung, die Unterrichtung und die Rechtsmittel sowohl in den klassischen Sektoren als auch in den besonderen Sektoren verstärken, um eine größere Transparenz bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu sichern.

Diese Sorge um Transparenz besteht auf mehreren Ebenen:

- auf der Ebene der ausdrücklichen Begründung der Beschlüsse (hauptsächlich die Wahl des Verfahrens für die Vergabe, die Auswahl, die Erteilung);
- auf der Ebene der Unterrichtung der Teilnehmer (Auswahl und Vergabe);
- auf der Ebene der Anwendung der Wartezeit (Auswahl und Vergabe);
- auf der Ebene der Rechtsmittel.

Diese neuen Bestimmungen fügen ein Buch *IIbis* in das Gesetz vom 24. Dezember 1993 ein, dies in der Form eines Artikels 65, der selbst in Unterartikeln unterteilt ist (um die jetzige Nummerierung des Textes nicht zu sehr durcheinanderzubringen).

Auch wenn ursprünglich nur eine Änderung der Regeln bezüglich der Aufträge beabsichtigt worden war, die die Schwellenwerte für die europäische Bekanntmachung erreichen (Titel II des Gesetzes vom 23. Dezember 2009), um einfach den diesbezüglichen gemeinschaftlichen Richtlinien Folge zu leisten, hat der föderale Gesetzgeber letztendlich ebenfalls die auf die in Belgien bekannt zu machenden Aufträge anwendbaren Regeln abgeändert (Titel III desselben Gesetzes) und zwei Korrekturmechanismen eingeführt (Titel IV desselben Gesetzes), was die europäische Wartezeit auf bestimmte, in Belgien bekannt zu machende Aufträge anwendbar macht.

Um das Rundschreiben nicht mit Zahlen und Nummern zu überladen und so das Lesen zu erleichtern, werden wir mit dem Wortlaut "das Gesetz" das Gesetz vom 24. Dezember 1993 bezeichnen.

In diesem Rundschreiben wird diese wichtige Reform des Bereichs in zwei Teilen angeschnitten:

- ein erster Teil behandelt die ausdrückliche Begründung und die Unterrichtung;
- ein zweiter Teil behandelt ausschließlich die Rechtsmittel.

Was den ersten Teil betrifft, wird die Struktur des vorliegenden Rundschreibens direkt von der Struktur des Gesetzes abgeleitet, um eine bessere Lesbarkeit zu ermöglichen, nämlich:

Titel 1: Allgemeine Bestimmungen und Begriffsbestimmungen

Titel 2: Aufträge, die die europäischen Schwellenwerte erreichen

1. Ausdrückliche Begründung der Entscheidungen - begründeter Beschluss

1.1. Umfang der Verpflichtung

1.2. Zeitpunkt der Begründung

1.3. Allgemeiner Inhalt

1.4. Besonderer Inhalt

2. Unterrichtung der Teilnehmer

2.1. Auswahl und Qualifikation der Bewerber

2.1.1. Bei dem beschränkten und dem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nicht ausgewählte Bewerber

2.1.2. Bei einem Prüfungssystem nicht qualifizierte Bewerber (besondere Sektoren)

2.2. Auftragsvergabe

2.2.1. Inhalt

2.2.2. Kommunikationsmittel

2.2.3. Auswirkungen

2.3. Verzicht auf den Auftrag oder erneutes Einleiten des Auftragsverfahrens

2.4. Einschränkungen auf drei Ebenen

## 3. Wartezeit

## 3.1. Allgemeine Regelung

## 3.2. Anwendungsbereich

## 3.3. Berechnung der Wartezeit

## 3.4. Ausnahmen

## 3.5. Freiwillige "ex ante" Transparenzbekanntmachung

## Titel 3: Aufträge, die die europäischen Schwellenwerte nicht erreichen

## 1. Allgemeine Regelung

## 2. Fakultative Anwendung der Wartezeit

## Titel 4: Besondere Regelungen für bestimmte Aufträge

## 1. Die großen Bauaufträge

## 2. Die "gleitenden" Aufträge

## 3. Die "kleinen" Aufträge

## 3.1. Gesetzliche Grundlagen

## 3.2. Hypothese

## 3.3. Die Begründung

## 3.4. Die Unterrichtung

## 3.5. Der Verzicht auf die Vergabeerteilung des Auftrags

Im zweiten Teil werden die Rechtsmittel bezüglich der europäischen Aufträge und der belgischen Aufträge parallel behandelt, da die meisten Rechtsmittel und Regeln bei Beschwerden auf die Aufträge anwendbar sind, die beiden Bekanntmachungsarten unterliegen.

ERSTER TEIL: Die Begründung der Beschlüsse, die Unterrichtung der Teilnehmer und die Wartezeiten

Bemerkung bezüglich der Begründung der Beschlüsse:

Bis zum Inkrafttreten der neuen Gesetzgebung unterlagen die öffentlichen Auftraggeber dem Gesetz vom 29. Juli 1991 über die ausdrückliche Begründung der Verwaltungsakte. Seine Artikel 2 und 3 zwangen die zuständigen Behörden der öffentlichen Auftraggeber dazu, in ihren Verwaltungsakten, d.h. den einseitigen Rechtsakten mit individueller Tragweite, die den gefassten Beschluss begründenden faktischen und rechtlichen Tatsachen anzugeben.

Der neue Artikel 65/4 des Gesetzes über die öffentlichen Aufträge erweitert und verstärkt die Begründungsverpflichtung.

Ich konnte im Laufe der letzten Monate feststellen, wie ich im Rahmen der Ausübung der allgemeinen Annullierungsaufsicht auf der Grundlage der Artikel L3122-1 und ff. des Kodex für lokale Demokratie und Dezentralisierung, nach Berichten von meiner Verwaltung, dazu veranlasst wurde, eine bestimmte Anzahl Beschlüsse, die die Vergabe von öffentlichen Aufträgen nach dem Angebotsaufrufverfahren betrafen, zu annullieren, dies wegen Nichtbeachtung des Gesetzes vom 29. Juli 1991 über die ausdrückliche Begründung der Verwaltungsakte.

Ich erlaube mir, Ihre Aufmerksamkeit energisch auf die neuen, unten erwähnten Verpflichtungen zu lenken.

## Titel 1: Allgemeine Bestimmungen und Begriffsbestimmungen

Außer einigen bereits in der jetzigen Gesetzgebung verwendeten terminologischen Begriffen werden durch Artikel 65/1 des neuen Gesetzes die folgenden neuen Begriffe eingeführt:

- auftraggebende Behörde: der öffentliche Auftraggeber, das öffentliche Unternehmen oder der Auftraggeber im Sinne des vorliegenden Gesetzes.

Dieser Begriff ist also breiter als der frühere Begriff des öffentlichen Auftraggebers, da er alle Körperschaften deckt, die einen öffentlichen Auftrag ausschreiben können (öffentliche Behörden der klassischen und besonderen Sektoren sowie die privaten Körperschaften der besonderen Sektoren);

- betroffener Bewerber: Bewerber, dem die auftraggebende Behörde bei der Vergabeerteilung eines öffentlichen Auftrags die Gründe für dessen Nichtberücksichtigung nicht mitgeteilt hat, bevor der begründete Vergabebeschluss den betroffenen Submittenten zugestellt wird;

- betroffener Submittent: Submittent, der nicht durch einen begründeten Beschluss, der ihm zugestellt worden ist und gegen den keine Klage vor der Beschwerdeinstanz erhoben werden kann, oder der durch die Beschwerdeinstanz als zulässig betrachtet worden ist, endgültig von der Teilnahme an dem Verfahren ausgeschlossen worden ist;

- Abschluss des Auftrags: Entstehung des vertraglichen Verhältnisses zwischen der auftraggebenden Behörde und dem Auftragnehmer.

## Titel 2: Aufträge, die die europäischen Schwellenwerte erreichen

Aufträge, die den durch den König für die europäische Bekanntmachung festgesetzten Betrag, nämlich seit dem 1. Januar 2010, erreichen:

**1. Ausdrückliche Begründung der Entscheidungen - begründeter Beschluss**

## 1.1. Betroffene Beschlüsse (Art. 65/4, Abs. 1 des Gesetzes)

Mehrere Beschlussarten sind durch diese Begründungsverpflichtung betroffen:

\* die Beschlüsse, auf ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zurückzugreifen:

- diese Beschlüsse bestimmen das Vergabeverfahren und unterliegen also der Aufsicht unter der Bedingung, dass sie den in den Artikeln L3122-2 (Gemeinden, Provinzen) und L3122-3 (Interkommunalen) des Kodex für lokale Demokratie und Dezentralisierung vorgesehenen Schwellenwert für die obligatorische Übermittlung überschreiten;

\* die Beschlüsse, auf ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung zurückzugreifen (klassische Sektoren):

- in den besonderen Sektoren ist eine ausdrückliche Begründung der Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung nicht erforderlich, da das Zurückgreifen auf dieses Verfahren üblich ist, wie auch die Ausschreibung und der Angebotsaufruf, in Übereinstimmung mit Artikel 39 § 1 des Gesetzes;

- diese Beschlüsse bestimmen ebenfalls das Vergabeverfahren und können ebenfalls der Aufsicht unterworfen werden, dies unter denselben Bedingungen wie denjenigen bezüglich des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung;

\* die Beschlüsse zur Qualifikation oder zum Entzug der Qualifikation (besondere Sektoren):

\* die Beschlüsse zur Auswahl der Bewerber, wenn das Verfahren eine erste Phase enthält, die das Einreichen der Anträge auf Teilnahme voraussetzt:

- die durch diese Bestimmung betroffenen Beschlüsse sind die Beschlüsse zur qualitativen Auswahl in einer beschränkten Ausschreibung, in einem beschränkten Angebotsaufruf, in einem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung sowie in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, wenn die Phase der qualitativen Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber formalisiert worden ist;

\* die Beschlüsse zur Vergabe von Aufträgen, was auch immer das Verfahren ist;

- diese Beschlüsse zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen können ebenfalls der allgemeinen Aufsicht mit obligatorischer Übermittlung unter denselben Bedingungen wie vorher erwähnt unterliegen;

- es muss ebenfalls erwähnt werden, dass das Gesetz vom 29. Juli 1991 über die ausdrückliche Begründung der Verwaltungsakte immer die Aufträge betrifft, die durch eine einfache angenommene Rechnung festgestellt werden (Artikel 25, 51 und 80 des Königlichen Erlasses vom 8. Januar 1996 über die öffentlichen Aufträge in seiner abgeänderten Fassung);

\* die Beschlüsse, auf die Vergabe eines Auftrags zu verzichten und ggf. einen neuen Auftrag auszuschreiben.

1.2. Zeitpunkt der Begründung (Art. 65/4, Abs. 2 des Gesetzes)

Grundsätzlich muss die Begründung zum Zeitpunkt der Beschlussfassung festgelegt werden.

Artikel 65/4 enthält zwei Ausnahmen zu diesem Grundsatz:

1) im Falle des Zurückgreifens auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Bekanntmachung:

Die Gründe des Beschlusses müssen zum Zeitpunkt des Beschlusses, auf diese Vergabeart zurückzugreifen, bestehen und wirklich (bereits vorhanden und aktuell) sein; der begründete Beschluss kann jedoch nachträglich stattfinden:

- im Falle eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, spätestens bei der Aufstellung des Vergaberteilungsbeschlusses;

- im Falle eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung, spätestens bei der Aufstellung des Beschlusses zur qualitativen Auswahl.

Selbstverständlich darf diese dem öffentlichen Auftraggeber gegebene Möglichkeit nur in außerordentlichen Fällen benutzt werden: sie darf auf keinen Fall zur allgemeinen Regel werden.

Man könnte z.B. auf sie zurückgreifen, wenn das Auftragsverfahren durch die aus unvorhersehbaren Umständen resultierende zwingende Dringlichkeit begründet ist (Artikel 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c), des Gesetzes).

Zur Erinnerung können diese Umstände auf keinen Fall weder dem öffentlichen Auftraggeber angerechnet werden noch vorhersehbar sein.

Das baldige Erreichen des Endes des vorigen Auftrags darf also keineswegs das Zurückgreifen auf dieses Verfahren begründen.

Man kann jedoch ggf. auf das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung auf dieser Grundlage zurückgreifen, wenn sich Naturkatastrophen ereignet haben.

2) wenn es unmöglich ist, den Vergabeerteilungsbeschluss sofort aufzustellen:

Wenn der Vergabeerteilungsbeschluss nicht sofort erstellt werden kann, kann er nachträglich erfolgen, dies spätestens innerhalb von fünfzehn Tagen nach dem Beschluss in den u.a. in den folgenden Artikeln erwähnten hypothetischen Fällen:

Klassische Sektoren

- 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c des Gesetzes: zwingende Dringlichkeit, die aus unvorhersehbaren Umständen in den klassischen Sektoren resultiert.

Besondere Sektoren

- 39, § 2, 1<sup>o</sup>, c des Gesetzes: zwingende Dringlichkeit, die aus unvorhersehbaren Umständen in den besonderen Sektoren resultiert;

- 39, § 2, 3<sup>o</sup>, b des Gesetzes: Ankauf an der Börse von notierten Gütern;

- 39, § 2, 3<sup>o</sup>, c des Gesetzes: Gelegenheitskauf (besonders günstige Gelegenheit, die während sehr kurzer Zeit angeboten wird und für die der zu zahlende Preis erheblich niedriger als die üblich am Markt verlangten Preise ist).

1.3. Allgemeiner Inhalt (Art. 65/5 des Gesetzes)

Ein begründeter Beschluss muss je nach dem Verfahren und der Beschlussart das Folgende enthalten:

1) allgemeine Angaben, nämlich:

- Name und Anschrift der auftraggebenden Behörde;

- Gegenstand des Auftrags

- zu genehmigender Betrag;

2) bei einem Verhandlungsverfahren:

- die rechtlichen und faktischen Gründe, die das Zurückgreifen auf dieses Verfahren begründen bzw. erlauben.

D. h. die gesetzliche Grundlage (eine der in Artikel 17 des Gesetzes vorgesehenen Hypothesen für die klassischen Sektoren), die das Zurückgreifen auf dieses Verfahren begründet, sowie die faktischen Elemente, die beweisen, dass der öffentliche Auftraggeber sich in dieser gesetzlichen Hypothese befindet.

Zum Beispiel:

Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung auf der Grundlage des Artikels 17, § 2, 1<sup>o</sup>, a)

- Begründung in rechtlicher Beziehung

Der geschätzte Betrag des Auftrags beläuft sich auf 45.000 € o. MwSt und liegt also unter dem Schwellenwert von 67.000 € o. MwSt, unter dem es erlaubt ist, auf das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung auf der Grundlage der so genannten Hypothese "des geringen Betrags" zurückzugreifen.

- Begründung in faktischer Beziehung.

3) die Namen der Bewerber oder der Submittenten;

Anmerkung: Diese Bestimmung stellt in gewisser Weise die "letzte Rettung" dar.

Sie kann sich angesichts der unten stehenden Punkte 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> und 7<sup>o</sup> als redundant erweisen; in der Tat betrifft sie jede Person, die zu Rate angesprochen worden ist oder die sich während des Verfahrens gemeldet hat und die jedoch nicht einem der anderen in Artikel 65/5 erwähnten Fälle zugeordnet werden könnte.

- 4) im Falle eines Prüfungssystems (besondere Sektoren):
- die Namen der qualifizierten und nicht qualifizierten Bewerber und die rechtlichen und faktischen Gründe für die Beschlüsse;
  - die Namen der Bewerber, deren Qualifikation entzogen wird und die rechtlichen und faktischen Gründe für die Beschlüsse;
- 5) die Namen der nicht ausgewählten und ausgewählten Bewerber bzw. Submittenten und die rechtlichen und faktischen Gründe für die Beschlüsse;
- 6) die Namen der Submittenten, deren Angebot für nicht ordnungsgemäß befunden wurde und die damit verbundenen rechtlichen und faktischen Gründe;
- 7) die Namen des ausgewählten Submittenten und der Submittenten, deren ordnungsgemäßes Angebot nicht ausgewählt worden ist, und die rechtlichen und faktischen Gründe für den Beschluss;
- 8) bei Verzicht auf die Vergabe des Auftrags:
- die rechtlichen und faktischen Gründe, für die der Verzichtsbeschluss gefasst worden ist und ggf. die Angabe des neuen befolgten Auftragsverfahrens.

Wenn es sich jedoch um durch die kommunalen und provinziellen Behörden vergebene Aufträge handelt, ist der Verzicht eine Befugnis des Kollegiums, während das Wiedereinleiten eines neuen Verfahrens in den Zuständigkeitsbereich des Rates fällt, vorbehaltlich einer ausdrücklichen Vollmachtserteilung wie in Artikel LI222-3 und L2222-2 des Kodex für lokale Demokratie und Dezentralisierung vorgesehen.

#### 1.4. Besonderer Inhalt (Art. 65/6 des Gesetzes)

Der in Artikel 65/5 erwähnte Beschluss gilt als Protokoll, das der Europäischen Kommission auf deren Antrag hin zugeschickt werden kann.

In den klassischen Sektoren ist es nötig, den Anteil des Auftrags, der von einem Subunternehmer übernommen wird, anzugeben, falls er bekannt ist.

### 2. Unterrichtung der Teilnehmer

#### 2.1. Auswahl und Qualifikation der Bewerber

2.1.1. Bei dem beschränkten und dem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nicht ausgewählte Bewerber (Art. 65/7, § 1 des Gesetzes)

Der öffentliche Auftraggeber teilt jedem nicht ausgewählten Bewerber das Folgende mit, sobald der begründete Auswahlbeschluss gefasst ist:

- 1) die aus dem begründeten Beschluss entnommenen Gründe für dessen Nichtberücksichtigung;
- 2) bei einer Begrenzung der Anzahl der ausgewählten Bewerber auf der Grundlage einer Rangordnung den gesamten begründeten Auswahlbeschluss.

Es ist unter Androhung eines Widerspruchs strengstens verboten, den ausgewählten Bewerbern die Aufforderung zur Einreichung eines Angebots zu schicken, bevor die oben stehenden Angaben zugeschickt worden sind.

Auch wenn dies im Gesetz nicht erwähnt ist, wird stark empfohlen, diese Angaben per Einschreiben mitzuteilen, um sich ein genaues Datum zu sichern.

#### 2.1.2. Bei einem Prüfungssystem nicht qualifizierte Bewerber (besondere Sektoren) (Art. 65/7, § 2 des Gesetzes)

Es ist notwendig, jedem nicht qualifizierten Bewerber die Gründe für seine Nichtqualifizierung mitzuteilen, sobald der begründete Qualifikationsbeschluss gefasst worden ist.

Sie müssen dem begründeten Qualifikationsbeschluss entnommen werden und innerhalb der kürzesten Frist und spätestens innerhalb von 15 Tagen ab der Beschlussfassung mitgeteilt werden.

#### 2.2. Auftragsvergabe (Art. 65/8 des Gesetzes)

##### 2.2.1. Inhalt (Art. 65/8, § 1 des Gesetzes)

Bevor Angaben zur Vergabe des Auftrags zugeschickt werden, muss der Vergabebeschluss der Aufsichtsbehörde zugeschickt werden (unter der Bedingung, dass der vergebene Betrag die Schwellenwerte für die Übermittlung überschreitet), da er erst nach dieser Zusendung durchgeführt werden kann (außer in Sachen ÖSHZ, wobei die Aufsicht durch die Provinzgouverneure ausgeübt wird).

Die wie weiter unten erklärte Unterrichtung der verschiedenen Teilnehmer an dem Verfahren kann also nur nach dieser etwaigen Zusendung einer vollständigen Akte an meine Verwaltung erfolgen.

Es ist aber nicht erforderlich, bis zum Ablauf der Aufsichtsfrist zu warten, bevor man besagte Unterrichtung vornimmt.

Sobald der begründete Vergabebeschluss gefasst worden ist, müssen folgende Elemente jedem Submittenten mitgeteilt werden:

- 1) jedem nicht ausgewählten Submittenten: die aus dem begründeten Beschluss entnommenen Gründe für dessen Nichtberücksichtigung;
- 2) jedem Submittenten, dessen Angebot für nicht ordnungsgemäß befunden worden ist: die aus dem begründeten Beschluss entnommenen Gründe für dessen Zurückweisung;
- 3) jedem Submittenten, dessen Angebot nicht ausgewählt worden ist, und dem ausgewählten Submittenten: der mit Gründen versehene Beschluss.

Gegebenenfalls (= wenn die Bestimmungen bezüglich der Wartezeit anwendbar sind), muss die Unterrichtung ebenfalls das Folgende enthalten:

- 1) die genaue Angabe der genauen Dauer der Wartezeit (Art. 65/11 des Gesetzes);
  - da die Frist von 15 Tagen eine Mindestfrist ist, ist es wichtig, genau zu anzugeben, welche Wartezeit tatsächlich angewandt wird, und also bis zu welchem genauen Datum die Wartezeit laufen wird;
- 2) die dem Submittenten unterbreitete Empfehlung, die auftraggebende Behörde im Laufe der Wartezeit über das Einreichen eines Antrags auf Aussetzung zu benachrichtigen (Benachrichtigung per Fax, elektronische Post oder jedes andere elektronische Mittel);
- 3) die Angabe der Faxnummer oder der elektronischen Anschrift für die Zusendung der Benachrichtigung.

##### 2.2.2. Kommunikationsmittel (Art. 65/8, § 1, Absatz 3 des Gesetzes)

Die auftraggebende Behörde teilt die oben erwähnten Elemente mit:

- per Fax, elektronische Post oder jedes andere elektronische Mittel, und am selben Tag
- per eingeschriebenen Brief.

### 2.2.3. Auswirkungen (Art. 65/8, § 2 des Gesetzes)

\* Keine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem ausgewählten Submittenten zu diesem Zeitpunkt des Verfahrens.

Man darf die Unterrichtung des ausgewählten Submittenten, die während der Wartezeit zur gleichen Zeit wie die Unterrichtung der nicht ausgewählten Submittenten (auf der Grundlage von Artikel 65/8, § 1, Abs. 1, 3° des Gesetzes) stattfindet, mit der amtlichen Zustellung der Bezeichnung des Auftragnehmers nicht verwechseln.

Nur die amtliche Zustellung lässt die vertragliche Bindung entstehen, während die einfache, in diesem Artikel erwähnte Unterrichtung nicht als Vertragsabschluss gilt.

Es muss also zuerst unterrichtet, auf den Ablauf der "standstill-Frist" gewartet und dann eventuell amtlich zugestellt werden.

\* Die Verpflichtungsfrist der Submittenten wird während der Dauer der Wartezeit ausgesetzt; sie läuft wieder:

- ab Ende des letzten Tages der Wartezeit, wenn kein Aussetzungsantrag inzwischen eingereicht worden ist;
- ab dem Tag des Beschlusses der Beschwerdeinstanz im Falle eines Aussetzungsantrags;
- auf jeden Fall spätestens 45 Tage nach der Unterrichtung durch die auftraggebende Behörde.

Was also bedeutet, dass wie lange es auch immer dauert, bis die Beschwerdeinstanz befindet, die Verpflichtungsfrist 45 Tage nach der Unterrichtung wieder laufen wird.

### 2.3. Verzicht auf den Auftrag oder erneutes Einleiten des Auftragsverfahrens (Art. 65/9 des Gesetzes)

Die auftraggebende Behörde MUSS, sobald der Beschluss zum Verzicht auf einen Auftrag gefasst worden ist, den betroffenen Bewerbern und den Submittenten den begründeten Beschluss mitteilen.

Auch wenn der Beschluss zum Verzicht kein Beschluss ist, der an sich der allgemeinen Aufsicht mit obligatorischer Übermittlung unterliegt, ist es wünschenswert, meine Verwaltung über jeden Beschluss zum Verzicht auf einen öffentlichen Auftrag zu unterrichten, wenn ihr die Akte bezüglich der Wahl des Vergabeverfahrens zur Untersuchung vorgelegt worden war.

### 2.4. Einschränkungen auf drei Ebenen (Art. 65/10, § 1 und § 2 des Gesetzes)

Besondere Einschränkungen sind vorgesehen, was die Mitteilung der Informationen betrifft; sie betreffen die Art der Auskünfte, die Eigenschaft der mit deren Mitteilung beauftragten Personen sowie den Zeitpunkt, zu dem ein Zugang zu den Dokumenten des Auftrags möglich ist:

1) So können, was die Art der Auskünfte betrifft (Art. 65/10, § 1 des Gesetzes), keine Auskünfte mitgeteilt werden, wenn deren Bekanntmachung:

- ein Hindernis für die Anwendung eines Gesetzes sein würde;
- gegen das öffentliche Interesse verstoßen würde;
- den legitimen kommerziellen Interessen der Unternehmen schaden würde;
- einer gesunden Konkurrenz zwischen den Teilnehmern schaden könnte.

2) Was die Eigenschaft der mit der Kommunikation beauftragten Personen betrifft (Art. 65/10, § 2 des Gesetzes):

- das Verbot, Informationen bekanntzugeben, wird jeder Person auferlegt, die aufgrund ihres Amtes oder ihrer Aufgaben vertrauliche Auskünfte bezüglich der Aufträge oder deren Vergabe bzw. Durchführung erfahren hat (u.a. technische oder kommerzielle Geheimnisse und die vertraulichen Aspekte der Angebote).

3° In Sachen Zugang zu den Dokumenten (Art. 65/10, § 2 des Gesetzes):

- kein Bewerber, Submittent oder Dritter darf Zugang zu den Dokumenten bezüglich des Verfahrens (Anträge auf Teilnahme, Angebote, interne Dokumente) haben, solange die auftraggebende Behörde keinen Beschluss in Bezug auf den Auftrag gefasst hat.

### 3. Wartezeit (Art. 65/11 bis 65/13 des Gesetzes)

#### 3.1. Allgemeine Regelung (Art. 65/11 des Gesetzes)

Das Gesetz vom 23. Dezember 2009 hebt die Artikel 21*bis*, 41*sexies* und 62*bis*, in denen die Wartezeit oder "standstill"-Zeit früher behandelt war, auf.

Es ist verboten, den Auftrag abzuschließen, d.h. dem ausgewählten Submittenten den Vergabebeschluss amtlich zuzustellen:

1) vor dem Ablauf einer Frist von 15 Tagen ab dem Tag, der auf den Tag der Sendung des begründeten Beschlusses folgt, dies gemäß Artikel 65/8, § 1, Absatz 3 des Gesetzes;

2) bevor die Beschwerdeinstanz befunden hat, im Falle eines innerhalb der vorerwähnten Frist von 15 Tagen eingereichten Antrags auf Aussetzung der Durchführung des Vergabebeschlusses.

Bemerkungen:

1) Die dem Submittenten unterbreitete Empfehlung, die auftraggebende Behörde über das Einreichen eines Antrags auf Aussetzung ihres Beschlusses per Fax, elektronische Post oder ein anderes elektronisches Mittel zu unterrichten (S. die Nr. 2.2.1 vorliegenden Rundschreibens), ist u.a. dazu bestimmt, die Einhaltung dieser Bestimmung zu sichern und also sich davon zu vergewissern, dass die auftraggebende Behörde den Auftrag nicht amtlich zustellt, während ein Antrag auf Aussetzung ihres Beschlusses eingereicht worden ist.

2) Das der auftraggebenden Behörde auferlegte Verbot, ihren Beschluss amtlich zuzustellen, bevor die Beschwerdeinstanz befunden hat, kommt nur dem Urheber eines innerhalb der vorgesehenen Frist formulierten Aussetzungsantrags zu Gute.

Was anders gesagt bedeutet, dass nur ein Submittent, der einen Aussetzungsantrag eingereicht hat und der ihn während der Wartezeit formuliert hat, die mit seinem Antrag verbundene aufhebende Wirkung in Anspruch nehmen kann.

3) Was die Berechnung der Wartezeit betrifft, wird diese gemäß der Verordnung (EWG, Euratom) Nr. 1182/71 des Rates vom 3. Juni 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine vorgenommen.

Gemäß Artikel 3 besagter Verordnung:

- läuft eine in Tagen ausgedrückte Frist ab der ersten Stunde des ersten Tages und endet beim Ablauf der letzten Stunde des letzten Tages der Frist;

- enthalten die Fristen die Feiertage, die Sonn- und Samstage, außer wenn diese ausdrücklich ausgeschlossen sind oder wenn die Fristen in Werktagen ausgedrückt werden;

- endet die Frist beim Ablauf der letzten Stunde des folgenden Werktags, wenn der letzte Tag der Frist, die nicht in Stunden ausgedrückt ist, ein Sonn- bzw. Samstag ist.



Da die in Artikel 65/11 erwähnte Wartezeit eine in Kalendertagen und nicht in Werktagen ausgedrückte Frist ist, enthält sie also ebenfalls die Wochenenden und die Feiertage.

Wenn der letzte Tag der Frist aber ein Samstag, ein Sonntag oder ein Feiertag ist, wird der Ablauftermin auf den folgenden Werktag verlegt.

### 3.2. Anwendungsbereich

#### SEHR WICHTIG

Die Wartezeit betrifft:

- \* die Aufträge, deren geschätzter Betrag den europäischen Schwellenwert erreicht;
- \* andere Aufträge, die durch den belgischen Gesetzgeber ihnen gleichgestellt werden, nämlich:
  - die BAU-Aufträge, deren zu genehmigender Angebotsbetrag 2.422.500 € o. MwSt überschreitet, wobei dieser Betrag der Hälfte des durch den König für die europäische Bekanntmachung in Sachen Bauaufträge festgelegten Betrags entspricht (s. Titel 4, Punkt 1 des vorliegenden Rundschreibens; Art. 65/30, Absatz 1 des Gesetzes);
  - die unter den Schwellenwerten geschätzten Liefer- und Dienstleistungsaufträge, deren zu genehmigender Angebotsbetrag jedoch den für die europäische Bekanntmachung festgesetzten Schwellenwert um mehr als 20% überschreitet, d.h. 231.600 € o. MwSt in den klassischen Sektoren und 464.400 € o. MwSt (s. Titel 4, Punkt 2 des vorliegenden Rundschreibens; Art. 65 /3, Absatz 3 des Gesetzes) überschreitet;

#### 3.3. Berechnung der Wartezeit (Art. 65/11 des Gesetzes)

Die Wartezeit läuft ab dem auf die Zusendung des begründeten Beschlusses folgenden Tag.

Werden alle Schreiben nicht gleichzeitig an die verschiedenen betroffenen Personen geschickt, so läuft die Wartezeit ab dem auf den Tag der letzten Sendung folgenden Tag. Es ist also besser, alles am selben Tag zu schicken, um Schwierigkeiten zu vermeiden.

#### 3.4. Ausnahmen (Art. 65/12 des Gesetzes)

Es ist nicht erforderlich, in den folgenden Fällen eine Wartezeit einzuhalten:

- 1) keine vorherige europäische Bekanntmachung ist obligatorisch, d.h. wenn keine Auftragsbekanntmachung vor dem Ansprechen der Bewerber und Submittenten veröffentlicht werden muss; sind dadurch betroffen:
  - a) die Aufträge, die mittels eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung vergeben werden;
  - b) die in der Anlage 2B zum Gesetz erwähnten Dienstleistungsaufträge;
- 2) der einzige betroffene Submittent ist derjenige, dem der Auftrag vergeben wird, und in Ermangelung von betroffenen Bewerbern, d.h. wenn sich ein einziger Ausschreibungsteilnehmer gemeldet hat.

#### 3.5. Freiwillige "ex ante" Transparenzbekanntmachung (Art. 65/18 des Gesetzes)

Hypothese: der öffentliche Auftraggeber kann die Veröffentlichung einer freiwilligen "ex ante" Transparenzbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vornehmen lassen, falls sein Auftrag grundsätzlich nicht Gegenstand einer vorherigen europäischen Bekanntmachung sein musste.

Ein Beispiel dieser Anwendung könnte ein öffentlicher Auftrag in Höhe von 250.000 € o. MwSt sein, für den ein öffentlicher Auftraggeber zwischen der Bezeichnung "Bauarbeiten" und den Bezeichnungen "Lieferungen" bzw. "Dienstleistung" zögert.

Die Bezeichnung ist hier besonders wichtig, da ein Bauauftrag mit diesem Betrag nur Gegenstand einer belgischen Bekanntmachung sein muss (weil er weniger als 4.845.000 € o. MwSt beträgt), während ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag mit dem gleichen Betrag Gegenstand einer Bekanntmachung auf europäischer Ebene sein muss (weil er mehr als 193.000 € o. MwSt beträgt).

Der öffentliche Auftraggeber entscheidet sich dafür, den Auftrag als Bauauftrag zu bezeichnen, beschließt aber aufgrund des Zweifels und des auf der Ebene der europäischen Bekanntmachung unterschiedlichen Schwellenwerts die Veröffentlichung einer freiwilligen "ex ante" Transparenzbekanntmachung vorzunehmen, bevor er den Submittenten benachrichtigt, damit die Tatsache, dass keine Bekanntmachung auf europäischer Ebene stattgefunden hat, nicht die Verkündung einer Erklärung der Unwirksamkeit des abgeschlossenen Auftrags zur Folge haben kann, wenn sein Auftrag durch die etwaige Beschwerdeinstanz als Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag neu bezeichnet wird.

Zielsetzung: die Veröffentlichung einer solchen Bekanntmachung macht es möglich, das Verkünden einer Erklärung der Unwirksamkeit des mit dem Auftragnehmer abgeschlossenen Vertrags durch ein Gericht zu vermeiden.

Inhalt der Bekanntmachung:

- 1) Diese Bekanntmachung muss die Absicht der auftraggebenden Behörde, einen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung auf europäischer Ebene abzuschließen, erklären.
- 2) Sie muss folgende Angaben enthalten:
  - Name und nähere Angaben zur auftraggebenden Behörde;
  - Beschreibung des Gegenstands des Auftrags;
  - Begründung des Beschlusses der auftraggebenden Behörde, den Auftrag ohne vorherige europäische Bekanntmachung abzuschließen;
  - Name und nähere Angaben zum Submittenten, dem der Auftrag durch Beschluss vergeben worden ist;
  - und ggf. jede andere Angabe, die die auftraggebende Behörde für nützlich hält.

Bedingung: um diese Bekanntmachung vornehmen zu können (d.h. einer etwaigen Erklärung der Unwirksamkeit zu entkommen), muss die auftraggebende Behörde eine Wartezeit von zehn Tagen ab dem auf die Veröffentlichung der Transparenzbekanntmachung folgenden Tag einhalten, bevor sie ihren Auftrag abschließt (amtlich zustellt).

Bemerkungen:

- 1) Die oben erwähnte Frist von zehn Tagen darf nicht mit irgend einer Wartezeit zwischen der Unterrichtung der Submittenten und der amtlichen Zustellung an den ausgewählten Submittenten verwechselt werden. Es handelt sich hier um eine völlig unabhängige Frist, da sie eine verschiedene Laufzeit, einen anderen Startpunkt und eine andere Zielsetzung aufweist.
- 2) Die "ex ante" Transparenzbekanntmachung darf auch nicht mit einer klassischen Auftragsbekanntmachung oder mit einer Vergabebekanntmachung verwechselt werden; es handelt sich um eine andere Art der Bekanntmachung, die auf einem anderen Muster basiert, das man in der Anlage 2D zum Königlichen Erlass vom 8. Januar 1996 finden kann.
- 3) Die Transparenzbekanntmachung muss ebenfalls im Anzeiger der Ausschreibungen veröffentlicht werden. Wenn jedoch vergessen wurde, die Veröffentlichung im besagten Anzeiger zu veranlassen, kann doch keine Erklärung der Unwirksamkeit angewandt werden; die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union reicht in dieser Hinsicht aus.

Titel 3: Aufträge, die die europäischen Schwellenwerte nicht erreichen

### 1. Allgemeine Regelung (Art. 65/28 und 65/29 des Gesetzes)

Die folgenden Artikel, die auf die europäischen Aufträge anwendbar sind, finden ebenfalls Anwendung auf die Aufträge mit belgischer Bekanntmachung:

- Artikel 65/4 bezüglich der Verpflichtungen in Sachen Begründung und des Zeitpunkts, zu dem sie zu erfüllen sind (sowohl was die Beratungen zur Bestimmung des Verfahrens für die Vergabe als auch diejenigen zum Vornehmen einer Auswahl oder einer Qualifikation als auch diejenigen, durch die der Auftragnehmer bezeichnet wird, betrifft, wobei diese Beschlüsse je nach deren Art und den betroffenen Beträgen eventuell der Aufsicht unterliegen);
- Artikel 65/5, durch den der Inhalt der begründeten Beschlüsse bestimmt wird;
- Artikel 65/7, der sich auf die Unterrichtung der nicht ausgewählten oder nicht qualifizierten Bewerber bezieht;
- Artikel 65/8, § 1, Abs. 1 bezüglich der Unterrichtung der Submittenten aber ohne Angabe der Elemente in Bezug auf die Wartezeit, da diese grundsätzlich nicht auf die belgischen Aufträge anwendbar ist (außer den unter dem oben erwähnten Punkt 3.2. erklärten Ausnahmen).

Gleiche Bemerkung wie für die Aufträge auf europäischer Ebene in Bezug auf die Zusendung zur Aufsichtsbehörde vor jeder Maßnahme zur Unterrichtung der an dem Verfahren beteiligten Teilnehmer (außer ÖSHZ);

- Artikel 65/9, in dem die Mitteilung des begründeten Beschlusses an die betroffenen Bewerber und an die Submittenten im Falle des Verzichts auf die Vergabe eines Auftrags behandelt wird;
- Artikel 65/10, in dem die Beschränkungen in Sachen Unterrichtung behandelt werden (s. Seite 10, Punkt 2.4. des vorliegenden Rundschreibens).

Man kann feststellen, dass in der Gesetzgebung nicht ausdrücklich vorgesehen wird, dass Artikel 65/8, § 2, in dem steht, dass die Unterrichtung der Submittenten nicht als vertragliche Verpflichtung gilt, auf die Aufträge mit belgischer Bekanntmachung anwendbar ist.

Es wäre jedoch bei einer freiwilligen Anwendung einer Wartezeit im Rahmen eines Auftrags mit belgischer Bekanntmachung schwer vorstellbar und gegen den Geist des neuen Gesetzes, wenn man dies nicht anwenden würde, da die freiwillige Anwendung der Wartezeit keine Wirkung hätte, wenn die einfache Unterrichtung des ausgewählten Submittenten dem Abschluss des Vertrags gleichgestellt wird.

In der Gesetzgebung wird auch nicht vorgesehen, dass Artikel 65/8, § 1, Absatz 3, durch den die Mittel zur Mitteilung der Informationen bezüglich der Vergabe eines Auftrags (Faxgerät, elektronische Post oder ein anderes elektronisches Mittel mit Zusendung per Einschreiben am selben Tag) bestimmt werden, auf die Aufträge mit belgischer Bekanntmachung anwendbar ist.

Es ist jedoch aus mit dem Beweis und der sicheren Übermittlung verbundenen Gründen nicht möglich, auf eine andere Art zu verfahren als diejenige, die in Artikel 65/8, § 1, Absatz 3 angegeben wird.

Also empfehlen wir ebenfalls für die der belgischen Bekanntmachung unterliegenden Aufträge eine Zusendung der Informationen per Fax, elektronische Post oder ein anderes elektronisches Mittel UND am selben Tag eine Zusendung per Einschreiben.

### 2. Fakultative Anwendung der Wartezeit (Art. 65/30, Abs. 2 des Gesetzes)

Die auftraggebende Behörde kann beschließen, Artikel 65/11, Absatz 1 bezüglich der Wartezeit auf einen der belgischen Bekanntmachung unterliegenden Auftrag anwendbar zu machen, d.h. eine freiwillige Anwendung der Wartezeit vorzunehmen.

In diesem Fall ist aber die besagte Behörde nicht verpflichtet, die Ausführung des Beschlusses nach der Wartezeit auszusetzen, da diese Bestimmungen (die in Artikel 65/8, § 2, Abs. 2 vorgesehen sind,) nur auf die Aufträge anwendbar sind, für die eine Wartezeit angewandt werden muss.

Man kann sich jedoch Fragen über das Interesse für die auftraggebende Behörde stellen, eine freiwillige Anwendung der Wartezeit vorzunehmen, um es möglichen Beschwerdeführern zu ermöglichen, sich zu melden, ohne die Ausführung ihres Beschlusses in Erwartung des Aussetzungsbeschlusses der Beschwerdeinstanz auszusetzen, falls eine Beschwerde eingereicht würde.

Titel 4: Besondere Regelungen für bestimmte Aufträge

### 1. Die großen Bauaufträge (Art. 65/30, Abs. 1 des Gesetzes)

Hypothese: als große Bauaufträge gelten die der obligatorischen belgischen Bekanntmachung unterliegenden Bauaufträge, deren zu genehmigender Angebotsbetrag o. MwSt zwischen dem europäischen Schwellenwert in Sachen Bauarbeiten (zur Zeit 4.845.000 €) und einem der Hälfte dieses Schwellenwertes entsprechenden Betrag (=> zur Zeit 2.422.500 €) liegt.

Konsequenz: die in dieser Spanne stehenden Aufträge unterliegen denselben Verpflichtungen wie die europäischen Aufträge, was die Wartezeit (Art. 65/11 bis 65/13 des Gesetzes) sowie was die ggf. anwendbare Strafmaßnahme bei Nichteinhaltung der besagten Frist, nämlich die Erklärung der Unwirksamkeit (Art. 65/18, Absätze 1 und 4 und Art. 65/19 bis 22 des Gesetzes) betrifft.

### 2. Die sogenannten "gleitenden" Aufträge (Art 65/3, Abs. 3 des Gesetzes)

Hypothese: diese Bezeichnungen betreffen die Aufträge, deren:

- anfängliche Schätzung unter dem europäischen Schwellenwert lag;
- deren Betrag o. MwSt des zu genehmigenden Angebots den europäischen Schwellenwert, d.h. 231.600 € o. MwSt in den klassischen Sektoren und 464.400 € o. MwSt in den besonderen Sektoren, um 20 % überschreitet.

Konsequenz: auf diese Aufträge werden die gesamten Bestimmungen bezüglich der europäischen Aufträge (einschließlich der Wartezeit) angewandt.

Bemerkung: auch wenn es im Text nicht ausdrücklich erwähnt wird, findet diese Hypothese in der Tat nur auf die öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträge Anwendung, da in Artikel 65/30 in Bezug auf die Bauaufträge bereits besondere Regeln für die Aufträge vorgesehen werden, deren zu genehmigender Angebotsbetrag den europäischen Schwellenwert um 50 % überschreitet.

Diese Bestimmung könnte in Sachen öffentliche Bauaufträge nur dann angewandt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber den Schätzwert des Auftrags ganz deutlich unterschätzen würde, d.h. unter 2.422.500 € o. MwSt, und nachher einen zu genehmigenden Angebotsbetrag über 5.814.000 o. MwSt haben würde.

### 3. Die "kleinen" Aufträge

#### 3.1. Gesetzliche Grundlagen

- Artikel 65/29 des Gesetzes vom 24. Dezember 1993;
- Artikel 25 (Bauarbeiten), 51 (Lieferungen) und 80 (Dienstleistungen) des Königlichen Erlasses vom 8. Januar 1996;
- Artikel 111 des Königlichen Erlasses vom 10. Januar 1996.

### 3.2. Hypothese

Werden "kleine Aufträge" genannt und also durch die oben erwähnten gesetzlichen Bestimmungen betroffen die Aufträge:

- deren zu genehmigender Ausgabenbetrag o. MwSt 67.000 € in den klassischen Sektoren und 135.000 € in den besonderen Sektoren nicht überschreitet;
  - und dies was auch immer das Verfahren und die Auftragsart (Bauarbeiten, Lieferungen, Dienstleistungen) sind.
- Die oben erwähnten Bestimmungen betreffen nicht die durch eine einfache angenommene Rechnung festgestellten Aufträge (Beträge, die 5.500 € o. MwSt nicht überschreiten).

### 3.3. Die Begründung

Ein begründeter Beschluss muss aufgestellt werden:

- für die Auswahl, wenn das Vergabeverfahren eine erste Phase enthält, die das Einreichen von Anträgen auf Teilnahme mit sich zieht (beschränkte Ausschreibung, beschränkter Angebotsaufruf, in einem Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung sowie in einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, in diesem letzten Fall, wenn die Phase der qualitativen Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber formalisiert worden ist;
- für die Vergabe des Auftrags (ggf. der Aufsichtsbehörde unterliegender Beschluss);
- bei Verzicht auf die Vergabe eines Auftrags und ggf. Beschluss, ein neues Auftragsverfahren einzuleiten.

Auch wenn im Gesetz vom 23. Dezember 2009 nicht darauf hingewiesen wird, ist es trotzdem zwingend, einen begründeten Beschluss zu verfassen, um das Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftrags auszuwählen und dessen Bedingungen zu bestimmen.

Auch wenn sie nicht durch das Sondergesetz über die öffentlichen Aufträge betroffen sind, unterliegen die andere Beratungsarten betreffend die kleinen Aufträge in der Tat weiterhin der allgemeinen Bestimmung, die das Gesetz vom 29. Juli 1991 über die ausdrückliche Begründung der Verwaltungsakte, die ebenfalls eine ausdrückliche Begründung auferlegt, darstellt.

### 3.4. Die Unterrichtung

Die kleinen Aufträge sind der einzige Fall, in dem man die einfache Unterrichtung der Bewerber und Submittenten von der Mitteilung der Gründe, die die gefassten Beschlüsse rechtfertigen, trennen kann.

Was die Unterrichtung betrifft, findet die folgende leichtere Regelung auf die kleinen Aufträge Anwendung:

- schriftliche Unterrichtung aller Bewerber und Submittenten sowohl zum Zeitpunkt der qualitativen Auswahl (für die Verfahren in zwei Phasen) als auch zum Zeitpunkt der Vergabe, sofort nach dem Fassen des betroffenen Beschlusses (Verpflichtung zur Unterrichtung der nicht ausgewählten Bewerber und der nicht ausgewählten Submittenten), ohne Verpflichtung, die Gründe zu diesem Zeitpunkt beizufügen;
- Möglichkeit für den betroffenen Bewerber bzw. Submittenten, innerhalb von 30 Tagen schriftlich nach den einschlägigen Gründen des Beschlusses zu fragen;
- innerhalb von 15 Tagen zu übermittelnde zusätzliche Informationen.

Es ist jedoch möglich, die Gründe direkt der Unterrichtung beizufügen.

### 3.5. Der Verzicht auf die Vergabe des Auftrags

Die minimalen Verpflichtungen in Sachen Unterrichtung sind die Folgenden:

- schriftliche Mitteilung des Beschlusses, auf die Vergabe des Auftrags zu verzichten, sofort bei der Beschlussfassung, ohne Verpflichtung, zu diesem Zeitpunkt die Gründe beizufügen;
- Möglichkeit für den betroffenen Bewerber bzw. Submittenten, innerhalb von 30 Tagen schriftlich um die Mitteilung des Beschlusses zu bitten;
- schriftliche Mitteilung innerhalb von 15 Tagen.

### ZWEITER TEIL: Die Rechtsmittel

Mehrere Rechtsmittel bestehen in der neuen, am 25. Februar 2010 in Kraft getretenen Gesetzgebung, neben der Möglichkeit einer Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde:

- die Nichtigkeitsklage (Art. 65/14 des Gesetzes);
- die Aussetzungsklage (Art. 65/15 des Gesetzes);
- die Klage, um Schadensersatz zu erhalten (Art. 65/16 des Gesetzes);
- die Erklärung der Unwirksamkeit (Art. 65/17 und ff. des Gesetzes - Neuer Beschwerdeweg);
- die Ersatzstrafmaßnahmen (Art. 65/22 des Gesetzes).

Weiter unten steht eine kurze Beschreibung, um die verschiedenen Strafmaßnahmen vorzustellen, die im Falle einer bei einem öffentlichen Auftrag festgestellten Gesetzwidrigkeit angewandt werden könnten.

#### 1. Die Nichtigkeitsklage (Art. 65/14 des Gesetzes);

##### 1.1. Personen, die eine Klage einreichen können

Eine Klage kann durch jede Person eingereicht werden,

- die ein Interesse an der Vergabe eines Auftrags hat bzw. gehabt hat;
- die durch die erwähnte Gesetzwidrigkeit benachteiligt worden ist oder die benachteiligt werden könnte.

##### 1.2. Beschlussarten, die für nichtig erklärt werden können

Jeder Beschluss der auftraggebenden Behörde kann für nichtig erklärt werden, einschließlich derjenigen, die nur technische, wirtschaftliche oder finanzielle diskriminierende Spezifikationen betreffen.

##### 1.3. Gründe für die Nichtigerklärung

Die Gründe für die Nichtigerklärung sind die Folgenden:

- Befugnismissbrauch;
- Verletzung des Gemeinschaftsrechts in Sachen öffentliche Aufträge;
- Verletzung der gesetzlichen bzw. ordnungsmäßigen Bestimmungen des belgischen Rechts in Sachen öffentliche Aufträge (Verfassung, Gesetze, Erlasse...);
- Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Rechts (Billigkeit, Gleichheit und Nichtdiskriminierung zwischen den Submittenten, ordnungsgemäße Verwaltung, Konkurrenz, Transparenz,...);
- Verletzung der Dokumente des Auftrags (Auftragsbekanntmachung, Sonderlastenheft,...).

#### 1.4. Modalitäten der Nichtigkeitsklage (Art. 65/23 und 65/24 des Gesetzes)

Die Nichtigkeitsklage wird folgendermaßen eingereicht:

- bei der Verwaltungsstreitsachenabteilung des Staatsrats, wenn die auftraggebende Behörde eine in Artikel 14, § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat genannte Behörde ist, d.h. wenn die auftraggebende Behörde eine "Verwaltungsbehörde" im Sinne dieser Bestimmung ist;
- bei dem ordentlichen Richter, wenn die auftraggebende Behörde keine in Artikel 14, § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat genannte Behörde ist (sie ist keine Verwaltungsbehörde im Sinne dieser Bestimmung).

Die besagte Klage muss innerhalb von 60 Tagen ab der Bekanntmachung, der Mitteilung oder der Zurkenntnisnahme des Rechtsaktes, je nach Art des Aktes, eingereicht werden (Art. 65/23, § 2 des Gesetzes).

#### 1.5. Besonderheiten der Nichtigkeitsklage

Ein Antrag auf vorläufige Maßnahmen kann zur gleichen Zeit wie der Nichtigkeitsantrag eingereicht werden (Art. 65/15, letzter Absatz).

### 2. Die Aussetzungsklage (Art. 65/15 des Gesetzes)

#### 2.1. Personen, die eine Klage einreichen können

Wie bei der Nichtigkeitsklage kann die Aussetzungsklage durch jede Person eingereicht werden:

- die ein Interesse an der Vergabe eines Auftrags hat bzw. gehabt hat;
- die durch die erwähnte Gesetzeswidrigkeit benachteiligt worden ist oder die benachteiligt werden könnte.

Wichtige Bemerkung: der Kläger muss nicht mehr den Beweis der Gefahr eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils aufbringen, damit seine Aussetzungsklage zulässig ist.

#### 2.2. Beschlussarten, die ausgesetzt werden können

Wie bei der Nichtigkeitsklage kann jeder Beschluss der auftraggebenden Behörde ausgesetzt werden, einschließlich derjenigen, die nur technische, wirtschaftliche oder finanzielle diskriminierende Spezifikationen betreffen.

#### 2.3. Gründe für die Aussetzung

Die Gründe für die Aussetzung sind mit den Gründen für die Nichtigkeit identisch, nämlich:

- Befugnismissbrauch;
- Verletzung des Gemeinschaftsrechts in Sachen öffentliche Aufträge;
- Verletzung der gesetzlichen bzw. ordnungsmäßigen Bestimmungen des belgischen Rechts in Sachen öffentliche Aufträge (Verfassung, Gesetze, Erlasse...);
- Verletzung der allgemeinen Grundsätze des Rechts (Billigkeit, Gleichheit und Nichtdiskriminierung zwischen den Submittenten, ordnungsgemäße Verwaltung, Konkurrenz, Transparenz,...);
- Verletzung der Dokumente des Auftrags (Auftragsbekanntmachung, Sonderlastenheft,...).

#### 2.4. Modalitäten der Aussetzungsklage (Art. 65/23 und 65/24 des Gesetzes)

Der Antrag auf Aussetzung wird gemäß einem Dringlichkeitsverfahren oder einem Verfahren für einstweilige Verfügungen eingereicht (Art. 65/15, Absatz 2):

- bei der Verwaltungsstreitsachenabteilung des Staatsrats, wenn die auftraggebende Behörde eine in Artikel 14, § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat genannte Behörde ist;
- bei dem ordentlichen Richter, wenn die auftraggebende Behörde keine in Artikel 14, § 1 der koordinierten Gesetze über den Staatsrat genannte Behörde ist.

Die besagte Klage muss innerhalb von 15 Tagen ab der Bekanntmachung, der Mitteilung oder der Zurkenntnisnahme des Rechtsaktes, je nach Art des Aktes, eingereicht werden (Art. 65/23, § 3 des Gesetzes).

Bei Anwendung von Artikel 65/18 (Veröffentlichung einer freiwilligen "ex ante" Transparenzbekanntmachung) wird diese Frist für die Einreichung auf 10 Tage verringert.

Die Beschwerdeinstanz informiert sofort die auftraggebende Behörde über jede Einreichung eines Aussetzungsantrags (Art. 65/25, Absatz 2).

#### 2.5. Besonderheiten der Aussetzungsklage

Die Beschwerdeinstanz kann ggf. zusätzlich zu dem Aussetzungsbeschluss ein Zwangsgeld auferlegen.

Solange sie mit einer Nichtigkeitsklage befasst ist, kann die Beschwerdeinstanz ebenfalls die vorläufigen Maßnahmen befehlen,

- die zum Ziel haben, die angeführte Verletzung zu korrigieren oder auch zu vermeiden, dass den betroffenen Interessen geschadet wird;
- die zur Durchführung ihres Beschlusses notwendig sind.

Der Antrag auf vorläufige Maßnahmen kann zur gleichen Zeit wie der Aussetzungsantrag oder der Nichtigkeitsantrag eingereicht werden (Art. 65/15, letzter Absatz).

Die Beschwerdeinstanz berücksichtigt die möglichen Konsequenzen einer Aussetzung der Durchführung oder der Verkündung von vorläufigen Maßnahmen. Sie nimmt eine Bilanz der bestehenden sowohl öffentlichen als auch privaten Interessen vor, denen geschadet werden könnte, und kann beschließen, die Aussetzung nicht zu genehmigen oder keine vorläufigen Maßnahmen zu genehmigen, wenn die negativen Konsequenzen zu schwerwiegend sein könnten im Verhältnis zu den Vorteilen, die sich aus der Verkündung der einen oder anderen dieser Maßnahmen ergeben.

Zur Erinnerung: Wegfallen der Anforderung der Gefahr eines schwer wiedergutzumachenden ernsthaften Nachteils, die früher, was die Aussetzungsanträge betrifft, vorgesehen war.

#### 2.6. Konsequenzen des Aussetzungsbeschlusses (Art. 65/13 des Gesetzes)

Die Aussetzung eines Vergabebeschlusses verursacht:

- das Verbot, den Auftrag derart zu vergeben (d.h. dem ausgewählten Submittenten den Auftrag zuzustellen);
- die Aussetzung von Rechts wegen der Ausführung des eventuell innerhalb der Wartezeit abgeschlossenen Auftrags (Fall der Nichteinhaltung der Wartezeit).

In diesem Fall muss also die auftraggebende Behörde:

- dem Auftragnehmer unverzüglich die Aussetzung mitteilen;
- dem Auftragnehmer die Anweisung geben, mit der Durchführung des Auftrags nicht zu beginnen bzw. sie zu stoppen.

Als Reaktion zu dem Aussetzungsbeschluss kann die auftraggebende Behörde:

- entweder auf die Vergabe des Auftrags verzichten und beschließen, ein neues Verfahren einzuleiten;
- oder ihren Akt zurückziehen und einen neuen (die Gesetzmäßigkeit einhaltenden) Beschluss fassen und ggf. einen neuen Auftragnehmer bezeichnen.

Wenn die Aussetzungsklage nicht von einer Nichtigkeitsklage (innerhalb von 60 Tagen) oder vom einem Antrag auf Erklärung der Unwirksamkeit (innerhalb von 30 Tagen) gefolgt wird:

- Streichung von Rechts wegen der Aussetzung der Durchführung des Vergabebeschlusses und der Aussetzung der Ausführung des Auftrags.

### 3. Der Schadensersatz (Art. 65/16 des Gesetzes)

#### 3.1. Personen, die eine Klage einreichen können

Jede Person, der durch eine der in Artikel 65/14 erwähnten Verletzungen, die durch eine auftraggebende Behörde verübt wird, geschadet wird, kann einen Antrag auf Schadensersatz einreichen.

#### 3.2. Bedingungen für die Gewährung eines Schadensersatzes

Es ist grundsätzlich notwendig, das Bestehen eines Schadens sowie den ursächlichen Zusammenhang zwischen Letzterem und der angeführten Verletzung zu beweisen.

Was jedoch die besonderen Sektoren (Art. 65/16, Absatz 2) betrifft, muss der Kläger im Falle eines Antrags auf Schadensersatz bezüglich der zur Vorbereitung eines Angebots oder zur Beteiligung an dem Verfahren notwendigen Kosten nur das Folgende beweisen:

- eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts in Sachen öffentliche Aufträge oder des Gesetzes oder seiner Durchführungserlasse;

- sowie die Tatsache, dass er wirklich in der Lage war, den Auftrag zu erhalten.

#### 3.3. Modalitäten für die Einreichung des Antrags auf Schadensersatz (Art. 65/23, § 4 und 65/24, letzter Absatz des Gesetzes)

Der oben erwähnte Antrag muss bei dem ordentlichen Richter gemäß Artikel 65/24, letzter Absatz, des Gesetzes eingereicht werden.

Die benachteiligte Person muss ihren Einspruch innerhalb von 5 Tagen ab der Bekanntmachung, der Mitteilung oder der Zurkenntnisnahme des Rechtsaktes, je nach Art des Aktes, einreichen (Art. 65/23, § 4 des Gesetzes).

### 4. Die Erklärung der Unwirksamkeit (Art. 65/17 bis 65/21 des Gesetzes)

#### 4.1. Personen, die einen Einspruch einreichen können (Art. 65/17 des Gesetzes)

Jede durch den Auftrag betroffene Person kann ein Verfahren veranlassen, um die Erklärung der Unwirksamkeit zu beantragen.

Der Auftragnehmer sowie die auftraggebende Behörde werden herangezogen (Art. 65/17, Absatz 2 des Gesetzes).

#### 4.2. Hypothesen, in denen eine Erklärung der Unwirksamkeit beantragt werden kann (Art. 65/17 des Gesetzes)

Die Erklärung der Unwirksamkeit kann verkündet werden, wenn:

- entweder die auftraggebende Behörde die Formalitäten bezüglich der europäischen Bekanntmachung nicht eingehalten hat oder einfach auf europäischer Ebene nicht veröffentlicht hat.

Die Erklärung der Unwirksamkeit kann jedoch nicht verkündet werden, wenn die auftraggebende Behörde gemäß Artikel 65/18 des Gesetzes:

- eine freiwillige "ex ante" Transparenzbekanntmachung veröffentlicht hat (Art. 65/18 des Gesetzes);

- zehn Tage ab dem auf diese Veröffentlichung folgenden Tag gewartet hat, bevor sie den Auftrag abgeschlossen (amtlich zugestellt) hat;

- entweder die Wartezeit so wie in Artikel 65/11 des Gesetzes vorgesehen, nicht eingehalten hat, bevor sie dem ausgewählten Auftragnehmer ihren Beschluss zugestellt hat, oder nicht gewartet hat, bis die Beschwerdeinstanz über den Antrag auf Aussetzung oder über den Antrag auf vorläufige Maßnahmen befunden hat.

In diesem letzten Fall wird die Beschwerde nur dann zulässig sein, wenn die Verletzung:

- einem Submittenten die Möglichkeit vorenthalten hat, die Aussetzungsklage einzureichen oder sie bis zu deren Ende zu führen;

und

- von einer Verletzung des Gemeinschaftsrechts oder des belgischen Rechts begleitet wird, die die Chancen eines Submittenten auf die Vergabe des Auftrags beeinträchtigt hat.

Die Beschwerdeinstanz wird dann als Ersatzleistung eine finanzielle Ausgleichsstrafe verkünden (Art. 65/20, Absatz 2).

Gemäß Artikel 65/20 kann die Beschwerdeinstanz beschließen, den Auftrag nicht als wirkungslos zu erklären, sogar wenn er unter Missachtung der vorerwähnten Bestimmungen abgeschlossen worden ist, wenn die Wirkungen des Auftrags aus zwingenden Gründen allgemeinen Interesses erhalten bleiben müssen (Art. 65/20, Absatz 1).

Bemerkung: das wirtschaftliche Interesse, dass der Auftrag wirksam wird, kann nur in außergewöhnlichen Fällen und Umständen als zwingender Grund betrachtet werden (Art. 65/20, Absätze 3 und 4).

#### 4.3. Modalitäten für die Einreichung einer Erklärung der Unwirksamkeit

Die Erklärung der Unwirksamkeit wird vom ordentlichen Richter, der wie bei einem Verfahren für einstweilige Verfügungen tagt, verkündet (65/24, letzter Absatz).

Wie in Artikel 65/23, § 5 des Gesetzes erwähnt, muss der Antrag innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab dem Tag eingereicht werden, der auf den Tag folgt, an dem die auftraggebende Behörde entweder:

- die Bekanntmachung der Vergabe des Auftrags veröffentlicht hat, wenn die auftraggebende Behörde ihren Auftrag ohne vorherige belgische und europäische Bekanntmachung vergeben hat und wenn die Bekanntmachung der Vergabe die Begründung dieses Beschlusses enthält,

oder

- den betroffenen Bewerbern und Submittenten den Abschluss des Vertrags mitgeteilt hat, indem sie ihnen zur gleichen Zeit den sie betreffenden begründeten Beschluss mitgeteilt hat.

Die Einspruchsfrist wird auf 6 Monate ab dem auf den Tag des Abschlusses folgenden Tag verlängert, wenn die auftraggebende Behörde die im ersten Absatz von Artikel 65/23, § 5 vorgesehenen Formalitäten nicht eingehalten hat (Art. 65/23, § 5, Absatz 2 des Gesetzes), d.h. wenn sie keine Bekanntmachung der Vergabe ordentlich veröffentlicht oder die betroffenen Bewerber und Submittenten nicht unterrichtet hat.

#### 4.4. Konsequenzen der Verkündung einer Erklärung der Unwirksamkeit (Art. 65/19 des Gesetzes)

Zwei Arten von Konsequenzen sind je nach dem Beschluss der Beschwerdeinstanz möglich:

- entweder die rückwirkende Nichtigerklärung aller vertraglichen Verpflichtungen;
- oder die Begrenzung der Tragweite der Nichtigerklärung auf die noch durchzuführenden Verpflichtungen.

In diesem letzten Fall wird die Beschwerdeinstanz ebenfalls eine finanzielle Strafmaßnahme als Ersatzstrafmaßnahme verkünden (Art. 65/19, Absatz 2 des Gesetzes).

#### 5. Die Ersatzstrafmaßnahmen (Art. 65/22 des Gesetzes)

##### 5.1. Personen, die Ersatzstrafmaßnahmen beantragen können (Art. 65/22, § 1 des Gesetzes)

Ersatzstrafmaßnahmen können entweder auf Anfrage einer Interesse habenden Person oder von Amts wegen durch den Richter selbst ohne vorherigen Antrag verkündet werden.

Der Auftragnehmer sowie die auftraggebende Behörde werden in das Verfahren herangezogen. Die auftraggebende Behörde teilt die Identität des Auftragnehmers auf Anfrage der Beschwerdeinstanz mit (Art. 65/22, § 1, Absatz 2 des Gesetzes).

##### 5.2. Hypothesen, in denen Ersatzstrafmaßnahmen beantragt werden können (Art. 65/22 des Gesetzes)

Ersatzstrafmaßnahmen können auferlegt werden, wenn ein Auftrag unter Missachtung der Bestimmungen von Artikel 65/11, Absätze 1 und 2 (Nichteinhaltung der Wartezeit oder wenn man nicht gewartet hat, bis die Beschwerdeinstanz über den Antrag auf Aussetzung oder auf vorläufige Maßnahmen befunden hat) abgeschlossen worden ist, unter der Bedingung, dass diese Missachtung:

- dem Submittenten die Möglichkeit nicht vorenthalten hat, einen Antrag auf Aussetzung einzureichen;
- von keiner Verletzung des Gemeinschaftsrechts oder des belgischen Rechts begleitet wird, die die Chancen des Submittenten auf die Vergabe des Auftrags beeinträchtigt hat.

Die Strafmaßnahmen würden dann die Erklärung der Unwirksamkeit ersetzen.

##### 5.3. Modalitäten der Beschwerde bezüglich Ersatzstrafmaßnahmen

Wie bei der Erklärung der Unwirksamkeit werden die Ersatzstrafmaßnahmen vom ordentlichen Richter, der wie bei einem Verfahren für einstweilige Verfügungen tagt, verkündet (Art. 65/24, letzter Absatz des Gesetzes).

Der Einspruch muss innerhalb einer Frist von 6 Monaten ab der Bekanntmachung, der Mitteilung oder der Zurkenntnisnahme des Rechtsaktes, je nach Art des Aktes, eingereicht werden (Art. 65/23, § 6 des Gesetzes).

##### 5.4. Ersatzstrafmaßnahmen, die auferlegt werden können

Zwei Arten Strafmaßnahmen können auferlegt werden:

- entweder die Verkürzung der Dauer des Auftrags;
- oder das Auferlegen einer größeren Geldstrafe, die bis zu 15% des Gesamtbetrags des Auftrags o. MwSt erreichen kann.

##### 5.5. Merkmale der Ersatzstrafmaßnahmen

- Die verkündete Strafmaßnahme muss effektiv, proportional und abschreckend sein.
- Die Beschwerdeinstanz kann im Hinblick auf die Verkündung der angemessensten Strafmaßnahme alle relevanten Faktoren berücksichtigen wie z.B. die Schwere der Verletzung sowie das Verhalten der auftraggebenden Behörde und inwieweit der Vertrag weiter wirksam ist.
- Die eventuell verkündete Geldstrafe wird der föderalen Staatskasse überwiesen.
- Die Gewährung eines Schadensersatzes stellt an sich keine Ersatzstrafmaßnahme dar.

Mit anderen Worten wird die auftraggebende Behörde ggf. dazu verurteilt werden können, dem benachteiligten Submittenten oder Bewerber einen Schadensersatz zu zahlen und zugleich die die Ersatzstrafmaßnahme darstellende Geldstrafe zu zahlen.

Für zusätzliche Auskünfte bezüglich des Inhalts dieses Rundschreibens nehmen Sie bitte Kontakt mit der operativen Generaldirektion Lokale Behörden, Soziale Maßnahmen und Gesundheit, Direktion der öffentlichen Aufträge auf: H. Olivier Ringoet, Attaché, Tel. 081-32 37 99.

Hochachtungsvoll.

Namur, den 21. Juni 2010

Der Minister für lokale Behörden und Städte,

P. FURLAN

## VERTALING

## WAALSE OVERHEIDSDIENST

[2010/204227]

**21 JUNI 2010. — Informatieve omzendbrief betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen bij overheidsopdrachten**

Aan Mevrouwen en Heren

de Voorzitters en de Leden van de Provinciecolleges  
 de Provinciegouverneurs  
 de Provinciegriffiers en Provincieontvangers  
 de Burgemeesters en de Leden van de Gemeentecolleges  
 de Voorzitters van de raden voor maatschappelijk welzijn  
 de Voorzitters van de Intercommunales  
 de Gemeentesecretarissen  
 de Gemeenteontvangers

In het *Belgisch Staatsblad* van 28 december 2009 werd de wet van 23 december 2009 bekendgemaakt, tot invoering 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.

Verder werd in het *Belgisch Staatsblad* van 16 februari 2010 het koninklijk besluit van 10 februari 2010 bekendgemaakt, tot wijziging van bepaalde koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten.

Deze omzendbrief strekt ertoe, u vooral te wijzen op die nieuwe bepalingen, die op 25 februari 2010 in werking traden overeenkomstig artikel 76 van bovenvermeld koninklijk besluit.

Er dient aangestipt dat de overheidsopdrachten die vóór die datum bekend werden gemaakt of waarvoor het verzoek om een kandidatuur in te dienen of een offerte uit te brengen, bij ontstentenis van een bekendmaking, vóór die datum werd medegedeeld, onder de wets- en regelgevende bepalingen blijven ressorteren die in werking waren op het ogenblik van het bericht of het verzoek.

Deze bepalingen strekken ertoe, verschillende Europese richtlijnen om te zetten, met name de Richtlijnen 2007/66/EG, 2004/17/EG en 2004/18/EG ter versterking van de bepalingen inzake motivering, informatie en rechtsmiddelen zowel in de klassieke als in de speciale sectoren, met het oog op een doorzichtiger gunningsbeleid inzake overheidsopdrachten.

De zorg om doorzichtigheid uit zich op verschillende vlakken :

- bij de uitdrukkelijke motivering van de beslissingen (voornamelijk de keuze van de gunningswijze, de selectie, de toekenning);
- bij de informatieverlening aan de deelnemers (selectie en toekenning);
- bij de toepassing van de wachttermijn (selectie en toekenning);
- bij de rechtsmiddelen.

Die nieuwe bepalingen voeren een Boek *Ibis* in de wet van 24 december 1993 in, in de vorm van een artikel 65 dat op zijn beurt onderverdeeld is in subartikelen (om de huidige nummering van de tekst niet al te zeer te veranderen).

Ook al werd in het begin beoogd enkel de regels te wijzigen die verband houden met de opdrachten die de Europese bekendmakingsdrempels bereiken (Titel II van de wet van 23 december 2009) om zich eenvoudigweg te schikken naar de relevante EG-richtlijnen, heeft de federale wetgever tenslotte ook de regels gewijzigd die van toepassing zijn op de opdrachten die aan een Belgische bekendmaking moeten voldoen (Titel III van dezelfde wet) en heeft hij twee correctiemechanismen ingevoerd (Titel IV van dezelfde wet), waardoor de Europese wachttermijn nu ook geldt voor sommige opdrachten met Belgische bekendmaking.

Om deze omzendbrief niet te overladen met cijfers en nummers, en voor een vlottere leesbaarheid, betekent "de wet", in het kort, de wet van 24 december 1993.

In deze omzendbrief wordt de belangrijke hervorming van die materie in twee delen besproken :

- het eerste deel gaat over de uitdrukkelijke motivering en de informatie;
- het tweede gaat uitsluitend over de rechtsmiddelen.

Wat betreft het eerste deel, neemt deze omzendbrief voor een vlottere leesbaarheid de structuur van de wet geheel en al over, namelijk :

Titel 1 : Algemene bepalingen en definities

Titel 2 : Opdrachten die de Europese drempels bereiken

1. Uitdrukkelijke motivering van de keuzes - gemotiveerde beslissing

1.1. Draagwijdte van de verplichting

1.2. Ogenblik van de vaststelling

1.3. Algemene inhoud

1.4. Bijzondere inhoud

2. Informatie aan de deelnemers

2.1. Selectie en kwalificatie van de kandidaten

2.1.1. Niet-geselecteerde kandidaten in de beperkte of de met bekendmaking onderhandelde procedures

2.1.2. Niet-gekwalificeerde kandidaten in een kwalificatiesysteem (speciale sectoren)

2.2. Toewijzing van de opdracht

2.2.1. Inhoud

2.2.2. Communicatiemiddelen

2.2.3. Gevolgen

2.3. Het afzien van of het opnieuw uitschrijven van de opdracht

2.4. Beperkingen op drie niveaus

3. Wachttermijn
    - 3.1. Algemene regeling
    - 3.2. Toepassingsgebied
    - 3.3. Berekening van de termijn
    - 3.4. Uitzonderingen
    - 3.5. Aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante
- Titel 3 : Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken

1. Algemene regeling
  2. Facultatieve toepassing van de wachttermijn
- Titel 4 : Regelingen eigen aan bepaalde opdrachten
1. Belangrijke opdrachten voor aanneming van werken
  2. "Glijdende" opdrachten
  3. "Kleine" opdrachten
    - 3.1. Wettelijke grondslag
    - 3.2. Hypothese
    - 3.3. Motivering
    - 3.4. Informatie
    - 3.5. Het afzien van het gunnen van de opdracht

In het tweede deel worden de rechtsmiddelen die de Europese opdrachten en de Belgische opdrachten betreffen, samen besproken daar de meeste rechtsmiddelen en verhaalregels van toepassing zijn op de opdrachten die aan beide soorten bekendmaking onderworpen zijn.

EERSTE DEEL : Motivering van de beslissingen, informatie aan de deelnemers en wachttermijnen

Opmerking in verband met de motivering van de beslissingen :

Tot de inwerkingtreding van de nieuwe wetgeving waren de aanbestedende overheden onderworpen aan de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. In artikel 2 en artikel 3 van die wet stond te lezen dat de bevoegde instanties van de aanbestedende overheden in hun bestuurshandelingen, namelijk eenzijdige rechtshandelingen met individuele draagwijdte, gewag moesten maken van de juridische en feitelijke overwegingen die verantwoording gaven aan de aangenomen beslissing.

In het nieuwe artikel 65/4 van de wet op de overheidsopdrachten wordt de motiveringsplicht uitgebreid en versterkt.

Ik heb moeten vaststellen dat ik deze laatste maanden, als uitvoerder van het algemeen vernietigingstoezicht op grond van de artikelen L3122-1 en volgende van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie, op basis van de verslagen van mijn administratie een bepaald aantal beslissingen heb moeten vernietigen die de toewijzing van overheidsopdrachten via offerteaanvragen betroffen omdat de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen niet nageleefd werd.

Met aandrang vestig ik uw aandacht op de nieuwe verplichtingen zoals deze hieronder nader omschreven worden.

Titel 1 : Algemene bepalingen en definities

Naast enkele preciseringen van terminologische aard zoals nu reeds in gebruik in de wetgeving, voert artikel 65/1 van de nieuwe wet volgende nieuwe begrippen in :

- aanbestedende instantie : "de aanbestedende overheid, het overheidsbedrijf of de aanbestedende dienst in de zin van de wet".

Dit begrip is dus ruimer opgevat dan het voormalige begrip "aanbestedende overheid" daar alle juridische entiteiten die een overheidsopdracht zouden kunnen uitschrijven, eronder vallen (overheden van de klassieke en speciale sectoren en privé-entiteiten van de speciale sectoren);

- betrokken kandidaat : "kandidaat aan wie de aanbestedende instantie, naar aanleiding van een opdracht, de motieven voor zijn niet-selectie niet heeft medegedeeld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningsbeslissing";

- betrokken inschrijver : "de inschrijver die niet definitief is uitgesloten van deelname aan de procedure ingevolge een gemotiveerde beslissing waarvan hij in kennis is gesteld en waartegen geen verhaal meer kan worden aangetekend bij de verhaalinstantie of die wettig is bevonden door de verhaalinstantie";

- sluiting van de opdracht : "de totstandkoming van de contractuele band tussen de aanbestedende instantie en de begunstigde".

Titel 2 : Opdrachten die de Europese drempels bereiken

Opdrachten die het bedrag, vastgelegd door de Koning voor de Europese bekendmaking, namelijk sinds 1 januari 2010, bereiken :

voor de klassieke sectoren :

- voor de opdrachten voor aanneming van werken : 4.845.000 €, btw niet meegerekend;
- voor de opdrachten voor aanneming van leveringen : 193.000 €, btw niet meegerekend;
- voor de opdrachten voor aanneming van diensten : 193.000 €, btw niet meegerekend;

voor de speciale sectoren :

- voor de opdrachten voor aanneming van werken : 4.845.000 €, btw niet meegerekend;
- voor de opdrachten voor aanneming van leveringen : 387.000 €, btw niet meegerekend;
- voor de opdrachten voor aanneming van diensten : 387.000 €, btw niet meegerekend.



**1. Uitdrukkelijke motivering van de keuzes - gemotiveerde beslissing****1.1. Betrokken beslissingen (artikel 65/4, lid 1, van de wet)**

Onder die motiveringsplicht vallen verschillende soorten beslissingen :

- \* de beslissingen om gebruik te maken van een onderhandelde procedure zonder bekendmaking :
  - die beslissingen bepalen de gunningswijze en vallen dus onder het toezicht op voorwaarde dat de verplichte overzendingsdrempel zoals bepaald in het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie, resp. artikel L3122-2 (gemeenten, provincies) en L3122-3 (intercommunales), overschreden wordt;
- \* de beslissingen om gebruik te maken van een onderhandelde procedure met bekendmaking (klassieke sectoren) :
  - in de speciale sectoren; aangezien het gebruik van een onderhandelde procedure met bekendmaking een gebruikelijke gunningswijze is net zoals de aanbesteding en de offerteaanvraag overeenkomstig artikel 39, § 1, van de wet, is een uitdrukkelijke motivering van de keuze voor die procedure niet verplicht;
  - die beslissingen bepalen eveneens de gunningswijze en kunnen eveneens onder dezelfde omstandigheden als voor de onderhandelde procedure zonder bekendmaking aan het toezicht overgezonden worden;
- \* de beslissingen tot kwalificatie of intrekking van de kwalificatie (speciale sectoren) :
- \* de beslissingen tot selectie van de kandidaten wanneer de procedure een eerste fase inhoudt waarbij aanvragen tot deelname ingediend moeten worden :
  - de beslissingen waarvan sprake in die bepaling zijn de beslissingen tot kwalitatieve selectie in een beperkte aanbesteding, een beperkte offerteaanvraag, een onderhandelde procedure met bekendmaking en een onderhandelde procedure zonder bekendmaking indien de kwalitatieve selectiefase door de aanbestedende overheid geformaliseerd werd;
  - \* de beslissingen tot toewijzing van opdrachten, ongeacht de procedure;
  - die beslissingen tot toewijzing van overheidsopdrachten zouden eveneens, in dezelfde omstandigheden als hierboven omschreven, aan het algemeen toezicht met verplichte overzending voorgelegd kunnen worden;
  - er zij eveneens op gewezen dat de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motiveringsplicht van de bestuurshandelingen altijd geldt voor de opdrachten die tot stand komen met een aangenomen factuur (artikel 25, 51 en 80 van het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten zoals gewijzigd);
  - \* de beslissingen om af te zien van de gunning van een opdracht en, desgevallend, om een nieuwe opdracht uit te schrijven.

**1.2. Ogenblik van opstelling van de beslissing (artikel 65/4, tweede lid, van de wet)**

In principe moet de motivering opgesteld zijn op het ogenblik waarop de beslissing wordt getroffen.

In artikel 65/4 staan wel twee uitzonderingen op dat principe :

**1) bij gebruikmaking van een onderhandelde procedure met of zonder bekendmaking :**

De motieven voor de beslissingen moeten bestaan en werkelijk zijn (reeds verkregen en dadelijk zijn) op het ogenblik waarop de beslissing tot gebruikmaking van die gunningswijze getroffen wordt, maar de gemotiveerde beslissing kan evenwel a posteriori opgesteld worden;

- bij een onderhandelde procedure zonder bekendmaking, uiterlijk bij de vaststelling van de beslissing tot toewijzing;

- bij een onderhandelde procedure met bekendmaking, uiterlijk bij de vaststelling van de beslissing tot kwalitatieve selectie.

Vanzelfsprekend mag die mogelijkheid die de aanbestedende overheid geboden wordt, enkel in uitzonderlijke gevallen benut worden : zij mag geenszins de algemene regel vormen.

Ze zou bijvoorbeeld aangewend kunnen worden indien de procedure voor de opdracht ingegeven worden door het dringend karakter voortvloeiend uit niet te voorziene gebeurtenissen (artikel 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c).

We herinneren eraan dat die gebeurtenissen geenszins aan de aanbestedende overheid toegeschreven mogen worden noch voorspelbaar mogen zijn.

Het feit dat de vorige opdracht zijn einde nadert is dus geenszins een verantwoording voor het inzetten van die procedure.

Er kan eventueel wèl op die basis een beroep worden gedaan op de onderhandelde procedure zonder bekendmaking wanneer er zich natuurrampen voordoen;

**2) bij de onmogelijkheid om de beslissing tot toewijzing onmiddellijk vast te stellen :**

Als de beslissing tot gunning niet onmiddellijk vastgesteld kan worden, kan dat a posteriori gebeuren, uiterlijk binnen vijftien dagen volgend op de beslissing, in de hypothesen die in de navolgende artikelen ter sprake komen :

**Klassieke sectoren :**

- artikel 17, § 2, 1<sup>o</sup>, c, van de wet : dwingend karakter voortvloeiend uit niet te voorziene gebeurtenissen in de klassieke sectoren.

**Speciale sectoren :**

- artikel 39, § 2, 1<sup>o</sup>, c, van de wet : dwingend karakter voortvloeiend uit niet te voorziene gebeurtenissen in de speciale sectoren;

- artikel 39, § 2, 3<sup>o</sup>, b, van de wet : op de beurs genoteerde en aangekochte leveringen;

- art. 39, § 2, 3<sup>o</sup>, c, van de wet : opportuniteitsaankopen (wanneer het mogelijk is leveringen aan te schaffen tegen uiterst gunstige voorwaarden die slechts een zeer korte tijd gelden, en waarvoor de te betalen prijs merkbaar lager is dan de op de markt gangbare prijzen).

**1.3. Algemene inhoud (artikel 65/5 van de wet)**

Een gemotiveerde beslissing moet volgens de procedure en het soort beslissing het volgende bevatten :

**1) gegevens met een algemeen karakter :**

- naam en adres van de aanbestedende instantie;

- voorwerp van de opdracht;

- goed te keuren opdrachtbedrag;

**2) bij een onderhandelde procedure :**

- de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken.

Daarmee wordt de wettelijke basis bedoeld (één van de hypothesen bedoeld in artikel 17 van de wet, voor de klassieke sectoren), waarbij verantwoording wordt afgelegd voor het gebruik van die procedure en de feitelijke bestanddelen waarmee aangetoond wordt dat de aanbestedende overheid zich in die wettelijke hypothese bevindt.

Bijvoorbeeld :

Onderhandelde procedure zonder bekendmaking op grond van artikel 17, § 2, 1<sup>o</sup>, a)

- motivering in rechte

Het geraamde bedrag van de opdracht is 45.000 euro, btw niet meegerekend, anders gezegd lager dan de drempel van 67.000 euro, btw niet meegerekend, en onder die drempel kan gebruik worden gemaakt van de onderhandelde procedure zonder bekendmaking op grond van de hypothese van het "lage bedrag";

- motivering in feite.

3) de namen van de kandidaten of de inschrijvers;

Opmerking : die bepaling is eigenlijk de "bezemwagen". Er kan enige herhaling optreden met de nrs. 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> en 7<sup>o</sup> hierna; ze slaat in feite op elke persoon die geraadpleegd werd of die zich kenbaar heeft gemaakt tijdens de procedure maar die niet onder één van de andere gevallen waarvan sprake in artikel 65/5 ressorteert.

4) bij een systeem van kwalificatie (speciale sectoren) :

- de namen van de gekwalificeerde en de niet-gekwalificeerde kandidaten en de juridische en feitelijke motieven van de beslissingen;

- de namen van de kandidaten wier kwalificatie is ingetrokken en de juridische en feitelijke motieven van de beslissingen;

5) de namen van de niet-geselecteerde en geselecteerde kandidaten of de inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven van de beslissingen;

6) de namen van de inschrijvers wier offerte onregelmatig is bevonden en de desbetreffende juridische en feitelijke motieven;

7) de namen van de aangewezen inschrijver en van de inschrijvers wier regelmatige offerte niet gekozen werd en de juridische en feitelijke motieven van de beslissing;

8) indien afgezien wordt van het gunnen van de opdracht :

- de juridische en feitelijke motieven waarvoor de beslissing om van de opdracht af te zien getroffen werd en, desgevallend, de aanwijzing van de nieuwe opdracht voor de aanneming van de opdracht die gevolgd wordt.

Wat betreft de opdrachten die door de gemeentelijke en provinciale overheden gegund worden, is het afzien ervan een bevoegdheid van het college terwijl het opnieuw uitschrijven van een nieuwe procedure aan de gemeente- of provincieraad voorbehouden is, behoudens uitdrukkelijke overdracht van bevoegdheid zoals bepaald in artikelen L1222-3 en L2222-2 van het Wetboek van de plaatselijke democratie en de decentralisatie.

1.4. Bijzondere inhoud (artikel 65/6 van de wet)

De beslissing waarvan sprake in artikel 65/5 geldt als proces-verbaal dat op diens verzoek aan de Europese Commissie overgezonden kan worden.

In de klassieke sectoren moet, indien gekend, het deel van de opdracht opgegeven worden dat in onderaanneming gegeven wordt.

## 2. Informatie aan de deelnemers

2.1. Selectie en kwalificatie van de kandidaten

2.1.1. Niet-geselecteerde gegadigden in de beperkte of de met bekendmaking onderhandelde procedures (artikel 65/7, § 1, van de wet)

De aanbestedende overheid deelt het volgende aan elke niet-geselecteerde kandidaat mee zodra de gemotiveerde beslissing tot selectie getroffen is :

1) de motieven voor zijn niet-selectie, uittreksels uit de gemotiveerde beslissing;

2) bij beperking, op grond van een rangschikking, van het aantal geselecteerde kandidaten, de gemotiveerde beslissing tot selectie in zijn geheel.

Het is strikt verboden het verzoek om een offerte in te dienen te richten aan de geselecteerde kandidaten vooraleer bovenbedoelde informatie is verstuurd. Zoniet dreigen rechtsvorderingen.

Hoewel dat niet uitdrukkelijk in de wet staat, wordt ten zeerste aanbevolen die informatie bij aangetekend schrijven te versturen om een vaststaande datum te bekomen.

2.1.2. Niet-gekwalificeerde kandidaten in een kwalificatiesysteem (speciale sectoren) (artikel 65/7, § 2, van de wet)

De motieven voor diens niet-kwalificatie moeten aan elke niet-gekwalificeerde kandidaat medegedeeld worden zodra de gemotiveerde beslissing tot kwalificatie getroffen is.

Ze dienen afkomstig te zijn van de gemotiveerde beslissing tot kwalificatie en moeten zo spoedig mogelijk en uiterlijk binnen de vijftien dagen te rekenen van de beslissing medegedeeld worden.

2.2. Toewijzing van de opdracht (artikel 65/8 van de wet)

2.2.1. Inhoud (artikel 65/8, § 1, van de wet)

Voordat er ook maar enige informatie wordt verstuurd over de toewijzing van de opdracht, dient de toewijzingsbeslissing naar het toezicht te worden gezonden (als het bedrag de verzendingsdrempels overschrijft), aangezien de uitvoering van de beslissing pas na die verzending mag beginnen (behalve voor de O.C.M.W.'s : toezicht door provinciegouverneurs).

Het verstrekken van de informatie aan de verschillende deelnemers aan de procedure zoals uiteengezet kan pas gebeuren nadat er eventueel een geheel dossier aan mijn administratie is gericht.

Er moet echter niet gewacht worden totdat de toezichtstermijn afgelopen is om met het verstrekken van de informatie te beginnen.

Zodra de gemotiveerde toewijzingsbeslissing is getroffen, dienen volgende gegevens medegedeeld te worden aan elke inschrijver :

1) niet-geselecteerde : de motieven voor zijn niet-selectie, uittreksels uit de gemotiveerde beslissing;

2) inschrijver met onregelmatig bevonden offerte : de motieven voor de verwerping van de inschrijver, uittreksels uit de gemotiveerde beslissing;

3) inschrijver wiens offerte niet gekozen werd en aan de gekozen inschrijver : de gemotiveerde beslissing.

In voorkomend geval (= als de bepalingen inzake de wachtermijn van toepassing zijn) dient de mededeling eveneens het volgende te bevatten :

1) de nauwkeurige opgave van de juiste duur van de wachtermijn (artikel 65/11 van de wet);  
- de termijn van 15 dagen is een minimumtermijn en dus moet nader bepaald worden welke termijn daadwerkelijk wordt toegepast, en dus tot welke datum de wachtermijn juist loopt;

2) de aanbeveling aan de inschrijver om de aanbestedende instantie voor afloop van de wachtermijn daarover in te lichten dat hij een verzoek tot opschorting indient (via fax, e-mail of elk ander elektronisch middel);

3) de vermelding van het faxnummer of het e-mailadres voor de verzending van dat bericht.

2.2.2. Communicatiemiddelen (artikel 65/8, § 1, lid 3, van de wet)

De aanbestedende overheid deelt onderstaande gegevens mee :

- per fax, e-mail of elk ander elektronisch middel,

en dezelfde dag,

- per aangetekend schrijven.

2.2.3. Gevolgen (artikel 65/8, § 2, van de wet)

\* Er wordt in dit stadium van de procedure geen enkele contractuele verbintenis ten opzichte van de gekozen inschrijven in aanmerking genomen.

Er dient een wezenlijk onderscheid te worden gemaakt tussen de informatie aan de gekozen inschrijver, die plaatsvindt tijdens de wachtermijn tegelijk met de informatie aan de niet-gekozen inschrijvers (op grond van artikel 65/8, § 1, lid 1, 3°, van de wet), met kennisgeving van de aanwijzing van de aannemer.

Enkel de kennisgeving doet de contractuele band ontstaan, terwijl de informatie waarvan sprake in dat artikel op zich geen contractsluiting inhoudt.

Eerst is er dus de informatie, dan wordt de afloop van de standstill termijn afgewacht, en eventueel volgt de kennisgeving.

\* De termijn voor de verbintenis van de inschrijvers wordt geschorst tijdens de duur van de wachtermijn en wordt opnieuw opgenomen :

- na afloop van de laatste dag van de wachtermijn, als geen enkele aanvraag tot schorsing in de tussentijd werd ingediend;

- de dag van de beslissing van de beroepsinstantie, bij aanvraag tot schorsing;

- hoe dan ook, uiterlijk 45 dagen na de mededeling van de informatie door de aanbestedende instantie.

Dat betekent dus dat ongeacht de tijd die nodig is vóór de beroepsinstantie uitspraak doet, de termijn voor de verbintenis weer opgenomen wordt 45 dagen na de informatie.

2.3. Het afzien van of het opnieuw uitschrijven van de opdracht (artikel 65/9 van de wet)

De aanbestedende overheid MOET zodra de beslissing tot afzien van een opdracht is getroffen, de gemotiveerde beslissing mededelen aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

Zelfs indien de beslissing tot afzien van een opdracht geen beslissing vormt die voorgelegd wordt aan het algemeen toezicht met verplichte overzending als dusdanig, is het wenselijk dat mijn bestuur ingelicht wordt over welke beslissing ook tot afzien van een opdracht wanneer het dossier betreffende keuze van de gunningswijze ter behandeling aan mijn bestuur was voorgelegd.

2.4. Bepalingen op drie niveaus (artikel 65/10, § 1 en § 2, van de wet)

Er werden bijzondere beperkingen bepaald voor wat betreft de overmaking van de informatie, zij betreffen de aard van de inlichtingen, de hoedanigheid van de personen die ze moeten overmaken, evenals het tijdstip waarop een toegang tot de documenten van de opdracht mogelijk is :

1) Aldus kunnen inlichtingen, wat betreft de aard ervan (artikel 65/10, § 1, van de wet) niet medegedeeld worden wanneer de verspreiding ervan :

- de toepassing van een wet zou belemmeren;

- in strijd zou zijn met het openbaar belang;

- schade zou toebrengen aan de wettige handelsbelangen van de ondernemingen;

- schadelijk zou kunnen zijn voor de loyale mededinging tussen deelnemers.

2) Wat betreft de hoedanigheid van de personen die met de mededeling belast zijn (artikel 65/10, § 2, van de wet) :

- het verbod om inlichtingen te verspreiden wordt opgelegd aan elke persoon die wegens zijn ambt of taken kennis zou hebben gekregen van vertrouwelijke inlichtingen in verband met de opdrachten of de gunning of de uitvoering ervan (met name de technische of handelsgeheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offertes).

3) Inzake de toegang tot de documenten (artikel 65/10, § 2, van de wet) :

- geen enkele kandidaat, inschrijver of derde mag toegang hebben tot de documenten in verband met de procedure (deelname-aanvragen, offertes, interne stukken) zolang de aanbestedende overheid geen beslissing heeft getroffen betreffende de opdracht.

**3. Wachtermijn** (artikel 65/11 tot 65/13 van de wet)

3.1. Algemene regeling (artikel 65/1 van de wet)

Bij de wet van 23 december 2009 worden de artikelen 21*bis*, 41*sexies* en 62*bis* als voormalige bepalingen inzake wachtermijn of standstill opgeheven.

Het is verboden de opdracht te sluiten, namelijk kennis te geven van de beslissing tot toewijzing aan de gekozen inschrijver :

1) voor afloop van een termijn van 15 dagen te rekenen van de dag volgend op de dag waarop de gemotiveerde beslissing verzonden werd, overeenkomstig artikel 65/8, § 1, lid 3, van de wet;

2) voor de beroepsinstantie waarbij de zaak aanhangig is gemaakt, bij een aanvraag tot schorsing van de tenuitvoerlegging van de beslissing tot toewijzing, ingediend binnen de termijn van 15 dagen zoals hierboven aangegeven, uitspraak heeft gedaan.

## Opmerkingen :

1) De aanbeveling aan de inschrijver om per fax, e-mail of ieder ander elektronisch middel, de aanbestedende overheid in te lichten over de indiening van een aanvraag tot schorsing van zijn beslissing (cfr. punt 2.2.1. van deze omzendbrief) dient met name om de inachtneming van deze bepaling te waarborgen en er zich dus van te vergewissen dat de aanbestedende overheid niet kennis geeft van de opdracht terwijl er een aanvraag tot schorsing van zijn beslissing is ingediend.

2) Het verbod geldend voor de aanbestedende overheid om kennis te geven van haar beslissing voordat de beroepsinstantie uitspraak heeft gedaan, brengt enkel voordeel op voor de indiener van een schorsingsaanvraag, geformuleerd binnen de voorziene termijn.

Dat betekent, anders gezegd, dat enkel een inschrijver die een aanvraag tot schorsing heeft ingediend en die dat deed tijdens de wachttermijn, baat kan hebben bij het schorsend gevolg van zijn aanvraag.

3) Wat betreft de berekening van de wachttermijn, wordt verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden in acht genomen.

## Krachtens artikel 3 van die verordening :

- gaat een in dagen omschreven termijn in bij de aanvang van het eerste uur van de eerste dag ervan en loopt deze termijn af bij het einde van het laatste uur van de laatste dag ervan;

- zijn feestdagen, zondagen en zaterdagen bij de termijnen inbegrepen, behalve indien deze dagen daarvan uitdrukkelijk zijn uitgesloten of indien de termijnen in werkdagen zijn omschreven;

- indien de laatste dag van een anders dan in uren omschreven termijn een feestdag, een zondag of een zaterdag is, dan loopt deze termijn af bij het einde van het laatste uur van de daaropvolgende werkdag.

De wachttermijn waarvan sprake in artikel 65/11 is een termijn die wel degelijk in kalenderdagen en niet in werkdagen omschreven is, en bevat dus eveneens week-ends en feestdagen.

Als de laatste dag van de termijn evenwel op een zaterdag, een zondag of een feestdag valt, wordt de vervaltijd verschoven naar de eerstvolgende werkdag.

## 3.2. Toepassingsgebied

## ZEER BELANGRIJK

## De wachttermijn betreft :

\* de opdrachten waarvan het geraamd bedrag de Europese drempel bereikt;

\* andere opdrachten die door de Belgische wetgever daarmee gelijkgesteld worden, namelijk :

- de opdrachten voor aanneming van WERKEN, waarvan het bedrag van de goed te keuren offerte 2.422.500 euro, btw niet meegerekend, overschrijdt, overeenstemmend met de helft van het bedrag vastgesteld door de Koning voor de Europese bekendmaking inzake opdrachten voor aanneming van werken (cf. titel 4, punt 1, van deze omzendbrief, art. 65/30, lid 1, van de wet);

- de opdrachten voor aanneming van werken en diensten, geraamd onder de drempels, maar waarvan het bedrag van de goed te keuren offerte met meer dan 20 % de drempel overschrijdt die vastgelegd is voor de Europese bekendmaking, namelijk het bedrag van 231.600 euro overschrijdt, btw niet meegerekend, in de klassieke sectoren en 464.400 euro, btw niet meegerekend (cf. titel 4, punt 2, van deze omzendbrief, art. 65/3, lid 3, van de wet).

## 3.3. Berekening van de termijn (artikel 65/11 van de wet)

De wachttermijn gaat in te rekenen van de dag na het verzenden van de gemotiveerde beslissing.

Worden de mededelingen aan de verscheidene betrokken personen niet tegelijk verstuurd, dan gaat de wachttermijn in daags na de laatste verzending. Het is dus wenselijk alles te versturen op één en dezelfde dag om complicaties te voorkomen.

## 3.4. Uitzonderingen (artikel 65/12 van de wet)

Er hoeft geen wachttermijn in acht te worden genomen in volgende gevallen :

1) een voorafgaandelijke Europese bekendmaking is niet verplicht, namelijk wanneer een aankondiging van de opdracht niet bekend gemaakt hoeft te worden voor de raadpleging van de kandidaten of de inschrijvers; daarbij worden beoogd :

a) de opdrachten die gegund worden via een onderhandelde procedure zonder bekendmaking;

b) de opdrachten voor aanneming van diensten vermeld in bijlage 2B bij de wet;

2) de enige betrokken inschrijver is de inschrijver aan wie de opdracht is gegund, en in afwezigheid van betrokken kandidaten, met andere woorden wanneer er slechts één inschrijver zich heeft gemeld.

## 3.5. Aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante (artikel 65/18 van de wet)

Hypothese : de aanbestedende overheid kan een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante in het *Publicatieblad van de Europese Unie* bekendmaken, mocht haar opdracht niet a priori het voorwerp hebben uitgemaakt van een voorafgaandelijke Europese bekendmaking.

Voorbeeld : een overheidsopdracht met een bedrag van 250.000 euro, btw niet meegerekend, waarvoor een aanbestedende overheid twijfelt tussen de omschrijving als werken of één van beide omschrijvingen als "leveringen of dienst".

Die omschrijving is hier van bijzonder belang daar een opdracht voor aanneming van werken met dat bedrag enkel een Belgische bekendmaking moet ondergaan (want kleiner dan 4.845.000 euro, btw niet meegerekend), terwijl een opdracht voor aanneming van leveringen of diensten voor datzelfde bedrag een bekendmaking op Europees niveau moet ondergaan (want hoger dan 193.000 euro, btw niet meegerekend).

De aanbestedende overheid beslist om de omschrijving als opdracht voor aanneming van werken toe te kennen maar, gelet op de twijfel en het verschil in drempel voor Europese bekendmaking, beslist ze om, vooraleer de inschrijvers ingelicht worden, een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante te verrichten : zo voorkomt ze, als haar opdracht door de eventuele beroepsinstantie omgevormd zou worden tot een opdracht voor aanneming van leveringen of diensten, dat het feit dat ze geen aankondiging bekendgemaakt heeft op Europees niveau, leidt tot een onverbindendverklaring van de gegunde opdracht.

Doelstelling : dankzij de bekendmaking van een dergelijke aankondiging wordt voorkomen, dat een rechtbank de onverbindendverklaring uitspreekt met betrekking tot het contract dat met de aannemer gesloten wordt.

Aankondiging met als inhoud :

1) Dat bericht moet gewag maken van de intentie van de aanbestedende instantie om een opdracht te sluiten (ervan kennis te geven) zonder voorafgaandelijke bekendmaking op Europees vlak.

2) De volgende gegevens moeten erin vervat zijn :

- de naam en de adresgegevens van de aanbestedende instantie;
- de omschrijving van het doel van de opdracht;
- de verantwoording van de beslissing van de aanbestedende instantie om de opdracht te gunnen zonder voorafgaandelijke Europese bekendmaking;
- de naam en de adresgegevens van de inschrijver aan wie beslist is de opdracht toe te wijzen;
- en, in voorkomend geval, elke andere door de aanbestedende instantie nuttig geachte informatie.

Voorwaarde : om het voordeel van die bekendmaking te bekomen (namelijk, om te ontsnappen aan een eventuele onverbindendverklaring), dient de aanbestedende overheid een wachttermijn in acht te nemen van tien dagen, te rekenen van de dag na de bekendmaking van de aankondiging van transparantie voor het sluiten van haar opdracht (en kennisgeving ervan).

Opmerkingen :

1) De termijn van tien dagen zoals hierboven aangehaald mag niet worden verward met de één of andere wachttermijn tussen de informatie aan de inschrijvers en de kennisgeving aan de gekozen inschrijver. Het gaat hier om een totaal onafhankelijke termijn daar de duurtijd, de begindatum en de doelstelling verschillend zijn.

2) De aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante mag ook niet verward worden met een klassieke aankondiging van de opdracht, noch met een aankondiging van toewijzing, het betreft een andere soort aankondiging, gegrond op een ander model dat te vinden is in bijlage 2D bij het koninklijk besluit van 8 januari 1996.

3) De aankondiging van transparantie moet eveneens bekendgemaakt worden in het bulletin der aanbestedingen. Indien men echter vergeten is die aankondiging in het bulletin bekend te maken, kan er toch geen sprake zijn van een onverbindendverklaring; de publicatie in het *EU-Publicatieblad* is op dat punt voldoende.

Titel 3 : Opdrachten die de Europese drempels niet bereiken

#### 1. Algemene regeling (artikel 65/28 en 65/29 van de wet)

De volgende artikelen, van toepassing op de Europese opdrachten, zijn eveneens van toepassing op de opdrachten met Belgische bekendmaking :

- artikel 65/4 betreffende de verplichtingen inzake motivering en het ogenblik waarop ze vervuld moeten worden (zowel wat betreft de beraadslagingen en de besluiten over de gunningswijze als die, welke nodig zijn voor een selectie of een kwalificatie en die tot aanwijzing van de aannemer van de opdracht, beslissingen die eventueel onder het toezicht vallen volgens type en bedrag);

- artikel 65/5 tot bepaling van de inhoud van de gemotiveerde beslissingen;

- artikel 65/7 met betrekking tot de informatieverstrekking aan de niet-geselecteerde of niet-gekwalificeerde kandidaten;

- artikel 65/8, § 1, lid 1, betreffende de informatieverstrekking aan de inschrijvers, maar zonder vermelding van de gegevens in verband met de wachttermijn daar de wachttermijn in beginsel niet van toepassing is op de Belgische opdrachten (behoudens uitzonderingen vernoemd in punt 3.2, zie hierboven).

Zelfde opmerking als voor de opdrachten op Europees niveau betreffende de verzending aan het toezicht vooraleer iedere stap ondernomen wordt inzake informatieverstrekking aan de deelnemers aan de procedure (behalve O.C.M.W.'s);

- artikel 65/9 over de mededeling van de gemotiveerde beslissing aan de betrokken kandidaten en aan de inschrijvers indien ervan afgezien wordt, de opdracht te gunnen;

- artikel 65/10 in verband met de beperkingen inzake de informatieverstrekking (zie blz 11, punt 2.4. van deze omzendbrief).

Er kan vastgesteld worden dat de wetgeving niet uitdrukkelijk bepaalt dat artikel 65/8, § 2, waarin aangegeven wordt dat de informatie van de inschrijvers niet als contractuele verbintenis geldt, van toepassing is op de opdrachten met Belgische bekendmaking.

Als er evenwel vrijwillig een wachttermijn wordt toegepast in het kader van een opdracht met Belgische bekendmaking, zou het moeilijk te begrijpen en in strijd met de geest van de nieuwe wet zijn mocht er geen gebruik van worden gemaakt aangezien het louter informeren van de gekozen inschrijver gelijk gesteld wordt met het sluiten van een contract, de vrijwillige toepassing van de wachttermijn zou geen enkel gevolg hebben.

De wetgeving bepaalt evenmin dat artikel 65/8, § 1, lid 3, waarbij de communicatiemiddelen voor de informatie in verband met de toewijzing van een opdracht bepaald worden (fax, e-mail of elk ander elektronisch middel met aangetekende verzending dezelfde dag), van toepassing is op de opdrachten met Belgische bekendmaking.

Het is evenwel om redenen van bewijs en vaststaande verzending, niet mogelijk anders te handelen dan op de wijze die aangegeven is in artikel 65/8, § 1, lid 3.

Wij bevelen allen dus eveneens aan om voor de opdrachten met Belgische bekendmaking de informatie te verzenden per fax, e-mail of ieder ander elektronisch middel EN, dezelfde dag, per aangetekend schrijven.

#### 2. Facultatieve toepassing van de wachttermijn (artikel 65/30, lid 2, van de wet);

De aanbestedende instantie kan beslissen om artikel 65/11, lid 1, betreffende de wachttermijn toepasselijk te maken op een opdracht met Belgische bekendmaking : met andere woorden, om de wachttermijn vrijwillig toe te passen.

Maar in dat geval is die instantie niet verplicht om de tenuitvoerlegging van de beslissing langer te schorsen dan de wachttermijn daar die bepalingen (waarvan sprake in artikel 65/8, § 2, lid 2) enkel van toepassing zijn op de opdrachten waarvoor een wachttermijn toegepast moet worden.

Het is wél toegelaten om zich vragen te stellen bij het belang, voor de aanbestedende instantie, om de wachttermijn vrijwillig toe te passen, om potentiële bezwaarindieners de mogelijkheid te bieden om zich kenbaar te maken, zonder de tenuitvoerlegging van haar beslissing op te schorten in afwachting van de beslissing tot schorsing van de beroepsinstantie mocht er een bezwaar ingediend worden.

Titel 4 : Regelingen eigen aan bepaalde opdrachten

**1. Belangrijke opdrachten voor aanneming van werken** (artikel 65/30, lid, 1, van de wet)

Hypothese : onder belangrijke opdrachten voor aanneming van werken worden de opdrachten voor aanneming van werken verstaan, die verplicht aan de Belgische bekendmaking worden onderworpen, waarvan het bedrag van de goed te keuren offerte, btw niet meegerekend, schommelt tussen de Europese drempel inzake aanneming van werken (heden 4.845.000 €) en een bedrag, overeenstemmend met de helft van dat bedrag (=> heden 2.422.500 €).

Gevolg : de opdrachten die tussen die bedragen schommelen, zijn aan dezelfde verplichtingen onderworpen als de Europese opdrachten betreffende de wachttijd (artikel 65/11 tot en met 65/13 van de wet), evenals de eventueel toepasselijke sanctie bij niet-inachtneming van die termijn, namelijk de onverbindendverklaring (artikel 65/18, leden 1 en 4, en art. 65/19 tot en met 22 van de wet).

**2. Zgn "glijdende" opdrachten** (artikel 65/3, lid 3, van de wet)

Hypothese : onder deze bewoordingen worden de opdrachten beoogd waarvan :

- de aanvankelijke raming lager was dan de Europese drempel;
- het bedrag, btw niet meegerekend, van de goed te keuren offerte met 20 % de Europese drempel overschrijdt, namelijk hoger is dan 231.600 €, btw niet meegerekend, in de klassieke sectoren, en 464.400 €, btw niet meegerekend, in de speciale sectoren.

Gevolg : op die opdrachten worden de gezamenlijke bepalingen toegepast in verband met de Europese opdrachten (met inbegrip van de wachtermijn).

Opmerkingen : zelfs als de tekst er niet uitdrukkelijk gewag van maakt, wordt die hypothese in feite enkel toegepast op de overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen en diensten daar wat betreft de opdrachten voor aanneming van werken, in artikel 65/30, lid 1, reeds bijzondere regels omschreven worden voor de opdrachten waarvan het bedrag van de goed te keuren offerte hoger is dan 50 % van de Europese drempel.

Die bepaling zou enkel toegepast worden voor de opdrachten voor aanneming van werken als de aanbestedende overheid de raming van de opdracht systematisch zou schatten op minder dan 2.422.500 €, btw niet meegerekend, en zou uitkomen op een goed te keuren offertebedrag hoger dan 5.814.000 €, btw niet meegerekend.

**3. "Kleine" opdrachten**

3.1. Wettelijke grondslag

- artikel 65/29 van de wet van 24 december 1993;
- artikelen 25 (werken), 51 (leveringen) en 80 (diensten) van het koninklijk besluit van 8 januari 1996;
- artikel 111 van het koninklijk besluit van 10 januari 1996.

3.2. Hypothese

Kleine opdrachten zijn opdrachten, beoogd bij bovengenoemde wetsbepalingen :

- waarvan de goed te keuren uitgave, btw niet meegerekend, 67.000 €, btw niet meegerekend, niet overschrijdt in de klassieke sectoren en lager dan of gelijk aan 135.000 € in de speciale sectoren;
- en dit, ongeacht de procedure en ongeacht het soort opdracht (werken, leveringen, diensten).

De opdrachten vastgesteld op aanvaarde factuur (bedrag niet hoger dan 5.500 €, btw niet meegerekend) worden niet beoogd bij bovenbedoelde bepalingen.

3.3. Motivering

Een gemotiveerde beslissing moet opgesteld worden :

- voor de selectie, als de gunningsprocedure een eerste fase omvat die de indiening inhoudt van aanvragen tot deelname (beperkte aanbesteding, beperkte offerteaanvraag, onderhandelde procedure met bekendmaking en onderhandelde procedure zonder bekendmaking); in dat laatste geval, indien de kwalitatieve selectiefase door de aanbestedende overheid geformaliseerd werd;
- voor de toewijzing van de opdracht (beslissing eventueel aan toezicht voorgelegd);
- indien ervan afgezien wordt een opdracht te gunnen, en, desgevallend, beslissing om een nieuwe opdracht uit te schrijven.

Zelfs indien de wet van 23 december 2009 er evenwel niet naar verwijst, is het desalniettemin verplicht een gemotiveerde beslissing op te stellen om de gunningswijze te kiezen voor een overheidsopdracht en er de voorwaarden van te bepalen.

Hoewel ze immers niet beoogd worden bij de specifieke wet over de overheidsopdrachten, blijven de andere soorten beraadslagingen en besluiten voor kleine opdrachten onderworpen aan de algemene bepaling van de wet van 29 juli 1991 over de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen, waarbij een uitdrukkelijke motivering eveneens opgelegd wordt.

3.4. Informatie

De kleine opdrachten vormen het enige geval waarin de loutere informatie aan de kandidaten en inschrijvers onderscheiden kan worden van de mededeling van de motieven die de getroffen beslissingen verantwoorden.

Wat betreft de informatieverstrekking, is de volgende vereenvoudigde regeling van toepassing op de kleine opdrachten :

- schriftelijke informatie aan alle kandidaten en inschrijvers zowel in het stadium van de kwalitatieve selectie (voor de procedures in twee fasen) als in het stadium van de toewijzing, vanaf het treffen van de betrokken beslissing (verplichting om de niet-geselecteerde kandidaten in te lichten en de niet-gekozen inschrijvers in te lichten) zonder verplichting om daar in dat stadium de motieven bij te voegen;
- mogelijkheid voor de betrokken kandidaat of inschrijver om binnen de dertig dagen de relevante motieven voor de beslissing op te vragen;
- aanvullende inlichtingen die binnen de vijftien dagen medegedeeld moeten worden.

Het is niettemin mogelijk de motieven onmiddellijk bij de informatie te voegen.

3.5. Het afzien van het gunnen van de opdracht

De minimumverplichtingen voor de informatieverstrekking zijn :

- schriftelijke informatie van de beslissing om af te zien van het gunnen van de opdracht vanaf het treffen van de beslissing, zonder verplichting om in dit stadium er de motieven bij te voegen;
- mogelijkheid voor de betrokken kandidaat of inschrijver om binnen de dertig dagen de relevante motieven voor de beslissing op te vragen;
- schriftelijke mededeling binnen de vijftien dagen.

**TWEEDE DEEL. De rechtsmiddelen**

In de nieuwe wetgeving, die op 25 februari ll. in werking trad, worden meerdere rechtsmiddelen omschreven, naast de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te roepen voor de toezichthoudende instantie :

- het vernietigingsberoep (artikel 65/14 van de wet);
- het schorsingsberoep (artikel 65/15 van de wet);
- de schadevergoeding (artikel 65/16 van de wet);
- de onverbindendverklaring (artikel 65/17 en vv van de wet - nieuw rechtsmiddel);
- de alternatieve sancties (artikel 65/22 van de wet).

Hierna volgt een korte omschrijving van de verschillende sancties die toegepast zouden kunnen worden bij het vaststellen van een onwettelijkheid in een overheidsopdracht.

**1. Het vernietigingsberoep (artikel 65/14 van de wet)****1.1. Personen die dit rechtsmiddel kunnen invoeren :**

Dit rechtsmiddel kan worden ingeroepen door elke persoon :

- die een belang heeft (gehad) om een bepaalde opdracht te bekomen;
- die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld.

**1.2. Soorten beslissingen die vernietigd kunnen worden**

Elke beslissing van de aanbestedende instantie kan vernietigd worden, met inbegrip van die beslissingen die enkel berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties.

**1.3. Motieven voor de vernietiging**

De motieven voor de vernietiging zijn de volgende :

- machtsafwending;
- schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten;
- schending van de wettelijke of reglementaire bepalingen van het Belgisch recht inzake overheidsopdrachten (Grondwet, wetten, besluiten,...);
- schending van de algemene rechtsbeginselen (billijkheid, gelijkheid en niet-discriminatie tussen inschrijvers, goed bestuur, mededinging, transparantie...);
- schending van de opdrachtdocumenten (aankondiging van de opdracht, bijzonder bestek,...).

**1.4. Nadere regels voor de vernietiging (artikel 65/23 en 65/24 van de wet)**

Het vernietigingsberoep wordt ingediend :

- voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wanneer de aanbestedende instantie een instantie is bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, namelijk wanneer de aanbestedende instantie een "administratieve instantie" is in de zin van deze bepaling;

- voor de justitiële rechter indien de aanbestedende overheid niet een instantie is bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State (geen administratieve instantie is in de zin van deze bepaling).

Dit rechtsmiddel moet ingeroepen worden binnen de zestig dagen te rekenen van de bekendmaking, van de mededeling of van de kennisname van de akte, volgens het type akte (artikel 65/23, § 2, van de wet).

**1.5. Bijzonderheden van het vernietigingsberoep**

Een aanvraag tot het treffen van voorlopige maatregelen kan tegelijk ingediend worden met de vordering tot vernietiging (artikel 65/15, laatste lid).

**2. Het schorsingsberoep (artikel 65/15 van de wet)****2.1. Personen die dit rechtsmiddel kunnen invoeren**

Net zoals voor het vernietigingsberoep, kan het schorsingsberoep als rechtsmiddel ingeroepen worden door iedere persoon :

- die een belang heeft (gehad) om een bepaalde opdracht te bekomen;
- die door de beweerde schending is of dreigt te worden benadeeld.

Belangrijke opmerking : de indiener van de vordering hoeft niet meer het bewijs van het risico op het moeilijk te herstellen, ernstig nadeel in te brengen om zijn schorsingsberoep ontvankelijk te laten verklaren.

**2.2. Soorten beslissingen die geschorst kunnen worden**

Net zoals voor het vernietigingsberoep kan elke beslissing van de aanbestedende instantie kan geschorst worden, met inbegrip van die beslissingen die enkel berusten op discriminerende technische, economische en financiële specificaties.

**2.3. Motieven voor de schorsing**

De motieven voor de schorsing zijn dezelfde als de motieven voor de vernietiging, namelijk :

- machtsafwending;
- schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten;
- schending van de wettelijke of reglementaire bepalingen van het Belgisch recht inzake overheidsopdrachten (Grondwet, wetten, besluiten,...);
- schending van de algemene rechtsbeginselen (billijkheid, gelijkheid en niet-discriminatie tussen inschrijvers, goed bestuur, mededinging, transparantie,...);
- schending van de opdrachtdocumenten (aankondiging van de opdracht, bijzonder bestek,...).

**2.4. Nadere regels voor het schorsingsberoep (artikel 65/23 en 65/24 van de wet)**

De vordering tot schorsing wordt ingediend volgens een procedure bij uiterst dringende noodzakelijkheid of in kort geding (artikel 65/15, lid 2) :

- voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State indien de aanbestedende instantie niet een instantie is bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State;

- voor de justitiële rechter indien de aanbestedende overheid niet een instantie is bedoeld in artikel 14, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Dit rechtsmiddel moet ingeroepen worden binnen de vijftien dagen te rekenen van de bekendmaking, van de mededeling of van de kennisname van de akte, volgens het type akte (artikel 65/23, § 3, van de wet).

Bij toepassing van artikel 65/18 (bekendmaking van een aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante), wordt die indieningstermijn teruggebracht tot tien dagen.

De beroepsinstantie licht de aanbestedende instantie onmiddellijk in over elke indiening van een vordering tot schorsing (artikel 65/25, lid 2).

### 2.5. Bijzonderheden van het schorsingsberoep

De beroepsinstantie kan desgevallend bij de beslissing tot schorsing een dwangsom voegen.

Zolang er een vernietigingsberoep aanhangig is gemaakt bij de beroepsinstantie, kan deze eveneens voorlopige maatregelen bevelen :

- die ertoe strekken de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen geschonden worden;

- nodig voor de tenuitvoerlegging van haar beslissing.

Een aanvraag tot het invoeren van voorlopige maatregelen kan tegelijk ingediend worden met de vordering tot vernietiging (artikel 65/15, laatste lid).

De beroepsinstantie houdt rekening met de mogelijke gevolgen van een schorsing van de tenuitvoerlegging of met het uitspreken van voorlopige maatregelen. Ze weegt de in het geding zijnde zowel publieke als private belangen af die geschonden zouden kunnen worden en kan beslissen om de schorsing niet toe te kennen of geen voorlopige maatregelen toe te kennen indien de negatieve gevolgen de overhand zouden krijgen op de voordelen om één van die maatregelen uit te spreken.

We wijzen erop dat de vereiste van het risico op het moeilijk te herstellen, ernstig nadeel die hierboven voorzien werden wat betreft de vorderingen tot schorsing verdwenen moet zijn.

### 2.6. Gevolgen van de beslissing tot schorsing (artikel 65/13 van de wet)

De schorsing van een beslissing tot toewijzing leidt tot :

- het verbod om de opdracht in die staat toe te wijzen (ervan kennis te geven aan de gekozen inschrijver);

- de schorsing van rechtswege van de uitvoering van de opdracht die eventueel gesloten is binnen de wachttermijn (geval van niet-naleving van de wachttermijn).

De aanbestedende instantie moet dus in dat geval :

- de aannemer onverwijld over de schorsing inlichten;

- de aannemer bevelen om de uitvoering van de opdracht niet aan te vatten dan wel stil te leggen.

Als reactie op de beslissing tot schorsing kan de aanbestedende instantie :

- ofwel ervan afzien de opdracht te gunnen en beslissen een nieuwe procedure uit te schrijven;

- ofwel haar akte intrekken en een nieuwe beslissing treffen (met inachtneming van de wettelijkheid) en desgevallend een nieuwe aannemer aanwijzen.

Als het schorsingsberoep niet gevolgd wordt door een vernietigingsberoep (binnen de 60 dagen) of door een vordering tot onverbindendverklaring (binnen de 30 dagen) :

- worden de schorsing van de uitvoering van de beslissing tot toewijzing en de schorsing van de uitvoering van de opdracht opgeheven.

## 3. Schadevergoeding (artikel 65/16 van de wet)

### 3.1. Personen die dit rechtsmiddel kunnen inroepen :

Elke persoon die benadeeld is door één van de schendingen bedoeld in artikel 65/14, begaan door een aanbestedende instantie, kan een vordering tot schadevergoeding indienen.

### 3.2. Voorwaarden voor de toekenning van de schadevergoeding

In beginsel is het noodzakelijk te bewijzen dat er schade bestaat en dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen die schade en de beweerde schending.

Wat betreft de speciale sectoren evenwel (artikel 65/16, lid 2), moet de bezwaarindiener, voor een vordering tot schadevergoeding betreffende kosten voor de voorbereiding van een offerte of de deelname aan de procedure enkel hetvolgende bewijzen :

- een schending van het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de wet en de uitvoeringsbepalingen ervan;

- evenals het feit dat er een reële kans bestaat dat de opdracht verkregen wordt.

### 3.3. Nadere regels voor de indiening van vordering tot schadevergoeding (artikel 65/23, § 4, en 65/24, laatste lid, van de wet).

Bovenbedoelde vordering moet ingediend worden bij de justitiële rechter, overeenkomstig artikel 65/24, laatste lid, van de wet.

De benadeelde persoon moet zijn beroep indienen binnen een termijn van vijf jaar te rekenen van de bekendmaking, de mededeling of de kennisname van de akte, volgens het type akte (artikel 65/23, § 4, van de wet).

## 4. De onverbindendverklaring (artikelen 65/17 tot 65/21 van de wet)

### 4.1. Personen die dit rechtsmiddel kunnen inroepen (artikel 65/17 van de wet)

Elke bij de opdracht betrokken persoon mag een procedure indienen ter vordering van de onverbindendverklaring.

De aannemer en de aanbestedende instantie worden in het geding geroepen (artikel 65/17, lid 2, van de wet).

### 4.2. Hypotheses waarin een onverbindendverklaring gevorderd kan worden (artikel 65/17 van de wet)

De onverbindendverklaring kan uitgesproken worden indien :

- ofwel de aanbestedende instantie de nadere regels voor de Europese bekendmaking niet nageleefd heeft of eenvoudig niet op Europees niveau bekend heeft gemaakt.

De onverbindendverklaring kan niet uitgesproken worden als de aanbestedende instantie overeenkomstig artikel 65/18 van de wet :

- de aankondiging van vrijwillige transparantie ex ante heeft verricht (artikel 65/18 van de wet);

- tien dagen gewacht heeft te rekenen van de dag na die bekendmaking om de opdracht te sluiten (ervan kennis te geven);

- ofwel de aanbestedende instantie heeft de wachttermijn niet nageleefd zoals bepaald bij artikel 65/11 van de wet voor kennis te geven van haar beslissing aan de gekozen inschrijver of heeft niet gewacht totdat de beroepsinstantie uitspraak heeft gedaan over de vordering tot schorsing of tot het treffen van voorlopige maatregelen.

In dat laatste geval zal het beroep enkel ontvankelijk zijn als de schending :

- een inschrijver de mogelijkheid ontnomen heeft om het schorsingsberoep in te zetten of af te ronden;

en

- gaat gepaard met een schending van het Gemeenschapsrecht of het Belgisch recht dat de kansen van een inschrijver om de opdracht ter verkrijgen bedreigd heeft.

De beroepsinstantie spreekt dan een vervangende compenserende geldstraf uit (artikel 65/20, lid 2).



Overeenkomstig artikel 65/20 kan de beroepsinstantie beslissen om de opdracht niet onverbindend verklaren, zelfs indien de opdracht gesloten is in strijd met bovengenoemde bepalingen als dwingende redenen van algemeen belang het verbindend blijven van de opdracht noodzakelijk hebben gemaakt (artikel 65/20, lid 1).

Opmerking : het economisch belang om een opdracht gevolgen te laten hebben mag niet beschouwd worden als een dwingende reden dan wanneer uitzonderlijke gevallen en omstandigheden gelden (artikel 65/20, leden 3 en 4).

#### 4.3. Nadere regels voor de indiening van een onverbindendverklaring

De onverbindendverklaring wordt uitgesproken door de justitiële rechter die zoals in kort geding zetelt (artikel 65/24, laatste lid).

Zoals aangegeven in artikel 65/23, § 5, van de wet, moet de vordering ingesteld worden binnen een termijn van 30 dagen die ingaat de dag nadat de aanbestedende instantie :

- de aankondiging van de gegunde opdracht heeft bekendgemaakt wanneer de aanbestedende instantie haar opdracht bekend gemaakt heeft zonder voorafgaandelijke Belgische en Europese bekendmaking en wanneer de aankondiging van de toewijzing de verantwoording van die beslissing bevat,

of

- de betrokken kandidaten en de betrokken inschrijvers ingelicht heeft over het sluiten van het contract door hen tegelijk de gemotiveerde beslissing die hen betreft, mede te delen.

De beroepstermijn wordt op zes maanden gebracht te rekenen van de dag nadat de opdracht is gesloten indien de aanbestedende instantie de nadere regels waarvan sprake in lid één van artikel 65/23, § 5, (artikel 65/23, § 5, lid 2, van de wet) niet naleeft; namelijk indien ze een aankondiging van toewijzing niet correct heeft bekendgemaakt of de betrokken kandidaten en inschrijvers niet correct heeft geïnformeerd.

#### 4.4. Gevolgen van het uitspreken van een onverbindendverklaring (artikel 65/19 van de wet)

Twee soorten gevolgen zijn mogelijk afhankelijk van de beroepsinstantie :

- ofwel de retroactieve vernietiging van alle contractuele verplichtingen;
- ofwel de beperking van de reikwijdte van de vernietiging tot de verplichtingen die nog uitgevoerd moeten worden.

In dat laatste geval zal de beroepsinstantie eveneens een geldstraf uitspreken als vervangende sanctie (artikel 65/19, lid 2, van de wet).

### 5. De alternatieve sancties (artikel 65/22 van de wet)

#### 5.1. Personen die alternatieve sancties kunnen vorderen (artikel 65/22, § 1, van de wet)

Alternatieve sancties kunnen uitgesproken worden ofwel op vordering van een belanghebbende persoon ofwel van ambtswege door de rechter zelf zonder voorafgaandelijke vordering.

De aannemer en de aanbestedende instantie worden in het geding geroepen. De aanbestedende instantie deelt de identiteit mee van de aannemer op verzoek van de beroepsinstantie (artikel 65/22, § 1, lid 2, van de wet).

#### 5.2. Hypotheses waarin alternatieve sancties gevorderd kunnen worden (artikel 65/22 van de wet)

Alternatieve sancties kunnen toegepast worden indien een opdracht gesloten werd in strijd met de bepalingen van artikel 65/11, leden één en twee (niet-naleving van de wachttermijn of niet wachten totdat de beroepsinstantie geoordeeld heeft over de vordering tot schorsing of tot het treffen van voorlopige maatregelen) op voorwaarde dat de schending

- een inschrijver de mogelijkheid niet ontnomen heeft om het schorsingsberoep in te dienen;
- niet gepaard gaat met een schending van het Gemeenschapsrecht of het Belgisch recht dat de kansen van een inschrijver om de opdracht ter verkrijgen bedreigd heeft.

De sancties nemen dan de plaats in van de onverbindendverklaring.

#### 5.3. Nadere beroepsregels voor alternatieve sancties

Net zoals voor de onverbindendverklaring, worden de alternatieve sancties uitgesproken door de justitiële rechter die zoals in kort geding zetelt (artikel 65/24, laatste lid, van de wet).

Dit rechtsmiddel moet ingeroepen worden binnen de zes maanden te rekenen van de bekendmaking, van de mededeling of van de kennisname van de akte, volgens het type akte (artikel 65/23, § 6, van de wet).

#### 5.4. Alternatieve sancties die toegepast kunnen worden

Er kunnen twee soorten sancties toegepast worden :

- ofwel de vermindering van de duur van de opdracht;
- ofwel het opleggen van een tamelijk hoge geldstraf daar ze kan oplopen tot 15 % van het totaalbedrag van de opdracht, btw niet meegerekend.

#### 5.5. Kenmerken van de alternatieve sancties

- De uitgesproken sanctie moet effectief, geproportioneerd en ontradend zijn.
- De beroepsinstantie kan, om de meest adequate sanctie uit te spreken, rekening houden met alle relevante factoren zoals de ernst van de schending, de houding van de aanbestedende instantie evenals de mate waarin het contract verder gevolg blijft hebben.

- De eventueel uitgesproken geldstraf wordt aan de federale openbare schatkist gestort.

- Het toekennen van een schadevergoeding vormt op zich een alternatieve sanctie.

Met andere woorden, de aanbestedende overheid kan veroordeeld worden tot, desgevallend, tegelijk het storten van een schadevergoeding aan de benadeelde inschrijver of kandidaat of tot het vereffenen van de geldstraf die de alternatieve sanctie vormt.

Voor verdere informatie over de inhoud van deze omzendbrief kunt u terecht bij het Operationeel Directoraat-generaal Plaatselijke Besturen, Sociale Actie en Gezondheid, Directie Overheidsopdrachten : de heer Olivier Ringoet, attaché, tel. 081-32 37 99.

Met de meeste hoogachting.

Namen, 21 juni 2010.

De Minister van de Plaatselijke Besturen en de Stad,

P. FURLAN

Contactpersoon : Olivier Ringoet, attaché, tel. 081-32 37 99. [www.olivier.ringoet@spw.wallonie.be](mailto:www.olivier.ringoet@spw.wallonie.be)