



VERBIST

ADVOCATEN

I INHOUDSOPGAVE

I	Inhoudsopgave	1
II	Omschrijving van de adviesvraag	2
III	Aansprakelijkheid	3
III.1	Aansprakelijkheid	3
III.2	Overheidsaansprakelijkheid algemeen	4
III.2.1	Inleiding	4
III.2.2	Fout	5
III.2.3	Schade	5
III.2.4	Oorzakelijk verband	6
III.2.5	Herstel van de schade	6
III.3	Overheidsaansprakelijkheid m.b.t. foutieve of gebrekkige informatie	7
III.4	Aansprakelijkheid m.b.t. het wegverkeer	8
III.4.1	Inleiding	8
III.4.2	Aansprakelijkheid van de wegbeheerder op grond van art. 1382-1383 B.W.	9
III.4.3	Aansprakelijkheid van de wegbeheerder op grond van art. 1384, eerste lid B.W.	9
III.5	Aansprakelijkheidsbeperkende clausule	10
III.5.1	Algemeen	10
III.5.2	Clausule	13
IV	Overheidsopdrachten	14
IV.1	Algemeen juridisch kader	14
IV.2	Basisprincipes	17
IV.3	Toepassingsgebied ratione personae	18
IV.4	Soorten overheidsopdrachten	18
IV.5	Forfaitaire grondslag	19

IV.6	Gunningswijzen	20
IV.6.1	Algemeen	20
IV.6.2	Aanbesteding	21
IV.6.3	Offerteaanvraag	21
IV.6.4	Onderhandelingsprocedure	22
IV.7	Procedure	23
IV.7.1	Bekendmaking	23
IV.7.2	Opmaken en indienen van de offerte	24
IV.7.3	Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen	25
IV.7.4	Selectie en gunning	25
A	Verschil tussen selectiecriteria en gunningscriteria	26
B	Selectie(criteria)	26
C	Gunning(criteria)	27
IV.7.5	Motivering	28
IV.7.6	Kennisgeving van de keuze van de aannemer	28
IV.7.7	Bijzondere bepalingen betreffende de onderhandelingsprocedure	28
V	Besluit	29
V.1	Betreffende de aansprakelijkheid	29
V.2	Betreffende overheidsopdrachten	32
VI	Inventaris van de stukken	34

II OMSCHRIJVING VAN DE ADVIESVRAAG

1. Flexsys (acronym voor Flexibel verkeerbeheersysteem) is de naam van een project dat tot doel heeft om verkeersbeheerssystemen aan te passen aan de steeds wijzigende omstandigheden op de wegen: wegenwerken, evacuaties, omleidingen, files edm. Daartoe moeten vooreerst verkeersgegevens verzameld worden. Het verzamelen van gegevens gebeurt via intelligente detectoren (videocameras's, tellussen, radars,...) die (enkel) relevante verkeersgegevens verzamelen en draadloos hierover communiceren. Vervolgens moeten deze verkeersgegevens verwerkt worden tot bruikbare verkeersinformatie (op basis van verkeersmodellen). De aldus gegenereerde verkeersinformatie kan dan aangewend worden in verschillende toepassingen zoals verkeersbeheer, verkeersinformatie voor de weggebruiker, werfsignalisatie,...

2. In de uitwerking van dit project komen een aantal relevante juridische aspecten aan bod. Een eerste aspect houdt verband met aansprakelijkheid, zowel deze in hoofde van degene die het systeem aanbiedt, als deze van de overheid die er gebruik van maakt.

3. Een tweede belangrijk aspect houdt verband met contractuele aspecten tussen enerzijds de leverancier en anderzijds de overheid. Hierbij zal de wetgeving overheidsopdrachten onderzocht moeten worden.

III AANSPRAKELIJKHEID

III.1 AANSPRAKELIJKHEID

4. Art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek bevat een regeling in burgerlijke aansprakelijkheid welke erop neerkomt dat elkeen die op een toerekenbare wijze een fout begaat en daardoor schade veroorzaakt, gehouden is om deze schade te vergoeden. Om de aansprakelijkheid gaande te maken dienen aldus drie elementen aangetoond te worden, nl. een fout, schade en het oorzakelijk verband tussen beiden. Deze regeling betreft de buitencontractuele aansprakelijkheid.

5. Daarnaast bestaat uiteraard ook de contractuele aansprakelijkheid. Elkeen die zich in een overeenkomst verbindt is gehouden om deze verbintenissen correct uit te voeren. De overeenkomst maakt de wet tussen partijen uit (art. 1134 B.W.).

6. Beide vormen van aansprakelijkheid dienen bestudeerd te worden.

- a) De buitencontractuele aansprakelijkheid wordt onderzocht ten aanzien van de overheid. Kan de overheid aansprakelijk gesteld worden voor schade die voortvloeit uit het niet of foutief functioneren van systemen die zij aanwendt zoals bv. het wegbeheersysteem waarmee bepaalde informatie, al dan niet foutief, gegeven wordt aan de weggebruiker.
- b) De contractuele aansprakelijkheid speelt tussen de leverancier en de overheid. Kan de leverancier (verkoper) van het systeem door de overheid contractueel aansprakelijk worden gesteld voor een niet of slecht functionerend wegbeheersysteem (bv. in het geval zij zelf op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid door een weggebruiker zou worden aansprakelijk gesteld)? Hier wordt bijzondere aandacht besteed aan de mogelijkheid om bevrijdingsclausules op te nemen in de overeenkomst waardoor men zich kan bevrijden van aansprakelijkheid.

III.2 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID ALGEMEEN

III.2.1 Inleiding

7. De vraag die gesteld wordt is of de overheid net zoals de burger of private ondernemingen aansprakelijk kan worden gesteld voor haar handelen of haar verzuim om te handelen? Deze vraag dient, hoewel hierover 'in den beginne' enige twijfel bestond, thans alleszins bevestigend beantwoord te worden.

8. In het Flandria-arrest van het Hof van Cassatie van 5 november 1920 werd gesteld dat de overheid aansprakelijk kan gesteld worden voor schade veroorzaakt door *al* haar handelingen, inclusief de handelingen welke gesteld werden als drager van de openbare macht.¹

9. In het Cassatiearrest van 7 maart 1963² werd erkend dat ook de overheid gehouden is de algemene zorgvuldigheidsnorm na te leven.

10. Nadien werd ook erkend dat de overheid aansprakelijk kan zijn voor haar schuldig verzuim³.

11. Ondertussen werden hiervan allerlei toepassingen gemaakt. Zo stelde het Hof van Cassatie bijvoorbeeld dat de overheid aansprakelijk is voor verkeerde informatie, indien die het gevolg is van onvoldoende onderzoek en indien ze niet gewezen heeft op het onzeker karakter van de informatie⁴

12. De overheid is, zo wordt thans aangenomen, zoals particuliere burgers, onderworpen aan het gemeen aansprakelijkheidsregime. Dit aansprakelijkheidsregime geldt voor alle door de overheid gestelde handelingen. Het geldt voor eigenlijke beslissingen en uitvoeringshandelingen. Het geldt voor louter materiële beslissingen⁵, zowel als voor het verordenend optreden⁶. Ook het foutief nalaten van de overheid kan tot haar aansprakelijkheid leiden⁷.

¹ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 127, concl. P. LECLERCQ.

² Cass., 7 maart 1963, *Pas.*, *R.W.* 1963-1964, 1115 en Cass. 26 april 1963, *R.W.*, 1963-64, 287; T. VANSWEEVELT, *Buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht in 177 uitspraken en documenten*, Antwerpen, Maklu, 2000, 117.

³ T.VANSWEEVELT, *o.c.*, 124-127.

⁴ T.VANSWEEVELT, *o.c.*, 127-129.

⁵ Cass. 7 maart 1963, *R.W.* 1963-1964, 1115.

⁶ Cass. 26 april 1963, *R.W.* 1963-64, 287.

⁷ Cass. 11 april 1969, *Arr. Cass.* 1969, 745, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; voor het verordenend optreden: Cass. 23 april 1971, *R.W.* 1970-71, 1793, concl. F. DUMON.

13. Dat de overheid aansprakelijk kan gesteld worden is thans algemeen aanvaard. Toch zijn er een aantal specifieke kanttekeningen te maken. Dit gebeurt hieronder aan de hand van de vier elementen die de burgerlijke aansprakelijkheid kenmerken, nl. de fout, de schade, het oorzakelijk verband en het herstel van de schade.

III.2.2 Fout

14. Net zoals het geval is in hoofde van particulieren, begaat de overheid een **fout** in de zin van artikel 1382 en 1383 B.W. als haar handelen of nalaten een schending inhoudt van een specifieke rechtsregel en/of van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Voor de toetsing aan de algemene zorgvuldigheidsnorm wordt gebruik gemaakt van het criterium van de *bonus pater familias*. Het overheidsgedrag wordt dan vergeleken met dat van een normaal vooruitziende en voorzichtige overheid. De algemene zorgvuldigheidsnorm en het criterium van de *bonus pater familias* worden voor wat het overheidsoptreden betreft, geconcretiseerd in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het slachtoffer van het overheidshandelen dient de fout te bewijzen. Indien de Raad van State evenwel een bestuurshandeling heeft vernietigd, dient de gewone rechter als gevolg van het gezag van gewijsde van annulatiearresten van de Raad van State, echter zonder meer aan te nemen dat de overheid een fout heeft begaan. Voor zover de schade en het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade worden bewezen, zal de rechter de overheid dienen te veroordelen tot vergoeding van de schade⁸.

III.2.3 Schade

15. Wat de **schade** betreft is de overheid aansprakelijk voor aantastingen van subjectieve rechten.⁹ Daarenboven is de overheid, net als particulieren, ook aansprakelijk voor aantastingen van rechtmatige belangen.¹⁰ Zo zal de overheid door de rechter ook aansprakelijk gesteld kunnen worden wanneer zij handelde in de uitoefening van haar discretionaire, dit is niet-gebonden bevoegdheid. In dat geval moet de overheid niet op een welbepaalde door een regel van objectief recht voorgeschreven wijze handelen, doch beschikt zij over een marge waarbinnen zij kan handelen. De rechtzoekende kan dan weliswaar geen subjectief recht doen gelden, doch wel een rechtmatig belang. Ook voor de aantasting van zulk rechtmatig belang

⁸ ANTHONIS M. e.a. , *De aansprakelijkheid van de gemeente*, Brugge, Van Den Broele, 2005, p. 48 ev.

⁹ Burgerlijke rechten: Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 127, concl. P. LECLERCQ; politieke rechten: Cass. 16 december 1965, *Pas.* 1966, I, 513, concl. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH; Cass. 23 april 1971, *R.W.* 1970-71, 1793, concl. F. DUMON..

¹⁰ Cass. 13 mei 1982, *Arr. Cass.* 1981-82, 1134.

kan voor de rechter schadevergoeding gevorderd worden in geval van een foutieve krenking ervan door de administratieve overheid.¹¹

III.2.4 Oorzakelijk verband

16. Naast de fout en de schade dient uiteraard ook het oorzakelijk verband hiertussen aangetoond te worden. Om aan te tonen dat er een oorzakelijk verband is tussen de fout en de schade, moet gebruik gemaakt worden van de equivalentie leer¹². Deze leer houdt in dat er sprake is van een oorzakelijk verband tussen fout en schade indien de schade zich niet (of in mindere mate) had voorgedaan indien de fout niet was gebeurd.

17. Het is mogelijk dat er causaliteitsdoorbrekende elementen aanwezig zijn. Zo zal bv. een gebrek aan voorzorg of voorzichtigheid van diegene die schade leidt ertoe kunnen leiden dat het oorzakelijk verband tussen de schade en de fout doorbroken wordt, zodat degene die de fout heeft begaan toch niet aansprakelijk zal gesteld worden.

III.2.5 Herstel van de schade

18. Wanneer de fout, de schade en het oorzakelijk verband tussen beiden bewezen worden, dient de rechter de overheid te verplichten tot **rechtsherstel**. Dit rechtsherstel dient, ook ten aanzien van de overheid, in principe in natura te gebeuren. Het recht op herstel in natura tegen de overheid werd uitdrukkelijk erkend door het Hof van Cassatie in een arrest van 26 juni 1980.¹³ Er zijn evenwel een aantal gevallen waarin herstel in natura niet mogelijk is en enkel een pecuniaire vergoeding verkregen kan worden. Herstel in natura is niet mogelijk indien: (1) herstel in natura onmogelijk is, (2) het vorderen van herstel in natura rechtsmisbruik inhoudt, (3) herstel in natura door het recht wordt uitgesloten of beperkt en indien (4) de overheid over een appreciatiemarge beschikt. Door het opleggen van herstel in natura in het laatste geval zou de rechter immers zijn rechtsmacht te buiten gaan. De rechter kan immers niet in de plaats van de overheid treden.

19. Wanneer de overheid niet op een bepaalde wijze moét optreden (en er dus geen subjectief recht in hoofde van de benadeelde bestaat), kan de rechter de overheid niet verplichten om op

¹¹ S LUST merkt terecht op dat het belang uiteraard niet het voorwerp vormt van de vordering, maar wel het voorwerp van de schade waarvan men vergoeding vordert; LUST, S., "Naar de gewone rechter of naar de Raad van State?", in P. VAN ORSHOVEN, *Themis; Gerechtelijk Privaatrecht*, 2000-2001, Brugge, Die Keure, p. 84; ANTHONIS M. e.a., *De aansprakelijkheid van de gemeente*, Brugge, Van Den Broele, 2005, p. 48 ev.

¹² Bv. Rb. Brussel, 16 februari 2001, *R.W.* 2002-2003, 306.

¹³ Cass. 26 juni 1980, *Pas.* 1980, I, 1341, concl. J. VELU.

een bepaalde wijze op te treden.¹⁴ In het geval de overheid slechts over een gebonden bevoegdheid beschikte, zou substitutie en reformatie mogelijk moeten zijn. Door zijn handeling in de plaats te stellen van die van de overheid treedt de rechter immers niet in de vrije beoordeling van de overheid. Vermits de bevoegdheid van de overheid gebonden was, beveelt de rechter de overheid slechts te doen wat zij naar recht reeds behoorde te doen.¹⁵

20. Wanneer de rechter aan de overheid een vorm van herstel oplegt, moet nog rekening gehouden worden met de **uitvoeringsimmunititeit** van de overheid. Goederen welke toebehoren aan publiekrechtelijke rechtspersonen zijn in principe niet vatbaar voor beslag. Enkel die goederen waarvan zij bepaald hebben dat zij vatbaar zijn voor beslag, kunnen in beslag genomen worden en bij gebreke aan dergelijke verklaring of wanneer de tegeldemaking van dergelijke goederen niet volstaat, kunnen eveneens de goederen in beslag worden genomen welke kennelijk niet nuttig zijn voor de uitoefening van hun taak of voor de continuïteit van de openbare dienst.¹⁶

III.3 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID M.B.T. FOUTIEVE OF GEBREKKIGE INFORMATIE

21. De vraag kan gesteld worden of de overheid aansprakelijk zou gesteld kunnen worden voor foutieve of gebrekkige verkeersinformatie. Het is niet ondenkbaar dat het verkeerssysteem faalt en op basis van een falend systeem informatie verstrekt wordt welke niet correct is, bv. wanneer op een bepaalde route een file wordt gemeld die er niet is, terwijl op de alternatieve gesuggereerde route het fileleed compleet wordt, al dan niet gepaard gaand met een ongeval.

22. De vraag kan beantwoord worden aan de hand van de hoger geschetste principes in verband met overheidsaansprakelijkheid, maar dan specifiek toegespitst op het verschaffen (niet, foutief of gebrekkig) van informatie.

23. Er kunnen twee situaties onderscheiden worden: ofwel biedt de overheid op een of andere wijze informatie aan, en blijkt deze gebrekkig te zijn, ofwel laat de overheid na om (tijdig) rond een bepaald thema informatie te verstrekken, hoewel dit van een normaal voorzichtige overheid kan worden verwacht¹⁷.

¹⁴ Zie bv. Cass. 4 maart 2004 in verband met het spreidingsplan voor de luchthaven van Zaventem.

¹⁵ LUST, S., "Naar de gewone rechter of naar de Raad van State?", in P. VAN ORSHOVEN, *Themis; Gerechtig Privaatrecht*, 2000-2001, Brugge, Die Keure, p. 85-86.

¹⁶ Art. 1412, bis, Ger.W.; ANTHONIS M. e.a., *De aansprakelijkheid van de gemeente*, Brugge, Van Den Broele, 2005, p. 48 ev.

¹⁷ JUDO, F., "Recente ontwikkelingen op het vlak van de overheidsaansprakelijkheid", in A. ALEN en P. LEMMENS (eds.), *Staatsrecht*, Themis deel 18, 2002-2003, Die Keure, p. 63-78.

24. Een mooi voorbeeld van de op de overheid rustende verplichting m.b.t. het verschaffen van informatie is te vinden in een vonnis van de arbeidsrechtbank te Antwerpen. Deze rechtbank overwoog het volgende¹⁸:

Niet alleen het verstrekken van verkeerde inlichtingen leidt onder zekere omstandigheden tot de aansprakelijkheid van het bestuur, maar ook het foutief verzuim aan de rechtszoekende de gepaste informatie en begeleiding te verschaffen, brengt de aansprakelijkheid van de overheid teweeg.

Wanneer de administratie nalaat de nodige inlichtingen te verstrekken of foutief inlichtingen verstrekt, is zij aansprakelijk voor de hierdoor veroorzaakte schade."

25. Er is ons geen wettelijke bepaling bekend op grond waarvan de overheid wettelijk verplicht is verkeersinformatie te verschaffen in de zin zoals deze verschaft zou kunnen worden met gebruikmaking van het systeem flexys. Niettemin is de overheid inderdaad gehouden tot zorgvuldig handelen. Op basis van de algemene zorgvulsigheidsnorm zou wel geoordeeld kunnen worden dat de overheid gehouden is om relevante verkeersinformatie te verschaffen (wegenwerken, files, edm.). Indien deze informatie verschaft wordt, dient deze ook tijdig verschaft te worden (als de file voorbij is heeft het geen zin meer), maar dient deze ook correct te zijn (als er geen file is moet ze niet aangekondigd worden en als ze er wel is, uiteraard wél).

III.4 AANSPRAKELIJKHEID M.B.T. HET WEGVERKEER

III.4.1 Inleiding

26. Kan de overheid (wegbeheerder) aansprakelijk gesteld worden voor schade die het gevolg is van bv. ontbrekende, verwarrende of onaangepaste verkeerssignalisatie? Deze vraag leunt sterk aan bij deze of de overheid aansprakelijk kan gesteld worden voor gebrekkige informatie. Het antwoord is hierop eveneens bevestigend te beantwoorden.

27. Stel dat via de flexibele en interactieve mobiliteitsstroomgeleider bijvoorbeeld een hele stroom auto's afgeleid wordt via een traject dat de stroom niet kan dragen waardoor er zich een ongeluk voordoet. Is de beheerder van het systeem of van de weg hiervoor verantwoordelijk?

28. Specifiek inzake verkeersaangelegenheden bestaat heel wat relevante rechtspraak over de aansprakelijkheid van de wegbeheerder die nuttig betrokken kan worden op het voorliggende probleem. Deze rechtspraak wordt hieronder verder toegelicht.

¹⁸ Arbrb. Antwerpen, 27 februari 1996, R .W., 1998-99, 1498.

III.4.2 Aansprakelijkheid van de wegbeheerder op grond van art. 1382-1383 B.W.

29. De wegbeheerder kan aansprakelijk gesteld worden op grond van art. 1382-1383 B.W. De principes van deze aansprakelijkheid werden hoger reeds vermeld.

30. Sinds het cassatiearrest van 7 maart 1963 wordt erkend dat de wegbeheerder slechts wegen mag aanleggen en voor het verkeer openstellen die voldoende veilig zijn. Door gepaste maatregelen dient ieder abnormaal gevaar, zowel zichtbaar als verborgen, voorkomen te worden. Een abnormaal gevaar is de toestand of hindernis die van aard is om het gewettigde vertrouwen van de weggebruiker, die op normale wijze van de openbare weg gebruik maakt, te verschalken. Gepaste maatregelen kunnen betrekking hebben op administratieve procedures, inzet van mensen of middelen,... Als voorbeeld kan gegeven worden: het signaleren van verkeersbelemmeringen, het aanbrengen van duidelijke, niet verwarringstichtende verkeersborden,...

31. De vraag of al dan niet gepaste maatregelen genomen werden om ieder abnormaal gevaar te voorkomen, zal beoordeeld worden door het gedrag van de wegbeheerder te toetsen aan dat van een normaal zorgvuldig en redelijk handelende wegbeheerder geplaatst in dezelfde concrete omstandigheden.

32. In de rechtspraak zijn allerhande toepassingsgevallen bekend, waaronder oneffenheden in het wegdek, voorwerpen op het wegdek, maar ook ontbrekende, verwarrende of onaangepaste verkeerssignalisatie, het niet of onvoldoende signaleren van wegenwerken en van gevaarlijke verkeerssituaties.

III.4.3 Aansprakelijkheid van de wegbeheerder op grond van art. 1384, eerste lid B.W.

33. De wegbeheerder kan ook aansprakelijk gesteld worden op grond van art. 1384, eerste lid B.W. Art. 1384, eerste lid, B.W. bevat een vermoeden van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek in de zaak. De aansprakelijke persoon is de bewaarder van de zaak. De bewaarder is de persoon die voor eigen rekening gebruik maakt van de zaak, het genot ervan heeft, of voor het behoud ervan zorgt, met recht van toezicht en controle. Voor de openbare wegen is dat de wegbeheerder onder wiens bevoegdheid de weg valt (gewest voor de autosnelwegen en rijkswegen, provincie voor de provinciewegen, gemeente voor de gementewegen).

34. Een zaak is gebrekkig wanneer zij een abnormaal kenmerk vertoont dat haar ongeschikt maakt voor gebruik volgens haar normale bestemming en dat van aard is aan derden schade te berokkenen. Dat gebrek hoeft niet noodzakelijk intrinsiek te zijn aan de zaak¹⁹. Zo werd de aansprakelijkheid van de overheid weerhouden voor een stuk gietijzer op de weg. Volgens het Hof van Cassatie mocht de rechter wettig beslissen dat het wegdek en het stuk gietijzer een geheel uitmaken dat gebrekkig was²⁰.

35. De aanwezigheid van een matras op de rijbaan heeft tot gevolg dat die rijbaan afwijkt van een normaal berijdbare weg waarbij aldus de rijweg aangetast is door een gebrek in de zin van artikel 1384 ten eerste Burgerlijk Wetboek. Het feit dat deze matras extrinsiek was aan de rijbaan en zich daar enkel kan bevonden hebben door tussenkomst van derden doet hier geen afbreuk aan²¹.

36. Er zijn allerhande andere voorbeelden: de aanwezigheid van een omvangrijke waterplas in een tunnel, een gesmolten wegdek wegens te hoge temperaturen, een olievlek op de weg, een dikke laag modder in de bocht van een oprit van een autosnelweg, gebrekkige verkeerslichten.

37. Als gebrekkige verkeerslichten de aansprakelijkheid van de wegbeheerder in het gedrang kunnen brengen, dan lijkt het niet onwaarschijnlijk dat ook gebrekkig werkende informatie- en signalisatieborden deze aansprakelijkheid gaande kunnen maken.

38. Er blijft niettemin steeds de mogelijkheid dat een causaliteitsdoorbrekend element wordt gevonden in de eigen onzorgvuldige gedragingen van degene die de schade heeft geleden. In dat geval zal de wegbeheerder niet of slechts deels aansprakelijk gesteld worden.

III.5 AANSPRAKELIJKHEIDSBEPERKENDE CLAUSULE

III.5.1 Algemeen

39. Indien de overheid aansprakelijk zou gesteld worden voor schade die het gevolg is van het niet of gebrekkig functioneren van het verkeersbeheersysteem dat haar aangeboden werd, is het niet uitgesloten dat de overheid op haar beurt de leverancier zal aanspreken. Er dient dan

¹⁹ Cass. 2 maart 1995, *R.W.* 1996-97, 926; Cass. 13 mei 1995, *R.W.* 1994-95, 1329; Pol. Antwerpen 18 november 1999, *Verkeersrecht* 2000, 91.

²⁰ Cass. 29 september 2006, *NJW* nr. 165, p. 566, noot.

²¹ Rb. Kortrijk 15 juni 2004, *RW* 2006-2007, 1415.

ook nagegaan te worden of en hoe enige (contractuele) aansprakelijkheid desgevallend beperkt of uitgesloten kan worden.

40. Alhoewel de principiële geldigheid van de bedingen die derogeren aan de contractuele aansprakelijkheid buiten kijf staat op grond van het beginsel van de wilsautonomie, worden bevrijdingsbedingen met alsmaar meer gestrengheid bejegend door de wetger, de rechtspraak en de rechtsleer²².

41. Bij sommige bedingen die de inhoud van een overeenkomst of de draagwijdte van bepaalde verbintenissen omschrijven, kan de vraag gesteld worden of zij slechts een preciese, beperkende omschrijving geven van de opgenomen contractuele verplichtingen, dan wel of zij op een verdoken wijze een bevrijding van aansprakelijkheid in het leven wensen te roepen. Achter de omschrijving van het voorwerp van een overeenkomst kan soms een feitelijke beperking van de aansprakelijkheid schuil gaan. Een klassiek voorbeeld heeft betrekking op het 'parkingcontract': het contract bedingt dat niet de bewaking van de geparkeerde wagens het voorwerp van de overeenkomst is maar het verhuren van parkeerruimte. Sommige rechtspraak kwalificeert de overeenkomst als een bewaargeving en ziet de clause als een uitholling van de wezenlijke verbintenis van de bewaarnemer. Andere rechtspraak dan weer meent dat het om een geldige inhoudbepalende clause gaat en aldus om verhuur (dus geen bewaargeving)²³.

42. Een bevrijdingsbeding moet aanvaard worden door de partij tegen wie het beding wordt ingeroepen. Het beding wordt beperkend of restrictief geïnterpreteerd. Een in algemene bewoordingen geformuleerd exoneratiebeding bevrijdt de debiteur niet voor de gevolgen van zijn zware fout. De exoneratie voor een zware fout moet uitdrukkelijk bedongen worden (al bestaat hierop wel kritiek in de rechtsleer)²⁴.

43. Exoneratiebedingen zijn principieel geldig, doch onder volgende drie beperkingen:

- c) Het beding mag niet leiden tot de bevrijding van persoonlijk bedrog (persoonlijke opzettelijke fout). Voor een zware fout daarentegen (waar het intentioneel element ontbreekt in vergelijking met bedrog) en voor opzettelijke

²² STIJNS, S., *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 160.

²³ STIJNS, S., *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 161 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 100.

²⁴ STIJNS, S., *Leerboek Verbintenissenrecht*, Brugge, Die Keure, 2005, 161 en de verwijzingen aldaar in voetnoot 162.

fouten van aangestelden of uitvoeringsagenten mag men zich wel, zij het uitdrukkelijk, exonereren²⁵.

- d) Het bevrijdingsbeding mag de overeenkomst niet uithollen. Men kan zich niet tegelijk verbinden én bevrijden van elke aansprakelijkheid voor zijn wanprestatie. Een bevrijdingsbeding dat het voorwerp van de opgenomen verbintenissen teniet doet waardoor de overeenkomst, naar haar aard, iedere zin of betekenis verliest, is nietig²⁶.
- e) Een bijzondere wettelijke bepaling van dwingend recht of van openbare orde verbiedt een (gehele of gedeeltelijke) bevrijding van aansprakelijkheid. Enkele voorbeelden:
- i) Art. 10, §1 WAP²⁷ voorziet in de onmogelijkheid om bij overeenkomst de aansprakelijkheid van de producent²⁸ voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product²⁹, ten aanzien van het slachtoffer uit te sluiten of te beperken³⁰.
 - ii) Art. 32, 22, bis, WHPC³¹ voorziet in een verbod om de wettelijke aansprakelijkheid van de verkoper³² uit te sluiten of te beperken bij overlijden of lichamelijk letsel van de consument³³ ten gevolge van een doen of nalaten van deze verkoper.

²⁵ Cass. 25 september 1959, A.C. 1960, 86, *Pas.* 1960, 113, met concl. Adv. Gen. Mahaux, *R.W.* 1959-60, 1255.

²⁶ Cass. 25 september 1959, A.C. 1960, 86, *Pas.* 1960, 118, met concl. Adv. Gen. Mahaux; Cass. 27 september 1990, A.C. 1990-91, 88, *Pas.* 1991, 82.

²⁷ Produktaansprakelijkheidswet van 25 februari 1991.

²⁸ de fabrikant van een eindprodukt, de fabrikant van een onderdeel van een eindprodukt, de producent van een grondstof, alsmede eenieder die zich als fabrikant of producent aandient door zijn naam, zijn merk of een ander herkenningsteken op het produkt aan te brengen (art. 3, WAP).

²⁹ elk lichamelijk roerend goed, ook indien het een bestanddeel vormt van een ander roerend of onroerend goed, of indien het door bestemming onroerend is geworden (art. 2, WAP).

³⁰ Art. 10, § 2, WAP bepaalt het volgende:

Zij kan worden uitgesloten of beperkt wanneer de schade wordt veroorzaakt, zowel door een gebrek in het produkt, als door schuld van het slachtoffer of van een persoon voor wie het slachtoffer verantwoordelijk is.

Onverminderd het regresrecht, wordt de aansprakelijkheid ten aanzien van het slachtoffer niet uitgesloten of beperkt wanneer de schade wordt veroorzaakt, zowel door een gebrek in het produkt, als door toedoen van derden.

³¹ Wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, *B.S.* 29 augustus 1991.

³² Zie art. 1,6, WHPC en art. 31, §2, 2, WHPC.

³³ iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die, uitsluitend voor niet-beroepsmatige doeleinden, op de markt gebrachte producten of diensten verwerft of gebruikt (art. 1, 7, WHPC).

iii) Art. 1645 B.W. bepaalt dat exonoraties bedongen door fabrikanten en beroepsverkopers aangaande hun vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken, ongeldig is omdat zij, tot bewijs van het tegendeel, geacht worden het gebrek te kennen. Dit tegenbewijs is niet mogelijk in een consumentenkoop nu een exonoratiebeding dat afbreuk doet aan de wettelijke vrijwaringsplicht voor verborgen gebreken uit art. 1641 ev. B.W. of aan de verplichting om een goed te leveren dat met de overeenkomst in overeenstemming is uit art. 1649,bis tot 16490 octies B.W. volledig verboden is³⁴.

III.5.2 Clausule

44. Howel de mogelijkheden om te exonoreren beperkt zijn (zie hoger), lijkt het toch nuttig om zeer expliciet in de verkoopovereenkomst met de overheid een aansprakelijkheidsbeperkende clausule op te nemen.

45. Bij wijze van voorbeeld zou het volgende kunnen bedongen worden (al kunnen partijen onderling verder aanvullen, wijzigen,...):

De verkoper van dit systeem geeft geen enkele garantie en aanvaardt evenmin enige aansprakelijkheid inzake de juistheid of de volledigheid van de informatie die het gebruik van dit systeem oplevert.

De verkoper van dit systeem wijst elke, uitdrukkelijke of impliciete, garantie of aansprakelijkheid af in verband met het gebruik van het systeem, het gebruik dat van de door het systeem verschaft informatie wordt gemaakt, alsook in verband met de juistheid of de volledigheid van deze informatie, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, elke impliciete garantie van geschiktheid voor een bepaald gebruik.

De koper die het systeem gebruikt of ter beschikking stelt ziet af van elke klacht, van welke aard ook, met betrekking tot het gebruik van de via het systeem gegenereerde informatie.

In geen geval zal de verkoper van het systeem, aansprakelijk kunnen worden gesteld voor toevallige schade, gevolgschade of schade van welke aard ook die het gevolg is van het gebruik van het systeem en van de informatie die door het systeem gegenereerd wordt.

³⁴ Art. 32, 12° WHPC en art. 1649 octies B.W.

De koper van het systeem stemt ermee in om alle risico's die aan het gebruik van het systeem verbonden zijn op zich te nemen en af te zien van elke klacht tegen de verkoper van het systeem.

IV OVERHEIDSOPDRACHTEN

IV.1 ALGEMEEN JURIDISCH KADER

46. De overheidsopdrachtenwetgeving is een complex geheel van wetten welke bovendien aan continue evolutie onderhevig zijn³⁵.

47. De overheidsopdrachtenwetgeving is Europees geïnspireerd³⁶ en geïmplementeerd in het intern recht.

48. De basis van de overheidsopdrachtenwetgeving wordt gevormd door volgende regelgeving:

- f) Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (B.S. 22 januari 1994).
- g) Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (B.S. 26 januari 1996). Hierin wordt de inrichting van de gunningsprocedure vastgelegd³⁷.
- h) Koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor

³⁵ Zie hierover bv. DE KONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding – Gunning van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2004, 317 p., FLAMEY, P. en WAUTERS, K., *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Brugge, Van Den Broele, 2005, 135 p. STEVENS, J., "Overheidsopdrachten", *T.B.P.* 2004/3, p. 145 ev.; D'Hooghe, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, 1997. LAENEN, G. "Overheidsopdrachten en marktconsultatie: verzoenbaar of niet?", *T.B.P.* 2004/3, p. 131 ev.

³⁶ RI. Nr. 92/50 EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, *Pb.* Nr. L209, 24 juli 1992, 9; RI. Nr. 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van leveringen, *Pb.*, nr. L 199, 9 augustus 1993, 9; RI. Nr. 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, *Pb.* Nr. L 199, 9 augustus 1993, 54; RI. Nr. 93/38 EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, *Pb.* Nr. L 199, 9 augustus 1993, 9.

³⁷ Grondslag in art. 1, §1, laatste lid, overheidsopdrachtenwet.

openbare werken, alsmede de bijlage bij dit Koninklijk besluit betreffende de algemene aannemingsvoorwaarden (B.S. 18 oktober 1996). Dit besluit legt overeenkomstig art. 1, §1, laatste lid, overheidsopdrachtenwet de algemene uitvoeringsregels voor de overheidsopdrachten vast zoals bepaalde betalingsmodaliteiten, herziening van de prijs, wijziging van de opdracht, edm.

- i) Bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken. Deze bijlage bevat de algemene aannemingsvoorwaarden (technische specificaties, regels betreffende de borgtocht, prijsbepaling, verloop van de opdracht, middelen van optreden van de aanbestedende overheid edm.)

49. Deze regelgeving is onderhevig aan continue wijzigingen. Een overzicht van verschillende wijzigingen volgt hieronder³⁸:

Datum	Omschrijving
23 november 2007 (BS 31 december 2007)	Koninklijk besluit tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet - Erratum
18 december 2007 (BS 27 december 2007)	Omzendbrief - Overheidsopdrachten - Tijdelijke of mobiele bouwplaatsen - Veiligheids- en gezondheidsplan - Praktische richtlijnen met betrekking tot de documenten die in toepassing van artikel 30, tweede lid, van het koninklijk besluit van 25 januari 2001 betreffende de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen bij de offerte moeten worden gevoegd
17 december 2007 (BS 20 december 2007 - 4e editie)	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken
23 november 2007 (BS 7 december 2007)	Koninklijk besluit tot wijziging van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en van sommige koninklijke besluiten tot uitvoering van deze wet
14 september 2007 (BS 4 oktober 2007)	Rondzendbrief betreffende toepassing wetgeving overheidsopdrachten - "inhouse"-aanbestedingen - implicaties van het gelijkheidsbeginsel bij toekennen van overheidscontracten
23 april 2007 (BS 27 april 2007)	Omzendbrief - Overheidsopdrachten - Administratieve vereenvoudiging - Impliciete verklaring op erewoord betreffende de persoonlijke toestand in het kader van de kwalitatieve selectie
8 december 2006	Omzendbrief - Verbod om in de bepalingen van een opdracht

³⁸ <http://www.binnenland.vlaanderen.be/overheidsopdrachten/nieuw.htm>.

(BS 15 december 2006)	technische specificaties op te nemen die het gewone verloop van de mededinging beperken of uitsluiten - Technische specificaties van microprocessors in het kader van informaticaopdrachten (aanschaf van computersystemen)
12 januari 2006 (BS 27 januari 2006)	Koninklijk besluit tot indiening van nieuwe modellen van aankondiging en tot wijziging van drie koninklijke besluiten tot uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten
20 december 2005 (BS 23 december 2005)	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken
20 december 2005 (BS 23 december 2005)	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten
20 juli 2005 (BS 22 augustus 2005)	Koninklijk besluit tot wijziging van drie koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten
27 januari 2005 (BS 4 februari 2005)	Omzendbrief - Implementatie van het duurzame ontwikkelingsbeleid bij de overheidsopdrachten van leveringen gelanceerd door aanbestedende overheden van de federale overheid die behoren tot de klassieke sectoren
12 juli 2004 (BS 26 juli 2004)	Omzendbrief OW 2004/1 betreffende de gevolgen van de prijsstijging van bepaalde categorieën van staal (betonstaal, damplanken en buispalen - Overheidsopdrachten)
9 juli 2004 (BS 15 juli 2004)	Programmawet - artikel 201-317: invoeging hoofdstuk II bis in de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten
23 juni 2004 (BS 25 juni 2004)	Omzendbrief overheidsopdrachten - verbod om in de bepalingen van een opdracht technische specificaties op te nemen die het gewone verloop van de mededinging beperken of uitsluiten
29 februari 2004 (BS 8 maart 2004)	Koninklijk besluit tot bepaling van standaardformulieren voor de overheidsopdrachten die niet onderworpen zijn aan de Europese bekendmaking
18 februari 2004 (BS 27 februari 2004)	Koninklijke besluit tot wijziging, wat het toegangsverbod tot bepaalde opdrachten en het invoeren van elektronische middelen betreft, van een aantal koninklijke besluiten genomen ter uitvoering van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten
22 december 2003 (BS 31 december 2003)	Programmawet - artikel 396-397: aanvulling artikel 15, eerste lid van de wet van 24 december 1993 op de overheidsopdrachten
17 december 2003 (23 december 2003)	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken
10 december 2003 (BS 15 december 2003)	Omzendbrief overheidsopdrachten - Overheidsopdrachten onderworpen aan de Europese bekendmaking - Lessen te trekken uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

8 april 2003 (BS 17 april 2003)	Programmawet - artikel 100 tot en met 103: sociale voorkeuren in overheidsopdrachten (wijziging artikel 5.16 wet en invoeging artikel 18bis wet van 24 december 1993)
------------------------------------	---

50. Tevens is er nieuwe wetgeving inzake overheidsopdrachten die van toepassing zal worden nadat de Koning hiervoor de datum heeft vastgesteld, nl.:

- j) Wet van 15 juni 2006 op de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (BS van 15 februari 2007)
- k) Wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (BS van 15 februari 2007)
- l) Wet van 12 januari 2007 tot wijziging van de wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006 (BS van 15 februari 2007)
- m) Wet van 12 januari 2007 tot wijziging van de wet van 16 juni 2006 betreffende de gunning, informatie aan kandidaten en inschrijvers en wachttermijn inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (BS van 15 februari 2007)

51. Deze nieuwe wetten zijn (op enkele bepalingen na) nog niet van kracht. Er dient dan ook nog steeds van de oude wetten uitgegaan te worden.

IV.2 BASISPRINCIPES

52. De wetgeving overheidsopdrachten steunt op twee basisprincipes³⁹:

- n) Mededinging: De kandidaat die de overheidsopdracht zal uitvoeren, wordt gekozen door middel van mededinging. Op basis hiervan gaat de overheid op

³⁹ Art. 1 wet overheidsopdrachten.

zoek naar de laagste prijs of (ingeval er nog andere criteria zijn) naar de meest gunstige offerte.

- o) Gunning op forfaitaire basis: Alle afspraken dienen op voorhand duidelijk vast te liggen. Eens een aannemer aangeduid is om een werk uit te voeren, moet hij dit doen op basis van de vooraf afgesproken prijs en voorwaarden. Indien er verlies is bij de uitvoering van de opdracht dient dit in principe door de aannemer gedragen te worden.

IV.3 TOEPASSINGSGEBIED RATIONE PERSONAE

53. De reglementering inzake overheidsopdrachten is van toepassing op 'de overheid'. Eerder dan een verwijzing naar het begrip 'overheid' werd evenwel geopteerd om een opsomming te geven van de instellingen en organismen die door de reglementering gevat worden. Het betreft de staat, de gemeenschappen, de gewesten, de provincies en de gemeenten, maar ook de organismen van openbaar nut, publiekrechtelijke verenigingen, openbare centra voor maatschappelijk welzijn en allerhande andere in art. 4 van de overheidsopdrachtenwet opgesomde instellingen en organismen.

IV.4 SOORTEN OVERHEIDSOPDRACHTEN

54. Er bestaan drie soorten van overheidsopdrachten⁴⁰:

- p) overheidsopdracht voor **aanneming van werken**: de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft:
 - i) hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp van werken in verband met de in bijlage 1 bij de wet vermelde werkzaamheden of van een werk;
 - ii) hetzij op het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende vastgestelde eisen voldoet.

- q) overheidsopdracht voor **aanneming van leveringen**: de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een leverancier enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op de verwerving

⁴⁰ Art. 5 van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (overheidsopdrachtenwet).

door koop- of aannemingsovereenkomst, huur, huurkoop of leasing met of zonder aankoopoptie van producten. Deze overeenkomst mag bijkomend werken van aanleg en plaatsing bevatten;

- r) overheidsopdracht voor **aanneming van diensten**: de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstenverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds, en die betrekking heeft op in bijlage 2 bij de wet vermelde diensten.

55. Een overheidsopdracht kan meerdere voorwerpen hebben die tezelfdertijd betrekking kunnen hebben op werken, leveringen en diensten⁴¹.

56. In casu betreft het allicht een aanneming van leveringen (het wegbeheersysteem flexys als product wordt geleverd) al dan niet gecombineerd met een aanneming van diensten (bv. voor onderhoud en udating van het systeem).

57. De bepalingen die van toepassing zijn kunnen verschillen afhankelijk van het feit of het gaat om een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen dan wel diensten.

58. Voor de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten gelden aparte bepalingen. Deze zijn in casu niet van toepassing. Het gaat alleszins niet om water, energie of postdiensten. Ook de sector vervoer is in casu niet aan de orde. In de sector vervoer zijn de volgende werkzaamheden bedoeld de de terbeschikkingstelling of de uitbating van netten bestemd voor de dienstverlening aan het publiek op het gebied van vervoer per trein, metro, tram, autobus, trolleybus, kabelbaan of zelfbesturingssysteem. Tevens is bedoeld de exploitatie van een geografisch gebied met het oog op de terbeschikkingstelling voor de vervoerders door de lucht, over zee of langs de binnenwateren, van luchthavens, zee- of binnenhavens of van andere vervoerterminals⁴². Daarover gaat het in casu niet.

IV.5 FORFAITAIRE GRONDSLAG

59. In principe worden overheidsopdrachten gegond op basis van een forfaitaire prijsbepaling. Deze vormt wel geen belemmering voor de herziening van de prijzen uit hoofde van bepaalde

⁴¹ Art. 5, laatste lid, overheidsopdrachtenwet.

⁴² Art. 32 overheidsopdrachtenwet.

economische of sociale factoren op voorwaarde dat deze herziening in het bestek of in de overeenkomst voorzien is⁴³.

60. Uitzonderlijk kan ook van de forfaitaire prijsbepaling worden afgeweken. Dit is bv. mogelijk voor de werken, leveringen of diensten die ingewikkeld zijn of die een nieuwe techniek inluiden, met belangrijke technische risico's die ertoe nopen de uitvoering van de prestaties aan te vatten, terwijl alle uitvoeringsvoorwaarden en verplichtingen ervan niet volledig kunnen worden bepaald⁴⁴.

IV.6 GUNNINGSWIJZEN

IV.6.1 Algemeen

61. De overheidsopdrachten worden gegund bij aanbesteding of bij offerteaanvraag⁴⁵.

62. De aanbesteding wordt "openbaar" genoemd en de offerteaanvraag "algemeen" wanneer ze geschieden met inachtneming van de regels van bekendmaking die de Koning bepaalt. Wanneer de aanbesteding openbaar of de offerteaanvraag algemeen is, worden de offertes geopend in het openbaar.

63. De aanbesteding en de offerteaanvraag worden "beperkt" genoemd indien zij geschieden met inachtneming van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning en wanneer de aannemers, leveranciers of dienstenverleners geraadpleegd worden die de bevoegde overheid geslecteerd heeft. Alleen zij die geraadpleegd zijn mogen een offerte indienen. Alleen de inschrijvers mogen aanwezig zijn bij de opening van de offertes.

64. Slechts in welbepaalde gevallen kan de overheidsopdracht gegund worden bij onderhandelingsprocedure⁴⁶. Deze kan gebeuren met bekendmaking en zonder bekendmaking (zie verder).

65. De aanbestedende overheid kan aldus kiezen uit volgende gunningswijzen:

- s) Aanbesteding:
 - i) Openbaar

⁴³ Art. 7, §1, overheidsopdrachtenwet.

⁴⁴ Art. 7, §2, 1°, overheidsopdrachtenwet.

⁴⁵ Art. 13 overheidsopdrachtenwet.

⁴⁶ Gevallen bepaald in art. 17 overheidsopdrachtenwet.

- ii) Beperkt
- t) Offerteaanvraag:
 - i) Algemeen
 - ii) Beperkt
- u) Onderhandelingsprocedure (welbepaalde gevallen):
 - i) Met bekendmaking
 - ii) Zonder bekendmaking

IV.6.2 Aanbesteding

66. Indien de bevoegde overheid beslist de opdracht toe te wijzen dient deze bij openbare of beperkte aanbesteding toegewezen te worden aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte indiende, op straffe van een forfaitaire schadeloosstelling vastgesteld op 10 pct. van het bedrag zonder belasting op de toegevoegde waarde van deze offerte. Voor het bepalen van de laagste regelmatige offerte, houdt de bevoegde overheid rekening met de aangeboden prijzen en met de andere berekenbare gegevens die met zekerheid haar uitgaven zullen verhogen⁴⁷.

IV.6.3 Offerteaanvraag

67. Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht.

68. De gunningscriteria moeten betrekking hebben op het onderwerp van de opdracht, bijvoorbeeld de kwaliteit van de producten of prestaties, de prijs, de technische waarde, het esthetisch en functioneel karakter, de milieukeurmerken, sociale en ethische overwegingen, de kosten van het gebruik, de rentabiliteit, de dienst naverkoop en de technische bijstand, de leveringsdatum en de termijn van levering of uitvoering.

69. Behalve wanneer het bestek hierover anders bechikt, kan de aanbestedende overheid de eventuele vrije varianten in overweging nemen die door de inschrijvers voorgesteld werden. Deze moeten de minimumvoorwaarden vervullen die in het bestek vermeld staan en aan de voor hun indiening gestelde eisen voldoen⁴⁸.

⁴⁷ Art. 15 overheidsopdrachtenwet.

⁴⁸ Art. 16 overheidsopdrachtenwet.

IV.6.4 Onderhandelingsprocedure

70. De overheidsopdracht geschiedt "bij onderhandelingsprocedure" wanneer de aanbestedende overheid meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners van haar keuze raadpleegt en over de voorwaarden van de opdracht onderhandelt met één of meer van hen⁴⁹.

71. De onderhandelingsprocedure is slechts mogelijk in de limitatief in art. 17 overheidsopdrachtenwet opgesomde gevallen. Een aantal (relevante) voorbeelden hiervan zijn:

- v) Er kan bij onderhandelingsprocedure gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners wanneer:
 - i) in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten:
 - (1) de goed te keuren uitgave de bedragen, zonder belasting op de toegevoegde waarde, vastgelegd door de Koning niet overschrijdt. Dit bedrag is bepaald op 67.000 EUR⁵⁰;
 - (2) de werken, leveringen of diensten omwille van hun technische of artistieke specificiteit of omwille van de bescherming van exclusieve rechten, slechts aan één bepaalde aannemer, leverancier of dienstverlener kunnen toevertrouwd worden;
 - ii) in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van leveringen:
 - (1) de betrokken artikelen alleen vervaardigd worden bij wijze van onderzoek, proefnemings, studie of ontwikkeling, en geen massaproductie voorzien is met het oog op het in omloop brengen van het produkt in het handelscircuit of op het opvangen van de kosten die het onderzoek en de ontwikkeling meebrengen;

⁴⁹ Art. 17, §1 overheidsopdrachtenwet.

⁵⁰ Art. 120 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, B.S. 26 januari 1996.

- w) De overheidsopdracht mag volgens de onderhandelingsprocedure gegund worden met naleving van de bekendmakingsregels bepaald door de Koning wanneer:
- i) in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken of diensten:
 - (1) in uitzonderlijke gevallen, het gaat om werken of diensten waarvan de aard of de onzekere omstandigheden verhinderen op voorhand een globale prijs vast te stellen;
 - ii) in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van werken:
 - (1) de werken enkel onderzoek, proefneming of afstelling als doel hebben en niet het nastreven van rendabiliteit of het dekken van de kosten voor onderzoek en ontwikkeling;
 - iii) in het geval van een overheidsopdracht voor aanneming van diensten:
 - (1) de aard van de dienst zodanig is dat de specificaties van de opdracht niet kunnen bepaald worden met voldoende nauwkeurigheid om de toewijzing toe te laten volgens de procedure van aanbesteding of offerteaanvraag.

IV.7 PROCEDURE

IV.7.1 Bekendmaking

72. Zoals hoger vermeld is het beroep op de mededinging één van de basisprincipes die aan de overheidsopdrachtenwetgeving ten grondslag ligt. Om mededing te organiseren is een bekendmaking van de opdracht noodzakelijk. Er is dan ook voorzien in een vorm van publiciteit: op de Belgische markt (in het Bulletin der Aanbestedingen) en/of (voor de belangrijke/omvangrijke opdrachten) op de Europese markt (in het Publicatieblad voor de Europese Gemeenschap).

73. Bij onderhandelingsprocedure kan in bepaalde gevallen gehandeld worden zonder naleving van bekendmakingsregels bij de aanvang van de procedure doch, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere aannemers, leveranciers of dienstenverleners. Dit is bv. het geval indien de goed te keuren uitgave het bedrag van 67.000 EUR niet overschrijdt.⁵¹

⁵¹ Art. 120 van het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, B.S. 26 januari 1996.

74. In andere gevallen moet er een publicatie gebeuren in het Bulletin der aanbestedingen en dit zowel voor werken, leveringen en diensten⁵².

75. Wanneer deze overheidsopdrachten bepaalde bedragen overschrijden dan moeten deze tevens gepubliceerd worden in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

76. Voor overheidsopdrachten van werken werd deze Europese drempel vastgelegd op 5.150.000 EUR (zonder btw)⁵³.

77. Voor overheidsopdrachten voor aanneming van leveringen is de drempel vastgesteld op 211.000 EUR (zonder btw)⁵⁴.

78. Voor overheidsopdrachten voor aanneming van diensten is de drempel evenens vastgesteld op 211.00 EUR (zonder btw)⁵⁵.

79. Bij elk van de drie soorten overheidsopdrachten (werken, leveringen en diensten) moeten in voorkomend geval de verschillende percelen samengevoegd worden om aan het bedrag te komen dat de drempel bepaalt.

IV.7.2 Opmaken en indienen van de offerte

80. De wijze waarop de offerte door de inschrijver moeten worden opgemaakt en ingediend, worden beschreven in de artikelen 89 ev. van het K.B. van 8 januari 1996.

81. De inschrijver maakt zijn offerte op en vult de samenvattende opmetingstaat of de inventaris in op het eventueel bij het bestek behorende formulier. Indien hij deze op andere documenten maakt dan op het voorziene formulier moet de inschrijver op ieder van deze documenten verklaren dat het document conform het bij het bestek behorende model is.

⁵² Art. 12 (werken) , 38 (leveringen) en 64 (diensten) van de overheidsopdrachtenwet;

⁵³ Art. 1, §3, van het K.B. van 8 januari 1996 en art. 1 van het Ministerieel besluit van 17 december 2007 tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *B.S.* 20 december 2007.

⁵⁴ Art. 27, §2, van het K.B. van 8 januari 1996 en art. 3 van het Ministerieel besluit van 20 december 2005 tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *B.S.* 23 december 2005.

⁵⁵ Art. 53, §3, van het K.B. van 8 januari 1996 en art. 5 van het Ministerieel besluit van 20 december 2005 tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken, *B.S.* 23 december 2005.

82. De offerte dient een aantal verplichte vermeldingen te bevatten zoals naam en identiteit van de inschrijver, nationaliteit, oorsprong van de te leveren producten edm. Tevens dienen de bescheiden, modellen en monsters en alle andere inlichtingen die door het bestek worden vereist, bij het bestek gevoegd worden. Om regelmatig te zijn dient de inschrijver ook een attest bij te voegen waaruit zijn toestand in verband met de verplichtingen betreffende de sociale zekerheid blijken.

83. In de offertes voor een overheidsopdracht voor aanneming van leveringen of diensten worden de eenheidsprijs, het bedrag voor iedere post of iedere prestatie, desgevallend het totale bedrag voor ieder perceel, en het totale bedrag van de opdracht vermeld. Indien bij het bestek een inventaris is gevoegd, waarin leveringen of diensten zijn opgenomen in verschillende posten, met opgave van de totale hoeveelheid voor elke post, vult de inschrijver hem in, doet de nodige rekenkundige bewerkingen, ondertekent hem en voegt hem bij zijn offerte waarin hij het totale bedrag van de inventaris opgeeft⁵⁶.

84. De indiening van de offerte gebeurt op een specifieke wijze welke is voorgeschreven in art. 104 van het K.B. van het K.B. van 8 januari 1996.

IV.7.3 Onderzoek van de regelmatigheid van de offertes en van de prijzen

85. Vooraleer over te gaan tot selectie en gunning (zie verder) worden de ingediende offertes op hun regelmatigheid beoordeeld.

86. De aanbestedende overheid kan offertes als onregelmatig en derhalve als onbestaande beschouwen indien zij niet overeenstemmen met een aantal wettelijke bepalingen, indien zij enig voorbehoud inhouden of bestanddelen bevatten die niet met de werkelijkheid overeenstemmen. Een offerte die afwijkt van essentiële bestekbepalingen, is nietig⁵⁷. Een offerte kan eveneens worden afgewezen wegens haar blijkbaar abnormaal hoge of abnormaal lage eenheids- of totaalprijzen. In dat geval dient de aanbestedende overheid wel voorafgaandelijk de kans geven de nodige verantwoordigen hiervoor te verstrekken⁵⁸.

IV.7.4 Selectie en gunning

⁵⁶ Art. 97, K.B. 8 januari 1996.

⁵⁷ Art. 110, §2, K.B. 8 januari 1996.

⁵⁸ Art. 110, §3, K.B. 8 januari 1996.

A VERSCHIL TUSSEN SELECTIECRITERIA EN GUNNINGSCRITEIA

87. Er dient een duidelijk onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds de selectiecriteria en anderzijds de gunningscriteria⁵⁹.

88. De kwalitatieve selectiecriteria moeten de aanbestedende overheid toelaten de bekwaamheid van de inschrijver te beoordelen. De gunningscriteria zijn bedoeld om de intrinsieke waarde van de offerte te beoordelen.

89. De aanbestedende overheid zoekt via de selectie naar de beste 'aanbieder' en via de gunning naar de beste 'aanbidding'⁶⁰.

90. Eerst wordt 'geslecteerd' en nadien 'ge Gund'. Art. 110 van het K.B. van 8 januari 1996 bepaalt immers het volgende:

De gunning vindt plaats op basis van het gunningscriterium of van de gunningscriteria, nadat de geschiktheid van de inschrijvers of van de kandidaten die niet zijn uitgesloten door de aanbestedende overheid is nagegaan overeenkomstig de regels in verband met de kwalitatieve selectie.

B SELECTIE(CRITERIA)

91. De aanbestedende overheid gaat over tot kwalitatieve selectie van de inschrijvers en dit op basis van de eigen situatie van elke inschrijver en op basis van de inlichtingen en documenten die nodig zijn voor de beoordeling van de financiële, economische en technische minimumeisen die wettelijk zijn voorgeschreven.

92. Traditioneel wordt binnen de kwalitatieve selectie een onderscheid gemaakt tussen de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen⁶¹.

93. De uitsluitingsgronden hebben als bedoeling om de aanbestedende overheid te waarborgen dat zij beschikt over een betrouwbare onderneming⁶².

⁵⁹ DE KONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht (Klassieke sectoren). Boek I. Algemene Inleiding – Gunning van overheidsopdrachten*, Antwerpen, Maklu, 2004, 167.

⁶⁰ VAN DE MEENT, G.W.A., *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, Deventer, Kluwer, 1995, 138.

⁶¹ FLAMEY, P. en WAUTERS, K., *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Brugge, Van Den Broele, 2005, 87.

94. Zo zal bv. een inschrijver die veroordeeld is voor omkoping of fraude uitgesloten worden. Ook een inschrijver die in staat van faillissement of van vereffening verkeert of die niet in orde is met de betaling van zijn belastingen kan worden uitgesloten⁶³.

95. In het kader van de geschiktheidseisen vraagt de aanbestedende overheid naar feitelijke informatie over de financiële en economische draagkracht van een onderneming en naar haar technische bekwaamheid⁶⁴.

96. De inschrijver zal tevens zijn financiële en economische draagkracht moeten aantonen, bv. aan de hand van passende bankverklaringen, door voorlegging van balansen of jaarrekeningen edm.

97. Ook de technische bekwaamheid zal aangetoond moeten worden door bv. de beschrijving van de technische uitrusting van de onderneming, de maatregelen die getroffen worden om kwaliteit te waarborgen, door opgave te doen van de tot de onderneming behorende technici of technische diensten,...

C GUNNING(SCRITERIA)

98. Bij de aanbesteding is de prijs het enige gunningscriterium. De opdracht wordt toegekend aan de laagste regelmatige inschrijver. Wanneer wordt vastgesteld dat verscheidene inschrijvers dezelfde laagste prijs hebben opgegeven, wordt hun gevraagd een schriftelijke korting in te dienen. Zijn er daarna nog gelijke prijzen, dan houdt de aanbestedende overheid een loting waarop de betrokkenen worden verzocht aanwezig te zijn⁶⁵.

99. Bij een offerteaanvraag wordt de opdracht gegund aan de voordeligste regelmatige inschrijver. De prijs hoeft niet doorslaggevend te zijn en kan meespelen naast andere criteria. Bij een offerteaanvraag is de vaststelling van de gunningsvoorschriften dan ook fundamenteel. Zij maken de spelregels uit op basis waarvan de aanbestedende overheid uiteindelijk haar keuze op een welbepaalde inschrijver zal laten vallen. De aanbestedende overheid dient dan ook in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria te vermelden, zo mogelijk in volgorde van afnemend belang. In dit geval wordt die volgorde in het

⁶² D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 345.

⁶³ Art. 17, '3, resp. 69 van het K.B. van 8 januari 1996.

⁶⁴ Art. 18-19, 44-45, 70-71 van het K.B. van 8 januari 1996.

⁶⁵ Art. 113, laatste lid, K.B. 8 januari 1996.

bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria dezelfde waarde. Wat de overheidsopdrachten betreft die de bedragen voor de Europese bekendmaking bereiken, specificeert de aanbestedende overheid de weging van elk gunningscriterium, die eventueel kan worden uitgedrukt binnen een vork met een passend verschil tussen minimum en maximum. Indien een dergelijke weging om aantoonbare redenen niet mogelijk is, worden de criteria vermeld in dalende volgorde van belangrijkheid⁶⁶.

IV.7.5 Motivering

100. Bij openbare aanbesteding en bij algemene offerteaanvraag worden de inschrijvers die niet geslecteerd werden of aan wie de offerte als onregelmatig werd beschouwd of niet uitgekozen werd, door de aanbestedende overheid onverwijld op de hoogte gebracht van dit feit. Het Koninklijk besluit van 8 januari 1996 bepaalt welke informatie moet meegedeeld worden. De regeling wijkt iets af voor de beperkte aanbesteding, voor de beperkte offerteaanvraag en bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.

IV.7.6 Kennisgeving van de keuze van de aannemer

101. De opdracht is gegund wanneer aan de gekozen inschrijver kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn offerte. De betekening mag niet onderhevig zijn aan enig voorbehoud. Die kennisgeving geschiedt bij een ter post aangetekende brief⁶⁷.

IV.7.7 Bijzondere bepalingen betreffende de onderhandelingsprocedure

102. Zoals hoger vermeld kan de aanbestedende overheid ook kiezen voor de onderhandelingsprocedure welke kan geschieden mét bekendmaking bij de aanvang van de procedure of, in bepaalde gevallen (bv. onder de 67.000 EUR) zonder bekendmaking bij de aanvang.

103. De onderhandelingsprocedure verloopt in twee fasen: de raadpleging en de onderhandeling.

104. De overheid kiest vrij wijz zij zal raadplegen om deel te nemen aan de onderhandelingen. In geval van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking moet de

⁶⁶ Art. 115, K.B. 8 januari 1996.

⁶⁷ Art. 117, K.B. 8 januari 2008.

overheid wel een zekere mededinging waarborgen. Er moeten, indien mogelijk, meerdere aannemers geraadpleegd worden.

105. Met de geraadpleegde aannemers wordt dan onderhandeld. Tijdens de onderhandelingsprocedure kan zonder formaliteiten onderhandeld worden met iedereen, met enkelen of met één enkele kandidaat (voor zover zulks niet arbitrair gebeurt)⁶⁸.

106. Een opdracht via onderhandelingsprocedure kan op een viertal manieren tot stand komen⁶⁹:

- x) ofwel gewoon met een aangenomen factuur wanneer het goed te keuren bedrag van de opdracht, (zonder belasting over de toegevoegde waarde), niet hoger ligt dan (5.500 EUR);
- y) ofwel op grond van briefwisseling volgens de handelsgebruiken, in de gevallen van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de procedure in de zin van artikel 17, § 2, van de wet, wanneer het geraamde bedrag van de overheidsopdracht voor aanneming van werken, leveringen of diensten, (zonder belasting over de toegevoegde waarde), kleiner is dan 67.000 EUR
- z) ofwel op grond van de kennisgeving aan de aannemer van de goedkeuring van zijn offerte, zoals zij eventueel gewijzigd werd na onderhandeling tussen de partijen;
- aa) ofwel op grond van de overeenkomst ondertekend door de partijen.

107. De onderhandelingsprocedure wordt aldus gekenmerkt door een grote vrijheid voor de aanbestedende overheid. Deze vrijheid mag evenwel niet op een arbitraire manier worden uitgeoefend⁷⁰. De uitoefening van deze bevoegdheid blijft in elk geval onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De raad van Sate en de gewone rechtbanken houden hierop controle⁷¹.

V BESLUIT

V.1 BETREFFENDE DE AANSPRAKELIJKHEID

⁶⁸ R.v.St. nr. 104.014 van 27 februari 2002 in zake Igretec.

⁶⁹ Art. 122, K.B. van 8 januari 1996.

⁷⁰ R.v.St. nr. 116.962 van 12 maart 2003 in zake Lieds.

⁷¹ FLAMEY, P. en WAUTERS, K., *Overheidsopdrachten. Overzicht van rechtspraak Raad van State 1997-2005*, Brugge, Van Den Broele, 2005, 14.

108. ALGEMEEN. In zake aansprakelijkheid dient een onderscheid gemaakt te worden tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid.

109. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID. De buitencontractuele aansprakelijkheid vindt haar grondslag in art. 1382 ev. van het Burgerelijk Wetboek (B.W.). Er dient een fout, schade en het oorzakelijk verband tussen beiden aangetoond te worden.

110. Art. 1384, eerste lid, B.W. voorziet ook een 'objectieve' aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een gebrek in de zaak.

111. Principieel kan ook de overheid haar buitencontractuele aansprakelijkheid gaande maken. De principes die voor gewone burgers en private organismen gelden, gelden eveneens – een aantal nuances niet te na gesproken – eveneens voor de overheid.

112. Indien de overheid foutief handelt, dit is in strijd met een wettelijke bepaling of in strijd met de algemene zorgvuldigheidsnorm, en daardoor schade veroorzaakt aan derden, dan is zij gehouden deze schade te vergoeden.

113. Zoals hoger gesteld kan deze aansprakelijkheid op verschillende manieren gaande gemaakt worden, bv. door het niet of niet tijdig verstrekken van informatie of door het verstrekken van foutieve informatie. Het is dan ook niet uitgesloten dat de overheid die gebruik maakt van het wegbeheersysteem flexys aangesproken wordt in aansprakelijkheid, wanneer dit systeem foutieve informatie heeft gegenereerd en bv. op borden langs de weg heeft verspreid en daardoor schade (bv. een ongeval) werd veroorzaakt (bv. doordat het systeem vrije doorgang aangeeft terwijl er een file stond,...).

114. De overheid, in haar functie van wegbeheerder, mag slechts wegen aanleggen en voor het verkeer openstellen die voldoende veilig zijn. Door gepaste maatregelen dient ieder abnormaal gevaar, zowel zichtbaar als verborgen, voorkomen te worden. Ook wanneer hieraan tekort geschoten wordt, bv. door het plaatsen van onduidelijke of verwarring stichtende borden (die bv. op afstand van gegevens voorzien worden door het wegbeheerssysteem), kan de aansprakelijkheid van de overheid in het gedrang worden gebracht.

115. De overheid is ook aansprakelijkheid voor gebreken in de zaken (bv. wegen) waarvoor zij instaat. Zo kunnen gebrekkige verkeerslichten de aansprakelijkheid van de wegbeheerder in

het gedrang brengen. Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat ook gebrekkig werkende informatie- en signalisatieborden deze aansprakelijkheid gaande kunnen maken.

116. Er blijft niettemin steeds de mogelijkheid dat een causaliteitsdoorbrekend element wordt gevonden in de eigen onzorgvuldige gedragingen van degene die de schade heeft geleden. In dat geval zal de overheid/wegbeheerder allicht niet of slechts deels aansprakelijk gesteld worden.

117. CONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID. De overeenkomsten die partijen sluiten (bv. in het kader van een overheidsopdracht), strekken die partijen tot wet. Zij zijn gehouden de verplichtingen die hierin opgenomen zijn na te komen. Het is niet uit te sluiten dat de overheid zich tot de verkoper van het wegbeheerssysteem richt op grond van de contractuele aansprakelijkheid wanneer het geleverde systeem gebrekkig functioneert en/of wanneer hierdoor schade bij derden is ontstaan (die zich mogelijk op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid keren tegen de overheid).

118. De vraag stelt zich dan ook of en hoe de verkoper/leverancier zich eventueel kan exonoreren (bevrijden) van zijn aansprakelijkheid. Alleszins moet men vasthouden aan het principe dat men zich niet tegelijk kan verbinden én bevrijden. Er moet dan ook over gewaakt worden dat het voorwerp van de overeenkomst niet zodanig wordt uitgehouden dat er eigenlijk geen voorwerp meer voorhanden is. De rechterlijke macht kijkt streng toe op de exonoriatieclausules. Principieel zijn zij niet verboden, maar wel onderhevig aan volgende beperkingen:

- bb) Het beding mag niet leiden tot de bevrijding van persoonlijk bedrog (persoonlijke opzettelijke fout). Voor een zware fout daarentegen (waar het intentioneel element ontbreekt in vergelijking met bedrog) en voor opzettelijke fouten van aangestelden of uitvoeringsagenten mag men zich wel, zij het uitdrukkelijk, exonoreren⁷².
- cc) Het bevrijdingsbeding mag de overeenkomst niet uithollen. Men kan zich niet tegelijk verbinden én bevrijden van elke aansprakelijkheid voor zijn wanprestatie.
- dd) Een bijzondere wettelijke bepaling van dwingend recht of van openbare orde verbiedt een (gehele of gedeeltelijke) bevrijding van aansprakelijkheid.

⁷² Cass. 25 september 1959, A.C. 1960, 86, Pas. 1960, 113, met concl. Adv. Gen. Mahaux, R.W. 1959-60, 1255.

119. Hoger in de uiteenzetting werd een mogelijkheid van clause gesuggereerd, al kan deze verder gemodificeerd worden naar de wensen en noden van partijen. Een aansprakelijkheidsbeperkende clause zal alleszins beperkend geïnterpreteerd worden zodat best zo expliciet mogelijk vermeld wordt waarvoor men zich precies exonoreert. Het opmaken van zo'n clause veronderstelt een evenwichtsoefening waarbij enerzijds precies wordt aangegeven waarvoor men zich exonoreert, doch waarbij anderzijds niet zover gegaan mag worden dat men zich bevrijdt voor elke mogelijke wanprestatie.

V.2 BETREFFENDE OVERHEIDSOPDRACHTEN

120. De regeling inzake overheidsopdrachten is bijzonder complex. Zij vindt haar oorsprong in Europese regelgeving welke in intern recht is omgezet. Deze regelgeving is onderhevig aan een continue evolutie. Nieuwe wetgeving is reeds gepubliceerd en zal in werking treden op een moment dat nog door de Koning te bepalen is. Ondertussen blijft de oude wetgeving gelden waarbij vooral van belang zijn: de wet van 24 december 1993, het K.B. van 8 januari 1996 ter uitvoering van de wet, het K.B. van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels en de bijlage hierbij (algemene aannemingsvoorwaarden).

121. Overheidsopdrachten kunnen betrekking hebben op de aanneming van werken, van leveringen of van diensten. Een combinatie (bv. leveringen en diensten) is eveneens mogelijk.

122. De opdrachten kunnen gegund worden op volgende manieren:

ee) Aanbesteding:

- i) Openbaar
- ii) Beperkt

ff) Offerteaanvraag:

- i) Algemeen
- ii) Beperkt

gg) Onderhandelingsprocedure (welbepaalde gevallen):

- i) Met bekendmaking
- ii) Zonder bekendmaking

123. Mededinging staat centraal. Dit veronderstelt dan ook dat in principe een aankondiging gebeurt van de opdracht. Dit gebeurt in principe voor alle overheidsopdrachten in het Bulletin Der aanbestedingen. Indien bepaalde drempels (zie hoger) overschreden worden dient ook een aankondiging te gebeuren in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen.

124. Slechts in bepaalde gevallen worden overheidsopdrachten niet onderworpen aan bekendmaking, zo bv. in de onderhandelingsprocedure voor opdrachten onder de 67.000 EUR.

125. Nadat de offertes ingediend zijn op de wettelijk voorgeschreven wijze (hiervoor raadpleegt men best het K.B. van 8 januari 1996) gaat de overheid over tot een onderzoek van de regelmatigheid van de ingediende offertes. Er wordt nagegaan of alle vereiste vermeldingen aanwezig zijn, of niet wordt afgeweken van de essentiële bepalingen van het bestek en of er geen abnormaal hoge of lage prijzen opgegeven worden.

126. Nadien gebeurt de selectie. Daarbij wordt gekeken naar de 'persoon' van de inschrijver. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen uitsluitingsgronden (bv? veroordeling voor fraude) en geschiktheidseisen (waarbij de aanbestedende overheid vraagt naar feitelijke informatie over de financiële en economische draagkracht van een onderneming en naar haar technische bekwaamheid).

127. Na de selectie gebeurt de gunning. Bij aanbestedingen wordt gegund aan de laagste regelmatige inschrijver. Bij offerteaanvraag wordt gegund aan de voordeligste regelmatige inschrijver waarbij de prijs niet doorslaggevend hoeft te zijn. Het spreekt voor zich dat de overheid alleszins duidelijk moet aangeven op basis van welke criteria zij zal selecteren. Aan de criteria zal dorgaans een weging worden toegekend. Bij een onderhandelingsprocedure, welke zoals gezegd slechts in welbepaalde gevallen mogelijk is, gebeurt de toekenning van de opdracht op een onderhandelde basis.

128. Uiteraard zijn wij steeds bereid om op eerste verzoek verder toelichting te verschaffen.

Antwerpen, 11 oktober 2010,

mr. Stijn Verbist

VI **INVENTARIS VAN DE STUKKEN**

Nr.	Datum	Omschrijving
1	24/12/1993	Wet betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (<i>B.S.</i> 22 januari 1994).
2	08/01/1996	Koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken (<i>B.S.</i> 26 januari 1996).
3	26/09/1998	Koninklijk besluit tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken, alsmede de bijlage bij dit Koninklijk besluit betreffende de algemene aannemingsvoorwaarden (<i>B.S.</i> 18 oktober 1996).
4	26/09/1998	Bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken.
5	20/12/2005	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken
6	17/12/2007	Ministerieel besluit tot wijziging van sommige bedragen in het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken

