

## COVID-19-pandemie en schadevergoedingen: het beleidsdomein Mobiliteit en Openbare Werken werkt een forfaitaire schadevergoedingsregeling uit

Op 17 juni 2022 heeft het Managementcomité van het beleidsdomein 'Mobiliteit en Openbare Werken' (MOW) van de Vlaamse overheid Dienstorder MOW/MIN/2022/01 goedgekeurd. Met deze regeling, die werd uitgewerkt door het beleidsdomein MOW van de Vlaamse overheid, wil men de opdrachtnemers binnen dit specifieke beleidsdomein tegemoetkomen met een "*versoepelde*" schadevergoedingsregeling in het kader van de COVID-19-pandemie.

Hieronder overlopen we kort de krachtlijnen van deze schadevergoedingsregeling zoals die voortvloeien uit hogervermelde dienstorder. We staan daarbij stil bij het toepassingsgebied van de dienstorder, de specifieke ontvankelijkheidsvoorwaarden voor een vordering tot schadevergoeding op basis van de dienstorder, de inhoudelijke schadevergoedingsregeling, alsook bij de verhouding van deze regeling tot de 'gebruikelijke' schadevergoedingsregeling op basis van de overheidsopdrachtenreglementering.

### Toepassingsgebied

Opdat deze dienstorder toepassing kan vinden, moet er sprake zijn van een opdracht voor werken of manuele diensten, die geplaatst werd door een entiteit van het beleidsdomein MOW (bv. AWW, De Lijn, De Vlaamse Waterweg, etc.) en die onder de toepassing van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 valt (hetzij de huidige versie - hierna ook benoemd als "*het KB AUR 2017*", hetzij de vorige versie - hierna ook benoemd als "*het KB AUR 2013*") of ressorteert onder de vroegere Algemene Aannemingsvoorwaarden (zoals gevoegd als bijlage bij het koninklijk besluit van 26 september 1996, hierna ook "*de AAV*" genoemd). Bijkomend moet het gaan over een opdracht die in uitvoering is of was tussen 18 maart 2020 en 30 september 2021. Deze voorwaarden zijn cumulatief.

Dit toepassingsgebied lijkt op het eerste gezicht vrij ruim, doch de dienstorder voorziet ook in een hele reeks uitzonderingen. Zo zal zij geen toepassing vinden indien één van onderstaande zaken zich voordoet:

- De opdrachtdocumenten bevatten reeds bepalingen om de impact en/of de gevolgen van de COVID-19-pandemie te regelen, hetgeen voornamelijk zal voorkomen in opdrachtdocumenten die opgesteld werden tijdens de COVID-19-pandemie en waarin aldus geanticipeerd werd op de toen gekende problematiek.
- De opdrachtdocumenten voorzien in herzieningsmodaliteiten die afwijken van de herzieningsmodaliteiten zoals bepaald in artikel 38/9 KB AUR 2017. Dit is de juridische grondslag uit het overheidsopdrachtenrecht die opdrachtnemers kunnen invoeren teneinde een herziening te bekomen ingevolge onvoorzienbare omstandigheden (voorheen was dit artikel 56 KB AUR 2013 respectievelijk artikel 16, § 2 AAV). Het recht op herziening is weliswaar voorwaardelijk waarbij er zowel aan ontvankelijkheidsvoorwaarden alsook aan inhoudelijke vereisten moet worden voldaan.
- De impact van de coronamaatregelen werd reeds geheel of gedeeltelijk geregeld d.m.v. een eenzijdige wijziging, verrekening, bijakte of andere vorm van compensatie met uitzondering

van de compensaties bepaald door dienstorder MOW/MIN/2020/01 (compensatie voor woon-werkverkeer en bijkomende veiligheids- en gezondheidsmiddelen).

- De opdracht was op 18 maart 2020 reeds voorlopig opgeleverd; de schadevergoedingsregeling kan met andere woorden niet worden ingeroepen in het kader van een opdracht die reeds volledig (met uitzondering van de waarborgperiode) werd uitgevoerd voordat de eerste coronamaatregelen in België werden ingevoerd.
- De opdracht omvat een PPS-project of een DBFM(O) overeenkomst.
- Door toedoen van de opdrachtnemer is de opdracht die vóór 18 maart 2020 moest uitgevoerd worden, nog altijd in uitvoering na 18 maart 2020; dit zal een opdrachtnemer die door toedoen van zijn eigen nalatigheden alsnog werken/diensten moet uitvoeren gedurende de COVID-19-pandemie dus beletten om een schadevergoeding op grond van deze dienstorder te bekomen.
- De aanbesteder kan redelijkerwijze motiveren dat de opdracht slechts beperkt tot geen invloed heeft ondervonden van de COVID-19-pandemie (zoals dit volgens de dienstorder bijvoorbeeld het geval is voor opdrachten voor baggerwerken).

### **Ontvankelijkheidsvoorwaarden**

De opdrachtnemer zal een melding moeten gemaakt hebben van de versturende feiten binnen een termijn van 30 dagen nadat deze feiten zich hebben voorgedaan of nadat de opdrachtnemer normaal gezien op de hoogte zou moeten zijn van deze feiten. De opdrachtnemer zal de aanbesteder ook binnen diezelfde termijn op de hoogte moeten brengen van de invloed op zowel het verloop als de kostprijs. Indien de opdracht vóór 18 maart 2020 reeds gesloten en in uitvoering was, moet de melding plaatsgevonden hebben vóór 18 april 2020. Bij opdrachten die in uitvoering zijn gegaan na 18 maart 2020, zal de aanbesteder geval per geval bepalen of de melding tijdig is gebeurd.

Een becijferde rechtvaardiging indienen, in toepassing van artikel 38/16 KB AUR 2017, is niet noodzakelijk, tenminste voor zover de opdrachtnemer toepassing vordert van de forfaitaire schadevergoedingsregeling (zie hieronder).

### **Forfaitaire schadevergoeding**

Voor opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels (thans voor werken 5.382.000,00 EUR exclusief BTW en voor diensten 215.000,00 EUR exclusief BTW) die onder het toepassingsgebied van de dienstorder vallen, geldt het principe dat de opdrachtnemer recht heeft op een forfaitaire schadevergoeding voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van de COVID-19-pandemie. In afwijking van de strengere overheidsopdrachtenreglementering, is het aantonen van een minimaal schadebedrag of zeer belangrijk nadeel daarbij niet vereist. Deze schadevergoeding bedraagt:

- 1% van het bedrag van de goedgekeurde vorderingsstaten, incl. prijsherzieningen, die betrekking hebben op schuldvorderingen ingediend tussen 18 maart 2020 en 7 juni 2020;
- 0,75% van het bedrag van de goedgekeurde vorderingsstaten, incl. prijsherzieningen, die betrekking hebben op schuldvorderingen ingediend tussen 8 juni 2020 en 31 mei 2021;

- 0,5% van het bedrag van de goedgekeurde vorderingsstaten, incl. prijsherzieningen, die betrekking hebben op schuldvorderingen ingediend tussen 1 juni 2021 en 30 september 2021.

Er zijn noch (verwijl)interessen van toepassing op de forfaitaire schadevergoeding noch BTW. Hierdoor worden de vorderingsstaten ook exclusief BTW berekend. Echter wordt wel het bedrag van de goedkeurde vorderingsstaten verminderd met 10%. Het betreft hier – aldus de dienstorder – een pragmatische benadering om de forfaitaire schadevergoeding te berekenen op het oorspronkelijk opdrachtbedrag en toch de eenvoud van de forfaitaire schadevergoedingsregeling te behouden.

Opvallend voor opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels, is het gegeven dat de dienstorder alle andere mogelijke schadevergoedingsmechanismen uitsluit tenzij de compensatie betrekking heeft op dienstorder MOW/MIN/2020/01 (compensatie voor woon-werkverkeer en bijkomende veiligheids- en gezondheidsmiddelen).

Voor opdrachten boven de Europese bekendmakingsdrempels, heeft de aannemer de keuze uit twee opties: ofwel gaat hij akkoord met een forfaitaire schadevergoeding zoals bepaald voor opdrachten onder de Europese bekendmakingsdrempels (zie hoger), ofwel gaat hij niet akkoord met de forfaitaire schadevergoeding, in welk geval de opdrachtnemer het recht behoudt om op basis van de overheidsopdrachtenwetgeving een schadevergoeding te vorderen, met name een vergoeding van de werkelijk geleden schade.

Het betreft hier dus een keuzerecht waarbij de ene optie uitdrukkelijk de andere uitsluit.

Voor een overheidsopdracht voor werken met een oorspronkelijk opdrachtbedrag van 4.500.000,00 EUR exclusief BTW (< 5.382.000,00 EUR exclusief BTW), kan dit als volgt worden geïllustreerd:

-	Vorderingsstaten (periode 18 maart 2020 - 7 juni 2020) (excl. BTW):	1.000.000,00 EUR
-	Vorderingsstaten (periode 8 juni 2020 - 31 mei 2021) (excl. BTW):	500.000,00 EUR
-	Vorderingsstaten (periode 1 juni 2021 - 30 september 2021) (excl. BTW):	2.000.000,00 EUR
	TOTAAL (excl. BTW):	3.500.000,00 EUR

Zoals hoger aangestipt, moet er vervolgens ter bepaling van het bedrag van de forfaitaire schadevergoeding waar de opdrachtnemer aanspraak op kan maken, nog een bedrag van 10% in mindering gebracht worden.

Concreet kan de schadevergoeding, voor zover de opdracht daadwerkelijk onder het toepassingsgebied van de dienstorder valt en aan alle ontvankelijkheidsvoorwaarden voldaan is, dan als volgt berekend worden:

-	Periode 1: 90% van 1.000.000,00 EUR x 0,01 =	9.000,00 EUR
-	Periode 2: 90% van 500.000,00 EUR x 0,0075 =	3.375,00 EUR
-	Periode 3: 90% van 2.000.000,00 EUR x 0,0050 =	9.000,00EUR
	TOTAAL (excl. BTW):	21.375,00 EUR

Voor overheidsopdrachten boven het hogervermelde Europese drempelbedrag, kan de opdrachtnemer opteren voor de hierboven geïllustreerde schadevergoedingsregeling of voor een (integrale) vergoeding van de daadwerkelijk geleden schade (die desgevallend beduidend hoger kan zijn). Daarbij dient de opdrachtnemer wel rekening te houden met de zwaardere bewijslast die op hem zal rusten. Zo zal hij eveneens verplicht zijn de meldingsplicht van 30 dagen te respecteren maar ook een concreet becijferde rechtvaardiging in te dienen binnen de hiervoor geldende termijnen. Bovendien zal de opdrachtnemer wanneer hij voor een schadevergoeding opteert een zeer belangrijk nadeel moeten aantonen in de zin van artikel 38/9 KB AUR 2017. Die laatste drempel kan, in functie van het opdrachtbedrag, hoog zijn: met name minstens 2,5% van het initiële opdrachtbedrag, met dien verstande dat voor opdrachten gegund op basis van de prijs alleen, op basis van de kosten of op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding met een prijs criterium dat voor minstens 50% doorweegt, de drempel in ieder geval bereikt is vanaf de volgende bedragen:

- 175.000,00 EUR voor de opdrachten met een initieel opdrachtbedrag hoger dan 7.500.000,00 EUR en lager of gelijk aan 15.000.000,00 EUR;
- 225.000,00 EUR voor de opdrachten met een initieel opdrachtbedrag hoger dan 15.000.000,00 EUR en lager of gelijk aan 30.000.000,00 EUR;
- 300.000,00 EUR voor de opdrachten met een initieel opdrachtbedrag hoger dan 30.000.000,00 EUR.

Ook opmerkelijk, indien de keuze wordt gemaakt voor een bepaalde schadevergoedingsregeling (forfaitaire schadevergoedingsregeling in toepassing van de dienstorder, dan wel vergoeding van de reële schade), zal deze regeling van toepassing zijn op alle opdrachten (boven de Europese drempelbedragen) die de opdrachtnemer voor alle entiteiten van het beleidsdomein MOW uitvoert. De opdrachtnemer zal bijgevolg voor opdrachten van entiteiten van het beleidsdomein MOW boven de Europese bekendmakingsdrempels niet kunnen kiezen voor een forfaitaire schadevergoedingsregeling bij de ene opdracht en een schadevergoeding voor de werkelijk geleden schade bij de andere opdracht.

### **Praktische toepassing**

Om aanspraak te kunnen maken op de forfaitaire schadevergoedingsregeling dient er een schriftelijke aanvraag verzonden te worden aan de aanbesteder uiterlijk op 31 december 2022. Voor de concrete uitbetaling van de forfaitaire schadevergoeding wordt duidelijk gesteld dat dergelijke betaling maar zal plaatsvinden na ondertekening van een dadingsovereenkomst. Bij discussie over het bedrag van de forfaitaire schadevergoeding wordt het onbetwiste gedeelte uitbetaald.

### **Andere vormen van compensatie**

De opdrachtnemer zal nog steeds aanspraak kunnen maken op andere vormen van herziening dan een schadevergoeding zoals de verlenging van de uitvoeringstermijn. Vergoedingen of termijnschade omwille van een termijnverlenging zijn dan weer niet mogelijk indien de forfaitaire schadevergoeding van toepassing is.

\*

\* \*

Deze dienstorder bevat enkele opmerkelijke bepalingen en er dient dan ook enige voorzichtigheid aan de dag gelegd te worden bij het formuleren van een verzoek tot toepassing ervan. Zo dient men er rekening mee te houden dat voor opdrachten boven de Europese drempelbedragen, het uitgewerkte “*opt-in systeem*” ook impliceert dat de keuze voor een bepaalde regeling definitief is en de andere regeling (met name een integrale vergoeding voor de werkelijk geleden schade) uitsluit. Als opdrachtnemer is het dus belangrijk dat men, aan de hand van de nodige, onderliggende berekeningen, goed nadenkt alvorens een keuze te communiceren aan de aanbestedende overheid. Het valt daarbij op dat de keuze niet alleen definitief is voor een welbepaalde opdracht, maar ook wordt doorgetrokken naar de andere opdrachten van de entiteiten van het beleidsdomein MOW. Een dergelijke keuze kan dus verregaande gevolgen hebben.

Met uw eventuele vragen, kan u steeds terecht bij Maarten Somers, Bram Tollet en Kristof Van Keer.

maarten.somers@schoups.be

bram.tollet@schoups.be

kristof.vankeer@schoups.be