

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY
rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2021

NIEUWSBRIEF JUNI 2021

THEMA :

**HET NIET GUNNEN VAN EEN OPDRACHT NA EREN STANDAARDPROCEDURE EN
VERDERZETTING VIA MEDEDIGINGSPROCEDURE**

RECHTSPRAAK

HANDTEKENINGSBEVOEGDHEID EN HET ONDERZOEK ERNAAR
ONTBREKEND UEA BIJ BEROEP OP DRAAGKRACHT VAN EEN DERDE
VERPLICHT ONDERZOEK NAAR SELECTIECRITERIA IN TWEESTAPSPROCEDURE- LOUTERE
VERWIJZING NAAR UEA VOLSTAAT NIET, HIER OOK DRAAGKRACHTVERBINTENIS

REGELGEVING :

INFO VARIA :

FEDERALE AANPASSING KM VERGOEDING
Vlotter afsluiten raamovereenkomsten LAATSTE EXEMPLAREN



Ed. 6/2021 VEWA Copyright © 2021 Alle rechten voorbehouden

PROF RUDI CLAEYS

THEMA: HET NIET GUNNEN VAN EEN OPDRACHT NA EREN STANDAARDPROCEDURE OP BASIS VAN PRIJZEN BUITEN BUDGET EN VERDERZETTING VIA MEDEDIGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELEN

1.1 algemeen principe

Het volgen van een gunningsprocedure houdt **geen verplichting in tot het gunnen** of het sluiten van de opdracht en mag de aanbestedende overheid zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze. Een aanbestedende overheid mag hierbij echter niet willekeurig te werk gaan; een beslissing gegrond op dit artikel **moet steunen op in feite en in rechte aanvaardbare motieven die haar kunnen dragen**. (ARREST RvS nr. 245.292 van 8 augustus 2019 in de zaak A. 228.591/XII-8762)

1.2 Prijs buiten budget : Niet als onregelmatige offerte te weren maar te bestempelen als onaanvaardbare offerte

Men kan de offerte echter niet weren als substantieel onregelmatig ten gevolge van het prijsonderzoek zoals blijkt uit onderstaande uitspraak van de Raad van State :

“De aanbestedende overheid onderwierp de offertes aan een prijsonderzoek. De aanbestedende overheid is van oordeel dat de totale offerteprijs van inschrijver onaanvaardbaar is en beslist deze offerte niet verder te beoordelen.

De totaalprijs ligt 35% boven het beschikbaar budget en daarom kan de aanbestedende overheid deze prijs niet aanvaarden.

Overeenkomstig artikel 83 van de wet overheidsopdrachten 2016 en het in het middel geschonden geachte artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 gaat de aanbestedende overheid na of de offertes regelmatig zijn.

Overeenkomstig artikel 35 van hetzelfde besluit onderwerpt de aanbestedende overheid de ingediende offertes aan een prijs- of kostenonderzoek.

Doch, anders dan de verwerende partij dit ziet, lijkt een “onaanvaardbare prijs”, op zichzelf en zonder nader onderzoek met prijsbevraging, evenwel geen rechtsgeldig motief te kunnen zijn om in het kader van het prijsonderzoek tot onregelmatigheid van de offerte van de verzoekende partij te mogen besluiten en deze te weren.

In de mate dat de verwerende partij het zogenoemd onaanvaardbaar karakter van de totale offerteprijs afleidt uit een overschrijding van het beschikbare budget valt overigens op te merken dat dit budget nergens in de opdrachtdocumenten lijkt te zijn vermeld noch lijkt het dat dit kon worden

geraadpleegd en de inschrijvers aldus hiervan kennis hadden of konden hebben bij de indiening van hun offertes.

Op het eerste gezicht voorzien de hiervoor vermelde wettelijke en reglementaire bepalingen inzake het prijsonderzoek bovendien nergens in de mogelijkheid van een zogenoemd “aanvaardbaarheidsonderzoek” in het kader van het prijsonderzoek.

Conclusie : de ingediende offerte is desgevallend wel regelmatig maar gebeurlijk onaanvaardbaar.

Het begrip “onaanvaardbare offertes” lijkt door de wetgever immers uitsluitend te worden gehanteerd in artikel 38, § 1, 2°, van de wet overheidsopdrachten 2016 overeenkomstig welke bepaling een aanbestedende overheid gebruik kan maken van een mededigingsprocedure met onderhandeling met betrekking tot werken, leveringen of diensten waarvoor, naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure, enkel onregelmatige of “onaanvaardbare” offertes werden ingediend.

In de bestreden beslissing lijkt de verwerende partij dan ook ten onrechte het begrip “onaanvaardbare prijs” te hebben binnengebracht in het prijsonderzoek.

1.3 Dus verplicht via een nieuwe gunningprocedure

Het artikel 58, § 1, derde lid, van de wet overheidsopdrachten 2016 bepaalt dat, in het geval dat de aanbestedende overheid ervoor kiest de opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, zij het recht heeft er slechts enkele te gunnen en eventueel te besluiten de andere percelen op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten, desnoods volgens een andere plaatsingsprocedure.

Aldus blijkt de wet overheidsopdrachten 2016 zelf prima facie uitdrukkelijk aan de aanbestedende overheid op te leggen dat, **indien zij een bepaald perceel eerst niet gunt en vervolgens beslist om dat perceel toch te laten uitvoeren, zij daartoe in beginsel een nieuwe plaatsingsprocedure dient te volgen.** Zie ook ARREST RvS nr. 245.684 van 8 oktober 2019 in de zaak A. 229.066/XII-8796)

1.4 verplicht via een uitdrukkelijk gemotiveerde beslissing van niet-gunning

ARREST RvS nr. 247.335 van 26 maart 2020 in de zaak A. 230.321/XII-8873

De aanbestedende overheid kan zowel afzien van het gunnen of het sluiten van de opdracht als de procedure herbeginnen, desnoods op een andere wijze.

De plaatsing van een overheidsopdracht strekt ertoe te voldoen aan de behoeften van de aanbestedende overheid. Er dient dan ook te worden verondersteld dat de aanbestedende overheid in principe over een aanzienlijke beoordelingsruimte beschikt bij het nemen van een beslissing om een plaatsingsprocedure stop te zetten.

De Raad van State mag zich niet in de plaats stellen van de aanbestedende overheid maar mag desgevraagd wel **nagaan of die beslissing met de vereiste zorgvuldigheid is gebeurd en berust op voldoende veruitwendigde en draagkrachtige motieven.**

De aanbesteder stelt een gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing op wanneer zij afziet van het sluiten van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe procedure uit te schrijven. Deze beslissing bevat de juridische en feitelijke motieven van de aanbesteder om af te zien van het plaatsen van de opdracht en, in voorkomend geval, de vermelding van de nieuwe procedure die wordt gevolgd.

1.5 via mededingingsprocedure met onderhandelen

art. 38, §1, lid 1, 2° Wet : indien naar aanleiding van openbare of niet-openbare procedure enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend

De opdracht werd niet Europees bekend gemaakt

U mag de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk wijzigen. Beperkte wijzigingen of aanvullingen mogen wel.

U nodigt alle inschrijvers uit die voldoen aan de eisen van toegangsrecht en kwalitatieve selectie en die een formeel regelmatig offerte indienden. Maar, u mag ook andere deelnemers uitnodigen die aan deze eisen voldoen en die bij de oorspronkelijke procedure geen offerte indienden. Zo kunt u de mededinging verruimen. U moet geen aankondiging van de opdracht bekendmaken.

Als u niet alle inschrijvers die voldoen aan de eisen van toegangsrecht en kwalitatieve selectie en die een formeel regelmatig offerte indienden wenst uit te nodigen, bent u wel verplicht een aankondiging van de opdracht bekend te maken.

In deze situatie zal vooral de motivatie belangrijk zijn. Voor deze motivatie zal je het onaanvaardbare van de prijs moeten aantonen en het bewijs leveren bv. Een geraamd bedrag in de info documenten, een beslissing over de budgettaire middelen

RECHTSPRAAK

1. HANDTEKENINGSBEVOEGDHEID EN HET VERPLICHT ONDERZOEK ERNAAR

ARREST RvS nr. 250.328 van 14 april 2021 in de zaak A. 233.218/XII-9052

Krachtens artikel 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017 is een offerte substantieel onregelmatig onder meer bij de niet-naleving van de vereisten bedoeld in artikel 44 van dit besluit. Het laatstgenoemde artikel bepaalt onder meer dat handtekeningen worden “afgeleverd door de perso(o)n(en) die bevoegd of gemachtigd is/zijn om de inschrijver te verbinden”.

De offerte van de verzoekende partij is ondertekend door A L in de hoedanigheid van “algemeen directeur”. De verzoekende partij betwist niet dat A L niet tevens de hoedanigheid van bestuurder heeft. Hij heeft hier sinds zijn aanstelling een algemene volmacht.

Wat de betrokken volmacht betreft, is daarbij niet onderzocht of deze nog geldig kon zijn gelet op het bestaan van het nieuwe WVV dat in zijn artikel 9:7. Een dergelijke volmacht aan een niet-bestuurder niet meer toestaat wat tevens vragen naar de inwerkingtreding in de tijd en het dwingend karakter van die bepaling impliceert.

Wat dan de statutaire bepaling 13.5. betreft, moet worden vastgesteld dat deze bepaling enkel daden van dagelijks bestuur lijkt te betreffen. Hierbij is dan niet onderzocht of de ondertekening van een overheidsopdracht in het algemeen of te dezen mocht worden beschouwd als een daad van dagelijks bestuur. Dit is zelfs een vraag die recent voor een nieuwe benadering vatbaar is geworden. Artikel 7:121. van het WVV bevat immers een definitie van het begrip “dagelijks bestuur”, die niet volledig eenduidig is met deze ontwikkeld in de rechtspraak van het Hof van Cassatie van vóór deze wet (zie hieromtrent uitvoeriger de vaststellingen van de Raad van State in zijn arrest nr. 249.726 van 5 februari 2021 inzake nv Stadsbader).

Dit **euvel van niet-onderzoek** klemmt te dezen des te meer, nu het bestek zoals hiervoor aangehaald uitdrukkelijk de aandacht van de inschrijver erop vestigt “dat de ondertekening van een offerte voor een overheidsopdracht niet als een handeling van dagelijks bestuur kan worden beschouwd”. De verwerende partij lijkt zich dan ook niet zomaar te hebben mogen steunen op een statutaire bepaling die enkel het dagelijks bestuur betreft.

De discussies tussen partijen in huidig geding lijken echter in de eerste plaats over de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid te gaan, los van de context van het dagelijks bestuur. De betrokken algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid lijkt het voorwerp te zijn van de volgende bepaling in de statuten van de verzoekende partij en deze is nu juist niet vermeld in de betrokken motivering maar overigens evenzeer voor betwisting rond haar geldigheid vatbaar; deze bepaling luidt:

“13.6. De bevoegdheid om de vereniging in en buiten rechte te vertegenwoordigen kan door de raad van bestuur bij eenvoudig besluit worden opgedragen aan één of meer personen, al dan niet bestuurder, die, desgevallend, gezamenlijk optreden. De bevoegdheid van de bovengenoemde perso(o)n(en) wordt precies afgebakend door de Raad van Bestuur, die eveneens de duur van het mandaat bepaalt. Het mandaat kan ten alle tijde met onmiddellijk ingang door de Raad van Bestuur worden ingetrokken.”

Van een aanbestedende overheid mag worden verwacht dat zij bij het nemen van de belangrijke beslissing om een inschrijver te weren wegens onregelmatige vertegenwoordiging, alle toepasselijke rechtsregelingen en statutaire bepalingen zorgvuldig onderzoekt en toepast, temeer omdat de verwerende partij te dezen een belangrijk bestuur is met aanzienlijke juridische diensten. Ter terechtzitting verklaart de afgevaardigde van de verwerende partij wel dat de juridische dienst niet tussenkwam in de bestreden motivering van de onregelmatigverklaring en zelf nog geen decisief algemeen standpunt heeft betreffende de dwingendheid van het kwestieuze artikel 9:7. en het verweer dat op die interpretatie steunt enkel onderhavig geding betreft. Dat in het auditoraatsadvies reeds wordt meegegaan in dit standpunt lijkt dus gelet op de voorgaande vaststellingen te voorbarig nu de bestreden beslissingen juist niet lijken te steunen op de toepassing van de nieuwe regels inzake de overdracht van de algemene vertegenwoordigingsbevoegdheid.

Gelet op de hiervoor *prima facie* vastgestelde gebrekkigheid van de motieven die in de bestreden beslissingen vervat is en die impliceert dat geen correcte toepassing is gemaakt

van de geschonden geachte artikelen 44 en 76 van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt de verwerende partij te moeten worden verplicht tot een nieuw onderzoek van die bevoegdheid. In zoverre is het middel ernstig en de gevraagde schorsing, die tot dat onderzoek kan bijdragen, gewettigd.

2. ONTBREKEND UEA BIJ BEROEP OP DRAAGKRACHT VAN EEN DERDE
ARREST RvS nr. 250.356 van 20 april 2021 in de zaak A. 233.241/XII-9056

Te dezen heeft de verzoekende partij ondanks de beweerde gebrekkigheid van de aankondiging dan wel de selectieleidraad zonder meer een aanvraag tot deelneming ingediend en dus deelgenomen aan de procedure.

Uit het selectieverslag blijkt dat de aanvraag tot deelneming van de verzoekende partij vervolgens onontvankelijk werd bevonden omdat zij heeft nagelaten om bij haar aanvraag tot deelneming een ingevuld UEA te voegen voor de nv B, als zijnde een andere **entiteit op wiens draagkracht de verzoekende partij volgens de verwerende partij een beroep doet voor het voldoen aan het selectievereiste inzake het eerste referentieproject**. De verzoekende partij wordt voorts niet geselecteerd omdat zij zich inzake de vereiste technische bekwaamheid beroept op de draagkracht van de nv B om aan alle selectie-eisen met betrekking tot het gevraagde referentieproject 1 te voldoen, terwijl de vereiste verbintenis in hoofde van de nv Bioterra dat de verzoekende partij zal kunnen beschikken over de nodige middelen, ontbreekt.

De aangevoerde onwettigheid betreffende de erkenningsvereisten lijkt de verzoekende partij in de concrete omstandigheden van de zaak dan ook geen nadeel te hebben toegebracht.

De opmerking van de verzoekende partij dat een vermelding van de erkenningsvereisten en een onderzoek van de mate waarin de kandidaten aan de erkenningsvereisten voldoen onvermijdelijk aan het licht zou hebben gebracht dat de nv B zich in dat kader reeds had verbonden om haar middelen ter beschikking van de nv DC te stellen en dat de nv B niet beschikt over een autonome erkenning, lijkt evenmin van aard om tot een ander besluit te leiden: de verzoekende partij blijkt immers - net als de meeste andere kandidaten -, ook zonder uitdrukkelijke vermelding van eventuele erkenningsvereisten in de aankondiging in haar aanvraag tot deelneming de haar toegekende erkenningen te hebben vermeld, doch zonder dat zij de “overeenkomst met betrekking tot het ter beschikking stellen van personeel en middelen” die de verzoekende partij thans in de huidige procedure neerlegt als stuk 12 en waaruit volgens haar een dergelijke verbintenis blijkt, bij haar aanvraag tot deelneming heeft gevoegd. Bovendien valt op het eerste gezicht niet in te zien hoe de

vermelding van de erkenningsvereisten en een onderzoek van de mate waarin de kandidaten aan de erkenningsvereisten voldoen van aard zou zijn om het vastgestelde gebrek aan voorlegging van een UEA in hoofde van de nv B te verhelpen.

De conclusie is dan ook dat de vermeende schending van de voornoemde bepalingen *prima facie* geen invloed heeft kunnen uitoefenen op de draagwijdte van de bestreden beslissingen noch dat de verzoekende partij een waarborg werd ontnomen, waardoor zij overeenkomstig artikel 14, § 1, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, het vereiste belang bij het middel lijkt te ontberen.

3. VERPLICHT ONDERZOEK NAAR SELECTIECRITERIA IN TWEESTAPSPROCEDURE-
LOUTERE VERWIJZING NAAR UEA VOLSTAAT NIET HIER OOK DRAAGKRACHT
VERBINTENIS

ARREST RvS nr. 250.332 van 15 april 2021 in de zaak A. 233.239/XII-9055

Wat de eerste grief betreft, wordt in **het selectieverslag het uitsluitings- en selectieonderzoek weergegeven in de vorm van een samenvattende tabel.**

Anders dan de verzoekende partij het ziet lijkt de formele neerslag in het selectieverslag van het nazicht van de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria, wanneer er zich, zoals te dezen, volgens de aanbestedende overheid geen probleem stelt, **wel degelijk in principe beperkt te mogen worden tot een bondige opsomming in tabelvorm met de vermelding ‘OK’ bij elk element** inzake uitsluiting en selectie dat door de aanbestedende overheid als “in orde” werd aangemerkt. Er lijkt *prima facie* niet van de aanbestedende overheid te moeten worden vereist dat zij, wanneer er volgens haar geen uitsluitings- of selectieproblemen rijzen, voor elk mogelijk element inzake uitsluiting of selectie in detail de positieve redenen te kennen zou geven waarom de betrokken kandidaat niet moet worden geweerd.

De formele motiveringsplicht lijkt niet te vereisen dat dit onderzoek *in extenso* wordt weergegeven, indien uit het administratief dossier blijkt dat de kandidaten wel degelijk werden getoetst aan de uitsluitingsgronden en de selectiecriteria en dat er daarbij geen bijzondere problemen zijn gerezen.

Uit het administratief dossier lijkt alleszins reeds op het eerste gezicht te mogen worden afgeleid dat er niet zomaar over de uitsluitings- en selectiefase van de gunningsprocedure werd heengestapt en dat er wel degelijk een inhoudelijk onderzoek van de aanvragen tot deelneming heeft plaatsgevonden. Als vertrouwelijk stuk 22 van het administratief dossier wordt een als “intern controledocument selectiefase” aangemerkt stuk neergelegd dat lijkt te bevestigen dat er wel degelijk een inhoudelijk uitsluitings- en selectieonderzoek heeft plaatsgevonden. Anders dan de verzoekende partij veronderstelt in het eerste middel lijkt het onderzoek alleszins niet beperkt te zijn gebleven tot een louter nazicht of er al dan niet een geldig UEA bij de aanvraag tot deelneming was gevoegd.

De vermeldingen in het selectieverslag lijken dus te mogen worden geïnterpreteerd, in de zin dat er een inhoudelijk uitsluitings- en selectieonderzoek werd uitgevoerd door de aanbestedende overheid en er werd nagegaan of er een geldig UEA was bijgevoegd. De interpretatie, die de verzoekende partij naar voren schuift, namelijk dat het onduidelijk zou zijn op welke grond het uitsluitings- en selectieonderzoek werd gevoerd, faalt *prima facie*.

Wat de tweede grief betreft, dient er te worden vastgesteld dat uit het administratief dossier, meer bepaald de aanvraag tot deelneming en de offerte van de gekozen inschrijver, dat deze wel degelijk een **beroep doet op de draagkracht** van de Italiaanse onderneming A om te voldoen aan de selectievereisten. Er wordt zelfs uitdrukkelijk vermeld dat op de financiële draagkracht van deze onderneming een beroep wordt gedaan. Deze onderneming blijkt een op het eerste gezicht **geldige draagkrachtverbintenis** te hebben ondertekend die zowel bij de aanvraag tot deelneming (administratief dossier, vertrouwelijk stuk 23, bladzijde 119) als bij de offerte werd gevoegd (administratief dossier, vertrouwelijk (stuk 25, bladzijde 46).

Die vaststelling lijkt de veronderstelling van de tweede grief, namelijk dat er geen beroep werd gedaan op de draagkracht van A om te voldoen aan de selectiecriteria inzake de economische en financiële draagkracht, onderuit te halen.

Wel is het zo dat het selectieverslag ten onrechte vermeldt dat de gekozen inschrijver geen beroep doet op de draagkracht van A. Die fout in het selectieverslag wordt door de verwerende partij verklaard als “een louter materiële vergissing”. Die stelling lijkt, gelet op de inhoud van de offerte van de gekozen inschrijver, te mogen worden aanvaard.

De beide grieven van het eerste middel worden op het eerste gezicht niet bijgevalen. Het is bijgevolg niet aangetoond dat het eerste middel ernstig is.

REGELGEVING

VARIA INFO

8 JUNI 2021. - Omzendbrief nr. 695. - Aanpassing van het bedrag van de kilometer-vergoeding 2021

Met toepassing van artikel 74 van het koninklijk besluit van 13 juli 2017 tot vaststelling van de toelagen en vergoedingen van de personeelsleden van het federaal openbaar ambt, wordt het bedrag van de kilometervergoeding vastgesteld op 0,3707 euro per kilometer voor de periode van 1 juli 2021 tot 30 juni 2022.

Met toepassing van artikel 3bis van het koninklijk besluit van 24 december 1993 ter uitvoering van de wet van 6 januari 1989 tot vrijwaring van 's lands concurrentievermogen, ingevoegd bij de wet van 23 april 2015 tot verbetering van de werkgelegenheid, wordt het indexcijfer van de consumptieprijzen bepaald in het artikel 74, § 1^{er}, van het voormeld koninklijk besluit van 13 juli 2017 vervangen door de afgevlakte gezondheidsindex.

Dit bedrag wordt als volgt vastgesteld :

Eerste deel :

80% van de vorige kilometervergoeding x
afgevlakte gezondheidsindex mei 2021/afgevlakte gezondheidsindex mei
2020

of

80% van $[0,3542 \times 108,50 / 107,84] = 0,28509$ EUR

Tweede deel :

20% van de vorige kilometervergoeding x
Diesel + Benzine mei 2021/Diesel + Benzine mei 2020

of

20% van $[0,3542 \times (1,5192 + 1,5186) / (1,2507 + 1,2626)]$
= 0,08562 EUR

Totaal bedrag :

0,28509 EUR + 0,08562 EUR = 0,3707 EUR



VIJF LAATSTE
EXEMPLAREN

HANDBOEK VLOTTER AFSLUITEN RAAMOVEREENKOMSTEN

Voor degene die niet konden aanwezig zijn op onze Masterclass rond de Raamovereenkomsten is het bijhorende handboek nog beschikbaar.

U kan het exclusief bij ons bestellen via mail op rudiclaeys@telenet.be

Met opgave van het verzendadres.

Kostprijs 30,00 € verzending inbegrepen te storten op rekening

VOF CARU BE44 7380 3981 1145.

Het handboek in boekvorm beslaat 114 bladzijden en het bijhorende canvas voor een bestek wordt U digitaal overgemaakt op het door U opgegeven mailadres