

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY
rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2021

NIEUWSBRIEF SEPTEMBER 2021

THEMA : ONAANVAARBARE OFFERTES NA OPENBARE PROCEDURE EN VERDERZETTING VIA MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELINGEN

RECHTSPRAAK

1 BEPERKING VAN DE ONDERHANDELINGEN EN BAFO IN DE MEDEDINGINGSPROCEDURE TOT HET TECHNISCHE GEDEELTE EN BEHOUD VAN DE PRIJZEN VAN DE INITIELE OFFERTE

2 AL DAN NIET VERPLICHTE UITSLUITING VAN EEN DEELNEMER DIE BEROEPDOET OP DE DRAAGKRACHT VAN EEN DERDE DIE EEN VALSE VERKLARING AFLEGT

3 EEN NULPRIJS IN EEN OFFERTE LEIDT NIET AUTOMATISCHG TOT EEN SUBSTANTIËLE ONREGELMATIGHEID, MAAR VERPLICHT DE AANBESTEDER TOT HET VOLGEN VAN DE PROCEDURE VOORABNORMALE PRIJS EN DE VRAAG OM DE AANGEBODEN PRIJS TE RECHTVAARDIGEN.

REGELGEVING :

INDEXCIJFERS SEPTEMBER 2021

INFO VARIA :

Vlotter afsluiten raamovereenkomsten TLAATSTE EXEMPLAREN



PROF RUDI CLAEYS

THEMA: GEEN AANVAARDBARE OFFERTES NA OPENBARE PROCEDURE EN VERDERZETTING VIA MEDEDINGINGSPROCEDURE MET ONDERHANDELINGEN

De aanbesteder stelt vast dat alle ingediende offertes ruim boven de raming en het beschikbare maximale budget liggen, waardoor de ingediende offertes als onaanvaardbaar dienen beschouwd te worden

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.

U bent dus verplicht via een uitdrukkelijk gemotiveerde beslissing van niet-gunning te nemen

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.

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 Europees bekend gemaakt en dit heeft voor gevolg :

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, om deel te nemen aan de procedure. Andere deelnemers mag u dus niet uitnodigen. 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.

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 beide situatie szal 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

Andere mogelijke motieven voor niet-plaatsing en heraanbesteding die worden aanvaard door de Raad van State zijn (niet exhaustief):

- de noodzaak verbeteringen aan het bestek aan te brengen wegens o.m. vastgestelde leemtes, onduidelijkheden en onjuistheden: de rechtsgeldigheid van de voorgenomen bestekswijzigingen onderbouwt de rechtsgeldigheid van de beslissing tot stopzetting en heraanbesteding. Deze laatste zal niet verantwoord zijn als het gaat om aanpassingen van gering belang;
- het besef dat de aanbesteder zich niet aan bepaalde besteksverplichtingen kan houden;
- het vermijden dat de gebreken in de plaatsingsprocedure of de vermeende onregelmatigheid van de offertes de wettigheid van de gunningsbeslissing zouden kunnen aantasten;
- een tegenstrijdigheid tussen de bepalingen van het bestek en de samenvattende opmetingsstaat of inventaris waardoor grote verwarring ontstaat bij de inschrijvers en de moeilijkheid, zo niet onmogelijkheid om de offertes objectief te vergelijken.

Zijn door de Raad van State o.a. beschouwd als rechtsgeldige redenen om te besluiten tot stopzetting van de gunningsprocedure:

- de vaststelling dat in het licht van de in tussentijd gebleken budgettaire beperkingen of besparingsmaatregelen, de opdracht niet langer prioritair is;
- de keuze van de aanbesteder om de opdracht alsnog in eigen beheer uit te voeren;
- de vaststelling dat door het tijdsverloop de opdracht niet langer kan worden uitgevoerd

CONCLUSIE

In een eerste fase zal dus het regelmatigheidsnazicht van de ingediende offertes moeten uitgevoerd worden en vertolkt in een verslag van nazicht.

Op basis hiervan zal een gunningbeslissing met niet gunning moeten genomen worden

De inschrijvers dienen hiervan aangetekend in kennis gesteld te worden, en dan pas kan de procedure switch gemaakt worden naar een mededingingsprocedure met onderhandelen volgens bovenstaande richtlijnen naarmate het gaat om een Europese of Belgische opdracht.

RECHTSPRAAK

1. MOGELIJKHEID OM HET ONDERHANDELEN IN DE MEDEDINGINGSPROCEDURE TE BEPERKEN TOT HET TECHNISCHE DOSSIER EN BEPERKING VAN BAFO TOT DIT DEEL.MET BEHOUD VAN DE PRIJZEN UIT DE INITIELE OFFERTE

ARREST RvS nr. 251.302 van 26 juli 2021 in de zaak A. 234.018/XII-9106

In het bestek is aan de potentiële inschrijvers meegedeeld “dat het niet gegarandeerd is dat er prijsonderhandelingen gevoerd zullen worden” “in het verloop van de gunningsprocedure, zoals hieronder verder beschreven”, zodat van de inschrijvers “de beste prijs” wordt verwacht “bij het indienen van de offertes”.

Verzoekster toont niet de onwettigheid aan van die bepaling in het bestek.

7. Anders dan verzoekster beweert, had de verwerende partij geen “glazen bol” of een “gewrongen lezing van de besteksbeepaling” nodig om te weten wat de beste prijs was: zij mocht en moest veronderstellen, zo lijkt, dat de prijs in de initiële offerte die beste prijs was.

8. In beginsel beschikt de aanbestedende overheid in een mededingingsprocedure met onderhandelingen over een grote vrijheid om met de inschrijvers te onderhandelen en om de procedure van onderhandelen in te richten en te doorlopen.

De keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek.

Het is niet anders nu de in geding zijnde opdracht kadert in de zogenaamde speciale sectoren.

9. De wijze waarop de verwerende partij heeft gehandeld is, zo lijkt, gelijk verlopen voor alle inschrijvers en op transparante wijze aan hen meegedeeld.

Het is voorts op het eerste gezicht sporend met het bestek en dus voor alle inschrijvers voorzienbaar, dat de aanbestedende overheid tijdens de onderhandelingen – dat is: “in het verloop van de gunningsprocedure, zoals hieronder verder beschreven” – mogelijk enkel zal ingaan op de technische aspecten van de offerte.

Anders dan hoe verzoekster het voorstelt, kan een technische optimalisatie en de daaruit voortvloeiende prijsaanpassing ook een weerslag hebben op het gunningscriterium TCO.

XII-9106-10/25

Daaruit volgt dan weer, zo lijkt, dat de aanbestedende overheid ook de BAFO mag beperken tot de aspecten die in de onderhandelingsronde aan bod zijn gekomen.

...

Verzoekster toont in de huidige stand van de rechtspleging niet aan dat de aanbestedende overheid de reikwijdte van de onderhandelingen op ondeugdelijke wijze beperkt heeft tot de technische aspecten en dat zij ten onrechte een optimalisatie van de offerte en prijswijzigingen slechts toegelaten heeft in de mate deze steunt op de gevoerde technische onderhandelingen.

Verzoekster is gevraagd om haar beste prijs te geven in de initiële offerte. Zij mocht niet de verwachting koesteren, zo lijkt, dat zij naderhand haar prijs ook anderszins nog mocht aanpassen, zonder verband met de eventuele technische optimalisaties.

13. Een schending van de in het middel aangevoerde bepalingen en beginselen is vooralsnog niet aangetoond. Het middel is niet ernstig.

2. AL DAN NIET VERPLICHTE UITSLUITING VAN EEN DEELNEMER DIE BEROEP
DOET OP DE DRAAGKRACHT VAN EEN DERDE DIE EEN VALSE VERKLARING
AFLEGT

ARREST EHVJ negende kamer 3 juni 2021 inzake ECLI:EU:C:2021:445

prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Verzet artikel 63 van richtlijn [2014/24], samen met de beginselen van vrijheid van vestiging en vrijheid van dienstverlening in de artikelen 49 en 56 [VWEU], zich tegen de toepassing van de Italiaanse regeling betreffende beroep op de draagkracht van andere lichamen en uitsluiting van de gunningsprocedure van artikel 89, lid 1, vierde alinea, van [het wetboek overheidsopdrachten], volgens welke de aanbestedende dienst de aan de aanbesteding deelnemende ondernemer altijd moet uitsluiten indien een nevenonderneming onjuiste verklaringen heeft afgelegd over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen waarmee eventueel kan worden aangetoond dat een ernstige beroepsfout is begaan, zonder van hem te eisen of hem toe te staan dat ter vervanging van deze nevenonderneming een andere geschikte nevenonderneming wordt aangewezen, zoals daarentegen wel is vastgesteld voor andere gevallen waarin de entiteiten op de draagkracht waarvan de ondernemer zich wil beroepen niet voldoen aan een relevant selectie criterium of waarin dwingende gronden voor uitsluiting bestaan?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Om te beginnen moet erop worden gewezen dat de prejudiciële vraag suggereert dat een nationale regeling waarbij een inschrijver automatisch wordt uitgesloten wanneer foute informatie wordt verstrekt door een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, in strijd kan zijn met het non-discriminatiebeginsel, aangezien die entiteit wel mag worden vervangen wanneer zij niet voldoet aan een relevant selectie criterium of er tegen haar dwingende gronden voor uitsluiting bestaan.

De lidstaten hebben echter een bepaalde beoordelingsbevoegdheid bij het vaststellen van de toepassingsvoorwaarden voor de facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 57, lid 4, van richtlijn 2014/24 (zie in die zin arresten van 10 juli 2014, *Conorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, C-358/12, EU:C:2014:2063, punt 36; 28 maart 2019, *Idi*, C-101/18, EU:C:2019:267, punt 45, en 30 januari 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 34). Volgens artikel 57, leden 4 en 7, van richtlijn 2014/24 beschikken de lidstaten immers over de mogelijkheid om de daarin genoemde facultatieve uitsluitingsgronden niet toe te passen of om deze in de nationale regeling op te nemen met een naargelang het geval strengere of minder strenge toepassing, in overeenstemming met de op nationaal niveau heersende juridische, economische of sociale overwegingen.

Derhalve moet de prejudiciële vraag worden geherformuleerd en moet worden aangenomen dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of artikel 63 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), en lid 6, ervan en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen, in tegenstelling tot wat is voorgeschreven voor andere gevallen waarin entiteiten op de draagkracht waarvan

de inschrijver een beroep doet, niet aan een relevant selectie criterium voldoen of er tegen die entiteiten dwingende uitsluitingsgronden bestaan.

In dit verband zij eraan herinnerd dat een ondernemer volgens artikel 63, lid 1, van richtlijn 2014/24 het recht heeft om voor een bepaalde opdracht een beroep te doen op de draagkracht van andere entiteiten, ongeacht de juridische aard van zijn banden met die entiteiten, om te voldoen aan de in artikel 58, lid 3, van die richtlijn bedoelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de in artikel 58, lid 4, ervan bedoelde criteria inzake technische en beroepsbekwaamheid (zie in die zin arresten van 10 oktober 2013, *Swm Costruzioni 2 en Mannocchi Luigino*, C-94/12, EU:C:2013:646, punten 29 en 33; 7 april 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, punten 33, 35, 39, 49 en 51, en 2 juni 2016, *Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, punt 25).

De ondernemer die van dit recht wil gebruikmaken dient volgens artikel 59, lid 1, tweede en derde alinea, van richtlijn 2014/24 juncto overweging 84, derde alinea, ervan de aanbestedende dienst bij de indiening van zijn verzoek tot deelname of van zijn offerte een UEA over te leggen waarmee hij verklaart dat zowel hijzelf als de entiteiten op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, niet verkeren in een van de in artikel 57 ervan bedoelde situaties, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten.

Het staat dan volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2014/24 aan de aanbestedende dienst om te verifiëren of de entiteiten op de draagkracht waarvan de ondernemer een beroep wil doen, overeenkomstig de artikelen 59 tot en met 61 van deze richtlijn voldoen aan de toepasselijke selectiecriteria, en of er ten aanzien van de ondernemer zelf of die entiteiten uitsluitingsgronden bestaan als bedoeld in artikel 57 ervan.

Volgens artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van richtlijn 2014/24 kan de aanbestedende dienst eisen of door de lidstaat waaronder hij valt, worden verplicht te eisen dat de betrokken ondernemer de entiteit op de draagkracht waarvan hij een

beroep wil doen maar waartegen er niet-verplichte uitsluitingsgronden bestaan, vervangt. Uit deze bewoordingen blijkt dus duidelijk dat de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende dienst in dat geval verplicht is om van de ondernemer vervanging te eisen, maar de aanbestedende dienst niet de mogelijkheid kunnen ontnemen om op eigen initiatief vervanging te eisen. De lidstaten kunnen van die mogelijkheid - voor de aanbestedende dienst om tot vervanging over te gaan - immers enkel een verplichting maken.

Deze uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van richtlijn 2014/24 helpt er bovendien voor te zorgen dat de aanbestedende diensten het evenredigheidsbeginsel naleven in overeenstemming met artikel 18, lid 1, van deze richtlijn. Volgens dit beginsel, dat een algemeen beginsel van Unierecht is, mogen de regels die door de lidstaten of aanbestedende diensten worden opgesteld om uitvoering te geven aan die richtlijn immers niet verder gaan dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn (zie in die zin arresten van 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punt 48, en 30 januari 2020, *Tim*, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 45).

Ten eerste is het doel van artikel 57 van richtlijn 2014/24, net als bij artikel 63 ervan, om de aanbestedende dienst in staat te stellen zich ervan te vergewissen dat elk van de inschrijvers integer en betrouwbaar is, en dat er dus geen vertrouwensbreuk is met de betrokken ondernemer (zie in die zin arresten van 19 juni 2019, *Meca*, C-41/18, EU:C:2019:507, punt 29, en 3 oktober 2019, *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93*, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 26). In dit opzicht garandeert artikel 57, lid 6, van richtlijn 2014/24, juncto overweging 102 ervan, elke ondernemer die in een van de situaties van de leden 1 en 4 van dit artikel verkeert principieel het recht om te bewijzen dat de door hem genomen maatregelen volstaan om zijn betrouwbaarheid aan te tonen, ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond.

In die omstandigheden veronderstelt artikel 63 van richtlijn 2014/24 dat de aanbestedende dienst - vóór hij van de inschrijver verlangt dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt omdat die in een van de situaties van artikel 57, leden 1 en 4, ervan verkeert - die inschrijver en/of die entiteit

de mogelijkheid geeft om aan te geven welke maatregelen de entiteit eventueel heeft genomen om de vastgestelde onregelmatigheid te verhelpen en dus om aan te tonen dat zij opnieuw kan worden gezien als een betrouwbare entiteit (zie in die zin arrest van 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 37).

Het is dus enkel subsidiair, en indien de entiteit waartegen een uitsluitingsgrond wordt aangevoerd als bedoeld in artikel 57, leden 1 en 4, van richtlijn 2014/24 geen enkele herstelmaatregel heeft genomen of herstelmaatregelen heeft genomen die de aanbestedende dienst onvoldoende acht, dat deze van de inschrijver kan of - indien zijn nationale recht hem daartoe verplicht - moet eisen dat hij die entiteit vervangt.

Dienaangaande moet worden verduidelijkt dat een ondernemer die bij onherroepelijk vonnis is uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies, zich volgens artikel 57, lid 6, vierde alinea, van richtlijn 2014/24 tijdens de in het vonnis bepaalde uitsluitingsduur in de lidstaten waar het vonnis van kracht is stellig niet mag beroepen op de herstelmaatregelen die hij naar aanleiding van dat vonnis heeft genomen en zich dus niet mag onttrekken aan de uitsluiting indien dat bewijs toereikend wordt geacht. Indien een entiteit op de draagkracht waarvan de inschrijver wil terugvallen, bij onherroepelijk vonnis wordt uitgesloten van deelneming aan aanbestedingsprocedures of procedures voor de gunning van concessies, moet de aanbestedende dienst de inschrijver echter de mogelijkheid geven om die entiteit te vervangen.

Ten tweede blijkt ook uit overweging 101, derde alinea, van richtlijn 2014/24 dat de in punt 33 van dit arrest gegeven uitlegging van artikel 63, lid 1, tweede alinea, derde volzin, van deze richtlijn strookt met het evenredigheidsbeginsel. In de derde alinea van die overweging staat te lezen dat de aanbestedende diensten bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden bijzondere aandacht moeten schenken aan dit beginsel. Deze aandacht moet nog groter zijn wanneer de uitsluiting waarin de nationale regeling voorziet, aan de inschrijver wordt opgelegd voor een schending die

niet door hem is begaan maar door een entiteit van de draagkracht waarvan hij wil gebruikmaken en waarover hij geen controle heeft (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 48).

40 Het evenredigheidsbeginsel vereist immers dat de aanbestedende dienst het gedrag van de betrokken entiteit concreet en individueel beoordeelt, op basis van alle relevante gegevens (zie naar analogie arresten van 13 december 2012, Forposta en ABC Direct Contact, C-465/11, EU:C:2012:801, punt 31, en 3 oktober 2019, Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93, C-267/18, EU:C:2019:826, punt 29). De aanbestedende dienst moet daarbij rekening houden met de middelen die de inschrijver te zijner beschikking had om na te gaan of er sprake was van een schending door de entiteit op de draagkracht waarvan hij wilde rekenen (zie in die zin arrest van 30 januari 2020, Tim, C-395/18, EU:C:2020:58, punt 52).

Indien de verwijzende rechter de bewering van het consortium Del Debbio bevestigt dat het door particuliere entiteiten raadpleegbare uittreksel uit het strafregister niets vermeldde over de strafrechtelijke veroordeling van de bestuurder van de nevenonderneming op de draagkracht waarvan het een beroep wilde doen, zodat het Italiaanse recht het consortium niet de mogelijkheid bood om kennis te krijgen van die veroordeling, kan dit geen gebrek aan zorgvuldigheid worden verweten. Het zou in die omstandigheden dan ook in strijd zijn met het in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 uitgedrukte evenredigheidsbeginsel om te verhinderen dat de entiteit waartegen een uitsluitingsgrond bestaat, wordt vervangen.

42 Verder moet nog worden gepreciseerd dat de aanbestedende dienst, wanneer die door zijn nationale recht wordt verplicht om van een inschrijver te eisen dat hij een entiteit op de draagkracht waarvan hij een beroep wil doen, vervangt, er overeenkomstig de in artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 vermelde beginselen van transparantie en gelijke behandeling voor moet zorgen dat die vervanging niet leidt tot een substantiële wijziging van de offerte van de inschrijver.

De verplichting voor de aanbestedende dienst om het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers te eerbiedigen, dat tot doel heeft de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een

overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en dat de essentie zelf vormt van de Uniebepalingen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten, betekent immers met name dat de inschrijvers zich in een gelijke positie moeten bevinden, zowel in de fase waarin zij hun offerten voorbereiden als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende dienst. Het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting verzetten zich dan ook tegen elke onderhandeling tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, hetgeen betekent dat een inschrijving na de indiening ervan in beginsel niet mag worden aangepast op initiatief van de aanbestedende dienst of van de inschrijver (zie in die zin arrest van 11 mei 2017, Archus en Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punten 25 en 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Derhalve mag, net als bij een verzoek om een inschrijving toe te lichten, een verzoek van een aanbestedende dienst om een entiteit op de draagkracht waarvan een inschrijver een beroep wil doen, te vervangen, er niet toe leiden dat de inschrijver in werkelijkheid een nieuwe inschrijving indient doordat de oorspronkelijke inschrijving wezenlijk wordt gewijzigd (zie in die zin arresten van 29 maart 2012, SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10, EU:C:2012:191, punt 40; 7 april 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, EU:C:2016:214, punt 64, en 11 mei 2017, Archus en Gama, C-131/16, EU:C:2017:358, punten 31 en 37).

Gelet op de voorgaande overwegingen dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 63 van richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), ervan en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen.

Het Hof (Negende kamer) verklaart voor recht:

Artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, gelezen in samenhang met artikel 57, lid 4, onder h), van deze richtlijn en in het licht van het evenredigheidsbeginsel, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling waarbij een aanbestedende dienst een inschrijver automatisch van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht moet uitsluiten wanneer een nevenonderneming op de draagkracht waarvan die inschrijver een beroep wil doen, een valse verklaring heeft verstrekt over het bestaan van in kracht van gewijsde gegane strafrechtelijke veroordelingen, zonder de inschrijver in dat geval te kunnen verplichten of op zijn minst te kunnen toestaan die entiteit te vervangen.

3. EEN NULPRIJS IN EEN OFFERTE LEIDT NIET AUTOMATISCHG TOT EEN SUBSTANTIËLE ONREGELMATIGHEID, MAAR VERPLICHT DE AANBESTEDER TOT HET VOLGEN VAN DE PROCEDURE VOORABNORMALE PRIJS EN DE VRAAG OM DE AANGEBODEN PRIJS TE RECHTVAARDIGEN.

ARREST EHVJ vierde kamer 10 september 2020 In zaak C-367/19,

prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- „1) Is er sprake van een ‚overeenkomst onder bezwarende titel‘ als bestanddeel van een overheidsopdracht in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24, in het geval waarin de aanbestedende dienst geen enkele tegenprestatie hoeft te leveren, maar de ondernemer middels de uitvoering van de opdracht toegang tot een nieuwe markt en referenties verwerft?
- 2) Kan of moet artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 aldus worden uitgelegd dat dit een rechtsgrondslag vormt voor afwijzing van een offerte met een prijs van [nul euro]?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Om te beginnen moet worden vastgesteld dat het bedrag van de in het hoofdingeving aan de orde zijnde opdracht lager is dan de in artikel 4, onder b), van richtlijn 2014/24 vastgestelde drempel van 144 000 [EUR], zodat deze opdracht niet binnen de werkingssfeer van deze richtlijn valt. Zoals de verwijzende rechter evenwel aangeeft, heeft de Sloveense wetgever bij de omzetting van de bepalingen van die richtlijn in het nationale recht de definitie

van het begrip „overheidsopdracht” van artikel 2, lid 1, punt 5, van die richtlijn overgenomen in artikel 2, lid 1, ZJN, zodat deze definitie van toepassing is op alle overheidsopdrachten die onder de ZJN vallen, ongeacht het bedrag ervan.

Dat het Hof Unierechtelijke bepalingen uitlegt in situaties die niet binnen de werkingssfeer ervan vallen, is volgens vaste rechtspraak evenwel gerechtvaardigd wanneer deze bepalingen door het nationale recht rechtstreeks en onvoorwaardelijk toepasselijk zijn gemaakt op dergelijke situaties, teneinde te waarborgen dat deze situaties op dezelfde wijze worden behandeld als situaties die wel binnen de werkingssfeer van die bepalingen vallen (zie in die zin arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, EU:C:1990:360, punten 36, 37 en 41, en 24 oktober 2019, Belgische Staat, C-469/18 en C-470/18, EU:C:2019:895, punt 23).

Bijgevolg moet op de gestelde vragen worden geantwoord.

Met zijn vragen, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd dat het een rechtsgrondslag biedt om de offerte van een inschrijver in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure af te wijzen op de enkele grond dat de in de offerte voorgestelde prijs nul euro bedraagt en de aanbestedende dienst geen financiële tegenprestatie verstrekt, hoewel die inschrijver enkel door de uitvoering van deze overeenkomst toegang zou verkrijgen tot een nieuwe markt en tot referenties die hij in het kader van latere aanbestedingsprocedures zou kunnen aanvoeren.

In dit verband zij eraan herinnerd dat „overheidsopdrachten” in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 worden omschreven als „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten”.

Overeenkomstig de rechtspraak van het Hof wordt met de uitdrukking „onder bezwarende titel” volgens de gebruikelijke juridische betekenis daarvan een overeenkomst bedoeld waarbij iedere partij zich ertoe verbindt een prestatie te leveren in ruil voor een tegenprestatie (zie in die zin arrest van 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punt 28). De wederkerigheid van de overeenkomst is dus een wezenlijk kenmerk van een overheidsopdracht (zie in die zin arresten van 21 december 2016, Remondis, C-51/15, EU:C:2016:985, punt 43; 28 mei 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18, EU:C:2020:395, punt 40, en 18 juni 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punt 47).

Die tegenprestatie hoeft weliswaar, zoals de advocaat-generaal in punt 47 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niet noodzakelijkerwijs te bestaan in de betaling van een geldsom, zodat de prestatie ook kan worden vergoed door andere vormen van tegenprestaties zoals de vergoeding van de kosten voor het verrichten van de overeengekomen dienst (zie met name arresten van 19 december 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU:C:2012:817, punt 29; 13 juni 2013, Piepenbrock, C-386/11, EU:C:2013:385, punt 31, en 18 oktober 2018, IBA Molecular Italy, C-606/17, EU:C:2018:843, punt 29), doch dit neemt niet weg dat de wederkerigheid van een overheidsopdracht noodzakelijkerwijs tot uiting komt in het scheppen van juridisch bindende verbintenissen voor elk van de partijen bij de overeenkomst, waarvan de uitvoering in rechte moet kunnen worden gevorderd (zie in die zin arrest van 25 maart 2010, Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, punten 60-62).

Een overeenkomst waarbij een aanbestedende dienst juridisch geen enkele tegenprestatie hoeft te leveren in ruil voor de tegenprestatie waartoe zijn medecontractant zich heeft verbonden die te zullen uitvoeren, valt bijgevolg niet onder het begrip „overeenkomst onder bezwarende titel” in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24.

De door de verwijzende rechter genoemde omstandigheid – die inherent is aan elke openbare aanbestedingsprocedure – dat het verkrijgen van die overeenkomst een economische waarde kan hebben voor de inschrijver, aangezien zij hem toegang tot een nieuwe markt zou geven of hem in staat zou stellen referenties te verwerven, is te onzeker en kan bijgevolg, zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 63 tot en met 66 van zijn conclusie, niet volstaan om die overeenkomst als „overeenkomst onder bezwarende titel” aan te merken.

Er moet evenwel worden vastgesteld dat in artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 het begrip „overheidsopdrachten” alleen wordt gedefinieerd om te kunnen bepalen of die richtlijn van toepassing is. Zoals blijkt uit artikel 1, lid 1, ervan is deze richtlijn namelijk alleen van toepassing op „overheidsopdrachten” – in de zin van artikel 2, lid 1, punt 5 – waarvan de geraamde waarde niet lager is dan de in artikel 4 van die richtlijn vastgestelde drempels.

Hieruit volgt dat artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 geen rechtsgrondslag kan vormen voor de afwijzing van een offerte waarin een prijs wordt voorgesteld van nul euro. Deze bepaling staat bijgevolg niet toe een in het kader van een overheidsopdracht ingediende offerte, zoals een offerte met een prijs van nul euro, waarmee een ondernemer aan de aanbestedende dienst aanbiedt de werken, leveringen of diensten die deze dienst wenst te verwerven, te leveren zonder daarvoor een tegenprestatie te vragen, automatisch af te wijzen.

Aangezien een offerte met een prijs van nul euro kan worden aangemerkt als een abnormaal lage inschrijving in de zin van artikel 69 van richtlijn 2014/24, moet een aanbestedende dienst in deze omstandigheden, wanneer hij met een dergelijke offerte wordt geconfronteerd, de procedure van die bepaling volgen en de inschrijver verzoeken het bedrag van de offerte nader toe te lichten. Uit de aan artikel 69 van richtlijn 2014/24 ten grondslag liggende logica volgt immers dat een inschrijving niet automatisch kan worden afgewezen op de enkele grond dat de voorgestelde prijs nul euro bedraagt.

Zo volgt uit lid 1 van dat artikel dat wanneer een inschrijving kan worden aangemerkt als abnormaal laag, de aanbestedende diensten van de inschrijver verlangen dat hij de daarin voorgestelde prijs of kosten nader toelicht, waarbij deze toelichtingen met name betrekking kunnen hebben op de in lid 2 van dat artikel bedoelde gegevens. Deze toelichtingen helpen dus bij de beoordeling van de betrouwbaarheid van de offerte en zouden kunnen aantonen dat, hoewel de inschrijver in de betrokken offerte een prijs voorstelt van nul euro, dit geen gevolgen zal hebben voor de correcte uitvoering van de opdracht.

Overeenkomstig het derde lid van dat artikel moet de aanbestedende dienst de verstrekte informatie in overleg met de inschrijver beoordelen en kan hij een dergelijke inschrijving alleen afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het verstrekte bewijsmateriaal.

Bij de beoordeling van deze informatie moeten bovendien de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie tussen de inschrijvers en van transparantie en evenredigheid in acht worden genomen, die de aanbestedende dienst overeenkomstig artikel 18, lid 1, van richtlijn 2014/24 moet naleven.

Het argument dat wordt aangevoerd door een inschrijver die een offerte met een prijs van nul euro heeft ingediend, volgens hetwelk deze prijs wordt verklaard door het feit dat hij verwacht – indien deze offerte wordt aanvaard – toegang te krijgen tot een nieuwe markt of referenties te verwerven, dient dan ook te worden beoordeeld in de context van een eventuele toepassing van artikel 69 van richtlijn 2014/24.

Gelet op een en ander moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24 aldus moet worden uitgelegd het geen rechtsgrondslag biedt om de offerte van een inschrijver in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure af te wijzen op de enkele grond dat de in de offerte voorgestelde prijs nul euro bedraagt.

Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 2, lid 1, punt 5, van richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG, zoals gewijzigd bij de gedelegeerde verordening (EU) 2017/2365 van de Commissie van 18 december 2017, moet aldus worden uitgelegd dat het geen rechtsgrondslag biedt om de offerte van een inschrijver in het kader van een openbare aanbestedingsprocedure af te wijzen op de enkele grond dat de in de offerte voorgestelde prijs nul euro bedraagt.

REGELGEVING

Indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand september 2021

De Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie deelt mee dat het indexcijfer van de consumptieprijzen voor de maand september 2021, 112.55 punten bedraagt, tegenover 112.83 punten in augustus 2021, hetgeen een daling van 0.28 punt of 0.25 % betekent.

De gezondheidsindex, zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 112.29 punten voor de maand september 2021.

De afgevlakte gezondheidsindex zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 109.89 punten voor de maand september 2021.

VARIA INFO



ALLERLAATSTE
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