

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY

[rudiclaeys@telenet.be](mailto:rudiclaeys@telenet.be)

## **CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2018**

### **NIEUWSBRIEF JUNI 2018**

- 1. HET VERVOLGVERHAAL ROND HET U.E.A.**
- 2. HET PRIJSONDERZOEK : HERHALING VAN DE PRINCIPES**
- 3. EEN GREEP UIT HET EERSTE TOEZICHTSRAPPORT VAN DE COMMISSIE**

## 1. HET VERVOLGVERHAAL ROND HET U.E.A.

### **A R R E S T nr. 241.265 van 19 april 2018 in de zaak A. 224.809/XII-8521**

Te dezen heeft de verzoekende partij echter wel een UEA-formulier bij de inschrijving gevoegd maar op gebrekkige wijze, namelijk onvolledig.

De oorzaak van die onvolledigheid wordt door de verzoekende partij gelegd bij een niet adequate scanninghandeling waardoor enkel de oneven bladzijden in dat proces doorkwamen. Een dergelijke onachtzame handeling bij het inscannen waarvan de waarschijnlijkheid niet lijkt te worden betwist door de verwerende partij, vertoont sterke gelijkenis met een ongewilde verschrijving in een tekst of in een getal.

De verzoekende partij maakt aannemelijk dat de gelijkheid der inschrijvers niet in het gedrang zou zijn gebracht en haar geen voordeel zou zijn verschaft mocht de verwerende partij wel hebben toegestaan dat ook de even bladzijden van het formulier aan de inschrijving zouden worden toegevoegd. Het lijkt ook niet duidelijk welke gegevens in die initieel ontbrekende bladzijden alsdan tot die ongelijke behandeling hadden kunnen leiden. Blijkens het formulier en artikel 73 van de wet van 17 juni 2016 „inzake overheidsopdrachten“, dat de finaliteit van het formulier verduidelijkt, betreffen de daarin opgenomen gegevens immers vooral identificatie van de inschrijver, uitsluitingsgronden en selectie- criteria en blijkt het ontbreken van de betrokken gegevens de selectie van de verzoekende partij juist niet te hebben verhinderd, hetgeen een contradictie in de bestreden beslissing lijkt. In datzelfde artikel wordt voorts nog bepaald dat het UEA-formulier een formele verklaring bevat dat de ondernemer in staat zal zijn om “op verzoek” en onverwijld bewijsstukken te leveren hetgeen een aanwijzing lijkt om de omgang met het UEA-formulier niet op al te rigide wijze op te vatten.

Aldus lijkt het te dezen om een bijzondere casus te gaan, waarbij de voormelde bepalingen waarop de verwerende partij zich beroept niet zonder meer mochten worden toegepast. Door zulks te doen zonder nader onderzoek naar de betrokken onvolledigheid van het UEA-formulier en door de verzoekende partij niet te vragen die op het eerste gezicht bevreemdende maar dan toch weer begrijpelijke onvolledigheid te verhelpen, lijkt de verwerende partij de perken van de redelijkheid te hebben overschreden en is het middel in die mate ernstig.

### ARREST nr. 241.259 van 19 april 2018 in de zaak A. 224.823/XII-8524

De aanbestedende overheid beschikt bij de toepassing van artikel 36, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 in beginsel over een ruime beoordelingsvrijheid om de in het kader van de toepassing van dat artikel gegeven prijsverantwoordingen al dan niet te aanvaarden. De Raad van State mag zich, gesteld voor de toetsing van een dergelijke beoordeling, niet in de plaats stellen van het bestuur en zelf de beoordeling van de prijsverantwoording overdoen. Het komt hem enkel toe om een onrechtmatige beoordeling te sanctioneren.

de mogelijkheid aan de aanbestedende overheid geboden door artikel 36, § 2, laatste lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 om de inschrijvers opnieuw te bevragen, in beginsel geen verplichting daartoe omvat. Deze bepaling lijkt bovendien te moeten worden gelezen in het licht van de vaststelling dat de bewijsvoering inzake de normaliteit van de *prima facie* abnormaal laag bevonden totaalprijs bij de betrokken inschrijver lijkt te liggen. Het lijkt niet tot de taken van de aanbestedende overheid te behoren om een inschrijver die haar een gebrekkige prijsverantwoording heeft voorgelegd te begeleiden in het alsnog geven van een afdoende prijsverantwoording.

Voorts moet er in dit verband op worden gewezen dat een vraag tot prijsverantwoording een ernstige aangelegenheid is en dat een om prijsverantwoording gevraagde inschrijver op een overheidsopdracht dient te weten dat hij het risico loopt dat zijn offerte onregelmatig wordt verklaard. Hij mag zich niet beperken tot vaagheden en algemeenheden, maar dient zijn vermoedelijk abnormaal lage totaalprijs specifiek, concreet onderbouwd en zo volledig mogelijk gestaafd te verantwoorden. De bewijslast inzake de normaliteit van de *prima facie* abnormaal laag bevonden totaalprijs ligt bij de betrokken inschrijver.

Een prijsverantwoording die slechts algemeenheden lijkt te bevatten, en die door de betrokken inschrijver op generlei wijze in concreto wordt toegelicht, gestaafd of becijferd, lijkt immers niet zonder meer als afdoende te mogen worden aanvaard. Het aanvaarden van een dergelijke prijsverantwoording zou immers een handelwijze uitmaken, die niet kan worden aangenomen van een zorgvuldig handelende aanbestedende overheid.

Zoals reeds opgemerkt, volstaat dit motief reeds op zich om de offerte van de verzoekende partij als substantieel onregelmatig te verwerpen. In het licht van artikel 36, § 3, eerste lid, 2°, en artikel 76, § 3, van het koninklijk besluit plaatsing 2017, lijkt de verwerende partij in beginsel zelfs geen andere keuze te hebben.

### 3. EEN GREEP UIT HET EERSTE TOEZICHTSRAPPORT COMMISSIE OVERHEIDSOPDRACHTEN

**Naast de voorstelling van een aantal diensten en hun respectieve taken bevat het rapport ook enkele interessante vaststellingen rond verkeerde toepassingen en rechtsonzekerheid :**

#### **1. het begrip aankoopcentrale en permanente activiteiten :**

Een aankoopcentrale moet de betreffende gecentraliseerde aankoopactiviteiten zodoende “op permanente wijze” uitvoeren. In de Memorie van Toelichting bij de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten werd verduidelijkt dat het activiteiten betreft die weliswaar op permanente wijze, maar niet noodzakelijk als hoofdactiviteit moeten plaatsvinden (DOC 54 1541/001, p. 12, <http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1541/54K1541001.pdf>). Toch blijft bij sommige aanbesteders onduidelijkheid bestaan wat dit begrip precies inhoudt. Deze onduidelijkheid zou er mogelijkwijs toe kunnen leiden dat met name kleinere aanbestedende overheden ervoor terugschrikken om op te treden als “aankoopcentrale”, hetgeen te betreuren valt.

#### **2. Uitsluiting voor verwerving of huur van bestaande gebouwen**

Bij aanbesteders kan er dan ook onduidelijkheid zijn of ze er wel mogen vanuit gaan dat het huren van dergelijke “casco kantoorruimtes” mag worden beschouwd als het huren van een “bestaand” gebouw en dus onder de uitzondering valt. Redelijkerwijs lijkt het hier meestal niet om een “toekomstig” maar om een “bestaand” gebouw te gaan. Gelet op de afwezigheid van definitie van het begrip “bestaand gebouw” kan hieromtrent toch een aanzienlijke mate van rechtsonzekerheid bestaan. In de praktijk worden soms namelijk specifieke maar in waarde beperkte afwerkings- of herinrichtingswerkzaamheden verricht (door de verhuurder) om ervoor te zorgen dat het gehuurde goed beantwoordt aan het gebruik dat de aanbesteder van de ruimte wil maken (bv. installatie ontvangstbalie voor bezoekers, het wegnemen van een semi-mobiele tussenwand of de installatie van “tourniquets” om de toegangscontrole tot het gebouw te regelen).

Het Hof van Justitie heeft er reeds herhaaldelijk op gewezen dat, wanneer sommige bestanddelen van een overeenkomst betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en andere bestanddelen op een andere soort opdracht, de juridische kwalificatie ervan aan de hand van het hoofdvoorwerp van de opdracht moeten worden bepaald. Deze redenering werd ook toegepast in een geval waarbij zich de vraag stelde of de uitzondering i.v.m. de verwerving of huur van

bestaande gebouwen kon worden toegepast (overweging 41 in het arrest C-213/13 van 10 juli 2014 Impresa Pizzarotti). In het voormelde arrest C-213/13 betrof het een geval waarbij op het moment van een ondertekening nog niet was aangevangen met de verwezenlijking van het bouwwerk. Ook in de zaak C-536/07 van 29 oktober 2009 was dit het geval. Zodoende stelt zich de vraag, voor gebouwen waarvan de oprichting wel al is aangevangen op het moment van de ondertekening van de (huur)overeenkomst, vanaf wanneer deze aanzien worden als een “bestaand” gebouw.

De aankopers lijken in dit verband nood te hebben aan een specifieke interpretatieve mededeling, waarbij eveneens voorbeelden worden verschaft van “afwerkings- of herinrichtingswerkzaamheden” waarvan mag verondersteld worden dat deze “objectief gezien niet deelbaar zijn” van de hoofdopdracht die bestaat in de huur van bestaande gebouwen (art. 3.6 richtlijn 2014/24/EU).

### **3. Onduidelijkheden bij het gebruik van de raamovereenkomst**

#### Onduidelijkheden bij het gebruik van gunningscriteria bij de plaatsing van de raamovereenkomst

In de gevallen waarbij een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers en deze raamovereenkomst niet alle voorwaarden bevat met betrekking tot de uitvoering van de werken, leveringen en diensten, is het voor de aankopers niet altijd eenvoudig om voor de plaatsing van de raamovereenkomst de gunningscriteria te bepalen, met name indien bv. meerdere types leveringen of diensten worden aangekocht. Op het moment van de plaatsing van de raamovereenkomst is het immers nog niet altijd precies duidelijk welke types en hoeveelheden effectief zullen worden aangekocht. Aangezien de prijs of kost wellicht ook aangewend moet worden (desgevallend samen met andere gunningscriteria) in het kader van de plaatsing van de raamovereenkomst, dient de aankoper in het kader van de plaatsing van de raamovereenkomst te werken met een “mandje” met fictieve producten en hoeveelheden. Deze aanpak waarbij gewerkt wordt met een fictief scenario vergt enige mate van inventiviteit vanwege de aankopers. Het lijkt aangewezen richtlijnen ter beschikking te stellen over hoe dit concreet het best wordt aangepakt.

#### Onduidelijkheid omtrent de mogelijkheid tot onderhandeling voor opdrachten op basis van een raamovereenkomst die opnieuw in mededinging worden gesteld – mini-competitie (art. 33.5 richtlijn)

Er wordt vastgesteld dat er bij sommige aankopers onduidelijkheid bestaat over de onderhandelingsmogelijkheden in het kader van de zogenaamde “mini-competitie” (raamovereenkomst gesloten met meerdere ondernemers waarbij deze raamovereenkomst niet voor alle aspecten reeds alle voorwaarden bevat met betrekking tot de uitvoering van de werken, leveringen of diensten en, voor de plaatsing van de opdracht gebaseerd op de raamovereenkomst in alle/sommige gevallen, de opdracht opnieuw voor mededinging wordt opengesteld voor de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst en in staat zijn de opdracht uit te voeren). In artikel 33.5 van richtlijn 2014/24/EU (en overeenkomstige bepaling in de wet van 17 juni 2016) wordt op erg summiere wijze de procedure omschreven die gevolgd moet worden in deze mini-competitie. De aanbestedende overheid dient daarbij onder meer de ondernemers schriftelijk te raadplegen die in staat zijn de opdracht uit te voeren.

#### **4. Naleving van de uitsluitingsgronden in hoofde van een lid van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan**

De verplichting tot uitsluiting van een kandidaat of inschrijver wanneer de bij onherroepelijk vonnis veroordeelde persoon lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van deze kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft, is moeilijk af te bakenen en leidt tot rechtsonzekerheid.

In de praktijk ondervindt men problemen om te bepalen wat deze begrippen precies inhouden.

Zelfs indien men de draagwijdte van dit nazicht beperkt, kan het – voor één enkele opdracht – gaan om het ontvangen en doornemen van verschillende tientallen Uniforme Europese Aanbestedingsdocumenten en uittreksels uit strafregisters, wat ingaat tegen een administratieve vereenvoudiging.

Bovendien is er sprake van rechtsonzekerheid betreffende de situatie waarin de leden van een raad van bestuur (bijvoorbeeld) rechtspersonen zijn (het komt immers vrij vaak voor dat een vennootschap bestuurder is van een andere vennootschap). In de praktijk vindt men het moeilijk te bepalen of men zich mag beperken tot het controleren van de situatie van de besturende vennootschap, of men een “trapsgewijze” controle moet uitvoeren (situatie van onder meer de bestuurders van de besturende vennootschap van de inschrijvende vennootschap).

## 5. UEA (art. 59 richtlijn 2014/24/EU)

Omtrent het gebruik van het UEA stellen zich in de praktijk een aantal problemen. Het UEA neemt als voorlopig bewijs a priori een centrale rol in. Nochtans zijn de gevolgen niet geheel duidelijk wanneer een kandidaat of inschrijver het UEA niet heeft ingevuld of niet volledig heeft ingevuld. Wanneer het UEA niet volledig werd ingevuld, kan toepassing worden gemaakt van artikel 66, § 3, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten. Op grond van deze bepaling kan de aanbestedende overheid, wanneer de documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver verzoeken die documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

In artikel 36 van het koninklijk besluit plaatsing in de klassieke sectoren van 18 april 2017 wordt verduidelijkt dat de niet-naleving van het voorschrift tot overlegging van het UEA aanzien wordt als een substantiële onregelmatigheid. Wat de openbare procedure betreft, lijkt de situatie dan ook duidelijk. De meeste onduidelijkheid stelt zich in de niet-openbare procedure en de overige procedures in twee fasen. Aldaar is niet voorzien in een uitdrukkelijke sanctie indien de kandidaat op de uiterste datum voor de indiening van de aanvragen tot deelneming geen UEA heeft ingediend. De niet-voorlegging van het UEA verhindert een vlotte verwerking door de aanbesteder van de aanvragen tot deelneming. Bovendien kan van een laattijdig opgesteld UEA een mededingingsvertekenend effect uitgaan.

Omtrent het UEA worden door zowel aankopers als ondernemers heel wat vragen gesteld (wat indien de aanbesteder het UEA niet vooraf invult, wat indien het door de aanbesteder ingevulde UEA niet overeenstemt met de selectiecriteria vermeld in de aankondiging van de opdracht, wanneer wordt een document verondersteld gratis elektronisch beschikbaar te zijn ...). Deze vragen zullen binnenkort worden uitgeklaard door middel van een gids en een FAQ.

**Art. 59 richtlijn 2014/24/EU** - toepassingsproblemen rond het UEA: specifiek de vraag welke sanctie er verbonden is aan het niet-toevoegen van het UEA door een inschrijver. De Belgische regelgeving bepaalt dat de offerte dan onregelmatig is. De Richtlijn vermeldt deze sanctie niet, de Verordening daarentegen geeft aan dat het UEA moet zijn bijgevoegd. Dit creëert rechtsonzekerheid bv. in het geval waar een

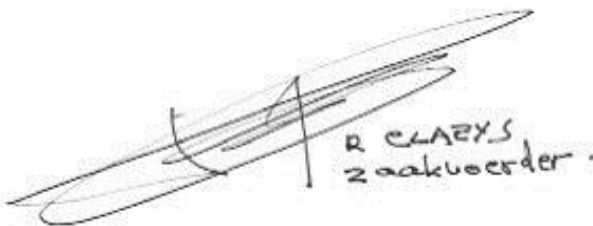
inschrijver alle documenten in het kader van uitsluiting en kwalitatieve selectie reeds bij de offerte voegt, en geen gebruik maakt van het UEA. In dat geval lijkt het weren van de offerte omwille van het ontbreken van het UEA onevenredig.

### **UEA (diverse bepalingen)**

Deze bepalingen zijn moeilijk toe te passen, met name in het kader van de eerste fase in een procedure met meerdere fasen.

Met name werd vastgesteld dat meerdere interpretaties bestaan in verband met de praktische uitwerking van het beginsel dat ten grondslag ligt aan het UEA. Eén van deze interpretaties bestaat erin dat het UEA-beginsel zich niet verzet tegen het feit dat de aanbesteders aan alle kandidaten/inschrijvers zou kunnen verzoeken om onmiddellijk bij hun aanvragen tot deelneming/offertes alle nodige ondersteunende documenten bij te voegen. Bij twijfel leggen sommige aanbestedende overheden alle kandidaten/inschrijvers op om bij hun aanvragen tot deelneming/offertes alle nodige ondersteunende documenten toe te voegen (hetgeen elke nut van het UEA wegneemt).

**Oostende 10/6/2018**



R. CLAEYS  
zaakvoerder.

**Prof. Rudi CLAEYS**

**Zaakvoerder vof CARU**



