

VOF CARU Rogierlaan 9 B4 8400 OOSTENDE



VORMINGEN FORMATIONS CONSULTANCY

rudiclaeys@telenet.be

CARU OVERHEIDSOPDRACHTEN 2021

NIEUWSBRIEF MAART 2021

THEMA :

ONDERHANDELEN BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN

RECHTSPRAAK

VRIJHEID VAN ONDERHANDELEN

GELIJKE BEHANDELING BIJ ONDERHANDELINGEN

REGELGEVING :

Besluit Vlaamse Regering over schuldovername bij samenvoeging gemeenten

INFO VARIA :

Indexcijfers februari 2021

Persbericht Ethias verzekering vaccinatiecentra

Vlotter afsluiten raamovereenkomsten



Ed. 3/2021 VEWA Copyright © 2021 Alle rechten voorbehouden

PROF RUDI CLAEYS

THEMA

ONDERHANDELEN BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN

INLEIDING

De onderhandelingsprocedures: is er sprake van een paradigmaverschuiving? Kris Wauters
Advocaat Janson-Baugniet Professor UCL

Eén van de doelstellingen van de Europese Commissie bij het voorstellen van nieuwe ontwerpen van richtlijnen in 2011 was het zorgen voor meer flexibiliteit in de plaatsingsprocedures.¹ Een extreme keuze dienaangaande was geweest dat de Europese regelgever, net zoals in de speciale sectoren, van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking een standaardprocedure had gemaakt.² Dit zou dan voor gevolg hebben gehad dat aanbestedende overheden in elke situatie voor deze procedure hadden kunnen kiezen.

Deze laatste keuze maakte de Europese regelgever echter niet in 2014. Bedoeling van de nieuwe richtlijnen was wel om de situaties waarbij onderhandelingen mogelijk zijn, uit te breiden. Dit veruitwendigt zich onder meer in het uitbreiden van de gevallen waarin een aanbestedende overheid een beroep kan doen op de onderhandelingsprocedure in de strikte zin van het woord, de veralgemening van het gebruik van de concurrentiedialoog en het voorzien van een nieuwe plaatsingsprocedure, het innovatiepartnerschap. Het achterliggende idee zou moeten zijn dat tijdens onderhandelingen aanbestedende overheden nog meer kunnen specificeren wat ze willen. Het zou moeten leiden tot een performantere uitvoering van de overeenkomst.

De Europese regelgever koos ervoor om de ‘onderhandelingsprocedure met bekendmaking’ te vervangen door een plaatsingsprocedure met een nieuwe naam, nl. de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’. Buiten de hoger vernoemde wijziging is vooral de naamswijziging belangrijk. Dit laatste zou het belang van onderhandelingen moeten onderlij-

nen. Men vindt echter wel meer omkadering van de procedure en van de onderhandelingen terug in de wetteksten. Dit perkt de manoeuvreerruimte van overheden iets meer in.

Standaard of uitzondering?

Een eerste evolutie die mogelijkwijze te onderlijnen valt, is het mogelijk nieuwe statuut van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Daar waar men deze plaatsingsprocedure vanuit de wetgeving en regelgeving vóór 2014 beschouwde als een uitzonderingsprocedure, was het de bedoeling van de Europese regelgever om minstens het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking aan te moedigen.

Deze plaatsingsprocedure is nu bekend onder de benaming 'mededingingsprocedure met onderhandeling'. **Gezien de wijziging in perceptie, catalogeren sommige auteurs deze laatste procedure niet meer onder de uitzonderingsprocedures. Zij spreken eerder van een bijzondere procedure ('a special procedure').**³

De Europese wetgever is daarbij evenwel niet blind geweest voor de mogelijke gevaren bij het hanteren van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Enerzijds blijft men de procedure beperken tot de situaties die expliciet vermeld zijn in de regelgeving. Anderzijds is de bezorgdheid vertaald in een concreet regelgevend kader voor het verloop van de procedure. Dit regelgevend kader dient de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te waarborgen.⁴

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bekijkt men evenwel nog steeds met de nodige argwaan, hetgeen niet verwonderlijk is. Het transparantiebeginsel, dat geldt als uitgangspunt en basisbeginsel in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering, botst immers in bepaalde mate met de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit is één van de redenen waarom de toepassingsgevallen zeer eng gedefinieerd zijn en men deze bovendien strikt dient te interpreteren. De toepassing van deze procedure is nog meer beperkt tot zeer uitzonderlijke omstandigheden.⁵

Een aanbestedende overheid kan immers slechts een beroep doen op deze gunningswijzen in de gevallen die limitatief opgesomd zijn in de Overheidsopdrachtenwet 2016. Meer concreet kan een aanbestedende overheid enkel een beroep doen op de mededingingsprocedure met onderhandeling in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 38, § 1 van voormelde wet, op de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 41, § 1 van voormelde wet en op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 42, § 1 van voormelde wet.

De toepassingsgevallen waarin een aanbestedende overheid een beroep kan doen op de mededingingsprocedure met onderhandeling, zijn uitgebreid en zijn bovendien gelijkgetrokken voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.⁶

De mededingingsprocedure met onderhandelingen beschouwt men minder als een uitzonderingsprocedure omdat de lidstaten nu de plicht hebben om te voorzien in deze plaatsingsprocedure en anderzijds omdat er een bredere waaier van toepassingsgevallen is.

Bovendien blijkt dit ook uit overweging 42 bij Richtlijn 2014/24/EU: *“De lidstaten moeten kunnen voorzien in het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandelingen of de concurrentiegerichtte dialoog, in verschillende situaties waarin de openbare of niet-openbare procedure zonder onderhandelingen waarschijnlijk niet tot bevredigende aanbestedingsresultaten leiden is benut.”*

De Belgische wetgever heet artikel 26, vierde lid van de Richtlijn integraal omgezet en dit meer concreet in artikel 38, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet 2016. Net zoals Richtlijn 2014/24/EU, maakt de Overheidsopdrachtenwet 2016 geen onderscheid tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. De voorziene toepassingsgevallen gelden voor alle drie.

Naast de vijf toepassingsgevallen, omgezet uit Richtlijn 2014/24/EU⁵⁴, heet de wetgever twee bijkomende toepassingsgevallen voorzien. Zo hebben de aanbestedende diensten de mogelijkheid om gebruik te maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling wanneer de toegang tot de opdracht voorbehouden is overeenkomstig artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 en het geraamde bedrag van de opdracht zonder btw lager is

dan de voor Europese bekendmaking bepaalde drempel 7 en wanneer het geraamde bedrag van de opdracht zonder btw lager is dan de bedragen bepaald door de Koning.⁸ Deze twee bijkomende door de Belgische wetgever voorziene toepassingsgevallen zijn niet nieuw. Ook de Overheidsopdrachtenwet 2006 voorzag in deze twee aanvullende toepassingsgevallen, meer concreet in artikel 26, § 2, 1°, c en d. De grensbedragen zijn opgetrokken ten opzichte van de vorige regelgeving.

De Belgische wetgever heet een nuance aangebracht aangaande de situatie waarin naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure inschrijvers enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes hebben ingediend. De Belgische wetgever voorziet een bijkomende mogelijkheid wanneer de opdracht niet onderworpen is aan de Europese bekendmaking en wanneer de aanbestedende dienst de mededinging wenst te verruimen.⁹ In dat specifieke geval kan de aanbestedende dienst tevens ondernemers raadplegen die volgens haar in staat zijn om te voldoen aan de eisen inzake selectie en dit ongeacht of zij al dan niet een regelmatige offerte hebben ingediend of geen enkele offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure. Ook in dat geval is de aanbestedende dienst niet verplicht een aankondiging van de opdracht te publiceren. Impliciet lijkt de Belgische wetgever aldus een bijkomend geval van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te creëren.

Onderhandelingen

Een fundamentele wijziging ten aanzien van het democratisch gehalte van de nieuwe wetgeving is dat de wet nu zelf een aantal bepalingen bevat aangaande de regels toepasselijk bij het verloop van de plaatsingsprocedure. In de vorige wetgeving vond men deze regels terug in een koninklijk besluit. Wanneer men dan bovendien de regels uit de nieuwe wet combineert met de regels voorzien in het koninklijk besluit van 18 april 2017, is er sprake van een meer uitgewerkt kader inzake het verloop van de besproken plaatsingsprocedures.

De wetgever heet voor de drie verschillende onderhandelingsprocedures een eigen uniek verloop uitgetekend.

Verplicht onderhandelen?

Onderhandelen heet tot doel de inhoud van de ofertes te verbeteren, teneinde het algemeen belang zo goed mogelijk te dienen. Gezien deze laatste doelstelling, kan een administratieve overheid niet op eenzelfde wijze onderhandelingen voeren als een particulier of een onderneming.

De wetgever heet aan deze onduidelijkheid een einde gemaakt en heet de 'onderhandelingsplicht' nu uitdrukkelijk geregeld. **De inhoud van de 'onderhandelingsplicht' is afhankelijk van de gekozen plaatsingsprocedure.**

Voor de **mededingingsprocedure met onderhandeling** geldt als uitgangspunt dat de aanbestedende overheid effectief onderhandelt en dat de inschrijvers zodoende de mogelijkheid krijgen om meerdere ofertes in te dienen, opdat de uiteindelijke offerte het nauwst zou aansluiten bij de wensen van de aanbestedende overheid.¹⁰ Niettemin staat het de aanbestedende overheid vrij om zich het recht voor te behouden om geen onderhandelingen te voeren, waarbij zodoende de initiële offerte zal gelden als de definitieve offerte, met dien verstande dat dit voorbehoud vermeld moet zijn in de aankondiging van de opdracht.¹¹ De situatie waarin een aanbestedende overheid niet onderhandelt, is de uitzondering in de nieuwe wetgeving. Wanneer de overheid deze beslissing neemt, moet zij dit bijzonder motiveren.

Wat betreft **de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking**, ligt dit anders. Daar geldt als uitgangspunt dat de keuze toekomt aan de aanbestedende overheid, ook wanneer zij dienaangaande niets gestipuleerd heet in de aankondiging. Waar bij de mededingingsprocedure met onderhandeling de plicht tot onderhandelen als uitgangspunt geldt, geldt voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de keuzevrijheid in hoofde van de aanbestedende overheid als uitgangspunt. Zo voorziet de wetgever voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uitdrukkelijk de mogelijkheid om niet te onderhandelen, waarbij de initiële offerte dan geldt als de definitieve offerte.¹²

Wat betreft de onderhandelingsprocedure zonder voorgaande bekendmaking, wordt dit minder uitdrukkelijk gestipuleerd. De wetgever stelt wat betreft deze plaatsingsprocedure dat de aanbestedende overheid *kan* onderhandelen en niet dat zij *moet* onderhandelen.¹³

De vorm die de onderhandelingen kunnen aannemen, bv. een vragenronde, is nog steeds niet wettelijk noch reglementair bepaald, zodat de aanbestedende overheden hier nog steeds over een zekere mate van vrijheid beschikken.

Waarover kunnen partijen onderhandelen?

Tot 2016 was het niet duidelijk waarover de aanbestedende overheid mocht of kon onderhandelen. Het wetgevend en regelgevend kader ter zake bracht daarin geen duidelijkheid. De regelgeving stipuleerde nergens uitdrukkelijk over welke elementen de aanbestedende overheid mocht onderhandelen.

Het waren de aanbestedende overheden zelf die per overheidsopdracht het verloop en de inhoud van de onderhandelingen uittekenden in de opdrachtdocumenten. Niettemin verduidelikten het Hof van Justitie en de Raad van State in hun rechtspraak dat de **onderhandelingen betrekking dienden te hebben op de beoordeling van de offertes en zodoende niet op de selectie van de inschrijvers.**¹⁴

Het gelijkheids-, het non-discriminatie- en het transparantiebeginsel bepalen ook mee de onderhandelingsmarge van een aanbestedende overheid. Zo heet het Hof van Justitie geoordeeld dat, gelet op voormelde beginselen en het doel om elk risico van favoritisme en willekeur te vermijden, het de aanbestedende overheden verboden is te onderhandelen met inschrijvers waarvan de offertes afwijken van de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.¹⁵ **Onderhandelingen kunnen dus geen betrekking hebben op de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.** Wanneer de ingediende offerte hiervan afwijkt, kan hieraan niet worden geredigeerd middels de onderhandelingen.

Met de nieuwe regelgeving is er op dit punt duidelijkheid gekomen en wordt er veel minder overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid bij het uittekenen

van de procedure en *in concreto* het bestek. Zoals bij de onderhandelingsplicht, heet ook hier de wetgever een eigen systeem uitgetekend per onderhandelingsprocedure.

Bij de **mededingingsprocedure met onderhandeling** kan de aanbestedende overheid niet onderhandelen over de gunningscriteria, de minimumeisen uit het bestek of de deinitieve offertes.¹⁶ Wat betref de minimumeisen, worden **de aanbestedende overheden verplicht om in de opdrachtdocumenten de kenmerken van de werken, leveringen of diensten vast te leggen, waarbij zij aangeven welke elementen gelden als minimumeisen waaraan alle offertes dienen te voldoen.**¹⁷ Met andere woorden, technische specificaties die niet omschreven worden als minimumeisen, zijn onderhandelbaar. Dat er niet kan worden onderhandeld over de gunningscriteria is niet nieuw en vormt onder meer een codificatie van de rechtspraak van de Raad van State ter zake. Het is aanbestedende overheden enkel toegelaten een inhoudelijke beoordeling van de offertes uit te voeren op basis van de gunningscriteria die opgenomen zijn in de opdrachtdocumenten.¹⁸ **Dit houdt dan ook ondubbelzinnig in dat over gunningscriteria, aangezien hun inhoud niet mag worden gewijzigd, niet kan worden onderhandeld.**

Daarnaast wordt tevens uitdrukkelijk bepaald dat de aanbestedende overheden niet meer kunnen onderhandelen over de deinitieve offertes.¹⁹

Dit systeem geldt evenzeer voor **de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.**²⁰ Ook in dat geval kunnen de aanbestedende overheden niet onderhandelen over de gunningscriteria, de minimumeisen uit het bestek en de deinitieve offertes. Op dit punt verschillen beide plaatsingsprocedures zodoende niet. Hetzelfde geldt voor het wijzigen van de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij minimumeisen worden vastgesteld.²¹

Bij **de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking** ligt dit evenwel anders, met uitzondering van de gunningscriteria. Ongeacht de waarde van de opdracht kan er niet onderhandeld worden over de gunningscriteria.²² Wat betref de minimumcriteria, is het antwoord afhankelijk van de waarde van de opdracht. Voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger ligt dan de Europese drempelbedragen, kan er niet worden onderhandeld over de minimumcriteria.²³ Voor overheidsopdrachten

onder deze drempelbedragen staat de wetgever toe dat er kan worden onderhandeld over de minimumeisen op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten dit niet zouden uitsluiten.²⁴ Over de deinitieve ofertes kan steeds worden onderhandeld, ongeacht de waarde van de opdracht. Aanbestedende overheden wordt immers de mogelijkheid gegeven om over zowel de initiële ofertes als alle volgende ofertes te onderhandelen en dus met andere woorden ook over de deinitieve offertes.²⁵

Op welke wijze de aanbestedende overheden dienen te handelen wanneer technische specificaties en andere opdrachtdocumenten dan die waarbij minimumeisen worden vastgesteld, wijzigen, wordt niet geregeld of bepaald voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit is op zich verwonderlijk, aangezien ook bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de aanbestedende overheden op grond van artikel 53 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 verplicht zijn om de technische specificaties van het werk, de levering of de dienst op te nemen in de opdrachtdocumenten. De aanbestedende overheden beschikken zodoende over een grote keuzevrijheid. Niettemin is deze vrijheid beperkt door het gelijkheids- en transparantiebeginsel, zodat het lijkt dat de aanbestedende overheden op eenzelfde wijze zullen dienen te handelen zoals geldt voor de twee andere onderhandelingsprocedures.

BIBLIOGRAFIE

BIBLIOGRAFIE

1. COM(2011)896 inal, 8.
2. Over de keuze tussen het al dan niet uitbreiden van de mogelijkheden tot onderhandelen zie S. Treumer, "Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market?", in G. Skovgaard Ølykke, C. Risvig Hansen en C.D. Tvarnø (eds.), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*, Kopenhagen, Djøf Publishing, 2012, 135 e.v.
3. P. Telles en L. Butler, "Public procurement award procedures in Directive 2014/24/EU" in F. Lichère, R. Caranta en S. Treumer (eds.), *Modernising Public Procurement: the New Directive*, Kopenhagen, Djøf Publishing, 2014, 132-133.
4. Richtlijn 2014/24/EU, overw. 45.
5. Richtlijn 2014/24/EU, overw. 50.
6. S. Arrowsmith, *the Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 878.
7. Art. 38, § 1, 1°, e Overheidsopdrachtenwet 2016.
8. Art. 38, § 1, 1°, f Overheidsopdrachtenwet 2016.
9. Art. 38, § 1, 2°, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
10. Art. 38, § 8, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
- 110 Art. 38, § 8, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
11. Art. 38, § 5 Overheidsopdrachtenwet 2016: "Met het oog op de verbetering van hun inhoud onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offerte en alle volgende offertes door hen ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes."
12. Art. 42, § 2 Overheidsopdrachtenwet 2016: "De aanbestedende overheid kan met de inschrijvers over de initiële offerte en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend onderhandelen met het oog op de verbetering van de inhoud ervan."
13. RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, *BVBA iChoosr*. Aangehaald in de arresten: RvS 3 februari 2015, nr. 230.079, *CVBA Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a.* en RvS 3 februari 2015, nr. 230.080, *CVBA Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a.* Zie in eenzelfde zin: RvS 27 februari 2015, nr. 230.360, *CVBA Inno.com*.
14. HvJ 5 december 2013, nr. C-561/12, *Nodecon AS – Ramboll Eesti AS/Rahandusministerium*. Zie ook N. Kiekens, "Verloop van de flexibele gunningswijzen" in D. D'Hooghe en N. Kiekens (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (811) 818 en A.L. Durviaux en K. Wauters, "Europees Unierecht inzake de gunning van overheidsopdrachten en overheidsvereenkomsten (1 januari 2013 – 31 december 2013)", *OoO* 2014, al. 3, 287-288.
15. Art. 38, § 3, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
16. Art. 38, § 5, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
17. Art. 38, § 3, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
18. RvS 14 januari 2016, nr. 233.469, *CVBA RSM Interaudit*; RvS 29 augustus 2013, nr. 224.527, *NV Ondernemingen Jan De Nul e.a.* en RvS 2 juli 2013, nr. 224.222, *Strabag Real Estate GmbH e.a.*
19. Art. 38, § 5, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
20. Art. 41, § 3 Overheidsopdrachtenwet 2016.
21. Art. 41, § 4, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
22. Art. 42, § 2, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
23. Art. 42, § 2, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
24. Art. 42, § 2, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.
25. Art. 42, § 2, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

RECHTSPRAAK

1. VRIJHEID VAN ONDERHANDELEN

ARREST RvS nr. 249.540 van 21 januari 2021 in de zaak A. 232.518/XII-9008

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

Deze vrijheid is echter niet onbeperkt.

Ze wordt onder meer beperkt, naast het wettelijke en reglementaire kader, door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, onder meer het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel in overheidsopdrachten. Ze wordt ook beperkt door de regels die de aanbestedende overheid zelf in het bestek heeft opgelegd. De keuze voor de mededingingsprocedure met onderhandeling ontslaat de inschrijvers niet van de verplichting om een offerte in te dienen overeenkomstig de bepalingen van het bestek. Het staat daarbij wel in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid om vast te stellen of een afwijking van het bestek een afwijking inhoudt van vereisten die in het bestek als substantieel worden aangemerkt.

Artikel 76, § 1, derde en vierde lid, van het koninklijk besluit plaatsing 2017 luidt:

“Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van aard is de inschrijver een discriminerend voordeel te bieden, tot concurrentievervalsing te leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes te verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker te maken.

De volgende onregelmatigheden worden met name als substantieel beschouwd:

1° de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht, voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;

2° de niet-naleving van de vereisten bedoeld in de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, eerste lid, 54, § 2, 55, 83 en 92 van dit besluit en in artikel 14 van de wet, voor zover zij verplichtingen bevatten ten aanzien van de inschrijvers;

3° de niet-naleving van de minimale eisen en de vereisten die als substantieel worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten.”

2. GELIJKE BEHANDELING BIJ ONDERHANDELINGEN

ARREST RvS nr. 248.139 van 13 augustus 2020

In een recent arrest heeft de Raad van State (nr. 248.139 van 13 augustus 2020, NV STADSBADER) zich uitgesproken over de vermeende schending van de gelijkheid tussen de deelnemers wanneer de aanbesteder binnen een mededingingsprocedure met onderhandeling aan bepaalde deelnemers verduidelijkingen heeft gevraagd inzake prijsdetaillering bij enkele posten.

In deze zaak betoogde de verzoekende partij dat alle inschrijvers op dezelfde wijze en op hetzelfde ogenblik over dezelfde informatie moeten beschikken, en dat niet met de ene inschrijver onderhandelings sessies kunnen worden georganiseerd en met de andere niet. In dit geval heeft de aanbesteder echter met alle regelmatige inschrijvers onderhandeld over de prijs en de GPP-tool, behalve met de verzoekende partij, zodat alle andere inschrijvers in de gelegenheid zijn gesteld om hun offerte te optimaliseren, zowel qua prijs als op het vlak van de GPP-tool. Aangezien de verzoekende partij niet werd uitgenodigd voor een onderhandeling, kon zij niet beschikken over dezelfde informatie.

Hoewel de verzoekende partij in de mogelijkheid werd gesteld om een BAFO in te dienen, beschikte zij onbetwistbaar toch over minder informatie dan de vier andere inschrijvers die wel de mogelijkheid hebben gekregen om met de aanbesteder in onderhandeling te treden. Meer zelfs, voor het indienen van haar definitieve offerte werd de verzoekende partij uitdrukkelijk opgedragen dat de GPP-tool niet mocht worden aangepast, terwijl de andere inschrijvers kennelijk wel nog aanpassingen konden doorvoeren. Volgens de verzoekende partij is er absoluut sprake van een ongelijke behandeling.

De Raad van State bevestigt dat het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, overeenkomstig artikel 4, eerste lid, van de wet overheidsopdrachten 2016, veronderstelt dat de plaatsingsprocedure op transparante wijze wordt gevoerd en dat openbaarheid de regel is. De inschrijvers moeten van de aanbestedende overheid een gelijke kans krijgen om de opdracht in de wacht te slepen, wat inhoudt dat zij zich zowel in de fase van voorbereiding van hun aanbiedingen als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid in een gelijke positie moeten bevinden.

In voorliggende zaak bepaalt artikel 81 “Gunningscriteria” van het bestek dat de economisch meest voordelige offerte de offerte is met het hoogst totaal aantal punten op de “prijs” en de “duurzaamheidsscore”. Uit de bestreden beslissing blijkt dat er door de aanbesteder ‘verduidelijkingen’ werden gevraagd, o.a. bij de wijze van invulling van de GPP-tool, meer in het bijzonder over de opgegeven gewichten van asfaltgranulaat, een opgegeven afstand en over bepaalde mengsels opgegeven als AVT. Tevens werd één inschrijver er ook op gewezen dat volgens de gegevens van de verwerende partij de huidige situatie niet 49% overdekt is en dat bij de uitvoering de werkelijk overdekte oppervlakte zal nagegaan worden en dat zij, indien gewenst, de GPP-tool nog kan aanpassen aan de reële situatie op het moment van de uitvoering. Aan een inschrijver werd ook bevestiging gevraagd van de leveringstermijn.

De Raad van State neemt dan ook aan dat de gevraagde verduidelijking bij de prijsdetaillering veeleer deel uitmaakt van het regelmatigheidsonderzoek, in het bijzonder van het prijsonderzoek. Ook de andere vragen, inzonderheid deze bij de ingevulde GPP-tool, betreffen *prima facie* veeleer verduidelijkingen bij de offertes. Artikel 66, § 3, van de wet overheidsopdrachten 2016 laat de aanbestedende overheid toe, wanneer de door de kandidaat of inschrijver in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat of inschrijver te verzoeken die informatie of 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 en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte.

In elk geval wordt niet aangetoond dat de aanbesteder discriminerende informatie heeft verstrekt die bepaalde inschrijvers kon bevoordelen ten opzichte van andere of dat wijzigingen in de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij de minimumeisen worden vastgesteld (artikel 38, § 6, van de wet overheidsopdrachten 2016) zijn doorgevoerd.

Om voormelde redenen moet volgens de Raad van State aangenomen worden dat de term “onderhandelen”, zoals gebruikt in het gunningsverslag en in de brieven uitgaande van de aanbesteder met de woorden “in het kader van de onderhandelingen van uw offerte”, geen adequate weergave vormt van het feitelijk verloop van de gunningsprocedure.

Bijgevolg toont de verzoekende partij volgens de Raad van State *prima facie* niet aan dat zij ongelijk werd behandeld en wordt evenmin de schending aangetoond van de artikelen 4, 38, § 6, en 81, § 1 en § 2, 3°, van de wet overheidsopdrachten 2016 of van het gelijkheidsbeginsel.

Besluit

Woordkeuze, communicatie en interpretatie kunnen vaak leiden tot misverstanden. In deze zaak meende de verzoekende partij dat de gelijkheid tussen de deelnemers werd geschonden omdat er ogenschijnlijk met slechts enkele deelnemers werd ‘onderhandeld’. Echter, bij onderzoek van het procedureverloop blijkt dat deze ‘onderhandeling’ een verkeerde woordkeuze betrof en in werkelijkheid binnen het regelmatigheidsonderzoek zoals gevoerd door de aanbesteder diende bekeken te worden. Dit geeft nogmaals aan welke graad van specialisatie de overheidsopdrachtenregelgeving betreft. Alleszins staat Adlex Advocaten paraat om u hierin te begeleiden.

REGELGEVING

29 JANUARI 2021. - Besluit van de Vlaamse Regering tot vaststelling van de voorwaarden voor de schuldovername in het kader van een vrijwillige samenvoeging van gemeenten op 1 januari 2025

Rechtsgrond

Dit besluit is gebaseerd op het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, artikel 384, eerste lid.

Vormvereisten

De volgende vormvereisten zijn vervuld:

- De Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting, heeft zijn akkoord gegeven op 30 november 2020;
- De Raad van State heeft advies nr. 65.518/3 gegeven op 15 januari 2021, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Initiatiefnemers

Dit besluit wordt voorgesteld door de Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen en de Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Wonen en Onroerend Erfgoed.

Na beraadslaging,

DE VLAAMSE REGERING BESLUIT:

Artikel 1. § 1. De Vlaamse Regering neemt van de gemeenten die, met toepassing van artikel 347 van het decreet van 22 december 2017 over het lokaal bestuur, over een gezamenlijk voorstel tot samenvoeging op 1 januari 2025 hebben beslist en dat voorstel hebben ingediend bij de Vlaamse Regering voor 1 januari 2024, schulden over met een maximumbedrag van 50 miljoen euro per samenvoeging.

De schuldovername, vermeld in het eerste lid, bedraagt maximaal:

- 1° 200 euro per inwoner van de samen te voegen gemeenten als de som van de inwoners van de samen te voegen gemeenten minstens 20.000 en hoogstens 24.999 inwoners bedraagt;
- 2° 300 euro per inwoner van de samen te voegen gemeenten als de som van de inwoners van de samen te voegen gemeenten minstens 25.000 en hoogstens 29.999 inwoners bedraagt;
- 3° 400 euro per inwoner van de samen te voegen gemeenten als de som van de inwoners van de samen te voegen gemeenten minstens 30.000 en hoogstens 34.999 inwoners bedraagt;
- 4° 500 euro per inwoner van de samen te voegen gemeenten als de som van de inwoners van de samen te voegen gemeenten 35.000 of meer inwoners bedraagt.

Voor de vaststelling van het bedrag van de door de Vlaamse Regering over te nemen schulden, vermeld in het eerste en tweede lid, worden de schulden op 31 december 2022 in aanmerking genomen.

Het in aanmerking te nemen inwonertal, vermeld in het tweede lid, is het bevolkingsaantal op 1 januari 2022 zoals bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad.

§ 2. De schuldovername, vermeld in paragraaf 1, gebeurt op 30 september 2024.

§ 3. De samen te voegen gemeenten bepalen, met behoud van de toepassing van artikel 2

en 3, welke schulden worden overgedragen als het totale aantal schulden van de samen te voegen gemeenten het maximumbedrag, vermeld in paragraaf 1, eerste lid, of het bedrag van de schuldovername, vermeld in paragraaf 1, tweede lid, overschrijdt.

Art. 2. Bij de schuldovername wordt voorrang gegeven aan klassieke leningen. Dat zijn leningen met een vaste, variabele of herzienbare rentevoet, waarbij de herziening gebeurt op basis van een referentierentevoet, die onafhankelijk van een financiële instelling wordt bepaald.

Bij de schuldovername wordt geen voorrang gegeven aan gestructureerde leningen. Dat zijn leningen waaraan een gestructureerd product verbonden is. Onder gestructureerde producten worden onder andere verstaan: swaps, opties, inflatiegebonden producten en andere.

Art. 3. Leningen die de gemeenten aangaan na hun principiële beslissing tot vrijwillige samenvoeging en na de inwerkingtreding van dit besluit, komen alleen voor schuldovername in aanmerking als er geen gestructureerde producten aan verbonden zijn en de looptijd niet meer dan drie jaar bedraagt.

Art. 4. Het besluit van de Vlaamse Regering van 24 februari 2017 tot vaststelling van de nadere regels voor de schuldovername in het kader van de vrijwillige samenvoeging van gemeenten wordt opgeheven.

Art. 5. De Vlaamse minister, bevoegd voor het binnenlands bestuur en het stedenbeleid, en de Vlaamse minister, bevoegd voor de financiële operaties, zijn ieder wat hem of haar betreft, belast met de uitvoering van dit besluit.

Brussel, 29 januari 2021.

De minister-president van de Vlaamse Regering,

J. JAMBON

De Vlaamse minister van Binnenlands Bestuur, Bestuurszaken, Inburgering en Gelijke Kansen,

B. SOMERS

De Vlaamse minister van Financiën en Begroting, Wonen en Onroerend Erfgoed,

M. DIEPENDAELE

VARIA INFO

INDEXCIJFER FEBRUARI

Indexcijfer van de consumptieprijzen van de maand februari 2021

De Federale Overheidsdienst Economie, K.M.O., Middenstand en Energie deelt mee dat het indexcijfer van de consumptieprijzen voor de maand februari 2021, 110.21 punten bedraagt, tegenover 109.97 punten in januari 2021, hetgeen een stijging van 0.24 punt of 0.22 % betekent.

De gezondheidsindex, zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 110.39 punten voor de maand februari 2021.

De afgevlakte gezondheidsindex zoals bedoeld in de wet van 23 april 2015 (Belgisch Staatsblad van 27 april 2015), bedraagt 107.93 punten voor de maand februari 2021.

PERSBERICHT ETHIAS VERZEKERING VACCINATIECENTRA

“Ethias verzekert gratis burgerlijke aansprakelijkheid en lichamelijke ongevallen voor alle medewerkers in de Covid-vaccinatiecentra!

Bij de organisatie van het vaccinatieplan zullen de komende maanden vele duizenden professionals én vrijwilligers actief betrokken zijn. Ethias zal deze personen gratis verzekeren in burgerlijke aansprakelijkheid en in lichamelijke ongevallen.

Als nationale speler met een maatschappelijke betrokkenheid heeft Ethias reeds van bij het begin van de pandemie actieve bijstand verleend aan meerdere actoren in onze samenleving. Bij de uitrol van het vaccinatieplan hebben de steden en gemeenten in samenwerking met de regionale overheden, een cruciale taak. Ethias, sinds meer dan 100 jaar dé partner van de lokale besturen, is zich bewust van haar maatschappelijke rol en heeft besloten concrete steun te blijven verlenen aan al de lokale collectiviteiten bij de organisatie van deze vaccinatiecampagne.

Zo verzekeren wij gratis en automatisch:

- de **burgerlijke aansprakelijkheid (BA)** in verband met de organisatie en het beheer van vaccinatiecentra;

- de **beroepsaansprakelijkheid** van alle personen die betrokken zijn bij de activiteiten van deze centra (met inbegrip van de medische BA van de zorgverleners);
- de **lichamelijke ongevallen** die voornoemde personen in het kader van deze activiteiten zouden kunnen oplopen.

Voor de vele steden en gemeenten die bij Ethias in **brand verzekerd** zijn, zal bovendien de mogelijkheid onderzocht worden om het brandrisico – voor zover dat nog niet het geval was – te dekken. Ook deze dekking zal gratis zijn.

De maatregelen die Ethias al genomen heeft om de BA-verzekering en de Lichamelijke Ongevallenverzekering voor vrijwilligers, artsen, verpleegkundigen en studenten uit te breiden, blijft van toepassing. “



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