

Uitoefening van het administratief toezicht op de aktes van de Brusselse plaatselijke besturen met betrekking tot overheidsopdrachten

Referentiejaren 2020-2021
Geselecteerde elementen

Brussel plaatselijke besturen, 2023



Voorwoord

Brussel Plaatselijke Besturen (hierna BPB) is één van de acht besturen van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel. Zijn belangrijkste opdrachten zijn de controle en de ondersteuning van de verschillende plaatselijke besturen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (gemeenten, OCMW's, politiezones, ...). Dit bestuur bereidt ook de organieke wetgeving op de plaatselijke besturen voor en organiseert de gemeenteraadsverkiezingen.

Binnen BPB oefent de directie Lokale Overheidsopdrachten enerzijds mee het administratief toezicht uit op de aktes van de Brusselse plaatselijke besturen met betrekking tot overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten en biedt zij anderzijds advies en begeleiding bij overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten en bijbehorende materies ten voordele van de Brusselse plaatselijke besturen en ook, bij gelegenheid, ten voordele van de Brusselse gewestelijke besturen. Hiervoor kan zij rekenen op een dynamisch, gemotiveerd en goed samenwerkend team van twaalf personen, namelijk negen dossierbeheerders (toezicht en advies / begeleiding) en twee medewerkers die instaan voor de administratieve coördinatie van de dossiers van de Directie.

Meer informatie over de rollen en opdrachten van BPB in het algemeen en van de directie Lokale Overheidsopdrachten in het bijzonder kan u vinden op de website van dit bestuur (www.plaatselijke-besturen.brussels).

Wat de grote lijnen van de organisatie van het administratief toezicht op de Brusselse lokale overheidsopdrachten betreft, onderzoeken de dossierbeheerders van de directie Lokale Overheidsopdrachten autonoom de hen voorgelegde dossiers, onder de supervisie en de coördinatie van de verantwoordelijke van deze directie. Zij controleren de wettigheid van de aktes en gaan na of die het algemeen belang niet schaden. Er wordt in hoofdzaak gecontroleerd of de regels worden nageleefd op het gebied van beslissingsbevoegdheid, administratief toezicht, taalgebruik in bestuurszaken, overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten, erkenning van aannemers van werken en de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Behalve in de gevallen waarin de akte niet moest worden voorgelegd, ontvangt het plaatselijk bestuur systematisch een briefwisseling van BPB met een beslissing over het dossier. In het slechtste geval is bij die brief een besluit tot schorsing, vernietiging of niet-goedkeuring gevoegd. Ongeacht of al dan niet een toezichtsmaatregel werd genomen, kan die brief ook een of meer opmerkingen bevatten, die bedoeld zijn om het plaatselijk bestuur te wijzen op bepaalde risico's in verband met het dossier of om het te informeren over slechte praktijken die werden vastgesteld in dit dossier en die verbeterd moeten worden. In ieder geval mag het pedagogische karakter van die opmerkingen met het oog op een voortdurende verbetering van de praktijk niet worden onderschat.

Dit document bevat in punt 1 een niet-beperkend geheel van elementen waarvoor de directie Lokale Overheidsopdrachten in het kader van het administratief toezicht in 2020 en 2021 is tussengekomen, ofwel in het kader van een toezichtsmaatregel, ofwel via een opmerking. Ter vereenvoudiging en omdat elk dossier apart wordt behandeld rekening houdend met de mogelijke juridische impact van het aangekaarte probleem, hebben we er de voorkeur aan gegeven geen onderscheid te maken tussen de voornoemde elementen en ons te beperken tot de dossiers in verband met overheidsopdrachten.

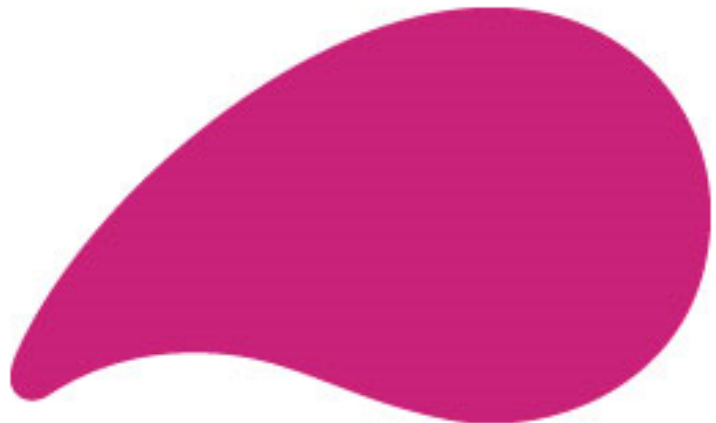
Voor elk element wordt verwezen naar de betreffende wettelijke bepaling(en) en, in een aantal gevallen, naar de rechtspraak over dit specifieke element. De gegevens werden zoveel mogelijk geanonimiseerd.

We moeten constateren dat heel wat van die elementen resulteren uit een probleem met de uitdrukkelijke motivering van de beslissing en/of door niet-naleving van bepaalde algemene rechtsbeginselen, zoals de principes van transparantie, gelijke behandeling, niet-discriminatie en proportionaliteit en, in het verlengde daarvan, de bekendmaking en de mededinging.

Overigens lijkt in een aantal gevallen de oorzaak van het probleem gewoon te liggen in een niet of onvoldoende aandachtig nalezen van de volledige en definitieve versie van de documenten voordat ze worden goedgekeurd en overhandigd aan de toezichthoudende overheid.

We vragen om dit document niet te zien als een niet-beperkende lijst van tekortkomingen van de Brusselse plaatselijke besturen in het beheer van hun overheidsopdrachten in 2020 en 2021, maar wel als een pedagogisch instrument en een middel ter bewustmaking van de plaatselijke overheidsaankopers en beleidsmakers. Het is niet de bedoeling om kritiek uit te oefenen op de plaatselijke besturen of om hun praktijken te vergelijken. Het doel ligt elders: de lezer de mogelijkheid bieden om te leren uit de fouten van anderen zodat hij daarna zijn eigen fouten kan herkennen en corrigeren. Op die manier kan de kwaliteit van de Brusselse plaatselijke overheidsopdrachten alleen maar verbeteren.

Tot slot wilden we een tegenwicht bieden tegen de mogelijk negatieve perceptie van de tussenkomsten van de toezichthoudende overheid, daarom leek het nuttig om ook de adviserende en begeleidende rol te benadrukken die de directie Lokale Overheidsopdrachten al vele jaren vervult op het vlak van overheidsopdrachten, concessieovereenkomsten en daarmee samenhangende kwesties, in hoofdzaak ten voordele van de plaatselijke besturen en uitsluitend op hun vraag. Advies geven om de risico's te beperken, met de hoop dat achteraf geen enkele toezichtsmaatregel moet worden genomen, dat is in een notendop de filosofie achter de tussenkomsten van de directie Lokale Overheidsopdrachten in het kader van die opdracht. Dit wordt vooral mogelijk gemaakt dankzij de expertise die de leden van deze directie in de loop der jaren verworven hebben. Meer informatie over die rol in punt 2 van dit document.





Afkortingenlijst

B.S.:	Belgisch Staatsblad
BPB:	Brussel Plaatselijke Besturen
EFRO:	Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling
GOB:	Gewestelijke Overheidsdienst Brussel
HJ:	Hof van Justitie
HJEU:	Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJ-EG:	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
KB AUR:	koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (oud opschrift tot 29 juni 2017: koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken)
KB 2011 plaatsing:	koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011
KB 2017 plaatsing:	koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017
KB 2018 multi:	koninklijk besluit van 15 april 2018 tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten op het vlak van overheidsopdrachten en concessies en tot aanpassing van een drempel in de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies
MPMO:	mededingingsprocedure met onderhandeling (wet 2016 OO)
NGW:	Nieuwe Gemeentewet
OCMW:	Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn
OPBM:	onderhandelingsprocedure met bekendmaking (wet 2006 OO)
OPZB:	onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (wet 1993 OO en wet 2006 OO)
OPZVB:	onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (wet 2016 OO)
OW OCMW:	organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn
OW PZ:	wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus
Richtlijn 2014/24/UE:	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

RvS:	Raad van State
UEA:	Uniform Europees Aanbestedingsdocument
VOPMVB:	vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (wet 2016 OO)
WIG OO:	Werk- en informatiegroep overheidsopdrachten
wet 1991 erkenning:	wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken
wet 1991 motivering:	wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen
wet 1993 OO:	wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten van werken, leveringen en diensten
wet 2006 OO:	wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten
wet 2013 rechtsmiddelen:	wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies
wet 2016 OO:	wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten
wet 2019 e-facturatie:	wet van 7 april 2019 tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied en tot wijziging van de wet van 4 mei 2016 inzake het hergebruik van overheidsinformatie



1. Elementen die onderwerp waren van een tussenkomst bij de uitoefening van het administratief toezicht

1.1. Beslissingsbevoegdheid

De wetgeving betreffende overheidsopdrachten vermeldt steeds het begrip "aanbesteder" of "aanbestedende overheid" zonder zich in te laten met de manier waarop die zich moet organiseren om zijn opdrachten te plaatsen. Zij herinnert er echter aan dat "de bevoegdheden voor het plaatsen en uitvoeren van [overheids]opdrachten [van de plaatselijke besturen worden] uitgeoefend door de overheden en organen bevoegd krachtens de bepalingen van een wet, decreet, ordonnantie, reglement of statuut" (artikel 169, tweede lid, van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna wet 2016 OO)).

Om bijgevolg de bevoegdheidsregels van de plaatselijke besturen inzake overheidsopdrachten te bepalen, dient men zich te beroepen op, naargelang het geval, de bepalingen van de Nieuwe Gemeentewet (hierna NGW), van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna OW OCMW), van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst gestructureerd op twee niveaus (hierna OW PZ), van de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen gemeenten, van het Wetboek van vennootschappen en verenigingen en van de sociale statuten van die vennootschappen en verenigingen.

In toepassing van de artikelen 2 en 3 van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen (hierna wet 1991 motivering) moet een eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van een bestuur en die beoogt rechtsgevolgen te hebben uitdrukkelijk de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing van dit bestuur ten grondslag liggen. In dit kader raden de algemeen aanvaarde wetgevingsregels aan in de inleiding van de akte alle akten van intern recht met hun artikelen en zelfs hun onderverdelingen te citeren die de precieze rechtsgrondslag vormen voor de door dit bestuur genomen beslissing.

In de praktijk moet bij iedere beslissing die een Brussels plaatselijk bestuur in de hoedanigheid van aanbestedende overheid neemt, worden verduidelijkt welke wet- of regelgevende bepaling hem de beslissingsbevoegdheid verleent en ook, eventueel, welke feitelijke elementen rechtvaardigen dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van die bepaling.

Hieronder reeds enkele voorbeelden van slechte praktijken:

- het beslissingsorgaan vermeldt in zijn akte niet de wettelijke bepaling of de akte van delegatie waarop zijn bevoegdheid om een beslissing te nemen gestoeld is, evenmin als de feitelijke elementen die aantonen dat voldaan werd aan de voorwaarden vermeld in deze bepaling of delegatie;
- in de inleiding bij een beslissing wordt verwezen naar een wettelijke bepaling, maar deze past niet bij de beoogde situatie (bijvoorbeeld: een college van burgemeester en schepenen rechtvaardigt zijn beslissingsbevoegdheid om een overheidsopdracht te gunnen of een gunningsbeslissing die het eerder had genomen in te trekken op basis van artikel 234, § 1, van de NGW, in plaats van op basis van artikel 236, § 2, van de NGW);
- in de inleiding bij een beslissing wordt verwezen naar meerdere wetsartikelen in plaats van de onderverdeling aan te halen van een enkel artikel dat naar recht de bevoegdheid van de auteur van deze akte kan verantwoorden (bijvoorbeeld: het college van burgemeester en schepenen van een gemeente citeert artikelen 117, 234 en 236 van de NGW om zijn bevoegdheid om de beslissing tot selectie van de kandidaten te nemen aan te tonen, terwijl artikel 236, § 2 zijn bevoegdheid al rechtsgeldig aantoont);
- enkel verwijzen naar artikel 123 of 123, 2°, van de NGW om de bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen om een beslissing te nemen in het kader van de opvolging

van de uitvoering van een overheidsopdracht of met betrekking tot de wijziging van de voorwaarden van een overheidsopdracht tijdens de plaatsingsprocedure te motiveren.

Naast de specifieke regels in verband met overheidsopdrachten zijn er ook andere regels rond beslissingsbevoegdheid die van toepassing zijn in het kader van de plaatsing of uitvoering van overheidsopdrachten. Dat is in het bijzonder zo voor de begrotingsregels betreffende de vastlegging en de aanrekening.

1.1.1. Verwarring met betrekking tot de auteur van de akte

In het kader van de uitvoeringsfase van een overheidsopdracht is het al gebeurd dat het college van burgemeester en schepenen van een gemeente in een eerste fase beslist om die opdracht te wijzigen via de goedkeuring van een bijakte en daarna, om openheid te tonen of zijn beslissing een groter draagvlak te geven, de gemeenteraad vraagt om diezelfde wijzigingsbeslissing te nemen.

Op die manier schept het college niet alleen onzekerheid met betrekking tot de identiteit van het orgaan van de gemeente dat de beslissing heeft genomen om de opdracht te wijzigen, maar gaat het ook voorbij aan de grenzen die de Raad van State oplegt aan het principe van volheid van bevoegdheid van de gemeenteraad, vastgelegd in artikel 117 van de NGW.

Volgens de rechtspraak van de Raad van State, “geniet de gemeenteraad in zaken van gemeentelijk belang volheid van bevoegdheid krachtens artikel 117 van de Nieuwe Gemeentewet, onder voorbehoud van de bevoegdheden die de wet toekent aan andere gemeentelijke organen” (vrije vertaling) (vaste rechtspraak, zie RvS (11e kamer), 13 januari 2006, nr. 153.735, s.a. M.G.C.I.). Anders gezegd is de gemeenteraad alleen bevoegd in die zaken die de wet niet uitdrukkelijk toekent aan een ander orgaan van de gemeente.

Welnu, artikel 236, § 3, van de NGW kent uitdrukkelijk aan het college van burgemeester en schepenen de bevoegdheid toe om alle beslissingen te nemen die nodig zijn in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht en om, indien nodig, aan de opdracht iedere wijziging aan te brengen die het nodig acht. De raad beschikt dus over geen enkele bevoegdheid om een overheidsopdracht tijdens de uitvoering te wijzigen.

Vanzelfsprekend is het college van burgemeester en schepenen vrij om, vanuit een streven naar transparantie en om de lokale democratie te bevorderen, aan de gemeenteraad ter informatie de beslissingen over te maken die het neemt om een opdracht te wijzigen, vooral wanneer het om belangrijke wijzigingen gaat.

1.1.2. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - geen motivering van de bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen

Voor de gemeenten, de politiezones en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn (hierna OCMW's), kennen de wetten die hun bevoegdheden organiseren en onder elkaar verdelen standaard uitdrukkelijk aan de raad (gemeenteraad, politieraad en OCMW-raad) de bevoegdheid toe om de plaatsingsprocedure voor hun overheidsopdrachten te kiezen en om de voorwaarden ervan vast te stellen.

Voor de gemeenten is deze algemene regel opgenomen in artikel 234, § 1 van de NGW. Bijgevolg is, behoudens in de uitzonderingsgevallen vastgelegd in dit artikel (zie met name punt 1.1.4 hieronder), enkel de gemeenteraad bevoegd om de plaatsingsprocedure voor overheidsopdrachten te kiezen en de voorwaarden ervan vast te stellen.

Er werd echter vastgesteld dat het college van burgemeester en schepenen van een gemeente, na besloten te hebben een overheidsopdracht in de plaatsingsfase niet te gunnen, zelf de beslissing genomen heeft ze opnieuw te lanceren volgens een andere plaatsingsprocedure. Het vermeldde in zijn beslissing geen feitelijke of juridische elementen ter staving van zijn bevoegdheid om deze laatste beslissing te nemen in de plaats van de gemeenteraad, terwijl het dit laatste orgaan is dat de oorspronkelijke plaatsingsprocedure had gekozen. Zijn beslissingsbevoegdheid om de plaatsingsprocedure van de overheidsopdracht in kwestie te wijzigen, was dus niet aangetoond.

De Raad van State heeft in zijn arrest nr. 249.291 van 18 december 2020 (RvS (6e kamer), 18 december 2020, nr. 249.291, s.a. LES ENTREPRISES MELIN) de onbevoegdheid van de auteur van de akte die het voorwerp van het beroep uitmaakte gesanctioneerd (in deze zaak was deze onbevoegdheid het gevolg van het niet-naleven van de grenzen van de delegatie van de beslissingsbevoegdheid) en steunde zijn beslissing met name op de volgende redenering: "De beslissing om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking moet genomen worden door de bevoegde overheid vóór de lancering van de procedure. Volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State kan een bevoegdheidsgebrek niet *a posteriori* verholpen worden door een bekrachtiging. Dit is inzake des te meer het geval aangezien de beslissing om gebruik te maken van dit soort procedure ondernemers de mogelijkheid ontzegt eraan deel te nemen en aldus rechtsgevolgen creëert vóór de goedkeuring van de beslissing tot gunning van de opdracht die geacht wordt over te gaan tot deze bekrachtiging door de bevoegde overheden." (vrije vertaling)

1.1.3. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - geen motivering van de bevoegdheid van het politiecollege

Overeenkomstig artikel 33, § 2, lid 1 en 2, van de wet PZ, zoals ingevoegd door artikel 2, 2° van de wet van 1 maart 2019 tot wijziging van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus en de wet tot wijziging van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid, kan de politieraad, met het oog op de bepaling van de bevoegdheidsregels betreffende overheidsopdrachten die van toepassing zijn op de politie- en hulpverleningszones, de uitoefening van zijn bevoegdheden in verband met overheidsopdrachten delegeren aan het politiecollege voor wat de keuze van de plaatsingsprocedure van de overheidsopdrachten van werken, leveringen en diensten en de vaststelling van de voorwaarden ervan betreft, binnen de grenzen van de kredieten die hiertoe werden ingeschreven op de gewone begroting. De Raad van State sprak zich als volgt uit over de grenzen van deze delegatie (RvS (15e kamer), 24 november 2022, nr. 255.107, politiezone 5344 Polbruno):

9

"De delegatie van bevoegdheden is de overdracht, door een overheid waaraan een bevoegdheid werd toegekend, van de uitoefening van die bevoegdheid, in haar geheel of ten dele. Dit is een afwijking van de normale uitoefening van de bevoegdheden. In principe is dit verboden, maar bepalingen die een bevoegdheid toekennen, kunnen de delegatie ervan toestaan. Om te beoordelen of een toegekende delegatie binnen de toelaatbare grenzen blijft, dient rekening gehouden te worden met de bron van de toegekende bevoegdheden, met de wijze waarop ze bepaald zijn, de wijze waarop ze toegekend worden, met de overheid waaraan de delegatie wordt gegeven en met het belang van de gedelegeerde bevoegdheden. De delegatie mag slechts gedeeltelijk zijn, ze moet strikt geïnterpreteerd worden en mag enkel betrekking hebben op uitvoeringsmaatregelen. Bovendien mag ze geen betrekking hebben op bevoegdheden die aan de normaal gezien bevoegde overheid zelf werden toegekend.

Inzake blijkt uitdrukkelijk uit de voormelde bepaling dat de bevoegdheid om de plaatsingswijze van overheidsopdrachten te kiezen en de voorwaarden ervan te bepalen in principe toegekend wordt aan de politieraad, en dat een delegatie aan het politiecollege slechts toelaatbaar is "binnen de grenzen van de kredieten hiertoe ingeschreven op de gewone begroting".

Om de delegatie aan het college toe te laten, is het dus niet voldoende dat de opdracht omwille van het voorwerp ervan onder het dagelijks beheer of de gewone begroting van de politiezone valt. De federale wetgever machtigt de raad enkel om zijn bevoegdheid te delegeren als de overheidsopdracht in kwestie reeds het voorwerp uitmaakt van kredieten ingeschreven op de gewone begroting.

Zoals de partijen overeenkomen, is deze bepaling moeilijk te verzoenen met een delegatie van bevoegdheden die betrekking heeft op een meerjarige overheidsopdracht.

Het is niet aan de Raad van State om zich uit te spreken over de relevantie van de wil van de wetgever om de mogelijkheid om de keuze van de plaatsingswijze en de vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht - wat in principe gebeurt voor de plaatsingsprocedure - te delegeren te beperken tot de kredieten die reeds ingeschreven zijn op de gewone begroting van de politiezone, terwijl deze kredieten in principe slechts voor de begrotingsvastlegging ingeschreven moeten worden, op het ogenblik dat de opdracht gesloten wordt. (...)" (vrije vertaling)

Daarnaast kan het politiecollege op eigen initiatief de voormelde bevoegdheden van de politieraad uitoefenen in gevallen van dringende spoed die voortvloeien uit niet te voorziene omstandigheden, in toepassing van voormeld artikel 33, paragraaf 2, lid 5. Desgevallend wordt zijn beslissing meegedeeld aan de politieraad die er op zijn eerstvolgende vergadering akte van neemt.

Deze twee, in voormeld artikel 33, § 2, vermelde situaties zijn de enige uitzonderingen die het politiecollege toelaten de plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht die onder de gewone begroting valt, te kiezen en de voorwaarden ervan vast te stellen.

Toch heeft het politiecollege van een Brusselse politiezone zelf de beslissing genomen om voor een meerjarige overheidsopdracht van leveringen, onderhoud en de huur van werkkledij de plaatsingsprocedure te kiezen en de voorwaarden ervan vast te stellen, zonder zijn beslissingsbevoegdheid te motiveren door duidelijke feitelijke en juridische elementen, in strijd met de artikelen 2 en 3 van de wet 1991 motivering. Het heeft geen hoogdringendheid ingeroepen, waardoor het zijn initiatief had kunnen rechtvaardigen, en verwijst evenmin naar een akte van de politieraad waarin enig deel van diens bevoegdheden op het vlak van overheidsopdrachten gedelegeerd zouden worden. In dit kader dient verduidelijkt te worden dat, aangezien er voor deze opdracht geen kredieten ingeschreven waren op de gewone begroting (feit bevestigd door het feit dat in de beslissing opgemerkt wordt dat ze genomen wordt "onder voorbehoud van de inschrijving van de nodige kredieten, de goedkeuring van de begroting 2021 tot 2022 door de politieraad en de goedkeuring ervan door de toezichthoudende overheden"), de invoering van een dergelijke delegatie, als ze al had bestaan, in elk geval in strijd met de wet geweest zou zijn.

1.1.4. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - verkeerd gebruik van de in de wet voorziene uitzonderingen

De voormelde wetten (NGG, OW OCMW en OW PZ) voorzien in uitzonderingen op de algemene regel die standaard de raad (gemeenteraad, raad voor maatschappelijk welzijn en politieraad) de bevoegdheid toekent om de plaatsingsprocedure van zijn overheidsopdrachten te kiezen en de voorwaarden ervan vast te stellen, deze uitzonderingen betreffen de situaties waarin een ander orgaan van deze plaatselijke besturen omwille van bepaalde precieze omstandigheden, beperkend opgesomd door de wet, de voormelde bevoegdheid van de raad op het vlak van overheidsopdracht mag uitoefenen. Aangezien het om uitzonderingen gaat, moeten deze afwijkingen strikt worden geïnterpreteerd. Bovendien is het aan het orgaan dat van plan is hier gebruik van te maken om aan te tonen dat strikt voldaan werd aan de voorwaarden die de toepassing van een van deze afwijkingen mogelijk maken. Anders kan de bevoegdheid van de auteur van de akte in twijfel getrokken worden, wat tot gevolg zou hebben dat heel de plaatsingsprocedure gebrekkig zou worden, aangezien, zoals in herinnering gebracht in bovenstaand punt 1.1.2, een bevoegdheidsgebrek niet *a posteriori* verholpen kan worden door een bekrachtiging.

In dat verband is het tijdens de referentieperiode een aantal keer gebleken dat de plaatselijke besturen zich vergissen in of zelfs misbruik maken van de bovengenoemde wettelijke uitzonderingen, ofwel door zich te baseren op uitzonderingen die niet voorzien zijn in de wet, ofwel door de wijzigingen te negeren die de wetgever aan die afwijkingen heeft aangebracht, ofwel door ze heel ruim te interpreteren.

1.1.4.1. Gebruik van hypothesen waar de wetgever niet in heeft voorzien

Een plaatselijk bestuur (in dit geval een gemeente) heeft ten onrechte geoordeeld dat het college van burgemeester en schepenen de bevoegdheden van de gemeenteraad mag uitoefenen wanneer het beslist om een overheidsopdracht te plaatsen bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (OPZVB), op basis van artikel 42, § 1, eerste lid, 2°, van de wet 2016 OO (herhaling van de opdracht) zelfs al werden de plaatsingsprocedure en voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht door de gemeenteraad gekozen en vastgesteld. Daarbij rechtvaardigt het college zijn bevoegdheid door zich te beroepen op omstandigheden die niet worden vermeld bij de omstandigheden die limitatief worden opgesomd in artikel 234, §§ 2 tot 5, van de NGW.

Hoewel de Raad van State (zie met name RvS (6e kortgedingkamer), 13 september 2013, nr. 224.643, société de droit français Oberthur Fiduciaire en société de droit français Oberthur Technologies)

inderdaad al heeft geoordeeld dat, wanneer een nauwe band bestaat tussen twee procedures, de opdracht die wordt geplaatst bij OPZVB niet mag worden beschouwd als een autonome opdracht ten opzichte van de oorspronkelijke opdracht, neemt dit niet weg dat de herhaalde opdracht een nieuwe opdracht is (en geen wijziging van de oorspronkelijke opdracht) en dat het bijgevolg, tenzij een van de uitzonderingen van artikel 234 van de NGW kan worden ingeroepen, aan de gemeenteraad toekomt om de plaatsingsprocedure van de herhaalde opdracht te kiezen en er de voorwaarden van vast te stellen.

Ook al kan door het bestaande verband tussen de twee procedures en door het feit dat in de opdrachtdocumenten wordt vermeld dat de oorspronkelijke opdracht mag worden herhaald via een OPZVB in toepassing van voornoemd artikel 42, § 1, eerste lid, 2°, terecht worden gemotiveerd dat een uitzonderingsprocedure wordt gebruikt om de opdracht te herhalen, toch rechtvaardigen die elementen geenszins dat het college de bevoegdheid heeft de voorwaarden van de herhalingsopdracht vast te stellen in de plaats van de raad. De tweede plaatsingsprocedure mag immers niet worden herleid tot een eenvoudige uitvoeringsmaatregel van de eerste. Overigens vormt een verwijzing naar artikel 123 van de NGW geen relevante basis om de bevoegdheid van het college om een dergelijke beslissing te nemen, te rechtvaardigen. In dit geval dient men zich te beperken tot de hypothesen die zijn opgesomd in artikel 234, §§ 2 tot 5, van de NGW.

1.1.4.2. Verkeerde interpretatie van de toepassingsvoorwaarden van een uitzondering - negeren van een wetswijziging

Volgens de rechtspraak van het Hof van Cassatie, is "een nieuwe wet [...] in beginsel niet alleen van toepassing op toestanden die na haar inwerkingtreding zijn ontstaan, maar ook op de toekomstige gevolgen van de onder de vroegere wet ontstane toestand die zich voordoen of die voortduren of waarvan de gevolgen voortduren onder vigeur van de nieuwe wet" (Cass. (1^{ste} kamer), 24 april 2008, A.R. C.06.0353.N, beschikbaar op www.juportal.be). Overigens is de regel dat inzake overeenkomsten de oude wet van toepassing blijft niet van toepassing wanneer de nieuwe wet van openbare orde is (zie Cass. (1^{ste} kamer), 26 mei 2005, A.R. C.04.0215.F, J.T. 2005, p. 679 en Cass. (1^{ste} kamer), 15 september 2005, A.R. C.04.0345.N, beschikbaar op www.juportal.be). Dit is het geval op het gebied van beslissingsbevoegdheid.

11

Het is gebleken dat in verschillende gemeenten de gevolgen van de wijzigingen aan artikel 234, § 4, van de NGW door artikel 68 van de ordonnantie van 17 juli 2020 tot wijziging van de Nieuwe Gemeentewet nog niet volledig zijn doorgedrongen. Zo werden sinds de inwerkingtreding van die bepaling op 9 augustus 2020, de mogelijkheden voor de gemeenteraad om, voor overheidsopdrachten die onder de gewone begroting vallen, zijn bevoegdheid om de plaatsingsprocedure te kiezen en de voorwaarden vast te stellen over te dragen aan het college van burgemeester en schepenen, aanzienlijk beperkt. In de nieuwe formulering beperkt artikel 234, § 4, tweede lid, van de NGW immers de delegatiemogelijkheid van artikel 234, § 4, eerste lid, van de NGW tot alleen de overheidsopdrachten bedoeld in artikel 92 van de wet 2016 OO (dat wil zeggen de opdrachten van beperkte waarde) terwijl in de vorige versie het artikel 234, § 4, van de NGW geen limietbedrag oplegde voor de gedelegeerde opdrachten.

Het college van burgemeester en schepenen is dus niet langer bevoegd om, in toepassing van artikel 234, § 4, van de NGW, de bevoegdheid van de gemeenteraad zoals bedoeld in artikel 234, § 1, van de NGW uit te oefenen voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag, exclusief btw, gelijk is aan of hoger dan 30.000 euro en dat zelfs indien de akte van delegatie van de gemeenteraad aan het college van burgemeester en schepenen geen enkele limiet bepaalt voor het bedrag van de overheidsopdracht of een bedrag exclusief btw bepaalt gelijk aan of hoger dan 30.000 euro. De delegatie van een bevoegdheid moet immers binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheid blijven. Uiteraard kan het college van burgemeester en schepenen voor dergelijke opdrachten altijd rechtvaardigen dat het de bevoegdheid van de gemeenteraad bedoeld in artikel 234, § 1, van de NGW mag uitoefenen door zich te beroepen op een van de andere hypothesen van artikel 234 van de NGW (dringende noodzaak (§ 2) en overheidsopdrachten van minder dan 139.000 euro exclusief btw (§ 3)).

Een gelijkaardig probleem stelde zich toen de drempel vermeld in artikel 234, § 3, eerste lid van de NGW gewijzigd werd door een besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 7 mei 2020 (B.S.15 mei 2020) om het door de wetgever gewenste nauwe verband tussen de hypothese van het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking vermeld in artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, a) van de wet 2016 OO en de machtiging van het college van burgemeester en schepenen om de plaatsingsprocedure van overheidsopdrachten onder een bepaald bedrag te kiezen en er de voorwaarden van vast te stellen te behouden.

1.1.4.3. Akte die de grenzen van de wettige bevoegdheid overschrijdt - misbruik van bevoegdheid

Om de uitoefening van de bevoegdheid van de gemeenteraad waarvan sprake in artikel 234, § 1, van de NGW (keuze van de plaatsingsprocedure en vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht) te rechtvaardigen, heeft het college van burgemeester en schepenen van een gemeente artikel 234, § 3, van die wet ingeroepen.

Deze bepaling machtigt het college van burgemeester en schepenen om de bevoegdheid van de raad zoals bedoeld in artikel 234, § 1, van deze Nieuwe Gemeentewet uit te oefenen voor overheidsopdrachten met een geraamd bedrag excl. btw van minder dan 139.000 euro. Het bedrag excl. btw van de overheidsopdracht was echter geraamd op 350.000 euro. Het college van burgemeester en schepenen heeft dan ook de vastgelegde drempel voor de toepassing van deze bepaling overschreden.

1.1.4.4. Gewaagde interpretatie van de toepassingsvoorwaarden voor een uitzondering - afwezigheid van een uitvoeringsbesluit dat delegatie toelaat

Artikel 2, 2°, van de wet van 1 maart 2019 tot wijziging van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus en de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid, machtigt, met het oog op de bepaling van de bevoegdheidsregels betreffende overheidsopdrachten die van toepassing zijn op de politie- en hulpverleningszones, de politieraad om de uitoefening van zijn bevoegdheden in verband met overheidsopdrachten (keuze van de plaatsingsprocedure van de overheidsopdrachten van de zone en vaststelling van de voorwaarden ervan) over te dragen aan het politiecollege voor de uitgaven die onder de buitengewone begroting vallen wanneer de waarde van de opdracht lager is dan het door de Koning vastgelegde bedrag.

Ondanks het gebrek aan een koninklijk besluit dat dit bedrag vastlegt en dus de concrete onmogelijkheid voor de raad van een politiezone om over te gaan tot een dergelijke delegatie, heeft de gewestelijke administratie al vastgesteld dat de raad van een Brusselse politiezone niet gearzeld heeft om gebruik te maken van die onvoltooide machtiging en om de uitoefening van zijn bevoegdheden op dit gebied te delegeren aan het politiecollege, voor overheidsopdrachten waarvan de uitgaven onder de buitengewone begroting vallen.

Het staat vast dat het de wil is van de federale wetgever om de voornoemde delegatie toe te staan, maar dat neemt niet weg dat hij het aan de Koning overlaat om de limiet van die delegatie te preciseren, door een maximumbedrag vast te stellen voor de overheidsopdrachten die mogen worden gedelegeerd. Aangezien het om een geheel nieuwe bepaling gaat, die voor het eerst een delegatie invoert voor overheidsopdrachten waarvan de uitgaven onder de buitengewone begroting vallen, is het onmogelijk om een eerdere wettekst in te roepen die in het verleden een drempel voor een gelijkaardige delegatie zou hebben vastgesteld.

Hieruit volgt dat de wettelijke grondslag waarop voornoemde akte van delegatie zich baseert onzeker is en dat de wettigheid van de beslissingen van het politiecollege die op die delegatie gebaseerd zijn twijfelachtig is, aangezien zijn bevoegdheid op geen enkele ernstige wettelijke basis berust.

1.1.4.5. Akte van delegatie die de grenzen van de wettige bevoegdheid overschrijdt - misbruik van bevoegdheid

Voor de OCMW's machtigt artikel 84, § 3, van de OW OCMW de raad voor maatschappelijk welzijn om aan het vast bureau alle of een deel van de bevoegdheden over te dragen die aan de raad zijn toegekend door de §§ 1 en 2 van voornoemd artikel 84, namelijk de keuze van de plaatsingsprocedure van de overheidsopdrachten van het OCMW, het vaststellen van de voorwaarden ervan, het opstarten van de procedure en de gunning van de genoemde opdrachten.

In toepassing van artikel 27, § 1ter, 5°, van de OW OCMW, aangevuld door artikel 1 van het besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad van 5 maart 2020 tot vaststelling van het bedrag, bedoeld in artikel 27, § 1ter, 5°, van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn, zijn de hierboven aangehaalde delegaties echter alleen toegelaten voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag exclusief btw lager is dan 139.000 euro.

Het is gebleken dat de raad voor maatschappelijk welzijn van een Brussels OCMW heeft beslist om zijn bevoegdheden voor de plaatsing, gunning en uitvoering van de overheidsopdrachten van het OCMW met een geraamd of gegund bedrag dat lager is dan 139.000 euro inclusief btw over te dragen aan het vast bureau. Een dergelijke formulering negeert de grenzen van het wettelijk kader dat een overdracht van bevoegdheden op het gebied van overheidsopdrachten toelaat (zie hierboven). Want ook al is er niets op tegen dat de akte van delegatie een kader vastlegt dat restrictiever is dan dat van de wetgever, door te preciseren dat de beoogde delegatie gebaseerd is op de geraamde of gegunde drempel van 139.000 euro inclusief btw, wordt het vast bureau impliciet gemachtigd om de bevoegdheden van de raad voor maatschappelijk welzijn uit te oefenen voor overheidsopdrachten met een gegund bedrag lager dan 139.000 euro inclusief btw maar waarvan het geraamde bedrag exclusief btw niet noodzakelijkerwijs lager is dan 139.000 euro. In toepassing van artikel 7, § 1, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017 (hierna KB 2017 plaatsing), wordt het geraamde bedrag van een overheidsopdracht berekend op basis van het totaal te betalen bedrag. Dat laatste omvat een welbepaald aantal elementen die kunnen worden besteld maar niet noodzakelijk ook daadwerkelijk worden besteld, zoals gedeelten, herhalingen, verlengingen of herzieningsclausules. Hieruit volgt dat de raad voor maatschappelijk welzijn, door meer te delegeren dan de wet toelaat, zijn bevoegdheid heeft overschreden.

1.1.4.6. Schending van de bevoegdheden die de wet toekent aan het politiecollege

Artikel 33, § 3, van de OW PZ, zoals gewijzigd door de wet van 1 maart 2019 tot wijziging van de wet van 7 december 1998 tot organisatie van een geïntegreerde politiedienst, gestructureerd op twee niveaus en de wet tot wijziging van de wet van 15 mei 2007 betreffende de civiele veiligheid, kent uitdrukkelijk, met het oog op de bepaling van de bevoegdheidsregels betreffende overheidsopdrachten die van toepassing zijn op de politie- en hulpverleningszones, aan het politiecollege de bevoegdheid toe om de procedure in te stellen, de overheidsopdrachten van de zone te plaatsen, de uitvoering ervan op te volgen en die opdrachten in de loop van de uitvoering ervan te wijzigen. De wetgever heeft voor dit principe in geen enkele uitzondering voorzien ten voordele van de politieraad.

Toch werd herhaaldelijk vastgesteld dat, voorbijgaand aan het beginsel van exclusiviteit van de toegekende bevoegdheden (zie ook begin van punt 1.1.2.), een politieraad de beslissing heeft genomen om een overheidsopdracht in de loop van de uitvoering te wijzigen (en meer bepaald de opdrachtduur te verlengen), terwijl die beslissing uitsluitend mag worden genomen door het politiecollege in toepassing van artikel 33, § 3, van de OW PZ. Hieruit volgt dat dergelijke beslissingen het gebrek vertonen dat zij werden genomen met onbevoegdheid van degene die de akte heeft genomen, aangezien de politieraad over geen enkele bevoegdheid beschikt om opdrachten te wijzigen.

1.1.5. Niet-naleving van de regels inzake beslissingsbevoegdheid bij gebruik van een raamovereenkomst gesloten door een aankoopcentrale

In toepassing van artikel 47, § 2, van de wet 2016 OO is een aanbestedende overheid die een beroep doet op een aankoopcentrale vrijgesteld van de verplichting om zelf een plaatsingsprocedure te organiseren. In dit geval dient in de akte verwezen te worden naar deze bepaling, maar de gewestelijke administratie heeft reeds meermaals vastgesteld dat deze vermelding achterwege werd gelaten.

In het algemeen nemen overheidsopdrachten gesloten door een aankoopcentrale de vorm aan van raamovereenkomsten. De aankoopcentrale legt het basiskader van de raamovereenkomst vast samen met de deelnemers aan deze overeenkomst en de navolgende bestellingen die door de begunstigde aanbestedende overheden geplaatst zullen worden (de opdrachten voortvloeiend uit de raamovereenkomst gesloten door de aankoopcentrale) moeten het voorwerp uitmaken van formele beslissingen, in het bijzonder:

- een eerste beslissing met betrekking tot de aansluiting bij de aankoopcentrale, wat in het algemeen de latere ondertekening inhoudt van een overeenkomst waarin de rechten en verplichtingen van de partijen vastgelegd worden;
- een of meerdere opeenvolgende beslissingen om de overheidsopdracht(en) te bepalen die daadwerkelijk geplaatst zal/zullen worden op basis van de door de aankoopcentrale gesloten opdracht, met vermelding van onder meer het voorwerp ervan en het begrotingskader van de uitgave;
- een of meerdere beslissingen tot gunning van de opdracht(en) gebaseerd op de raamovereenkomst gesloten door de aankoopcentrale, met inbegrip van de begrotingsvastlegging(en).

Tenzij het tegendeel aangetoond wordt door een naar behoren gemotiveerde beslissing, moeten de beslissingen met betrekking tot de aansluiting bij de aankoopcentrale en de plaatsing van bepaalde overheidsopdrachten bepaald via de door de aankoopcentrale gesloten raamovereenkomst, beslissingen waarvan het voorwerp lijkt op de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van overheidsopdrachten, genomen worden door het standaard bevoegde beslissingsorgaan, zijnde:

- de gemeenteraad voor de gemeenten (art. 234, § 1, van de NGW);
- de OCMW-raad voor de OCMW's (art. 84, § 1, van de OW OCMW);
- de politieraad voor de meergemeente-politiezones (art. 33, § 2, van de OW PZ).

De gewestelijke administratie heeft echter meermaals kunnen vaststellen dat het voormelde principe niet correct was toegepast.

1.1.6. Begrotingsvastlegging beslist door een orgaan zonder wettige machtiging

De gewestelijke administratie stelt regelmatig vast dat een gemeenteraad of een politieraad zelf de beslissing neemt om een bedrag vast te leggen op een krediet ingeschreven op het begrotingsjaar op het ogenblik dat de voorwaarden van een te plaatsen overheidsopdracht vastgesteld worden.

Voor deze twee soorten plaatselijke besturen is het college echter het enige orgaan dat gemachtigd is om begrotingsvastleggingen te doen, in toepassing van respectievelijk de bepalingen van artikel 57, eerste lid, van het koninklijk besluit van 2 augustus 1990 houdende het algemeen reglement op de gemeentelijke comptabiliteit en van artikel 54, eerste lid, van het koninklijk besluit van 5 december 2001 houdende het algemeen reglement op de boekhouding van de lokale politie, uitgezonderd de uitzonderingsgevallen waarin de gewestelijke wetgever voorziet om de aanwending van de mogelijkheden tot delegatie vastgelegd in artikelen 234, §§ 4 en 5, en 236, §§ 4 en 6, van de NGW en van de machtiging vastgelegd in artikel 236, § 5, van dezelfde wet te vergemakkelijken.

1.1.7. Keuze van het begrotingsjaar voor het aanrekenen van de uitgave na de aanwijzing van de opdrachtnemer van de opdracht

Artikel 6 van het koninklijk besluit van 2 augustus 1990 houdende het algemeen reglement op de gemeentelijke comptabiliteit bepaalt dat de ontvangsten en uitgaven, alsook het resultaat ervan, onherroepelijk op een dienstjaar en op een dienst worden aangerekend. Uit het wettelijke beginsel van de annaliteit van de begroting vloeit voort dat het dienstjaar waarop een uitgave aangerekend moet worden bepaald wordt op het ogenblik van het ontstaan van de vastlegging van deze uitgave.

Deze kwestie van de bepaling van het begrotingsjaar waarop een uitgave kan worden aangerekend na de gunning van de opdracht stelde zich in de loop van de betreffende periode meerdere keren in het kader van de uitoefening van het toezicht.

Zo bleek in een dossier dat de termijn die nodig was om een overheidsopdracht te kunnen gunnen langer was geweest dan aanvankelijk was voorzien, zodat de beslissing tot gunning van deze opdracht uiteindelijk pas genomen kon worden in de loop van het begrotingsjaar volgend op het jaar dat aanvankelijk door het beslissingsorgaan bevoegd voor het vaststellen van de voorwaarden van deze opdracht was gekozen (gunning in 2021 en niet in 2020). In toepassing van het principe van de annaliteit van de begroting kon de uitgave niet langer aangerekend worden op het begrotingsjaar 2020. Onder deze omstandigheden was het aan het beslissingsorgaan bevoegd voor het vaststellen van de voorwaarden van deze opdracht om zijn aanvankelijke beslissing te herzien voor wat het begrotingskader van de uitgave betreft, en dit vóór de gunning van de opdracht. Dit was niet het geval.

In een ander dossier werd in een beslissing met betrekking tot de gunning van een overheidsopdracht genomen begin 2021 vastgesteld dat de uitgave aangerekend was op een artikel van de buitengewone begroting van het vorige dienstjaar (2020), in strijd met het voormeld wettelijk beginsel van de annaliteit van de begroting.

1.1.8. Wijziging van de voorwaarden van de opdracht in de loop van de plaatsingsprocedure zonder nieuwe beslissing van het bevoegde orgaan (uitgezonderd de onderhandelingsfase)

15

Op basis van de hiervoor aangehaalde regels is het aan het bevoegde beslissingsorgaan om de plaatsingsprocedure te kiezen en de voorwaarden van overheidsopdrachten vast te stellen.

Onder voorwaarden van een overheidsopdracht dient men voornamelijk de opdrachtdocumenten te verstaan, die als volgt worden gedefinieerd in artikel 2, 43°, van de wet 2016 OO: "alle documenten die op de opdracht toepasselijk zijn en die door de aanbesteder worden opgesteld of vermeld. In voorkomend geval omvatten ze de aankondiging van een opdracht, de vooraankondiging van de opdracht of de periodieke indicatieve aankondiging, wanneer deze gebruikt wordt als oproep tot mededinging, het bestek of elk ander beschrijvend document omvattende met name de technische specificaties en de voorgestelde contractvoorwaarden, formaten voor de aanbidding van documenten door kandidaten en inschrijvers, informatie over algemeen toepasselijke verplichtingen en alle overige aanvullende documenten. Bij een prijsvraag worden deze documenten prijsvraagdocumenten genoemd".

Voor de aankondiging van de opdracht is het dan wel niet absoluut verplicht om het naar behoren ingevulde model van aankondiging vóór publicatie te laten goedkeuren door het bevoegde beslissingsorgaan, maar voor de inhoud ervan ligt dat anders. Sommige plaatselijke Brusselse besturen worden hier regelmatig aan herinnerd.

De voorwaarden van een overheidsopdracht beperken zich niet tot de opdrachtdocumenten. Ze omvatten ook, op niet-beperkende wijze, het financieel kader (meestal gebaseerd op de raming van het totale opdrachtbedrag en op de financieringsmogelijkheden) en het budgettair kader van de opdracht en, indien een beroep wordt gedaan op een procedure die niet onderworpen is aan een verplichting tot bekendmaking, de lijst van te raadplegen ondernemers.

De gewestelijke administratie heeft herhaaldelijk vastgesteld dat de voorwaarden van een overheidsopdracht die werden gepubliceerd via e-Notification en/of toegepast op het moment van de selectie of gunning van de opdracht niet overeenstemden met diegene die waren goedgekeurd door het

bevoegde beslissingsorgaan en onderworpen waren aan het administratief toezicht en dat in afwezigheid van een nieuwe beslissing van het bevoegde beslissingsorgaan dat de aangebrachte wijzigingen aan de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht goedkeurt voordat de nieuwe opdrachtvoorwaarden worden gepubliceerd. Concreet heeft zij vastgesteld dat een gunningscriterium werd geschrapt voordat de aankondiging van de opdracht werd gepubliceerd en dat de eis inzake categorie van erkenning van de aannemers op het moment van de gunning werd aangepast.

Meestal worden deze wijzigingen zelfs niet vermeld in de gunningsbeslissing, zodat er een gebrek is aan transparantie in de plaatsingsprocedure, in tegenspraak met artikel 4 van de wet 2016 OO, en deze gebrekkig zou kunnen worden door de onbevoegdheid van de instantie die deze wijzigingen heeft doorgevoerd (zie in dit kader met name punt 1.1.2).

Ten slotte stelt de gewestelijke administratie eveneens vast dat de grenzen van het begrotingskader, dat voorafgaandelijk vastgelegd werd door de gemeenteraad op het ogenblik dat de voorwaarden voor een overheidsopdracht vastgesteld worden, vrij regelmatig overschreden worden in de beslissing tot gunning van de opdracht, genomen door het college van burgemeester en schepenen, zonder dat de gemeenteraad hiervan op voorhand op de hoogte werd gebracht en zonder dat deze laatste de kans kreeg zich uit te spreken over de beoogde overschrijding voordat de gunningsbeslissing werd genomen.

1.1.9. De "twee-in-één"-beslissingen

Bij het plaatsen van iedere overheidsopdracht, met inbegrip van opdrachten die voortvloeien uit een gesloten raamovereenkomst, moet een aanbestedende overheid in principe minstens twee formele beslissingen in een welbepaalde volgorde nemen: eerst de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht (inclusief het budgettaire kader in verband met de te verrichten uitgaven) en vervolgens de gunning van de opdracht.

Met toepassing van artikel 169, tweede lid, van de wet 2016 OO worden voor de andere publiekrechtelijke personen dan deze bedoeld in het eerste lid van dit artikel de bevoegdheden voor het plaatsen en uitvoeren van opdrachten uitgeoefend door de overheden en organen bevoegd krachtens de bepalingen van een wet, decreet, ordonnantie, reglement of statuut. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 234 en 236 van de NGW voor de gemeenten, de artikelen 27, § 1 ter, en 84 van de OW OCMW voor de OCMW's en artikel 33 van de OO PZ voor de politiezones.

Wanneer eenzelfde orgaan echter bevoegd is om zowel over de keuze van de plaatsingsprocedure te beslissen en de voorwaarden voor overheidsopdrachten vast te stellen als de overheidsopdrachten te gunnen, kan worden overwogen deze twee beslissingen tijdens eenzelfde zitting te nemen, in de vorm van een "twee-in-één"-beslissing of in twee opeenvolgende beslissingen, op voorwaarde dat de geraadpleegde ondernemers niet verzocht zijn een formele offerte in te dienen op basis van vooraf vastgestelde bijzondere voorwaarden voor overheidsopdrachten. De voorwaarden van een overheidsopdracht moeten immers door het bevoegde beslissingsorgaan worden vastgesteld voordat ze worden gedeeld of bekendgemaakt in het kader van de consultatie van de concurrentiële markt, en kunnen niet worden bekrachtigd in het stadium van de gunning van de opdracht.

Bij overheidsopdrachten van beperkte waarde zoals bedoeld in artikel 92 van de wet 2016 OO (opdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro excl. btw) is het mogelijk de opdracht aan mededinging te onderwerpen, hetzij door de ondernemers te verzoeken een formele offerte in te dienen op basis van vooraf vastgestelde voorwaarden van de opdracht, hetzij door indien mogelijk de voorwaarden van meerdere ondernemers te raadplegen zonder de indiening van offertes te vragen (art. 124 van het KB 2017 plaatsing). Alleen in het laatste geval zal de hierboven beschreven uitzonderlijke situatie ("twee-in-één"-beslissing of het nemen van beide opeenvolgende beslissingen tijdens dezelfde zitting) worden toegestaan.

Bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking moet het indienen van een offerte gebeuren op basis van vooraf vastgestelde bijzondere voorwaarden van de opdracht. Daarom moet het bevoegde beslissingsorgaan een eerste formele beslissing nemen om de plaatsingsprocedure te kiezen en deze voorwaarden vast te stellen vóór de instelling van de plaatsingsprocedure.

Zelfs bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking op basis van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b) van de wet 2016 OO ([als] "voor zover dit strikt noodzakelijk is, de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling wegens

dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen voor de aanbestedende overheid, niet in acht kunnen worden genomen. De ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende overheid te wijten zijn") moet de aanbestedende overheid een eerste beslissing nemen over de keuze van de plaatsingsprocedure en het vaststellen van de voorwaarden van de opdracht vóór de instelling van de procedure. Deze werkwijze wordt als volgt bevestigd door de Raad van State in zijn arrest nr. 249.291 van 18 december 2020: "De beslissing om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking moet door de bevoegde overheid worden genomen vóór de start van de procedure. Volgens de constante rechtspraak van de Raad van State kan een bevoegdheidsprobleem niet *a posteriori* door bekrachtiging worden verholpen. Dit is hier des te meer het geval, aangezien de beslissing om van dit soort procedure gebruik te maken ondernemers uitsluit van de mogelijkheid eraan deel te nemen, en dus rechtsgevolgen heeft vóór de vaststelling van de beslissing tot gunning van de opdracht, die geacht wordt de opdracht door de bevoegde autoriteiten te bekrachtigen. [...] Artikel 4, tweede lid, van de wet van 17 juni 2013 dat met betrekking tot de beslissingen om gebruik te maken van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking stelt dat "de motieven van de beslissing [dienen] te bestaan op het ogenblik van de beslissing", maar dat "de formele gemotiveerde beslissing *a posteriori* [kan] worden opgesteld, door ze op te nemen in de eerstvolgende beslissing [zoals die om de opdracht te gunnen]", maakt het *prima facie* niet mogelijk aan te nemen dat de beslissing om een dergelijke procedure (*negocium*) te gebruiken op het moment van de gunningsbeslissing kan worden vastgesteld. Bovengenoemde wettelijke bepaling heeft uitsluitend betrekking op de formele motivering van de daarin genoemde beslissingen. Ze heeft niet als doel af te wijken van de regels betreffende de bevoegdheid van de beslissingsnemers. In de bepaling wordt bovendien verduidelijkt dat de motieven van de beslissing dienen te bestaan "op het ogenblik van de beslissing", terwijl de gemotiveerde formele beslissing *a posteriori* kan worden opgesteld (*instrumentum*)" (vrije vertaling).

De aanbestedende overheden moeten derhalve bij de planning van de plaatsingsprocedures van hun overheidsopdrachten rekening houden met de tijd die nodig is om twee afzonderlijke beslissingen te nemen (behalve in bovengenoemde uitzondering).

17 De gewestelijke administratie heeft in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht inzake overheidsopdrachten bepaalde plaatselijke besturen echter meermaals moeten herinneren aan voormeld principe.

1.1.10. Niet-gunning en wijziging van de plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht - onbevoegdheid van de auteur van de akte

Het komt voor dat, naar aanleiding van de mislukking van een plaatsingsprocedure, het college van burgemeester en schepenen formeel beslist de lopende opdracht niet te gunnen, en tegelijkertijd beslist ze opnieuw te lanceren volgens een andere plaatsingsprocedure. In bepaalde gevallen is de gemeenteraad echter het enige beslissingsorgaan dat bevoegd is om de plaatsingsprocedure van de oorspronkelijke opdracht te kiezen en de voorwaarden ervan vast te stellen, in toepassing van artikel 234, § 1, van de NGW. Het college van burgemeester en schepenen had dan ook, in plaats van zelf de beslissing met betrekking tot de wijziging van de plaatsingsprocedure en de noodzakelijke goedkeuring van de opdrachtdocumenten die voortvloeide uit deze wijziging te nemen, moeten beslissen om deze beslissing voor te leggen aan de gemeenteraad vooraleer de nieuwe procedure te lanceren.

De gewestelijke administratie kon eveneens de omgekeerde situatie vaststellen, namelijk dat een gemeenteraad formeel beslist de oorspronkelijke plaatsingsprocedure te beëindigen vooraleer de beslissing te nemen dezelfde opdracht opnieuw te lanceren volgens een andere plaatsingsprocedure. Tot het einde van de oorspronkelijke plaatsingsprocedure is echter enkel het college van burgemeester en schepenen bevoegd om alle noodzakelijke beslissingen te nemen, met inbegrip van de beslissing deze te beëindigen ten gevolge van de niet-gunning van de opdracht, in toepassing van artikel 236, § 2, van de NGW.

1.2. Niet-naleving van de toezichtsregels

1.2.1. Toezending van een onvolledig dossier aan de toezichthoudende overheid

Artikel 3 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 16 juli 1998 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de gemeenteoverheden met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht bepaalt dat de akten van de gemeenteoverheden die moeten worden overlegd aan de toezichthouder vergezeld moeten zijn van alle stukken die nodig zijn om de conformiteit van de akte met de wet en het algemeen belang te beoordelen. Overigens moeten de akten die krachtens de wet in twee talen moeten worden opgesteld (zie punt 1.3), in de twee talen worden overlegd.

Die verplichting om aan de toezichthoudende overheid een compleet dossier toe te zenden geldt niet alleen voor de gemeenten.

Voor de OCMW's verduidelijkt punt III.3.1. van de omzendbrief van 29 mei 2019 betreffende de nieuwe regels inzake het toezicht van toepassing op de OCMW's en op de verenigingen zoals bedoeld in Hoofdstuk XII van de organieke wet van 8 juli 1976 dat de OCMW's erop moeten toezien dat een dossier dat *in extenso* wordt toegezonden (op basis van artikel 110, § 1, van de OW OCMW's) compleet moet zijn, dat betekent dat alle documenten die integraal deel uitmaken van de akte bijgevoegd moeten zijn. Die omzendbrief werd aangevuld met de omzendbrief van 5 september 2019 betreffende de modaliteiten van verzending van de akten onderworpen aan het administratief toezicht en, meer in het bijzonder voor wat de overheidsopdrachten betreft, door de omzendbrief van 7 november 2019 betreffende de samenstelling van de dossiers met de aan het administratief toezicht onderworpen akten van de OCMW's en de verenigingen bedoeld in Hoofdstuk XII van de OW OCMW inzake overheidsopdrachten, die op niet-beperkende wijze de samenstelling uiteenzet van de dossiers die *in extenso* moeten worden toegezonden.

18

Voor de politiezones is eenzelfde verplichting geformuleerd in artikel 3 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 19 juli 2001 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de overheden van de meergemeentelijke politiezones met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht.

Toch komt het geregeld voor dat de dossiers die aan de toezichthoudende overheid worden toegezonden onvolledig zijn. Afhankelijk van de inhoud van het dossier en de eventuele aanvulling van het dossier door het plaatselijk bestuur op vraag van de toezichthoudende overheid, kan alleen al om die reden worden overwogen om de uitvoering van de akte te schorsen (bij algemeen toezicht) of de akte niet goed te keuren (bij goedkeuringstoezicht), eventueel na een verlenging van de termijn, in de mate waarin de toezichthoudende overheid op basis van de documenten waarover ze beschikt niet kan nagaan of de akte in overeenstemming is met de wet of het algemeen belang en of de motivering gebaseerd is op nauwkeurige feiten. Het is dus de taak van het plaatselijk bestuur om ervoor te zorgen dat een zo compleet mogelijk dossier wordt bezorgd om een dergelijke sanctie te vermijden.

Bij wijze van illustratie (omdat de volledigheid uiteraard van het dossier afhangt) enkele voorbeelden van ontbrekende documenten:

- alle opdrachtdocumenten;
- een van de twee taalversies van (een deel van) het bestek (terwijl de overheidsopdracht in kwestie onderwerp moest zijn van een bekendmaking);
- de bijlagen bij het bestek;
- het ontwerp van aankondiging van de opdracht;
- een kopie van de uitnodigingen om een offerte in te dienen of te regulariseren;
- het analyseverslag van de offertes;
- een aantal / alle offertes;
- de offerteformulieren van de inschrijvers;
- de documenten met betrekking tot de eventuele controles op het vlak van de uitsluitingsgronden en/of kwalitatieve selectiecriteria;

- het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (hierna het UEA) van de inschrijvers;
- de documenten/gegevens die betrekking hebben op het verloop van de onderhandelingsfase.

In een ander geval werden de documenten bezorgd, maar een deel daarvan in een onleesbaar formaat.

1.2.2. Akten die ten onrechte vermeld staan op de lijst van akten

Artikel 7 van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest bepaalt dat, met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht, de gemeenten aan de Regering de lijst moeten toezenden van alle akten van de gemeenteraad die niet behoren tot de *in extenso* toe te zenden akten bedoeld in het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 16 juli 1998 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de gemeenteoverheden met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht. Concreet moet die lijst een beknopte omschrijving van de akten omvatten en moet ze binnen 20 dagen worden toegezonden aan de toezichthoudende overheid.

Op basis van de beknopte omschrijving, die moet toelaten om het onderwerp en de reikwijdte van de betreffende akte te begrijpen, beslist de toezichthoudende overheid of de akte al dan niet aan haar moet worden toegezonden. Indien de beknopte omschrijving te vaag, onduidelijk of te onsamenhangend is, is de kans groter dat wordt gevraagd om de akte *in extenso* toe te zenden.

Artikel 11 van diezelfde ordonnantie bepaalt dat de akten van de gemeenteraad vermeld in die lijst niet meer kunnen worden geschorst of vernietigd indien de Regering deze akten niet heeft opgevraagd bij aangetekende brief met ontvangstmelding binnen twintig dagen na ontvangst van de lijst.

De politiezones (art. 7 van de ordonnantie van 19 juli 2001 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de overheden van de meergemeentelijke politiezones met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht), de OCMW's (art. 112quinquies van de OW OCMW's) en de meeste instellingen bedoeld door de ordonnantie van 5 juli 2018 betreffende de specifieke gemeentelijke bestuursvormen en de samenwerking tussen de gemeenten zijn eveneens onderworpen aan een verplichting om lijsten toe te zenden aan de toezichthoudende overheid.

Het is al voorgekomen dat de akte van een gemeente ten onrechte op de hierboven bedoelde lijst was vermeld. Het antwoord op die vaststelling staat in de omzendbrief van 24 augustus 1998 betreffende de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest waarvan punt III, b), verduidelijkt: "De termijn waarover de toezichthoudende overheid beschikt om over deze akten uitspraak te doen gaat in de dag na de ontvangst van deze akten *in extenso* en in authentieke vorm. Concreet betekent dit dat een eventuele kennisgeving van de beknopte inhoud van deze akten geen invloed heeft op de toezichtstermijn. Ook de ontvangst van een niet-ondertekend afschrift heeft geen invloed op de termijn. Minstens één van de twee vereiste exemplaren dient getekend te zijn door de burgemeester – of de gevolmachtigde – en door de gemeentesecretaris."

Op basis van wat voorafgaat, heeft de gewestelijke administratie gevraagd om *in extenso* zo'n akte toe te zenden na verstrijken van de toepasselijke toezichtstermijn voor de controle van de lijst van akten waarop de akte vermeld was, omdat de gevraagde akte *in extenso* toegezonden had moeten worden aan de toezichthoudende overheid en dat om te voldoen aan de verplichting van artikel 1, 17°, van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 16 juli 1998 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de gemeenteoverheden met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht. Eens de akte ontvangen was, was ze onderworpen aan het administratief toezicht volgens de regels die er normaal op van toepassing zijn. Een correcte kwalificatie komt daarom zonder twijfel de aanbestedende overheid ten goede.

1.2.3. Laattijdige toezending van akten en lijsten van akten aan de toezichthoudende overheid

Behoudens wettelijke uitzonderingen, moet de toezending van *in extenso* akten en lijsten van akten aan de toezichthoudende overheid gebeuren binnen twintig dagen vanaf de dag waarop ze werden genomen (zie meer bepaald de artikelen 6, § 1, en 7 van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, de artikelen 110, § 1, en 112quinquies, § 1, van de OW OCMW's alsook artikel 1 van het besluit van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering van 19 juli 2001 betreffende de overlegging aan de Regering van de akten van de overheden van de meergemeentelijke politiezones met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht en artikel 7 van de ordonnantie van 19 juli 2001 houdende de regeling van het administratief toezicht op de meergemeentelijke politiezones van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, respectievelijk voor de akten van de gemeenten, de OCMW's en de politiezones op het gebied van overheidsopdrachten).

De gewestelijke administratie stelt geregeld vast dat die termijn wordt overschreden en dat akten of lijsten van akten te laat of niet worden toegezonden.

Hoewel de toezichthoudende overheid de overschrijding van de hiervoor genoemde termijn van twintig dagen niet direct sanctioneert, neemt dit niet weg dat het niet naleven van de termijn de periode verlengt waarbinnen de geldigheid van de betrokken akten in twijfel kan worden getrokken. De toezichtstermijn begint immers pas te lopen wanneer de akte of de lijst van akten geldig is toegezonden aan de toezichthoudende overheid en een akte die is toegezonden aan de toezichthoudende overheid (*in extenso* of in het kader van een lijst) kan het voorwerp uitmaken van een toezichtsmaatregel zolang de toezichtstermijn voor de akte of de lijst van akten niet is verstreken.

Het probleem stelt zich nog scherper wanneer het gaat om een akte die had moeten worden voorgelegd aan het goedkeuringstoezicht, zoals in principe het geval is voor de akten van de Brusselse politiezones in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden die gelden voor de opdrachten voor werken, leveringen en diensten wanneer de totale waarde van de opdracht hoger is dan 249.600 euro exclusief btw voor de opdrachten voor leveringen en diensten en hoger dan 500.000 euro exclusief btw voor de opdrachten voor werken (art. 13, 5°, van de ordonnantie van 19 juli 2001 houdende de regeling van het administratief toezicht op de meergemeentelijke politiezones van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest). Indien in die gevallen de voornoemde akte niet werd toegezonden maar de plaatsingsprocedure werd ingesteld, is de hele procedure nietig omdat de eerste akte nog niet uitvoerbaar was toen hij werd toegepast.

Het niet-naleven van de termijn voor toezending van de akten aan de toezichthoudende overheid is dus een bron van juridische onzekerheid voor het plaatselijk bestuur.

Het is onder meer al voorgekomen dat de beslissing in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en met de vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht wordt toegezonden tegelijk met het selectiebeslissing of daarop volgende gunningsbeslissing, of zelfs beide. Op dezelfde wijze hebben bepaalde plaatselijke besturen aan de toezichthoudende overheid een beslissing van selectie van kandidaten toegezonden samen met het daarop volgende gunningsbeslissing. Op die manier hebben de betreffende plaatselijke besturen het risico genomen dat de eerste beslissing wordt vernietigd op een moment waarop al definitieve handelingen werden gesteld, bijvoorbeeld dat men de geselecteerde kandidaten al heeft verzocht om een offerte in te dienen in het kader van een plaatsingsprocedure in verschillende fasen.

Ten slotte dient nog opgemerkt te worden dat de akte waarmee het orgaan van een Brussels plaatselijk bestuur zijn akte waarvan de uitvoering voorafgaandelijk werd geschorst in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht rechtvaardigt, moet worden overgemaakt aan de gewestelijke administratie voor het verstrijken van de hiertoe vastgelegde wettelijke termijn, op straffe van de nietigheid van rechtswege van de oorspronkelijke akte. Het is spijtig genoeg reeds gebeurd dat een plaatselijk bestuur de beslissing tot handhaving binnen de voormelde termijn neemt maar deze pas na het verstrijken van deze termijn overmaakt aan de administratie. De gewestelijke administratie heeft dan geen andere keuze dan de nietigheid van rechtswege van de oorspronkelijke akte vast te stellen.

1.2.4. Niet-naleving van de niet-uitvoerbaarheid van een gunningsbeslissing

Meer specifiek in verband met de gunningsbeslissingen van bepaalde overheidsopdrachten bestaat er, in elk van de hiervoor in punt 1.2.3. genoemde wetteksten, een bepaling die de uitvoering daarvan voor een deel of volledig verhindert (met name de sluiting van de overheidsopdracht) voordat de toezichttermijn verstreken is, behoudens uitdrukkelijke en schriftelijke toelating van de toezichthoudende overheid. Indien de overheidsopdracht zelfs al gesloten zou worden nog voor de toezichttermijn is beginnen lopen, is de opdracht onregelmatig.

Het komt nochtans voor dat de gewestelijke administratie vaststelt dat de datum die aanvankelijk vastgelegd was voor de aanvang van de uitvoering van een overheidsopdracht vóór de datum valt waarop de toezichtstermijn die van toepassing is op de gunningsbeslissing van deze opdracht verstrijkt.

1.3. Niet-naleving van de wetten op het gebruik van talen in bestuurszaken

Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft als bijzonderheid dat het krachtens de grondwet een tweetalig gewest is (art. 4 van de Grondwet).

Eenzijds zijn, volgens vaste rechtspraak van de Vaste Commissie voor Taaltoezicht, alle agendapunten van de gemeenteraad van belang voor alle gemeenteraadsleden, ongeacht hun taalaanhorigheid. Bijgevolg moet in de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest ieder gemeenteraadslid, om zijn mandaat normaal te kunnen vervullen, niet alleen zijn oproeping maar ook alle punten die op de agenda staan ingeschreven, alsook de verslagen en documenten die het college aan de raad overhandigt, in zijn eigen taal ontvangen en dat ongeacht de taal waarin de eigenlijke zaak werd behandeld door de administratieve dienst (zie het jaarverslag van de Vaste Commissie voor Taaltoezicht voor het jaar 2000, p. 105, en dat voor het jaar 2017, p. 45). Bovendien zouden de politieraadsleden en OCMW-raadsleden, wat het taalgebruik betreft, van dezelfde rechten genieten als gemeenteraadsleden.

Anderzijds zet Afdeling III van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken de regels uiteen voor het taalgebruik in de plaatselijke diensten van het Brussels Gewest:

- artikel 18: die bepaling verplicht de Brusselse plaatselijke besturen om de berichten, mededelingen en formulieren die voor het publiek bestemd zijn, op te stellen in het Nederlands en in het Frans, tenzij het bekendmakingen zijn die betrekking hebben op de burgerlijke stand. De officiële bekendmaking in het kader van de door de Brusselse plaatselijke overheid gekozen plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht kan worden gelijkgesteld met een van de gevallen in voornoemd artikel 18. Het is dus aan die plaatselijke overheid om iedere aankondiging van opdracht, en ook de bijlagen (de andere opdrachtdocumenten) te publiceren in het Nederlands en in het Frans met perfecte taalkundige afstemming zodat de principes van transparantie en gelijkheid van behandeling bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO niet worden geschonden;
- artikel 19: hierin wordt verduidelijkt dat de Brusselse plaatselijke dienst in zijn betrekkingen met een particulier de door deze gebruikte taal moet gebruiken voor zover die taal het Nederlands of het Frans is, en, in zijn betrekkingen met een privaat bedrijf dat gevestigd is in een gemeente zonder speciale regeling uit het Nederlandse of Franse taalgebied, de taal van de gemeente moet gebruiken.

1.3.1. Eentalige publicatie in het kader van een procedure onderworpen aan een verplichting tot bekendmaking

De gewestelijke administratie stelt van tijd tot tijd vast dat een van de twee taalversies van de opdrachtdocumenten ontbreekt in een dossier dat haar werd overgemaakt. Zoals hierboven verduidelijkt, is het ontbreken van een volledig tweetalige versie van de opdrachtdocumenten in het kader van een procedure onderworpen aan een verplichting tot bekendmaking niet alleen in strijd met de bepalingen van artikel 18 van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken, maar kan een dergelijke tekortkoming ook de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van Nederlandstalige en Franstalige inschrijvers, zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO, schenden.

In een dossier van een Brusselse gemeente werd vastgesteld dat niet alleen de opdrachtdocumenten uitsluitend in het Frans waren toegezonden aan de toezichthoudende overheid, maar dat die ook, in overtreding op voornoemd artikel 18 van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van de talen in bestuurszaken, uitsluitend in het Frans waren gepubliceerd, terwijl het hier ging om een overheidsopdracht die zou worden geplaatst met een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (hierna VOPMVB). Aangezien de uiterste datum voor ontvangst van de offertes al verstreken was, kon de aanbestedende overheid de lopende plaatsingsprocedure niet meer regulariseren aangezien die onherroepelijk gebrekkig was.

1.3.2. Verschillen tussen de taalversies van de documenten die worden toegezonden aan de toezichthoudende overheid

Wanneer de wet vereist dat akten en opdrachtdocumenten tweetalig zijn (Nederlands en Frans), is het aan de aanbestedende overheid om zich er enerzijds van te vergewissen dat onmiddellijk een tweetalige versie van alle opdrachtdocumenten, met inbegrip van de bijlagen bij het bestek, ter beschikking kan worden gesteld van het publiek, of dat kan worden verwezen naar documenten die beschikbaar zijn in beide talen (zie hierover RvS (15^e kamer), 13 november 2020, nr. 248.914, Maingain en crts, uitgesproken in een andere context, maar het principe blijft fundamenteel hetzelfde) en anderzijds erop toe te zien dat de inhoud van beide taalversies van de documenten perfect overeenstemt zodat de hierboven aangehaalde principes van transparantie en gelijkheid van behandeling niet worden geschonden.

De gewestelijke administratie heeft echter geregeld vastgesteld dat die wet niet wordt nageleefd. Bij wijze van voorbeeld een niet-beperkende lijst van elementen waar de twee taalversies van elkaar verschillen of waar het deel van het document niet of slecht was vertaald voordat het werd geïntegreerd in de andere taalversie:

- ontbreken van het corpus van de beraadslaging in een van beide taalversies;
- niet- / slecht vertaalde elementen (toepasselijke wetgeving, plaatsingsprocedure, een of meer selectiecriteria in verband met de technische en beroepsbekwaamheid, een of meer (sub-)gunningscriteria, bepalingen in verband met de facturatie en de betaling, voorschriften in verband met de documenten die moeten worden geleverd tijdens de uitvoering van de opdracht, inventaris, andere bijlagen, waarborgperiode...);
- deel van één van de opdrachtdocumenten opgesteld in de andere taal.

Er moet aan worden herinnerd dat als de opdrachtdocumenten in meer dan één taal zijn opgesteld, de interpretatie van de stukken gebeurt in de taal van de aanvraag tot deelneming of van de offerte, voor zover de opdrachtdocumenten in die taal zijn opgesteld (art. 53, § 2, van het KB 2017 plaatsing). Een gebrek aan afstemming tussen de twee taalversies van de opdrachtdocumenten zou ook sommige ondernemers ertoe kunnen aanzetten om die versie te kiezen die hen het voordeligst uitkomt.

1.3.3. Eentaligheid van selectie- en gunningsbeslissingen na ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes die zijn opgesteld in het Nederlands en in het Frans

De toezichthoudende overheid stelt nog te vaak vast dat er alleen een eentalige officiële versie van de selectie- of gunningsbeslissing bestaat, zelfs als aanvragen tot deelneming of offertes werden ingediend in beide talen.

Ter herinnering: de informatie aan kandidaten en inschrijvers, zoals vastgelegd door de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies (hierna wet 2013 rechtsmiddelen), moet gebeuren op basis van de beslissing en in de taal gekozen overeenkomstig de voorschriften van artikel 19 van de gecoördineerde wetten van 18 juli 1966 op het gebruik van talen in bestuurszaken.

1.4. Niet-naleving van de voorschriften inzake overheidsopdrachten en erkenning van aannemers

Vooraleer de plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht gelanceerd wordt en met uitzondering van de gevallen waarin een "twee-in-één"-beslissing kan worden genomen (zie 1.1.9), moet het bevoegde beslissingsorgaan een formele beslissing nemen met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht.

Hetzelfde geldt wanneer een overheidsopdracht niet gegund kon worden en opnieuw gelanceerd moet worden volgens een nieuwe plaatsingsprocedure.

Dit deel van dit document wordt ingedeeld op basis van de volgende thema's:

1. Sluiting van overheidsopdrachten met derden zonder mededinging of bekendmaking
2. Kwalificatie van de overheidsopdracht
3. Keuze van de plaatsingsprocedure
4. Vaststelling van de opdrachtdocumenten
5. Selectie en gunning
6. Lopende overheidsopdrachten

1.4.1. Sluiting van overheidscontracten met derden zonder mededinging of bekendmaking

1.4.1.1. Sluiting van overheidscontracten met andere publiekrechtelijke rechtspersonen zonder mededinging of bekendmaking - ontbrekende rechtvaardiging

Niet alle overheidscontracten beantwoorden aan de basiscriteria die een overheidsopdracht definiëren en onder degene die kunnen worden gekwalificeerd als overheidsopdrachten zijn er een aantal uitdrukkelijk uitgesloten van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenregelgeving.

Indien de overheidsopdrachtenregelgeving van toepassing is, zijn de overheidscontracten onderworpen met name aan de bepalingen van de wet 2016 OO waarvan Hoofdstuk 2 van Titel 1 de toepasselijke algemene beginselen vastlegt. Meer in het bijzonder herinneren de artikelen 4 en 5 van de wet 2016 OO eraan dat de overheidsopdrachten onderworpen zijn aan de beginselen van gelijke behandeling, niet-discriminatie, transparantie en evenredigheid en ook aan hun logische gevolgen, de verplichting tot mededinging en tot bekendmaking.

Zelfs wanneer de overheidscontracten niet onderworpen zijn aan de overheidsopdrachtenregelgeving, zijn ze nog, in uiteenlopende mate, onderworpen aan diezelfde algemene beginselen die rechtstreeks voortvloeien uit de fundamentele vrijheden die zijn vastgelegd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Dat houdt meer bepaald de verplichting in om alle ondernemers op gelijke voet te behandelen, om aan iedereen de toepasselijke regels op transparante wijze mee te delen, om te voorzien in voldoende bekendmaking volgens de aard en omvang van het voorwerp van het contract en om mededinging te garanderen voordat het contract wordt gesloten.

Hoe intensief die beginselen worden toegepast varieert weliswaar afhankelijk van bijzondere wettelijke bepalingen en feitelijke overwegingen. Daarenboven kan de wetgever, bij wijze van uitzondering, hypothesen bepalen waarbij die beginselen niet moeten worden nageleefd. Dat neemt niet weg dat het aan de aanbestedende overheid is om haar beslissing om een overheidscontract te sluiten zonder voorafgaande mededinging in rechte en feite te motiveren.

Tijdens de referentieperiode is opnieuw gebleken dat Brusselse plaatselijke besturen overeenkomsten onder bezwarende titel hebben gesloten met ondernemers zonder voorafgaande mededinging of bekendmaking, zonder andere aanwijsbare reden dan het feit dat die ondernemers publiekrechtelijke rechtspersonen zijn. Rekening houdend met de definitie van het begrip ondernemer in artikel 2, 10°, van de wet 2016 OO, dat uitdrukkelijk publiekrechtelijke rechtspersonen vermeldt, en met de bestanddelen van die contracten, konden die contracten niet ontkomen aan de kwalificatie van overheidsopdrachten in de zin van punt 21° van datzelfde artikel 2. Daarom waren ze onderworpen aan de overheidsopdrachtenregelgeving, met inbegrip van de voorschriften voor mededinging en bekendmaking. De gewestelijke administratie kon alleen maar vaststellen dat er geen motiveringselementen, in feite en in rechte, waren om die contracten uit te sluiten van het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenregelgeving, dat er geen bekendmaking was en dat er geen mededinging was georganiseerd voordat ze werden gegund.

1.4.1.2. Aanwijzing van een opdrachtnemer bij ontstentenis van een voorafgaande beslissing met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht en bij ontstentenis van een formele voorafgaande beslissing om de plaatsing van de overheidsopdracht toe te vertrouwen aan een andere aanbestedende overheid

Bij de behandeling van deze problematiek moet rekening gehouden worden met de problematiek aangehaald in punt 1.1.5 met betrekking tot de beslissingsbevoegdheid van de auteur van de akte.

Enkele jaren geleden had een gemeenteraad de principebeslissing genomen zich aan te sluiten bij een aankoopcentrale. Op basis van deze - zeer algemene - beslissing, had het college van burgemeester en schepenen van dezelfde gemeente in toepassing van artikel 236 van de NGW de beslissing genomen een overheidsopdracht voor werken ten belope van "minstens" 194.627,74 euro incl. btw te gunnen, zonder de keuze voor de opdrachtnemer van deze opdracht te motiveren.

Uit een grondiger analyse van het dossier bleken de volgende elementen:

25

- de gemeenteraad heeft na zijn principebeslissing tot aansluiting bij de aankoopcentrale niet de specifieke werken bepaald waarvoor de plaatsing van de betreffende overheidsopdracht zou toevertrouwd worden aan deze aankoopcentrale;
- volgens het reglement dat deze aankoopcentrale beheerst, vormt de ondertekening van de projectfiche door de partijen een voorafgaande formaliteit die absoluut noodzakelijk is voor de sluiting van een overeenkomst tussen het plaatselijk bestuur en de aankoopcentrale, opdat deze laatste de plaatsing van een welbepaalde overheidsopdracht op zich zou kunnen nemen. Uit geen enkel stuk in de twee aan de gewestelijke administratie overgemaakte dossiers blijkt dat de gemeenteraad de inhoud van de projectfiche met betrekking tot de uit te voeren werken en het begrotingskader van de totale uitgave heeft goedgekeurd. De beslissing van de gemeenteraad met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht had genomen moeten worden door de bevoegde overheid en voor de lancering van de plaatsingsprocedure door de aankoopcentrale. Zoals reeds opgemerkt in punt 1.1.2 kan volgens de vaste rechtspraak van de Raad van State een bevoegdheidsgebrek niet *a posteriori* verholpen worden door een bekrachtiging;
- volgens het reglement dat deze aankoopcentrale beheerst, wil deze laatste de rol van aanbestedende overheid op zich nemen voor de overheidsopdrachten die haar worden toevertrouwd. Het is onder meer aan haar om de beslissingen tot gunning van deze overheidsopdrachten te nemen en hierover te communiceren. Het college van burgemeester en schepenen kan dan ook niet zelf een gunningsbeslissing nemen voor een overheidsopdracht waarvan de plaatsing voordien toevertrouwd zou zijn aan de aankoopcentrale;
- aangezien er geen beslissing met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van voormelde opdracht voor werken is die dateert van voor de gunningsbeslissing en aangezien er geen voorafgaande formele beslissing is van het beslissingsorgaan dat bevoegd is om de plaatsing van deze opdracht toe te vertrouwen aan een aankoopcentrale, was het de gewestelijke administratie niet duidelijk op basis van welke voorwaarden en volgens welke plaatsingsprocedure de opdrachtnemer van de opdracht door het college van burgemeester en schepenen was aangewezen.

De gewestelijke administratie kwam tot de conclusie, enerzijds, dat de voormelde gunningsbeslissing niet naar behoren in feite en rechte was gemotiveerd, in strijd met artikel 3 van de wet 1991 motivering, en dat, anderzijds, het de hierboven beschreven plaatsingsprocedure ontbrak aan transparantie en dat de naleving van het principe van mededinging in het gedrang was gekomen, in strijd met artikelen 4 en 5 van de wet 2016 OO.

1.4.1.3. Beslissing met betrekking tot de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht met zeer beperkte reikwijdte

De gewestelijke administratie heeft eveneens beslissingen ontvangen waarmee een plaatselijk bestuur, buiten de hierboven vermelde uitzondering, beslist de lancering toe te laten van een bepaalde overheidsopdracht waarvan het bedrag geraamd werd, zonder echter in de akte de gekozen plaatsingsprocedure te vermelden en zonder formeel de opdrachtdocumenten te hebben goedgekeurd.

1.4.2. Kwalificatie van de overheidsopdracht

1.4.2.1. Verkeerde kwalificatie van de overheidsopdracht - impact op de toepassing van verschillende regelgevingen en op de mededinging

Elke opdracht mag slechts één kwalificatie hebben. Bij gemengde opdrachten die als voorwerp verschillende soorten opdrachten hebben die vallen onder Titel 2 van de wet 2016 OO, dienen de kwalificatieregels vermeld in artikel 20 van de wet 2016 OO toegepast te worden.

De raming van een overheidsopdracht is niet de enige parameter die bepaalt welke regelgeving van toepassing is op een overheidsopdracht gedurende zijn hele verloop. De kwalificatie van de opdracht speelt hier ook een belangrijke rol. Zowel op niveau van de plaatsing als op dat van de uitvoering van een overheidsopdracht bevat de overheidsopdrachtenregelgeving immers specifieke regels voor elk type overheidsopdracht (opdracht voor werken, opdracht voor leveringen of opdracht voor diensten) en gemeenschappelijke regels voor de drie types van overheidsopdrachten maar waarbij de toepassingsvoorwaarden verschillen naargelang het type. Hieruit volgt dat een verkeerde kwalificatie van de opdracht tot gevolg kan hebben dat verkeerde bepalingen van de overheidsopdrachtenregelgeving worden toegepast, in het bijzonder wat betreft de bepaling van de uitvoeringsregels die gelden voor de opdracht, maar ook om de regels te bepalen die gelden voor de plaatsing en voor de rechtsmiddelen.

Bovendien is een verkeerde kwalificatie van de opdracht niet zonder gevolgen voor de toegang tot de overheidsopdracht die het risico loopt kunstmatig te worden beperkt of uitgebreid. Zo zou, in het kader van een overheidsopdracht voor diensten die een aanbestedende overheid verkeerdelijk zou hebben gekwalificeerd als overheidsopdracht voor werken, de mededinging aanzienlijk beperkt zijn rekening houdend met de eisen rond de erkenning van aannemers, die alleen gelden voor de overheidsopdrachten voor werken krachtens artikel 3, lid 1, van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken (hierna wet 1991 erkenning) en artikel 70 van het KB 2017 plaatsing.

Dat was onder meer het geval toen een plaatselijk bestuur een overheidsopdracht voor de levering en plaatsing van fietsenstallingen kwalificeerde als overheidsopdracht voor werken en op grond daarvan van de inschrijvers een erkenning in ondercategorie C3 eiste, terwijl de opdracht gekwalificeerd had moeten worden als een opdracht voor leveringen. Krachtens artikel 20, lid 3, van de wet 2016 OO moet immers een overheidsopdracht die betrekking heeft op het leveren van producten en, in bijkomende orde, op plaatsings- en installatiewerkzaamheden worden beschouwd als een overheidsopdracht voor leveringen.

Ter herinnering, voornoemd artikel 20, lid 3, werd in de overheidsopdrachtenregelgeving ingevoegd om zich te voegen naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen die stelt dat "wanneer een overeenkomst zowel bestanddelen bevat die betrekking hebben op een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken en bestanddelen die betrekking hebben op een ander soort opdracht, bepaalt het hoofdvoorwerp van de overeenkomst de kwalificatie.

Dat hoofdvoorwerp dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die primeren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp van de overeenkomst voortvloeien. De respectieve waarde van de verschillende betrokken prestaties is slechts één van de criteria die voor deze vaststelling in aanmerking moeten worden genomen” (cf. HvJ-EG, arrest *Commissie van Europese Gemeenschappen v Republiek Italië*, 21 februari 2008, c-412/04, EU:C:2008:102 (geciteerd in RvS (6^e kortgedingkamer), 24 oktober 2017, stad Namen).

Tot slot kan, in een beperkt aantal gevallen, de foutieve kwalificatie van een overheidsopdracht ook een invloed hebben op het soort toezicht waar de akte aan onderworpen is. Het gaat hier meer specifiek om de akten waarmee een meergemeentelijke politiezone de plaatsingsprocedure kiest en de voorwaarden vaststelt voor een overheidsopdracht. Afhankelijk van de kwalificatie van de overheidsopdracht (werken of leveringen / diensten), ligt de drempel van het goedkeuringstoezicht respectievelijk boven 500.000 euro of 249.600 euro (bedragen exclusief btw) (artikel 13, 5^o, a), van de ordonnantie van 19 juli 2001 houdende regeling van het administratief toezicht op de meergemeentelijke politiezones van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest).

1.4.2.2. Kwalificatie van de overheidsopdracht in het geval van verdeling in percelen

Wanneer een overheidsopdracht in percelen wordt opgesplitst, moet de aanbestedende overheid erop toezien dat de contractuele bepalingen van de opdracht aangepast zijn aan elk perceel.

Eenzijds wordt immers het "perceel" in artikel 2, 52^o, van de wet 2016 OO gedefinieerd als "de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering" en anderzijds bepaalt artikel 17, § 2, van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten (hierna KB AUR) overigens dat, met het oog op de uitvoering, elk perceel als een afzonderlijke opdracht wordt beschouwd, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten.

27

De gewestelijke administratie heeft al kunnen vaststellen dat een overheidsopdracht bestaande uit 6 percelen in zijn geheel was gekwalificeerd als overheidsopdracht voor leveringen terwijl een aantal percelen uitsluitend dienstverrichtingen als voorwerp had, en dat hierdoor bepaalde bepalingen van het KB AUR die werden ingeroepen in de opdrachtdocumenten niet waren aangepast voor die laatste percelen rekening houdend met hun specifiek voorwerp.

1.4.3. Keuze van de plaatsingsprocedure

1.4.3.1. Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - onvolledige, niet-afdoende of ontbrekende motivering

Sinds de inwerkingtreding van de wet van 2016 OO en zijn uitvoeringsbesluiten heeft de onderhandelingsprocedure met bekendmaking (hierna OPMB), die in de klassieke sectoren nu de benaming mededingingsprocedure met onderhandeling (hierna MPMO) draagt, ontegenzeggelijk aan trouwbaarheid gewonnen, terwijl de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (hierna OPZB) (nu in de klassieke sectoren de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (OPZVB)) daarentegen nog steeds met een zeker wantrouwen wordt bekeken (Memorie van toelichting bij het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, Parl. St., Kamer, 2015-2016, nr. 54-1541/1, pp. 73 en 83).

Gelet op de concurrentieschade, heeft de Europese wetgever niet geaarzeld om eraan te herinneren dat de OPZVB alleen in "zeer uitzonderlijke" omstandigheden dient te worden gebruikt (overweging 50 van de 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 (hierna Richtlijn 2014/24/EU)).

Bijgevolg blijven de lessen van de Europese rechtspraak op dit gebied actueel, namelijk dat de OPZVB een uitzonderlijke procedure is waarvan de uitvoeringsvoorwaarden restrictief moeten worden begrepen. De aantasting van de beginselen van de overheidsbestelling is te belangrijk opdat men gemakkelijk zou kunnen afwijken van de verplichting tot mededinging.

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen meent trouwens dat die afwijking moet "strikt worden uitgelegd en [dat het] staat (...) aan degene die zich erop wil beroepen, te bewijzen dat de uitzonderlijke omstandigheden die de afwijking rechtvaardigen, daadwerkelijk bestaan" (HvJ-EG, arrest *Commissie van Europese Gemeenschappen v Republiek Italië*, 18 mei 1995, C-57/94, EU:C:1995:150). In dat opzicht herinneren de artikelen 4, 1°, en 5, 2°, en 29, § 1, van de wet 2013 rechtsmiddelen er uitdrukkelijk aan dat wanneer de aanbestedende overheid beslist om gebruik te maken van de OPZVB, zij een afdoende in feite en rechte gemotiveerde beslissing moet opstellen.

Toch is voor verschillende overheidsopdrachten die werden geplaatst via de OPZVB gebleken dat sommige plaatselijke besturen de hierboven genoemde motiveringsplicht nogal ruim hebben geïnterpreteerd, en in het bijzonder dat zij de uitzonderlijke omstandigheden waar zij zich op moeten beroepen om hun beslissing te rechtvaardigen niet altijd vermelden en/of toelichten.

In het kader van opdrachten geplaatst onder de wet van 15 juni 2006 betreffende de overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna wet 2006 OO), is het bijvoorbeeld voorgekomen dat plaatselijke besturen beslisten om gebruik te maken van de OPZB om een lopende overheidsopdracht te verlengen, zonder echter uitzonderlijke omstandigheden in te roepen die deze uitzonderingsprocedure rechtvaardigen, soms zelfs zonder de wettelijke hypothese te vermelden waarop zij zich baseren om hun beslissing te rechtvaardigen. Ook andere plaatselijke besturen hebben een beslissing genomen met het oog op de herhaling van een overheidsopdracht, in toepassing van artikel 26, § 1, 2°, b) van de wet 2006 OO, en lieten daarbij na alle feitelijke elementen over te nemen die toelieten te bevestigen dat voldaan was aan de voorwaarde met betrekking tot de termijn die deze bepaling bevat (de gunning van de herhalingsopdracht moet binnen de drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht plaatsvinden).

28

Bovendien moet eraan worden herinnerd dat sinds de inwerkingtreding van artikel 13 van het koninklijk besluit van 15 april 2018 tot wijziging van meerdere koninklijke besluiten op het vlak van overheidsopdrachten en concessies en tot aanpassing van een drempel in de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies (hierna KB 2018 multi), de bepalingen van artikel 38/1 KB AUR eveneens van toepassing zijn op in uitvoering zijnde overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan de wet 2006 OO. Zij kunnen bijgevolg worden ingeroepen om een opdrachtwijziging te rechtvaardigen die aanvullende werken, leveringen of diensten met zich meebrengt. In voorkomend geval moet de aanbestedende overheid die bepaling inroepen in plaats van de overeenstemmende hypothese van artikel 26 van de wet 2006 OO, en met een gepaste motivering bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden van die bepaling.

Een plaatselijk bestuur heeft trouwens in de referentieperiode een bijakte aangenomen die een aanzienlijke wijziging inhield van een overheidsopdracht voor architectuurdiensten die, aangezien ze in de vorige eeuw was geplaatst, onderworpen was aan de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (hierna wet 1993 OO) en zijn uitvoeringsbesluiten. Helaas moet worden vastgesteld dat in strijd met artikelen 2 en 3 van de wet 1991 motivering, de aanneming van die bijakte niet in rechte gemotiveerd was. Rekening houdend met de omvang (het bedrag van de wijzigingen werd geraamd op 655.167,73 euro inclusief btw terwijl het bedrag van de oorspronkelijke opdracht niet hoger was dan 67.000 euro exclusief btw) en de aard van de prestaties die technische capaciteiten vereiste (stabielheidsstudies en studies speciale technieken) die niet waren gevraagd in de oorspronkelijke opdracht, was het bovendien voor de aanneming van de wijzigingen in de hierboven genoemde bijakte noodzakelijk om een nieuwe overheidsopdracht te plaatsen. Ter herinnering, krachtens de rechtspraak voortvloeiend uit het *Pressetext*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 19 juni 2008 (HvJ-EG, *Pressetext*-arrest *Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH en APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351), mag een aanbestedende overheid geen wezenlijke wijziging aanbrengen aan een overeenkomst in uitvoering zonder over te gaan tot een nieuwe mededinging. Indien het de bedoeling was van het plaatselijk bestuur om de prestaties die

onderwerp waren van voornoemde bijakte toe te vertrouwen aan de opdrachtnemer van de oorspronkelijke opdracht, had dit bestuur dus, omwille van de hierboven aangehaalde feitelijke redenen, gebruik moeten maken van een OPZVB op basis van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, d), van de wet 2016 OO (dat wil zeggen de hypothese van het monopolie in feite of in rechte) en had het ook in zijn beslissing moeten preciseren welk geval werd gekozen (uit de drie gevallen van de bepaling) en in feite moeten motiveren dat aan de toepassingsvoorwaarden van die bepaling was voldaan.

1.4.3.2. Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van een geval van dwingende spoed - motivering tegengesproken door de feitelijke elementen van de plaatsingsprocedure

Zoals hierboven in herinnering gebracht, is de OPZVB een uitzonderingsprocedure en moeten de voorwaarden voor toepassing van deze procedure strikt worden geïnterpreteerd. Het gebruik van de OPZVB op basis van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b) van de wet 2016 OO impliceert met name de onmogelijkheid om de termijnen vereist in de openbare of niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling na te leven.

Zo is het gebeurd dat de gewestelijke administratie pas op het ogenblik dat de beslissing tot gunning van een overheidsopdracht geanalyseerd werd tot de vaststelling kwam dat niet aan deze voorwaarde was voldaan, op basis van de concrete elementen van de plaatsingsprocedure vermeld in de gunningsbeslissing.

Hieronder een duidelijk voorbeeld van deze problematiek:

In het kader van een overheidsopdracht geplaatst door een Brusselse gemeente, heeft het college van burgemeester en schepenen op 5 oktober 2021 ervoor gekozen gebruik te maken van de OPZVB op basis van de dwingende spoed, in toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b) van de wet 2016 OO, en heeft het de voorwaarden van deze opdracht vastgesteld. Ter motivering van de situatie van dwingende spoed werd de noodzaak om de werken voor 31 december 2021 te beëindigen opgeworpen. De uitvoeringstermijn was vastgelegd op 90 dagen. De uiterste datum voor de indiening van de offertes was echter vastgelegd op 10 november 2021. De gewestelijke administratie heeft de berekening gemaakt en vastgesteld dat er een periode van 36 dagen verstreken is tussen de datum van de voormelde beslissing, 5 oktober 2021, en de uiterste datum voor de indiening van de offertes. Een dergelijke termijn leeft de bepalingen van artikel 36 van de wet 2016 OO, waarin de regels van toepassing voor de berekening van de minimumtermijn voor de ontvangst van de offertes in een openbare procedure vastgelegd worden, strikt na. Daarnaast zijn er meer dan 40 dagen verstreken tussen de uiterste datum voor de indiening van de offertes en die van de gunning van de opdracht, hoewel uit de analyse van de offertes geen enkel bijzonder probleem naar voor kwam. Op basis van deze feitelijke elementen kwam de gewestelijke administratie tot de conclusie dat de termijn die uiteindelijk verstreek tussen de beslissing om de opdracht te lanceren en de gunning ervan de dwingende spoed die de gemeente inroept om haar toevlucht te nemen tot de OPZVB op basis van de voormelde bepaling ontkracht. De materiële motieven ingeroepen om de onmogelijkheid om deze opdracht te plaatsen volgens de openbare procedure aan te tonen waren noch exact, noch relevant, noch toelaatbaar, en de beslissing om gebruik te maken van de OPZVB was niet afdoende gemotiveerd.

1.4.3.3. Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met als motivering een situatie van exclusiviteit – gebrek aan vooruitzichten om op termijn uit de aangevoerde monopoliesituatie te komen

Een plaatselijk bestuur was voornemens een raamovereenkomst voor de aanneming van diensten te plaatsen gebaseerd op artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, d), van de wet 2016 OO voor onderhoudsprestaties in al bestaande installaties in verschillende van zijn gebouwen, met als motivering dat "het bedrijf XXX het enige is dat kan instaan voor het totale onderhoud (van die installaties) waarvan het de fabrikant is, zoals het exclusiviteitsattest in bijlage aantoont".

In dit en andere dossiers van hetzelfde plaatselijke bestuur werd aangenomen dat de monopoliesituatie van deze ondernemer zou blijven bestaan zonder tijdsbeperking, aangezien de installaties niet tegelijkertijd zouden worden vervangen in alle gebouwen van het betreffende plaatselijk bestuur. Het betreffende plaatselijk bestuur werd bijgevolg verzocht om na te denken over concrete modaliteiten om uit een dergelijke monopoliesituatie te komen, die in strijd is met artikel 5 van de wet 2016 OO.

1.4.3.4. Gebruik van een uitzonderlijke plaatsingsprocedure, toegestaan op basis van het geraamde bedrag van de opdracht of het goed te keuren bedrag van de uitgave - verkeerde motivering met betrekking tot de toepasselijke drempel

Uitgezonderd voor overheidsopdrachten met als voorwerp sociale diensten of andere specifieke diensten opgesomd in bijlage III van de wet 2016 OO, maakt artikel 41, § 1 van deze wet de mogelijkheid om een overheidsopdracht te plaatsen bij VOPMB afhankelijk van het feit dat het geraamde bedrag van de opdracht excl. btw lager ligt dan een bepaalde drempel, die in 2020 en 2021 750.000 euro bedroeg voor overheidsopdrachten voor werken en 214.000 euro voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten (voor deze laatste opdrachten is dit de enige drempel voor de Europese bekendmaking).

Onder dezelfde voorwaarden kan het gebruik van de MPMO eveneens gemotiveerd worden op basis van het geraamd bedrag van de opdracht, in toepassing van artikel 38, § 1, eerste lid, f) van de wet 2016 OO, gelezen in samenhang met artikel 91 van het KB 2017 plaatsing.

Voor opdrachten van beperkte waarde zoals bedoeld in artikel 92 van de wet 2016 OO bedraagt de drempel van het geraamd bedrag van de opdracht excl. btw 30.000 euro.

Om in toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, a) van de wet 2016 OO gebruik te maken van de OPZVB is in principe het bedrag van de goed te keuren uitgave het bepalend criterium. Dit bedrag moet onder de drempels vastgelegd in artikel 90 van het KB 2017 plaatsing liggen. Als het daarentegen gaat om een overheidsopdracht met als voorwerp sociale diensten en andere specifieke diensten opgesomd in bijlage III van de wet 2016 OO, is het geraamd bedrag van de opdracht excl. btw het element dat de keuze bepaalt. In dit laatste geval, behoudens in de bij wet vastgelegde uitzonderingen, bedraagt de maximumdrempel van de raming van de opdracht 750.000 euro.

De gewestelijke administratie stelt echter van tijd tot tijd vast dat een plaatselijk bestuur deze voorwaarden verkeerd toepast en het gebruik van een van de voormelde uitzonderlijke plaatsingsprocedures rechtvaardigt door het feit dat het geraamd bedrag van zijn opdracht of van de goed te keuren uitgave, al naargelang de plaatsingsprocedure, gelijk is aan en niet lager is dan de toepasselijke drempel.

Het komt ook voor dat de specifieke drempel vastgelegd voor de opdrachten vermeld in artikel 88 van de wet 2016 OO niet in aanmerking wordt genomen door een plaatselijk bestuur en dat dit laatste de algemene drempel toepast die toelaat gebruik te maken van OPZVB en veel strikter is.

1.4.4. Vaststelling van de opdrachtdocumenten

1.4.4.1. Niet-naleving van de regels betreffende de communicatiemiddelen

Met de inwerkingtreding van de wet 2016 OO heeft de wetgever, via de eerste paragraaf van artikel 14 van die wet, het beginsel ingevoerd dat de communicatie en de informatieuitwisseling tussen de aanbesteders en de ondernemers, met inbegrip van de verzending van de aanvragen tot deelneming en van de offertes, moeten plaatsvinden met behulp van elektronische middelen (voor meer informatie zie Memorie van toelichting, Parl. St., Kamer, gewone zittingen 2015-2016, nr. 54-1541/001, pp. 34-37). Er zijn echter wettelijke uitzonderingen op die verplichting, in het bijzonder in artikel 14, § 2, eerste lid, 5°, van de voormelde wet.

De wetgever heeft voorzien in een aanpassingsperiode zodat de aanbesteders hun werkwijze kunnen aanpassen aan die nieuwe verplichting. Hiertoe werden in de artikelen 128 en 129 van het KB 2017 plaatsing overgangsmaatregelen opgenomen, die verschillen naargelang het geraamde bedrag van de opdracht. In dat verband heeft de directie Lokale Overheidsopdrachten twee nieuwsberichten gepubliceerd op de vorige site van BPB: het nieuwsbericht van 17 oktober 2018 was gewijd aan artikel 128 en dat van 25 november 2018 aan artikel 129.

In wezen mocht de aanbestedende overheid, gedurende een zekere periode, geen of geen uitsluitend gebruik maken van elektronische communicatiemiddelen in een plaatsingsprocedure. In voorkomend geval diende zij in de opdrachtdocumenten op te geven welk communicatiemiddel de voorkeur genoot om informatie uit te wisselen, moest zij indien nodig bijkomende regels voor de communicatie vastleggen en haar modelcontractbepalingen overeenkomstig aanpassen.

Sinds 1 januari 2020 zijn voornoemde overgangsmaatregelen niet langer van toepassing, ongeacht het geraamde bedrag van de opdracht. Zodoende is vanaf die dag en met uitzondering van de gevallen bepaald in paragrafen 2 tot 4 van bovengenoemd artikel 14 het gebruik van elektronische communicatiemiddelen verplicht in elke fase van de plaatsingsprocedure. Nochtans heeft de gewestelijke administratie vastgesteld dat sommige Brusselse plaatselijke besturen voornoemd artikel 129 nog toepasten in opdrachtdocumenten die in 2020 waren goedgekeurd door het bevoegde beslissingsorgaan.

Anderzijds legt artikel 14, § 6, van de wet 2016 OO de aanbestedende overheden op om ervoor te zorgen dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes en aanvragen tot deelneming gewaarborgd zijn bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie. Zij mogen pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening kennis nemen van de inhoud van de offertes en aanvragen tot deelneming. Voor zover nodig wordt eraan herinnerd dat het platform Freemarket alle garanties biedt met betrekking tot deze vereisten voor plaatsingsprocedures die niet onderworpen zijn aan de verplichting om een aankondiging van opdracht te publiceren (OPZVB, overheidsopdrachten met beperkte waarde).

31

In dat verband verduidelijkt de Memorie van toelichting dat “de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid niet gewaarborgd kunnen worden door middel van een fax, omdat de informatie onmiddellijk leesbaar zijn voor iedereen. Een mail kan echter wel worden gebruikt, op voorwaarde dat de nodige maatregelen worden getroffen om de vertrouwelijkheid ervan te bewaren (bijvoorbeeld door te eisen dat de offertes in bijlage bij de mail worden gevoegd).” Maar hoewel bepaalde aanbestedende overheden toelaten om offertes via mail te versturen in het kader van een OPZVB, blijkt voor de toezichthoudende overheid niet uit de toegezonden dossiers dat zij specifieke maatregelen hebben getroffen om de vertrouwelijkheid van de offertes te waarborgen tot de uiterste termijn voor indiening is verstreken.

Tot slot is de inschrijver, wanneer hij zijn offerte moet toezenden met elektronische communicatiemiddelen via een elektronisch platform zoals bedoeld in artikel 14, § 7, van de wet 2016 OO, onderworpen aan specifieke regels voor de ondertekening van offertes, die zijn opgenomen in Hoofdstuk 7 van Titel 1 van het KB 2017 plaatsing. Het principe is dat de inschrijver alle documenten van zijn offerte op een globale manier ondertekent op het indieningsrapport van zijn offerte. Toch heeft de gewestelijke administratie herhaaldelijk vastgesteld dat sommige aanbestedende overheden eisen dat het offerteformulier en/of andere documenten afzonderlijk ondertekend zouden worden. In bepaalde gevallen was die eis in strijd met een andere bepaling van het bestek die herinnert aan bovengenoemd principe.

1.4.4.2. Niet-naleving van de ramingsregels

De verplichting om het bedrag van de opdracht te ramen vindt zijn oorsprong in artikel 16 van de wet 2016 OO.

Aanvullende regels op dit basisbeginsel staan in Hoofdstuk 2 van Titel 1 van het KB 2017 plaatsing.

Zo legt artikel 6 van voornoemd koninklijk besluit het principe op dat de raming van het bedrag van de opdracht bij het opstarten van de procedure de regels bepaalt die gedurende het hele verloop ervan toepasselijk zijn, voor zover de toepassing van deze regels afhankelijk is van de geraamde waarde van de opdracht of van de verplichte voorafgaande Europese bekendmaking. Dat is in het bijzonder het geval om het gebruik van bepaalde uitzonderlijke plaatsingsprocedures te rechtvaardigen of om een UEA te kunnen eisen.

Overigens schuift de eerste paragraaf van artikel 7 van dat koninklijk besluit het idee naar voor dat de raming gemaakt door de aanbestedende overheid bedoeld is ter bepaling van het totaal te betalen bedrag, zonder belasting over de toegevoegde waarde.

Artikel 7 van het KB 2017 plaatsing legt nog een reeks andere regels op voor de raming, met name:

- De raming houdt rekening met de duur en de totale waarde van de opdracht en namelijk met de volgende elementen: alle vereiste of toegestane opties, alle percelen, alle herhalingen in de zin van artikel 42, § 1, eerste lid, 2°, van de wet, alle vaste en voorwaardelijke gedeelten van de opdracht, alle premies of alle betalingen waarin de aanbestedende overheid voorziet ten voordele van de kandidaten, deelnemers of inschrijvers, (desgevallend) de herzieningsclausules, de verlengingen;
- de keuze van de methode voor de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht mag niet bedoeld zijn om de opdracht aan de bekendmakingsregels te onttrekken. Een overheidsopdracht mag evenmin worden gesplitst om de opdracht aan de bekendmakingsregels te onttrekken, tenzij objectieve redenen dit rechtvaardigen;
- de raming van het bedrag van de opdracht wordt gemaakt voordat de plaatsingsprocedure wordt opgestart, op het moment waarop de voorwaarden van de opdracht worden vastgesteld;
- voor overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten die een regelmatig karakter vertonen of bestemd zijn om binnen een bepaalde termijn te worden hernieuwd, bedraagt de minimale referentieperiode 12 maanden.

Toch heeft de gewestelijke administratie herhaaldelijk vastgesteld dat voornoemde bepalingen onvoldoende werden nageleefd, bijvoorbeeld (onvolledige lijst):

- ontbreken van informatie over het geraamde bedrag van de opdracht of gebrek aan precisering van het geraamde bedrag van de opdracht (in het bijzonder met betrekking tot het feit dat de btw al dan niet inbegrepen is) bij beslissingen betreffende de vaststelling van de voorwaarden van overheidsopdrachten;
- raming van het bedrag van bepaalde overheidsopdrachten berekend met miskenning van de berekeningsregels vastgelegd in voormeld artikel 7 (bepaalde elementen werden immers genegeerd in de berekening, bijvoorbeeld de vereiste opties, de beoogde herhalingen, de schadevergoedingen en de herzieningsclausules), met een mogelijke impact op het bekendmakingsniveau dat de plaatsingsprocedure vereist;
- er wordt bij de raming van het totaalbedrag van de opdracht geen rekening gehouden met de geplande herhalingen wanneer de beslissing genomen werd om een beroep te doen op de OPZVB op basis van artikel 41, § 1, 2° van de wet 2016 OO (de inaanmerkingneming van het bedrag van de herhalingen, overeenkomstig artikel 7, § 1, 3°, van het KB 2017 plaatsing, zou het onmogelijk gemaakt hebben een beroep te doen op deze plaatsingsprocedure omdat de drempel van 750.000 euro excl. btw overschreden wordt);
- een waarschijnlijk aanvankelijke onderschatting van het bedrag van de opdracht, waardoor het gebruik van een uitzonderlijke plaatsingsprocedure (in dit geval een OPZB) kon worden gerechtvaardigd en waardoor de opdracht onderworpen was aan een lager bekendmakingsniveau dan ze had moeten zijn;

- een opsplitsing van de opdracht (naast een in percelen verdeelde opdracht) die een negatieve impact had op de mededinging (bijvoorbeeld een overheidsopdracht die onderworpen was aan Belgische bekendmaking hoewel ze, als het bedrag van de opdracht correct werd geraamd en er rekening werd gehouden met het regelmatig of hernieuwbaar karakter van te bestellen leveringen, onderworpen had moeten worden aan de Europese bekendmaking) waardoor het gemakkelijker werd om gebruik te maken van een uitzonderlijke plaatsingsprocedure (bijvoorbeeld een overheidsopdracht voor leveringen geplaatst voor een periode van 3 maanden en een overheidsopdracht voor diensten geplaatst voor een duur van 6 maanden, waarbij enkel rekening gehouden wordt met de totale waarde van de tijdens deze periodes te bestellen leveringen of diensten, wat de aanbestedende overheden in kwestie respectievelijk toeliet een beroep te doen op de OPZVB en te oordelen dat het een overheidsopdracht van beperkte waarde betrof), terwijl, aangezien het leveringen/diensten waren met een regelmatig karakter of bestemd om hernieuwd te worden in de loop van een bepaalde periode, rekening gehouden diende te worden met minstens de globale waarde van de latere opdrachten, te plaatsen in de loop van een periode van 12 maanden, in toepassing van artikel 7, § 8, van het KB 2017 plaatsing);
- geen raming per perceel in het kader van een overheidsopdracht verdeeld in percelen, waardoor het onmogelijk wordt te controleren of het door de aanbestedende overheid voor elk perceel vastgelegde vereistenniveau voor elk kwalitatief selectie criterium geschikt is.

1.4.4.3. Raamovereenkomsten - goedkeuring van de opdrachtdocumenten en gevolgen van de arresten van het Hof van Justitie van 19 december 2018 en 17 juni 2021

Als een aanbestedende overheid een overheidsopdracht lanceert onder de vorm van een raamovereenkomst, is het belangrijk dat ze de regels preciseert die van toepassing zijn op de raamovereenkomst en degene die van toepassing zijn op de latere opdracht (plaatsingsregels, regels voor de borgstelling, de oplevering, enz.), met dien verstande dat sommige bepalingen zowel op de raamovereenkomst als op de latere opdrachten van toepassing kunnen zijn.

33 De gewestelijke administratie heeft echter reeds meermaals vastgesteld dat deze verduidelijking ontbrak in de opdrachtdocumenten.

Naar aanleiding van de arresten van het Hof van Justitie van 19 december 2018 (HvJ, arrest *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust et Coopservice Soc. coop. arl v Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST) e.a.*, C-216/17, EU:C:2018:1034) en van 17 juni 2021 (HvJ, arrest *Simonsen & Weel A/S v Region Nordjylland og Region Syddanmark*, 17 juni 2021, C-23/20, EU:C:2021:490), heeft de Commissie voor de overheidsopdrachten een advies uitgebracht waarin ze de aanbestedende overheden vroeg zich te schikken naar de rechtspraak van het Hof van Justitie. Dit advies maakte het voorwerp van een nieuws gepubliceerd op 20 december 2020 op de website van BPB.

Dit advies vermeldt twee gegevens die nuttig zijn bij de voorbereiding van een raamovereenkomst:

- "Het HvJ-EU is van mening dat de aanbestedende overheid, gelet op de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, in de aankondiging van de opdracht de geraamde hoeveelheid en/of waarde alsook een maximumhoeveelheid en/of -waarde moet vermelden van de producten die in het kader van een raamovereenkomst voor de duur van de overeenkomst zullen worden geleverd. Op voorwaarde dat de ondernemers vanaf de datum van bekendmaking van de aankondiging van de opdracht en via elektronische middelen kosteloze, vrije, volledige en rechtstreekse toegang hebben tot de opdrachtdocumenten, mogen deze hoeveelheden of waarden in een ander opdrachtdocument worden vermeld."
- "Het HvJ-EU verduidelijkt eveneens dat, zodra de gecumuleerde waarde van de opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst de in de raamovereenkomst vastgestelde maximumhoeveelheid of -waarde bereikt heeft, deze overeenkomst geacht wordt geen effecten meer te sorteren. Niettemin blijven bepaalde wijzigingen van de raamovereenkomst mogelijk op grond van de artikelen 37 en volgende van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten, en kunnen zij leiden tot een overschrijding van de maximumhoeveelheid en/of -waarde."

De gewestelijke administratie heeft naar aanleiding hiervan meerdere lokale besturen moeten herinneren aan deze rechtspraak, omdat bepaalde informatie ontbrak in de dossiers die haar werden overgemaakt.

1.4.4.4. Verwarring van de begrippen opdracht in vaste en voorwaardelijke gedeelten en verlengingsclausules

De regels met betrekking tot opdrachten in vaste en voorwaardelijke gedeelten en verlengingsclausules vinden hun rechtsgrondslag in het Belgisch recht in artikel 57 van de wet 2016 OO, waarvan de formulering grotendeels gebaseerd is op artikel 72.1, a) van richtlijn 2014/24/EU, dat stelt: "Opdrachten en raamovereenkomsten kunnen in overeenstemming met deze richtlijn zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd in de volgende gevallen: a) wanneer de wijzigingen, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder eventueel prijsherzieningsclausules of opties. Deze clausules omschrijven de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij voorzien niet in wijzigingen of opties die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen."

Het is van belang de gelijkenissen maar ook de verschillen tussen beide technieken goed te begrijpen.

In het eerste geval vormt de opdracht een geheel dat opgesplitst is in meerdere delen ("gedeelten" genaamd). Deze gedeelten kunnen betrekking hebben op gelijkaardige of verschillende prestaties, maar er moet een objectief en duidelijk verband zijn tussen het voorwerp van alle gedeelten van de opdracht en de aanbestedende overheid moet de noodzaak om een beroep te doen op deze techniek aan kunnen tonen. Op het ogenblik dat de plaatsingsprocedure voor een dergelijke opdracht opgestart wordt, is er nog steeds onzekerheid over de daadwerkelijke bestelling en uitvoering van de als "voorwaardelijk" aangeduide gedeelten. De uitvoering van elk voorwaardelijk gedeelte is afhankelijk van een beslissing van de aanbestedende overheid die aan de opdrachtnemer wordt meegedeeld overeenkomstig de in de initiële opdrachtdocumenten bepaalde nadere regels.

In het tweede geval is de verlengde opdracht slechts de voortzetting van de oorspronkelijke opdracht, in de loop van een nieuwe periode. Het voorwerp van de opdracht verandert niet en de opdracht, zoals verlengd, is onderworpen aan dezelfde voorwaarden als de oorspronkelijke opdracht. De volledige looptijd van de opdracht, met inbegrip van de verlengingen, moet over het algemeen beperkt blijven tot vier jaar na het sluiten van de opdracht.

Noch de uitvoering van een voorwaardelijk gedeelte, noch de verlenging van een opdracht mag de algemene aard van de opdracht in kwestie wijzigen. Daarnaast moeten in beide hypothesen de contractuele clausules in de opdrachtdocumenten worden opgesteld in duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig bewoordingen en het toepassingsgebied en de aard vermelden van de eventuele gevolgen die eruit kunnen voortvloeien, evenals de voorwaarden om er gebruik van te kunnen maken.

De gewestelijke administratie is tijdens de referentieperiode tussengekomen in een dossier waarin deze twee begrippen door elkaar gebruikt werden in de opdrachtdocumenten om de verlenging van een opdracht van 4 jaar met een bijkomende periode van 2 jaar mogelijk te maken.

1.4.4.5. Opdracht tegen prijslijst - gebrek aan transparantie over de omvang van de opdracht en impact op de prijzen

Met het oog op de plaatsing van een overheidsopdracht voor diensten tegen prijslijst, heeft een gemeente de voorwaarden voor haar opdracht vastgesteld en daarbij nagelaten de vermoedelijke hoeveelheden voor de twee in de inventaris voorziene posten (een post per perceel - twee percelen) te vermelden. Ze had evenmin in de gepubliceerde opdracht aankondiging een grootteorde vermeld voor wat de geplande omvang van de opdracht betrof. Daarnaast heeft ze er in de beschrijving van de verwachte prestaties voor gezorgd een maximum aan verschillende situaties te bestrijken op basis van een vrij ruime gemene deler. De prijs was het enige gunningscriterium.

Naast het feit dat deze praktijk in strijd is met het transparantiebeginsel zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO, heeft ze ook tot gevolg dat de inschrijvers niet over de nodige gegevens beschikten om hun beste offerte met kennis van zaken in te dienen. Het risico was dus groot dat, als er offertes werden ingediend, de voorgestelde eenheidsprijzen bepaald waren op basis van de meest ruime interpretatie van de voor elke post gevraagde prestaties, anders gezegd dat ze kunstmatig opgeblazen waren ten nadele van de gemeentelijke financiën.

1.4.4.6. Verwarring rond de identiteit van de aanbestedende overheid

De gewestelijke administratie heeft al kunnen vaststellen dat er in opdrachtdocumenten een zekere verwarring is tussen de aanbestedende overheid (in dit geval een gemeente) en het beslissingsorgaan dat die overheid vertegenwoordigt (hier het college van burgemeester en schepenen).

1.4.4.7. Inconsistenties, tegenstrijdigheden, fouten en/of vergetelheden in de dossiers die worden toegezonden aan de toezichthoudende overheid - niet-naleving van het transparantiebeginsel

Transparantie is een van de grote algemene beginselen van het Europees recht en dit beginsel werd omgezet naar de wetgeving op overheidsopdrachten in artikel 4 van de wet 2016 OO. Het was al opgenomen in artikel 5 van de wet 2006 OO.

In de fase van vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht, houdt de naleving van dit beginsel in het bijzonder de verplichting in, voor de aanbestedende overheid, om ervoor te zorgen dat de informatie in de opdrachtdocumenten voldoende nauwkeurig is zodat de kandidaten / de inschrijvers hun kandidatuur / offerte naar behoren kunnen voorbereiden (RvS, (6e kortgedingkamer), 21 oktober 2011, nr. 215.936, s.a. Conceptexpo Lettering). De informatie moet overigens duidelijk, samenhangend en ondubbelzinnig zijn.

35 Toch behoren inconsistenties en tegenstrijdigheden tot de meest voorkomende materiële fouten die door de gewestelijke administratie worden vastgesteld in de dossiers die worden toegezonden aan de administratieve toezichthouder. Enkele voorbeelden (niet-beperkend):

- in de beslissing waarin de voorwaarden van een overheidsopdracht worden vastgesteld:
 - o vermelding van twee verschillende plaatsingsprocedures voor eenzelfde opdracht;
 - o vermelding van twee verschillende geraamde bedragen voor een en dezelfde opdracht;

- in het bestek:
 - o incoherenties met betrekking tot de erkenning van de aannemers (de titel waarin gepreciseerd wordt dat de vereiste klasse bepaald zal worden bij de gunning van de opdracht en de vermelding van een vereiste met betrekking tot klasse 2);
 - o incoherenties met betrekking tot de referenties die in het kader van de kwalitatieve selectie voorgelegd moeten worden (bijvoorbeeld een lijst verstrekken met de voornaamste leveringen in het kader van een overheidsopdracht voor diensten of een afzonderlijk selectie criterium per perceel vastleggen en vervolgens opmerken dat de selectiecriteria van toepassing zijn op alle percelen);
 - o tegenstrijdigheden met betrekking tot de betalingsmodaliteiten (betaling enkel na uitvoering van de opdracht en in hetzelfde bestek een regel die toelaat de snelheid waarmee de opdracht uitgevoerd wordt te vertragen bij betalingsachterstand in de loop van de uitvoering van de opdracht);
 - o incoherenties met betrekking tot de uitvoeringstermijn (bijvoorbeeld vragen een offerte op te stellen voor de uitvoeringstermijn zonder te voorzien in een gunningscriterium hieromtrent);
 - o tegenstrijdigheden met betrekking tot de regels voor de ondertekening van de offertes (globale ondertekening van alle overgemaakte documenten door ondertekening van het indieningsrapport maar ook voorzien in ruimte voor de handtekening op het offerteformulier);

- tegenstrijdigheden met betrekking tot de opties (een bepaling die het ontbreken van vereiste opties bevestigt terwijl een andere bepaling in hetzelfde document stelt dat de offerte substantieel onregelmatig is als er geen offerte voor de vereiste opties wordt ingediend);
- andere tegenstrijdigheden: looptijd van de opdracht, wijze om de prijzen (met inbegrip van de regels betreffende de wijziging van de hoeveelheden) of de varianten te bepalen, of het al dan niet gaat om een opdracht verdeeld in percelen, een raamovereenkomst (met of zonder mededinging), een opdracht in gedeelten (met gedeelten per perceel of percelen per gedeelte), met betrekking tot de gunningscriteria (met inbegrip van de kwestie of de prijs een gunningscriterium is) en hun reikwijdte;
- tussen de beslissing en de opdrachtdocumenten: incoherentie met betrekking tot het voorwerp van de opdracht, de plaatsingsprocedure, de looptijd van de opdracht, de aanwezigheid van varianten en het soort varianten;
- tussen de opdrachtdocumenten: tegenstrijdigheden met betrekking tot de kwalitatieve selectiecriteria, de gunningscriteria, de minimuminhoud van de aanvragen tot deelneming, de manier om het UEA in te vullen, de uitvoeringstermijn of de looptijd van de opdracht, de tijdseenheid gebruikt om de minimale geldigheidstermijn van de offertes of de (gedeeltelijke) uitvoeringstermijn te bepalen, het aantal percelen waarvoor eenzelfde inschrijver een offerte mag indienen, de mogelijkheid tot of het aantal geplande verlengingen, de aanwezigheid van opties en het soort opties, het feit of het al dan niet gaat om een raamovereenkomst,

Naast het hierboven aangehaalde probleem van inconsistenties stellen we ook geregeld fouten of vergetelheden vast in de documenten van de opdracht, zoals:

- voorbeelden van fouten:
 - verkeerde wijze van prijsbepaling (overheidsopdracht tegen globale prijs terwijl de erelonen berekend zullen worden op basis van een vast percentage van het bedrag van de uitgevoerde werken);
 - verwijzing naar een beslissing, een clause, een gegeven, een variant, percelen, een raamovereenkomst of een UEA die/dat niet bestaat (bestaan);
 - verwijzing naar een wettelijke of contractuele bepaling die niets te maken heeft met het aangehaalde onderwerp of niet van toepassing is op de te plaatsen opdracht;
 - vermelding van een onbestaande/opgeheven wettelijke bepaling (bijvoorbeeld wet 2006 OO);
 - onjuiste vermelding van de titel of datum van een wettekst;
 - fout in de naam van een inschrijver;
 - gebruik van verouderde terminologie ("aanbesteding", "algemene/open offerteaanvraag", "gunningswijze");
 - gebruik van ongepaste terminologie ("kandidaat" in plaats van "inschrijver" en omgekeerd, "oorspronkelijke offerte" in het kader van een openbare procedure, "markt" in plaats van "(overheids)opdracht", "toezichthoudende ambtenaar" in plaats van "gemachtigde ambtenaar", "leidende dienst"...);
 - verwarring tussen verschillende begrippen (bijvoorbeeld: "perceel" / "optie", "percelen" / "gedeelten", "leidende ambtenaar" / "gedelegeerde ambtenaar", "straffen"/ "vertragsboetes", "(vaste en voorwaardelijke) gedeelten" / "uitvoeringsfases", "herhaling"/ "verlenging" ...) (zie eveneens punt 1.4.4.4);
 - verkeerde informatie betreffende de bevoegde rechter in het kader van eventuele geschillen tijdens de uitvoering van de opdracht;
 - overmaking van een vorige of een niet-afgewerkte versie van documenten;
- voorbeelden van vergetelheden:
 - vermelding van een betaling van de globale prijs per gedeelte zonder te vermelden welk percentage van deze globale prijs van toepassing is op elke betalingsschijf;
 - door de aanbestedende overheid in te vullen velden die zichtbaar niet ingevuld werden ("****");

- voorzien in een opzeggingsclausule die de grens van de beoogde vergoeding preciseert met de vermelding "XXXX", zonder onderscheid te maken tussen de uitvoeringsfasen van de opdracht en zonder voldoende nauwkeurig te zijn over alle gevolgen die een dergelijke clausule kan hebben voor bepaalde aspecten van de opdracht;
- modelopdrachtdocumenten niet aangepast aan de regels van toepassing op de handtekeningen en de communicatiemiddelen zoals gedefinieerd in Titel 1, Hoofdstuk 7, van het KB 2017 plaatsing;
- geen vermelding in de opdrachtdocumenten van de rechtstreekse vordering van de onderaannemer conform artikel 1798 van het Burgerlijk Wetboek, in strijd met artikel 12, § 4, van het KB AUR;
- geen informatie over de looptijd van de opdracht (wat een invloed kan hebben op de raming ervan);
- gedeeltelijk vertaalde documenten.

Het is ook voorgekomen dat een plaatselijk bestuur zelf tegenstrijdigheden, fouten of vergetelheden in zijn dossier vaststelt na het te hebben overgemaakt aan de gewestelijke administratie. In dergelijke gevallen herinnert de gewestelijke administratie er in het algemeen aan dat de nieuwe voorwaarden van de opdracht (met inbegrip van de inhoud van het rechtzettingsbericht) ter goedkeuring voorgelegd moeten worden aan het bevoegde beslissingsorgaan vóór bekendmaking ervan en dat deze beslissing overgemaakt moet worden aan de gewestelijke administratie met het oog op de uitoefening van het administratief toezicht.

1.4.4.8. Minimumeisen - afwezigheid van mededingingsprocedure met onderhandeling - impliciet gunningscriterium

Artikel 38, § 3, eerste lid, van de wet 2016 OO bepaalt: "De aanbestedende overheid bepaalt in de opdrachtdocumenten het voorwerp van de opdracht door de vereisten en de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten te beschrijven en de gunningscriteria vast te leggen. Zij geeft tevens aan welke elementen van de beschrijving de minimumeisen zijn waaraan alle offertes moeten voldoen.". De verplichting om minimumeisen te bepalen die van toepassing zijn op alle offertes geldt ook bij een innovatiepartnerschap (art. 40, § 1, lid 2, van de wet 2016 OO).

Daarnaast bepaalt artikel 56, § 2, van de wet 2016 OO dat de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten moet vermelden aan welke minimumeisen de vereiste en toegestane opties moeten voldoen. Een dergelijke verplichting bestaat daarentegen niet voor vrije varianten en opties.

Er kan niet onderhandeld worden over de minimumeisen in een MPMO (art. 38, § 5, lid 2, en § 6, eerste lid, van de wet 2016 OO), bij een innovatiepartnerschap (art. 40, § 3, lid 2, en § 4, eerste lid, van de wet 2016 OO) of in een VOPMB (art. 41, § 3, lid 2 en § 4, eerste lid, van de wet 2016 OO), ongeacht het geraamde bedrag van de opdracht. Hetzelfde geldt voor de OPZVB voor overheidsopdrachten met een geraamd bedrag dat gelijk is aan of hoger is dan de drempels vastgelegd voor de Europese bekendmaking (art. 42, § 2, tweede lid, van de wet 2016 OO). Voor overheidsopdrachten geplaatst via een OPZVB waarvan het geraamde bedrag deze drempels niet bereikt, kan onderhandeld worden over de minimumeisen, voor zover dit niet uitdrukkelijk uitgesloten werd in de opdrachtdocumenten.

Het vastleggen van dergelijke minimumeisen laat de aanbestedende overheid toe zich ervan te vergewissen dat de offertes die ze gaat ontvangen minstens zullen voldoen aan haar basisbehoefte en dat de offertes voorbereid zullen kunnen worden met inachtneming van een gemeenschappelijk minimumbasis, teneinde ze te kunnen vergelijken. Daarom vormt de niet-naleving van de minimumeisen en van elke als substantieel aangegeven eis in de opdrachtdocumenten een substantiële onregelmatigheid op grond van artikel 76, § 1, lid 4, 3°, van het KB 2017 plaatsing.

De impact van deze niet-naleving zal verschillen naargelang de gekozen plaatsingsprocedure en het geraamd bedrag van de opdracht (art. 76, §§ 3 tot 5, van het KB 2017 plaatsing):

- in een openbare of niet-openbare procedure, ongeacht het geraamd bedrag van de opdracht, of indien het gaat om finale offertes in het kader van een procedure die onderhandelingen toelaat als het geraamd bedrag van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking, moet de aanbestedende overheid offertes die een substantiële onregelmatigheid bevatten steeds nietig verklaren;
- indien het gaat om offertes andere dan finale offertes in het kader van een procedure die onderhandelingen toelaat als het geraamd bedrag van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking, moet de aanbestedende overheid offertes die een substantiële onregelmatigheid bevatten nietig verklaren, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten. In dit laatste geval moet ze de inschrijver de mogelijkheid geven om deze substantiële onregelmatigheid te regulariseren vóór de onderhandelingen worden aangevat, tenzij ze ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid heeft aangegeven dat deze geen voorwerp kan uitmaken van regularisatie;
- in het kader van een procedure die onderhandelingen toelaat als het geraamd bedrag van de opdracht lager is dan de drempel voor Europese bekendmaking, moet de aanbestedende overheid, zonder dat een onderscheid gemaakt wordt tussen finale en andere offertes, kiezen tussen de nietigverklaring van de offertes met een substantiële onregelmatigheid of de opsteller van de offerte in kwestie verzoeken deze onregelmatigheid te regulariseren.

Daarnaast brengt, op grond van artikel 48, § 2, van het KB 2017 plaatsing, indien de optie wordt verplicht, de niet-inachtneming van de minimale vereisten met betrekking tot de vereiste optie niet enkel de substantiële onregelmatigheid met zich mee van deze optie, maar ook van de basisofferte.

In het kader van een Europese overheidsopdracht geplaatst via een MPMO had een plaatselijk bestuur aan het begin van de technische clausules van zijn bestek aangegeven dat: "Het door de inschrijver voorgestelde gebouw moet zoveel mogelijk beantwoorden aan de eisen van dit document en zijn bijlagen" en "de inschrijver is niet verplicht voor 100 % te beantwoorden aan het bestek als zijn project dit om administratieve, technische of andere redenen niet toelaat. De aanbestedende overheid zal de in het kader van de offerteaanvraag ontvangen offertes analyseren en één element waarmee bij de beoordeling van de offertes rekening gehouden zal worden is de mate waarin de offerte beantwoordt aan het bestek (...)". De gewestelijke administratie heeft met betrekking hiertoe met name de volgende elementen benadrukt:

- door aan te geven dat ondernemers niet verplicht zijn voor 100 % te voldoen aan het bestek, bevestigt de aanbestedende overheid dat ze geen minimumeisen vastlegt die door alle offertes nageleefd dienen te worden;
- er wordt vermeld dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes rekening zal houden met de mate waarin het project beantwoordt aan de in het bestek geformuleerde behoeften, wat lijkt op de formulering van een gunningscriterium, terwijl de aanbestedende overheid niet voorzien heeft in een gunningscriterium of weging met betrekking hiertoe in de lijst met gunningscriteria in de administratieve clausules van het bestek.

Naast het feit dat een dergelijke clause in strijd is met het gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel, zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO, is een dergelijke clause dan ook in strijd met artikelen 38, § 3, eerste lid en 81, § 4, van dezelfde wet.

1.4.4.9. Vereiste en toegestane varianten en opties - ontbreken van minimumeisen - niet-toepasbaarheid van de gunningscriteria - gebrek aan transparantie en risico voor de vergelijkbaarheid van de offertes

Voor de vereiste en toegestane varianten en opties verplicht artikel 56, § 2, van de wet 2016 OO de aanbestedende overheid in de opdrachtdocumenten te vermelden aan welke minimumeisen deze moeten voldoen, evenals de specifieke eisen met betrekking tot hoe zij moeten worden ingediend. Daarnaast moet de aanbestedende overheid erover waken dat de gekozen gunningscriteria kunnen worden toegepast op de vereiste en toegestane varianten die aan de minimumvoorschriften voldoen en op de basisoffertes.

Deze regels zijn niet altijd goed begrepen. Zo had een Brussels plaatselijk bestuur in de administratieve clausules van het bestek van een van zijn opdrachten aangegeven dat de inschrijver een prijs moest indienen voor de verplichte optie met betrekking tot de levering van meubilair, op straffe van verwerping van zijn offerte. In de technische clausules van hetzelfde bestek maakte de aanbestedende overheid melding van de verplichting meubilair voor te stellen met, indien mogelijk, 3 varianten. De gewestelijke administratie heeft echter de volgende tekortkomingen vastgesteld, die niet enkel in strijd zijn met voormelde bepaling:

- het bestek zegt niets over de behoeften van de aanbestedende overheid voor wat het soort meubilair en de gewenste hoeveelheden betreft, en verwijst evenmin naar een ander document. De opdrachtdocumenten bevatten dan ook niet de minimale noodzakelijke informatie die als gemeenschappelijke basis moet dienen met het oog op de vergelijking van de offertes. Als het document met de titel "3047 – Studie van de behoeften room by room" (document dat bij het aan de gewestelijke administratie overgemaakte bestek is gevoegd maar niet vermeld wordt in het bestek als deel uitmakend van de opdrachtdocumenten)" echter toch in aanmerking genomen zou moeten worden, is het betreuenswaardig dat bepaalde vermeldingen in dit document (bv. "pax") niet door de aanbestedende overheid worden gedefinieerd. In deze zin ontbreekt het de opdrachtdocumenten aan transparantie, in strijd met artikel 4 van de wet 2016 OO;
- de aanbestedende overheid heeft de gunningscriteria in de administratieve clausules van het bestek niet aangepast om ze eveneens van toepassing te maken op de vereiste optie (prijs, kwaliteit, termijn ...);
- de aanbestedende overheid heeft een vereiste optie vermeld in de opdrachtdocumenten maar heeft in het offerteformulier dat bij het bestek is gevoegd niet voorzien in een in te vullen ruimte om een afzonderlijke prijs voor deze optie op te geven. Artikel 48, § 1, van het KB 2017 plaatsing bepaalt echter dat opties in een afzonderlijk deel van de offerte worden voorgesteld. Daarnaast heeft de aanbestedende overheid hierdoor een aanzienlijk risico voor de vergelijkbaarheid van de offertes gecreëerd, aangezien sommige inschrijvers verkeerdelijk zouden denken dat de prijs van de vereiste optie inbegrepen moet zijn in de globale prijs van de opdracht.

1.4.4.10. Niet-naleving van het principe van de verklaring op erewoord

De wetgever heeft voorzien in twee verschillende systemen voor de verklaring op erewoord, afhankelijk van het geraamde bedrag van de te plaatsen overheidsopdracht. Die tonen aan dat de wetgever de procedure voor de overhandiging van bewijsstukken in het kader van de selectie wil vereenvoudigen en de administratieve last voor de ondernemers wil verlichten (Memorie van toelichting, Parl. St., Kamer, gewone zittingen 2015-2016, nr. 54-1541/001, pp.126-129).

Voor opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking en behoudens de uitzonderingen bij de wet bepaald, moet het principe van een uitdrukkelijke verklaring op erewoord worden toegepast via het UEA. De basisregels voor het UEA staan in artikel 73 van de wet 2016 OO en in artikel 38 van het KB 2017 plaatsing.

Artikel 73, § 1, van de wet 2016 OO definieert het UEA als "een bijgewerkte eigen verklaring op erewoord [die] door de aanbestedende overheid als voorlopig bewijs wordt aanvaard ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven documenten of certificaten die bevestigen dat de betrokken kandidaat of inschrijver aan alle hierna vermelde voorwaarden voldoet:

- 1° hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in de artikelen 67 tot 69, waardoor kandidaten of inschrijvers kunnen of moeten worden uitgesloten;
- 2° hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 71;
- 3° hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten, als vastgesteld overeenkomstig artikel 79."

Conform artikel 73, § 3, van de wet 2016 OO, kan de aanbestedende overheid kandidaten en inschrijvers tijdens de procedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten bewijsstukken geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure. Het UEA doet *a priori* dienst als bewijs en vervangt in dat opzicht voorlopig de documenten en certificaten, afgeleverd door de overheid of door derden, om te bewijzen dat

voornoemde kandidaat of inschrijver (naargelang het geval) voldoet aan de selectievoorwaarden. De gewestelijke administratie kon echter tijdens de referentieperiode herhaaldelijk vaststellen dat sommige aanbestedende overheden elk van de kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval) hadden verplicht om bij hun aanvraag tot deelneming / offerte zowel het UEA te voegen, als de voornoemde certificaten en documenten, zonder dat wordt aangetoond waarom die handelwijze noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure. De noodzaak voor een dergelijke eis is niet altijd evident, vooral niet wanneer het gaat om een plaatsingsprocedure in één fase.

De gewestelijke administratie heeft bovendien eveneens vastgesteld dat sommige plaatselijke besturen in de documenten van hun Europese overheidsopdrachten de controle met betrekking tot de verplichte uitsluitingsgronden beperken tot bepaalde personen en/of functies (bijvoorbeeld de ondertekenaar van de aanvraag tot deelneming / van de offerte, de CEO (algemeen directeur) en de CFO (financieel directeur)), terwijl voor deze opdrachten, in toepassing van artikel 67, § 1, lid 5, van de wet 2016 OO, het verplicht is het uittreksel uit het strafregister van alle leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze kandidaat of inschrijver te controleren, evenals dat van degene die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben.

Krachtens artikel 39, § 1, vierde lid, van het KB 2017 plaatsing mag de aanbestedende overheid voor opdrachten waarvan het geraamd bedrag lager is dan de drempel voor Europese bekendmaking geen UEA vragen aan de kandidaat of de inschrijver, en toch heeft de gewestelijke administratie al moeten vaststellen dat dit gebeurt.

Voor overheidsopdrachten waarvan het geraamd bedrag lager is dan de drempel voor Europese bekendmaking en voor overheidsopdrachten waarvan het geraamd bedrag gelijk is aan of hoger is dan voornoemde drempels en die worden geplaatst via OPZVB in de gevallen bedoeld in artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b), en d), 2°, 3°, 4°, b), en c) van de wet 2016 OO, vormt het loutere feit van de indiening van een aanvraag tot deelneming of van een offerte een impliciete verklaring op erewoord van de kandidaat of van de inschrijver dat hij zich niet bevindt in één van de uitsluitingsgevallen bedoeld in de artikelen 67 tot 69 van die wet.

40 In tegenstelling tot het UEA en tenzij anders bepaald in de opdrachtdocumenten, geldt de toepassing van de impliciete verklaring op erewoord enkel in zoverre de documenten of certificaten betreffende de uitsluitingsgevallen voor de aanbestedende overheid kosteloos toegankelijk zijn via de in artikel 73, § 4, van de wet 2016 OO bedoelde databanken, zoals bijvoorbeeld Telemarc voor de verificatie van de betaling van de sociale en fiscale schulden voor ondernemers onderworpen aan Belgisch recht.

Voor de elementen die niet vallen onder de impliciete verklaring (zoals het uittreksel uit het strafregister in België), moeten de documenten of certificaten waaruit blijkt dat de ondernemer zich niet bevindt in een uitsluitingsgeval, door de kandidaat of inschrijver worden voorgelegd voor de limietdatum en het limietuur voor de indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes (art. 39, § 1, 3^{de} lid, van het KB 2017 plaatsing). In dat verband wijst de gewestelijke administratie de plaatselijke besturen er geregeld op dat het, voor meer transparantie in het kader van de toepassing van het principe van de impliciete verklaring op erewoord, belangrijk is om in de opdrachtdocumenten te verduidelijken tot welke documenten of certificaten zij kosteloos toegang hebben via de databanken bedoeld in artikel 73, § 4, van de wet 2016 OO en welke andere documenten betreffende de uitsluitingsgronden *a contrario* noodzakelijk moeten worden voorgelegd voor de uiterste datum voor indiening van de offertes.

Wat de selectiecriteria betreft en, in voorkomend geval, de objectieve regels en criteria voor de beperking van het aantal kandidaten, moeten de documenten en certificaten door de kandidaten of inschrijvers worden voorgelegd vóór de limietdatum en het limietuur voor indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes (art. 39, § 2, van het KB 2017 plaatsing).

Tot slot moet de aanbestedende overheid, ongeacht het soort verklaring op erewoord, altijd de waarachtigheid verifiëren van de inhoud van iedere verklaring en dat voordat de opdracht wordt gegund. In het bijzonder voor de sociale en fiscale schulden moet die verificatie gebeuren binnen de twintig dagen na de uiterste datum voor indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, in toepassing van de tweede paragraaf van artikelen 62 en 63 van het KB 2017 plaatsing.

Toch heeft de gewestelijke administratie herhaaldelijk moeten vaststellen dat deze controle niet was gebeurd in de selectiefase of gunningsfase, naargelang het geval.

1.4.4.11. Tekortkomingen in het kader van de vaststelling van de selectiecriteria met betrekking tot de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemers

Artikel 66, § 1, eerste lid, 2°, van de wet 2016 OO bepaalt het beginsel dat de aanbestedende overheid, in het kader van de plaatsing van opdrachten, zich er met name van moet vergewissen dat de kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval) voldoen aan de door haar vooraf vastgestelde selectiecriteria.

Krachtens artikel 71 van diezelfde wet kunnen de selectiecriteria betrekking hebben op:

- geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen en/of
- de economische en financiële draagkracht en/of
- de technische en beroepsbekwaamheid.

met uitsluiting van iedere andere voorwaarde voor deelname.

Volgens de bepalingen van artikel 65, tweede en derde lid, van het KB 2017 plaatsing, is de aanbestedende overheid verplicht om elk selectie criterium van financiële, economische, technische aard en/of inzake beroepsbekwaamheid te verbinden aan een gepast niveau. Indien de aanbestedende overheid een criterium gebruikt dat zich niet leent tot de vaststelling van een niveau, moet dit criterium gepaard gaan met een tweede criterium van dezelfde aard dat zich wel daartoe leent.

Die bepalingen sluiten aan op de bepalingen van artikel 58, § 1, 2°, van het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna KB 2011 plaatsing): "De aanbestedende overheid gaat over tot de selectie van de kandidaten of inschrijvers in de mate dat de noodzakelijke inlichtingen en documenten aantonen dat ze cumulatief voldoen aan: (...) de kwalitatieve selectiecriteria van financiële, economische of technische aard of inzake beroepsbekwaamheid die de aanbestedende overheid heeft vastgesteld op grond van de artikelen 67 tot 79. Zij preciseert deze criteria en het vereiste niveau ervan op zodanige wijze dat ze verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Bij open procedure en vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het opleggen van een minimaal niveau verplicht." De gewestelijke omzendbrief 2016/08 van 14 maart 2016 betreffende de kwalitatieve selectie en het bepalen van het vereiste niveau, die met name gebaseerd is op artikel 58, § 1, 2°, van het KB 2011 plaatsing, vestigde al de aandacht van de plaatselijke besturen op de verplichting van een correcte bepaling van een (gepast) vereist niveau en citeerde een groot aantal arresten van de Raad van State over dit onderwerp.

Maar wat dient men te verstaan onder gepast vereist niveau? De wetgever is niet erg duidelijk over dit punt. Artikel 71 van de wet 2016 OO specificeert dat de aanbestedende overheid de voorwaarden voor deelname die gebaseerd zijn op de voornoemde selectiecriteria moet beperken tot deze die kunnen garanderen dat een kandidaat of inschrijver (naargelang het geval) over de nodige juridische en financiële middelen en de technische en beroepsbekwaamheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren. De door de aanbestedende overheid gekozen selectiecriteria moeten bijgevolg verband houden met het voorwerp van de opdracht. Anderzijds moet de aanbestedende overheid voor elk type selectie criterium een vereist niveau bepalen in verhouding tot het voorwerp en de omvang van de opdracht. Meestal komt die evenredigheid tot uiting in de vorm van een kwantitatieve eis (minimumbedrag, minimumoppervlakte, minimumhoeveelheid, ...) maar de eis kan ook van het kwalitatieve type zijn (minimale vorderingsstaat, specifiek diploma, type beschikbaar materiaal, ...). Het is aan de aanbestedende overheid om erop toe te zien dat het vastgestelde vereiste niveau niet te hoog is (hetgeen ertoe zou leiden dat de mededinging kunstmatig wordt beperkt, in strijd met de bepalingen van artikel 5 van de wet 2016 OO), maar ook niet te laag (om te vermijden dat *in fine* wordt gekozen voor een ondernemer die niet over de nodige bekwaamheid beschikt om de opdracht uit te voeren).

Er dient echter te worden verduidelijkt dat dit artikel 71 niet altijd van toepassing is; met name niet bij opdrachten van beperkte waarde en bij gebruik van de OPZVB.

Artikel 67 en volgende van het KB 2017 plaatsing leggen een aantal regels vast voor de keuze van selectiecriteria die betrekking hebben op de economische en financiële draagkracht en op de technische en beroepsbekwaamheid, alsook de manier waarop die draagkracht en bekwaamheid kunnen worden

aangetoond. In bepaalde gevallen preciseren ze zelfs het maximale vereiste niveau dat niet mag worden overschreden.

Wanneer de aanbestedende overheid hiertoe verplicht is, moet zij dus een of meer selectiecriteria kiezen en daar een gepast vereist niveau aan koppelen dat specifiek verband houdt met het voorwerp, de kwalificatie en de bijzondere voorwaarden van de te plaatsen opdracht.

Voor zover het waarschijnlijk is dat een in percelen verdeelde opdracht zal worden uitgevoerd door verschillende opdrachtnemers, moeten de selectiecriteria en hun respectievelijke minimale vereiste niveaus worden vastgesteld per perceel. Overigens kan de aanbestedende overheid, in toepassing van artikel 49 van het KB 2017 plaatsing, ook het minimale vereiste niveau vaststellen voor de kwalitatieve selectie ingeval meerdere percelen worden gegund aan eenzelfde inschrijver.

Met betrekking tot de erkenning van aannemers van werken, bepaalt artikel 70, § 1, lid 3, van het KB 2017 plaatsing dat in geval van een openbare procedure of een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking de aanbestedende overheid, indien zij de voorwaarden vastgesteld door of krachtens wet 1991 erkenning voldoende acht om de selectie van de inschrijvers uit te voeren, zich kan beperken tot de vermelding bedoeld in het eerste lid van die bepaling, zonder van de inschrijvers andere inlichtingen of documenten betreffende hun economische, financiële, alsook hun technische of beroepsbekwaamheid te eisen.

De aanbestedende overheid moet bovendien specificeren welke bewijsmiddel van toepassing is op elk criterium.

De selectiecriteria moeten voldoende nauwkeurig en ondubbelzinnig geformuleerd zijn zodat de ondernemers met zekerheid kunnen bepalen of ze al dan niet over de vereiste capaciteiten beschikken, maar ook zodat de aanbestedende overheid een daadwerkelijke selectie kan maken van de kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval), met naleving van de principes van transparantie en gelijke behandeling waar artikel 4 van de wet 2016 OO aan herinnert.

42

Tot slot specificereert artikel 65, eerste lid, van het KB 2017 plaatsing dat die criteria moeten worden vermeld in de aankondiging van de opdracht of, in afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten. Een vermelding in de aankondiging van de opdracht die verwijst naar de andere opdrachtdocumenten is niet in overeenstemming met voornoemde eis.

De gewestelijke administratie stelt heel regelmatig vast dat voornoemde regels niet correct worden nageleefd en/of dat er problemen zijn met betrekking tot de toepassing ervan. Zie hier een niet-limitatieve lijst met voorbeelden:

- geen selectiecriteria, en, desgevallend, evenmin een vermelding van de uitsluitingsgronden in een geval waarin de aanbestedende overheid verplicht was om daarin te voorzien;
- in het kader van een in percelen verdeelde opdracht, geen selectiecriteria of vereist niveau per perceel of geen verduidelijking met betrekking tot het feit dat de selectiecriteria en/of hun vereist niveau op alle percelen van de opdracht zonder onderscheid van toepassing zijn;
- in het kader van een overheidsopdracht verdeeld in percelen, onmogelijkheid om te controleren of het voor elk perceel vastgelegde vereist niveau voor elk kwalitatief selectie criterium geschikt is.
- verwarring tussen de verschillende soorten van selectiecriteria;
- op een open manier geformuleerde selectiecriteria (met ongedefinieerde elementen zoals "minstens", "enz." of "...");
- onduidelijk of dubbelzinnig geformuleerde selectiecriteria of formuleringen met begrippen die door de aanbestedende overheid niet of niet voldoende gedefinieerd worden (bijvoorbeeld "lokaal verankerd" service center, kantoorgebouw "met dienstkarakter", "groot renovatieproject");

- selectiecriteria zonder vastlegging van een vereist niveau (bijvoorbeeld: een CV vragen zonder een minimumervaring vast te leggen of zonder duidelijk de vereiste studie- en/of beroepsdiploma's te vermelden, een verzekering die de beroepsrisico's dekt vragen als enig kwalitatief selectiecriteria met betrekking tot de economische en financiële draagkracht, zonder vastlegging van een vereist niveau) of met een gedeeltelijk vereist niveau (bijvoorbeeld: een globale omzet en een specifieke omzet vragen, maar enkel een vereist niveau vastleggen voor de eerste, referenties vragen zonder het minimumaantal te preciseren);
- vermelding van het aantal over te maken referenties (met attest van goede uitvoering) maar zonder het vereist niveau dat deze referenties die door de aanbestedende overheid gevraagd worden moeten bereiken te vermelden (ondoelmatig criterium);
- referentie gevraagd met betrekking tot "een project voor stedelijke openbare ruimte waarvan een opdrachtgever een Belgische overheid is die onderworpen is aan de wetten met betrekking tot overheidsopdrachten" (zeer restrictief en potentieel discriminerend in het kader van een Europese overheidsopdracht);
- door de aanbestedende overheid gevraagde referenties met vermelding van een vereist niveau dat onduidelijk (wordt het te bereiken minimumbedrag bijvoorbeeld bepaald per referentie of voor alle referenties samen?), onvolledig (dit is het geval als in een kwalitatief selectiecriteria 3 referenties gevraagd worden zonder een minimale omvang of een minimaal uitvoeringsniveau te specificeren) of onzeker (met name wanneer de minimumhoeveelheid voorafgegaan wordt door "+/-") is;
- door de aanbestedende overheid gevraagde referenties met vermelding van een vereist niveau dat niet in verhouding staat tot de te plaatsen opdracht, ofwel omdat het niveau te hoog is (bijvoorbeeld een minimale jaaromzet die veel hoger is dan het dubbele van het geraamde bedrag van de opdracht zonder dat dit gerechtvaardigd is omwille van bijzondere risico's die eigen zijn aan de te plaatsen opdracht, in strijd met de bepalingen van artikel 67, § 3, lid 2, van het KB 2017 plaatsing) ofwel omdat het niveau te laag is (bijvoorbeeld referenties die een uitvoeringsfase bereiken die niet toelaat om vast te stellen of de kandidaat of inschrijver (naargelang het geval) bekwaam is om de hele opdracht uit te voeren (geslaagd zijn voor een examen of de fase van het voorontwerp hebben bereikt voor een volledige ontwerpoperdacht met werfopvolging en bijstand bij de oplevering van de werken);
- door de aanbestedende overheid gevraagde referenties zonder verduidelijking van het voorwerp van de referenties en bijgevolg zonder rechtstreeks verband met het voorwerp van de opdracht (bijvoorbeeld drie referenties van werken vragen zonder verdere toelichting);
- door de aanbestedende overheid gevraagde referenties voor werken, leveringen of diensten die "vergelijkbaar" zijn met het voorwerp van de opdracht, "van dezelfde aard", "van overeenstemmende aard", "van dezelfde omvang" ... (het vereiste niveau en het voorwerp zijn onnauwkeurig);
- door de aanbestedende overheid gevraagde referenties onder de vorm van een "lijst met de voornaamste vergelijkbare diensten (opdracht van bijstand aan de opdrachtgever)" waarvan het referentieniveau geen rechtstreeks verband had met het voorwerp van de opdracht ("drie referenties van werken, met een minimumbedrag van 10.000.000 euro excl. btw");
- door de aanbestedende overheid gevraagde studiediploma's, ervaring of referenties met vermelding van het diploma, een bijzondere ervaring of het voorwerp van de referenties zonder dat deze direct verband houden met het voorwerp van de opdracht (een dergelijke tekortkoming is overigens van aard om het voormelde principe van mededinging te schenden);
- referentieperiode die wordt verlengd zonder dat wordt aangetoond dat het noodzakelijk is om de mededinging uit te breiden;
- bewijsmiddel van toepassing op een selectiecriteria wordt niet gepreciseerd (bijvoorbeeld: studie- en beroepsdiploma's die voor bepaalde beroepen opgenomen in de beschrijving van de minimale samenstelling van het team aanvaard worden, terwijl het geen of weinig gereguleerde beroepen betreft);
- bewijsmiddel voor een selectiecriteria is niet in overeenstemming met de wet (bijvoorbeeld attesten van goede uitvoering in het kader van een overheidsopdracht voor leveringen of diensten, verplicht bankverklaring waarvan de inhoud de inhoud van het door de wet bepaalde model van bankverklaring ruimschoots overschrijdt);
- twijfel over de identiteit van de personen waarop een kwalitatief selectiecriteria betrekking heeft in het kader van een opdracht van het type DBFM;

- selectiecriteria niet of niet volledig vermeld in de opdracht aankondiging, in strijd met de bepalingen van artikel 65, eerste lid, van het KB 2017 plaatsing;
- een maximaal aantal pagina's voor bepaalde gevraagde informatie vastleggen zonder te vermelden wat er zal gebeuren met de informatie op de overvloedige pagina's;

Voor wat het ontbreken van het vereiste niveau betreft: zie met name RvS (6e kortgedingkamer), 22 januari 2021, nr. 249.563, s.r.l. Liège Dépannage et services.

Er wordt een specifiek punt gewijd aan de tekortkomingen in de regelgeving betreffende de erkenning van aannemers van werken, dat hieronder wordt overgenomen.

1.4.4.12. Tekortkomingen bij het bepalen van de selectiecriteria met betrekking tot de erkenning van aannemers van werken

Er wordt herinnerd aan de algemene selectieregels in het vorige punt.

Artikel 3 van de wet 1991 erkenning verplicht aanbestedende overheden de uitvoering van hun overheidsopdrachten en concessies voor werken toe te vertrouwen aan aannemers (zowel privaats- als publiekrechtelijke personen), die op het moment van de sluiting van de overheidsopdracht of van de concessieovereenkomst ofwel hiervoor erkend zijn, ofwel het bewijs geleverd hebben dat zij voldoen aan de voorwaarden opgelegd door of krachtens deze wet, als de geraamde waarde het bedrag bedoeld in artikel 2 van het koninklijk besluit van 26 september 1991 tot vaststelling van bepaalde toepassingsmaatregelen van de wet van 20 maart 1991 houdende regeling van de erkenning van aannemers van werken overschrijdt, zijnde:

- 75.000 euro excl. btw voor werken ingedeeld in categorieën ;
- 50.000 euro excl. btw voor werken ingedeeld in ondercategorieën .

Tot dit bedrag mogen de andere overheidsopdrachten voor werken en concessies voor werken slechts worden uitgevoerd door aannemers (zowel privaats- als publiekrechtelijke personen), die op het moment van de sluiting voldoen aan de voorwaarden voorzien in artikel 4, § 1, 1°, 4° en 7°, van de wet 1991 erkenning.

Artikel 3, § 4 van voormeld koninklijk besluit van 26 september 1991 bepaalt dat voor de gunning van een opdracht de vereiste erkenningsklasse degene is die overeenstemt met het goed te keuren bedrag van de inschrijving.

Artikel 5, § 7, van hetzelfde koninklijk besluit bepaalt daarnaast dat de categorie of ondercategorie waarin een opdracht die werken omvat die in verscheidene categorieën en/of ondercategorieën gerangschikt zijn, moet worden gerangschikt degene is waartoe het gedeelte van het uit te voeren werk behoort waarvan het bedrag het grootste percentage van het bedrag van de opdracht vertegenwoordigt en dat, indien het werk werken van verschillende aard omvat waarvan de relatieve belangrijkheid ongeveer gelijk is, het gerangschikt mag worden in meerdere van de betreffende categorieën of ondercategorieën, maar dat de opdrachtnemer in elk geval slechts erkend dient te zijn in één van de voorgeschreven categorieën of ondercategorieën.

De gewestelijke administratie stelt eveneens regelmatig tekortkomingen vast met betrekking tot de formulering van de eisen van de aanbestedende overheid op het vlak van de erkenning van de aannemers voor werken in het kader van de kwalitatieve selectie. Een paar voorbeelden:

- erkenning vereist buiten overheidsopdrachten voor werken en concessies voor werken;
- minimale eisen inzake erkenning in een bepaalde klasse op basis van de raming en niet op basis van het bedrag van de goed te keuren offerte;
- erkenning vereist in meerdere (onder)categorieën tegelijkertijd;
- (onder)categorie komt niet overeen met het voorwerp van de opdracht;
- in het kader van een in percelen verdeelde opdracht, geen vereiste per perceel;
- erkenning vereist in een ondercategorie voor een perceel met een geraamd (en nadien gegund) bedrag van minder dan 50.000 euro excl. btw;

- eisen dat alle personen die in enig stadium als onderaannemer optreden, ingeschreven zijn op de lijst van de erkende aannemers en houder zijn van een erkenning in de categorie die overeenstemt met de aard van de hun toevertrouwde werken en in de met hun aandeel in de opdracht overeenkomende klasse, zonder rekening te houden met het feit dat een erkenning niet vereist mag worden op basis van het bedrag van de werken die hun worden toevertrouwd;
- de aanbestedende overheid legt een restrictiever of dwingender bewijsmiddel op dan bij wet vereist.

Voor wat de vereiste erkenningsklasse in geval van een raamovereenkomst bij een in percelen verdeelde opdracht betreft: zie met name RvS (6e kortgedingkamer), 25 maart 2015, nr. 230.653, s.a. Fodetra.

1.4.4.13. Problemen in verband met de vaststelling van criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te verminderen

Artikel 79 van de wet 2016 OO legt het wettelijk basiskader vast voor de beperking van het aantal kandidaten waar de aanbestedende overheid een beroep op kan doen in niet-openbare procedures, mededingingsprocedures met onderhandeling, concurrentiegerichte dialogen en innovatieve samenwerkingsverbanden, met het oog op een beperking van het aantal te ontvangen en dus te onderzoeken offertes in het kader van de plaatsingsprocedure. Ook dit is niet nieuw aangezien artikel 58, § 3, van het KB 2011 plaatsing al in die mogelijkheid voorzag.

In voorkomend geval verloopt de selectie in drie opeenvolgende fasen:

- controle op afwezigheid van uitsluitingsredenen;
- controle op het voldoen aan de kwalitatieve selectiecriteria;
- beoordeling en rangschikking van de gekwalificeerde kandidaten op basis van beperkende regels of criteria die vooraf kenbaar werden gemaakt in de aankondiging van de opdracht.

45

Er moet goed onderscheid worden gemaakt tussen de kwalitatieve selectiecriteria en de criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken aangezien ze verschillende doelen nastreven:

- de eerste zijn erop gericht alle kandidaten te identificeren die over de bekwaamheden beschikken die minimaal nodig zijn om de opdracht uit te voeren. In dat stadium is het niet aan de aanbestedende overheid om de waarde van de voorgelegde elementen te beoordelen, behalve om het bestaan of de afwezigheid vast te stellen van de bekwaamheden die zij heeft vastgesteld als minimale voorwaarden voor deelname aan de plaatsingsprocedure. De gekwalificeerde kandidaten worden op voet van gelijkheid aangeduid;
- de tweede zijn erop gericht om, onder de gekwalificeerde kandidaten, die kandidaten aan te duiden die een meerwaarde zullen bieden tijdens de uitvoering van de opdracht, op basis van een waardeoordeel door de aanbestedende overheid op basis van duidelijk bepaalde en vooraf aangekondigde elementen. De beslissing die hieruit volgt is bedoeld om een rangschikking te maken van de gekwalificeerde kandidaten en alleen de best gerangschikte gekwalificeerde kandidaten zullen worden geselecteerd en kunnen worden verzocht om een offerte in te dienen of in dialoog te gaan.

De voornoemde beperking gebeurt voor zover het minimumaantal gekwalificeerde kandidaten beschikbaar is. De opgave van dat minimumaantal (vijf in het geval van de niet-openbare procedure en drie voor de andere hierboven genoemde plaatsingsprocedures) is alleen verplicht voor de overheidsopdrachten die onderworpen zijn aan Europese bekendmaking. Opgave van een maximumaantal kandidaten is niet verplicht. Het aantal uitgenodigde kandidaten moet in elk geval volstaan om daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

Rekening houdend met de negatieve impact die de toepassing van criteria of regels om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken kan hebben op de deelname van bepaalde gekwalificeerde kandidaten aan de latere fase van de plaatsingsprocedure, is het belangrijk dat die criteria en regels objectief en niet-discriminerend zijn. Zowel die criteria of regels als hun bewijsmiddel moeten overigens voldoende duidelijk zijn geformuleerd zodat de naleving van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling vermeld in artikel 4 van de wet 2016 OO gewaarborgd is.

In dat verband heeft de gewestelijke administratie al volgende tekortkomingen kunnen vaststellen:

- onduidelijkheid van bepaalde criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken;
- ingewikkelde formulering van bepaalde criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken, waardoor het lastig is om ze goed te begrijpen (bijvoorbeeld: "De aanbestedende overheid waardeert op basis van de nota gevraagd in punt XXX, de specifieke kenmerken en bekwaamheden van het multidisciplinair team om specifiek te beantwoorden aan het voorwerp van de opdracht, op basis van de beroepsbekwaamheden gedefinieerd in punt XXX. Er wordt verwacht dat de vereniging een synergie tussen de bekwaamheden tot stand kan brengen en actief de complexiteit van de reflecties afkomstig van die vakgebieden integreert.");
- hantering van subjectieve begrippen als "relevante referenties" of "gepaste bekwaamheid en ervaring" zonder elementen te vermelden die als vergelijkings- of referentiepunt kunnen dienen;
- afwezigheid van een eis in verband met het bewijsmiddel;
- afwezigheid van informatie over de manier waarop de criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken zullen worden toegepast;
- een zekere verwarring tussen kwalitatieve selectiecriteria en criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken;
- keuze van criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken die er eerder op gericht lijken de intrinsieke waarde van een toekomstige offerte te beoordelen (manier waarop de kandidaat zich zal organiseren om de opdracht uit te voeren, goed begrip van het project door de aanbestedende overheid, ...).

1.4.4.14. Gunningscriteria

Artikel 66, § 1, van de wet 2016 OO bepaalt dat de opdrachten worden toegekend op basis van de gunningscriteria vastgesteld conform artikel 81. Dat laatste artikel verplicht om de overheidsopdrachten te gunnen door zich te baseren op de economisch meest voordelige offerte, die wordt vastgesteld:

- ofwel op basis van de prijs ;
- ofwel op basis van de kosten (volgens een benadering op basis van de kosteneffectiviteit);
- ofwel op basis van de beste verhouding prijs of kosten/kwaliteit.

Overigens moeten de gunningscriteria voldoen aan bepaalde eisen, met name:

- ze moeten verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan;
- ze mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft;
- ze moeten de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgen;
- ze gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de offertes aan de gunningscriteria voldoen;
- ze moeten worden vermeld in de aankondiging van de opdracht of in een ander opdrachtdocument;
- de overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk aan of hoger is dan de bedragen voor Europese bekendmaking, moeten worden gewogen tenzij de opdracht uitsluitend op basis van de prijs wordt toegekend.

Ook al is het, om het transparantiebeginsel van artikel 4 van de wet 2016 OO te waarborgen, belangrijk dat de gunningscriteria op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijze zijn opgesteld en vooraf worden aangekondigd, toch is de aanbestedende overheid niet verplicht om voor de indiening van de offertes de inschrijvers op de hoogte te brengen van de methodologie die zij zal gebruiken om de offertes te beoordelen ten opzichte van die criteria, mits naleving van bepaalde voorwaarden waar de Raad van State aan herinnert (vaste rechtspraak, zie in het bijzonder RvS (6e kortgedingkamer), 30 maart 2021, nr. 250.271, s.a. Duchêne en crts): "Zij beschikt dus over een zekere vrijheid om haar beoordeling uit te voeren en mag bijgevolg, zonder wijziging van de gunningscriteria die zijn vastgesteld in het bestek of in de aankondiging van de opdracht, haar eigen onderzoek en analyse van de voorgelegde offertes structureren. (...) die beoordelingsmethode mag echter geen willekeurig of onsamenhangend karakter vertonen. Niet alleen mag ze niet tot gevolg hebben dat de aangekondigde

criteria veranderen, waardoor ze onvoorspelbaar zouden worden, maar ze moet ook op dezelfde wijze worden toegepast op alle offertes, anders zou ze de gelijkheid van behandeling tussen de inschrijvers niet naleven. De aldus gebruikte beoordelingsmethode moet begrepen kunnen worden bij het lezen van de motivering van de bestreden akte." (vrije vertaling)

1.4.4.14.1. Kwalitatieve selectiecriteria versus gunningscriteria

In tegenstelling tot de gunningscriteria die dienen om objectief te bepalen welke offerte de economisch meest voordelige is, zijn de kwalitatieve selectiecriteria bedoeld om te bepalen welke van alle kandidaten of inschrijvers beschikken over de bekwaamheden die minimaal nodig zijn om de opdracht uit te voeren.

Artikel 68, § 4, van het KB 2017 plaatsing stelt een lijst op van bewijsmiddelen van de technische bekwaamheid van de ondernemers, waaronder een lijst van de voornaamste diensten die werden verricht gedurende een bepaalde periode (meestal de afgelopen drie jaar) en, voor zover ze niet als gunningscriterium worden gehanteerd, de studiediploma's en beroepskwalificaties van de dienstverleners of van het leidinggevend personeel van de onderneming.

Nochtans heeft de gewestelijke administratie, in een dossier dat haar tijdens de referentieperiode voor administratief toezicht werd toegezonden, erop gewezen dat de aanbestedende overheid enerzijds het aantal referenties van gelijkaardige studies en anderzijds de samenstelling van het team dat zou worden toegewezen aan het project (beoordeeld op basis van de cv's van de personen die de inschrijver voorstelt voor het project) hanteerde als gunningscriteria, terwijl de lijst van personen die belast zijn van het project al een kwalitatief selectiecriterium was.

In een ander dossier heeft een plaatselijk bestuur aan elke inschrijver gevraagd als bewijs van zijn technische en professionele bekwaamheid om de opdracht uit te voeren een verklaring over te maken met betrekking tot de wijze waarop hij van plan is de te leveren diensten te verstrekken. Naast het feit dat de gevraagde informatie zeer beperkt omschreven was, viel deze echter evenmin onder de kwalitatieve selectie, maar had ze gevraagd moeten worden om de economisch meest voordelige offerte te bepalen op basis van een kwalitatief gunningscriterium.

1.4.4.14.2. Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - ontbreken van gunningscriteria buiten de toegelaten gevallen

Artikel 42, § 3, tweede lid, van de wet 2016 OO specificeert het volgende: "is, behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten, het artikel 81 betreffende de gunningscriteria niet van toepassing wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de onderstaande gevallen:

- 1° de diverse gevallen waarin slechts één ondernemer kan worden geraadpleegd zoals bedoeld in de paragraaf 1, 1°, d), 2°, of 4°, b), ongeacht het geraamde bedrag;
- 2° in het geval van dwingende spoed zoals bedoeld in de paragraaf 1, 1°, b), voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag lager ligt dan de betreffende drempel voor de Europese bekendmaking;
- 3° wanneer het gaat om op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte leveringen als bedoeld in de paragraaf 1, 4°, c), voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag lager ligt dan de betreffende drempel voor de Europese bekendmaking;
- 4° wanneer het gaat om de aankoop van leveringen of diensten tegen bijzonder gunstige voorwaarden in de onder de in paragraaf 1, 3°, bedoelde gevallen, voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag lager ligt dan de drempels voor de Europese bekendmaking alsook, desgevallend, voor de gelegenheidsaankopen als bedoeld in de paragraaf 1, tweede lid."

De Memorie van toelichting bij deze wet verklaart met betrekking tot die bepaling: "In het tweede lid wordt, wanneer gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, in een aantal uitzonderingen voorzien op het verplicht gebruik van gunningscriteria die op heden vervat zijn in artikel 107, tweede lid, 2° en 4°, van het koninklijk besluit van 15 juli 2011. Voor

zover kan dienen past het erop te wijzen dat de aanbestedende overheid, indien zij het nuttig acht, deze bepalingen kan opleggen via de opdrachtdocumenten."

De bovengenoemde uitzonderingen hebben dus wel degelijk betrekking op de verplichting om te voorzien in gunningscriteria en niet op de wettelijke eisen met betrekking tot de keuze en de formulering van de gunningscriteria zoals vermeld in artikel 81 van de wet 2016 OO. Die uitzonderingen moeten strikt worden geïnterpreteerd.

Maar hoewel volgens artikel 107, tweede lid, van het KB 2011 plaatsing inderdaad met name het gebruik van de OPZB van artikel 26, § 1, 1°, a), van de wet 2006 OO (geval gelijkwaardig met het gebruik van de OPZVB in toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, a), van de wet 2016 OO) gold als een uitzondering op de verplichting tot het gebruik van gunningscriteria, werd die uitzondering geschrapt in de nieuwe wet die van kracht is sinds 30 juni 2017.

Toch stelde de gewestelijke administratie in de referentieperiode vast dat een Brusselse plaatselijke aanbestedende overheid die ervoor had gekozen een overheidsopdracht te plaatsen met gebruik van de OPZVB in toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, a), van de wet 2016 OO, uitdrukkelijk in de opdrachtdocumenten vermeldde dat zij had beslist om geen enkel gunningscriterium vast te stellen, zonder dat zij zich evenwel kon beroepen op een van de vier hierboven aangehaalde wettelijke uitzonderingen.

1.4.4.14.3. Niet (voldoende) transparante gunningscriteria

Artikel 81 van de wet 2016 OO verplicht de aanbestedende overheid om overheidsopdrachten te gunnen op basis van de economisch meest voordelige offerte en om in de aankondiging van opdracht of in een ander opdrachtdocument de gunningscriteria die ze van plan is toe te passen te vermelden.

Deze criteria moeten verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van de levenscyclus ervan. Ze mogen er niet toe leiden dat de aanbestedende overheid onbeperkte keuzevrijheid heeft. Ze moeten de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging waarborgen en vergezeld gaan van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen in welke mate de offertes aan de gunningscriteria voldoen.

Deze criteria mogen de aanbestedende overheid geen onbeperkte keuzevrijheid voor de gunning van de opdracht aan een inschrijver geven. Een dergelijke onbeperkte keuzevrijheid is er bijvoorbeeld als de gunningscriteria vaag en onnauwkeurig zijn.

De gewestelijke administratie heeft tijdens de referentieperiode herhaaldelijk vastgesteld dat in de dossiers die werden toegezonden voor administratief toezicht sommige bepalingen in verband met de gunningscriteria, sub-gunningscriteria of met de beoordelingsmethode van de offerte op basis van die (sub-)criteria onnauwkeurig, dubbelzinnig of onduidelijk waren.

Een paar voorbeelden:

- gunningscriterium met een titel beperkt tot "kwaliteit van de voorgestelde diensten", "technische waarde van de offerte" of "relevantie en geschiktheid van de werkmethode voorgesteld door de inschrijver";
- er wordt een quoteringmethode vermeld, die echter vele vragen oproept met betrekking tot de correcte uitvoering ervan;
- subgunningscriterium met betrekking tot de binneninrichting voor een overheidsopdracht voor diensten. Onder de beoordelingselementen lezen we "aantal kantoorverdiepingen". Het is voor de inschrijvers onmogelijk om op basis van deze vermelding te bepalen hoe de offertes beoordeeld zullen worden in functie van het aantal voorgestelde verdiepingen;
- gunningscriteria met niet-exhaustieve of niet-gedefinieerde elementen in de omschrijving ("etc.", "...", "onder andere");
- berekeningsformule om de globale kostprijs van de offertes te bepalen die meerdere problematische elementen bevat, zoals het feit dat de formule bepaalt dat het bedrag R2, dat

driemaandelijks gefactureerd moet worden, met 10 vermenigvuldigd zal worden (in plaats van met 40 aangezien het een opdracht met een looptijd van 10 jaar betreft) en geen rekening houdt met de waarde van een deel van de prestaties (R3);

- gunningscriterium met betrekking tot de afkomst van het product, waarbij de voorkeur gegeven wordt aan een Belgische afkomst (maximum van de punten). Naast het feit dat dit aspect noodzakelijkerwijs een invloed heeft op de koolstofvoetafdruk van de producten die het voorwerp van de opdracht uitmaken (element dat reeds het voorwerp uitmaakte van een ander gunningscriterium in het kader van deze opdracht), is een dergelijk criterium *a priori* niet verenigbaar met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel aangehaald in artikel 4 van de wet 2016 OO. Anderzijds was het niet duidelijk op welke manier dit gunningscriterium zal toegepast worden, aangezien het niet vergezeld gaat van voldoende verduidelijkingen om de inschrijvers toe te laten nauwkeurig en nuttig, met kennis van zaken, te voldoen aan de eisen die de aanbestedende overheid verwacht om het transparantiebeginsel waarvan sprake in artikel 4 van de wet 2016 OO te garanderen.

Tot slot kan in bepaalde gevallen de reikwijdte zelf van een contractuele bepaling voor verwarring zorgen, zoals wanneer een element wordt genoemd dat als een "troef" wordt beschouwd, zonder te voorzien in een gunningscriterium dat toelaat de intrinsieke waarde van dit element te valoriseren.

1.4.4.14.4. Quoteringsregel die het verschil in intrinsieke waarde tussen de offertes niet voldoende weerspiegelt

Een plaatselijk bestuur bepaalde voor een gunningscriterium van het type "laagste prijs" dat het maximumaantal punten toegekend zou worden aan de inschrijver die de laagste realistische erelonen zou voorstellen en dat de andere inschrijvers een bepaald aantal punten zouden krijgen op basis van de rangschikking van hun offerte (de laagste offerte moest 10 punten krijgen, de tweede 8 punten, de derde 6 punten, de vierde 4 punten en de vijfde 2 punten), dat de offerte die erelonen voorstelde die hoger lagen dan de raming van het bedrag van de opdracht 0 punten moest krijgen en dat de offerte die een prijs per gedeelte voorstelt die hoger ligt dan de raming per gedeelte meegedeeld in een andere bepaling van het bestek, 5 punten verliest (met de vermelding echter dat het saldo van de punten voor dit criterium niet lager mag zijn dan 0 punten in totaal). Een dergelijke quoteringsregel, die inhoudt dat elke offerte een vooraf bepaald aantal punten toegekend krijgt op basis van de plaats die ze in de rangschikking inneemt of van de wijze waarop ze zich tegenover het totale geraamd bedrag of het geraamde bedrag per gedeelte verhoudt, weerspiegelt niet het belang van de bestaande reële verschillen tussen de erelonen van de verschillende offertes.

De volgende quoteringsregels laten evenmin toe de daadwerkelijke verschillen in kwaliteit tussen de offertes op voldoende nauwkeurige en gedifferentieerde wijze weer te geven, aangezien de quoteringsregels met punten niet toelaat het verschil in intrinsieke waarde tussen de offerte correct en proportioneel weer te geven:

- "uitstekend: 10 punten - goed: 8 punten - voldoende: 6 punten - onvoldoende: 4 punten - slecht: 2 punten - zeer slecht of onmogelijk te beoordelen: 0 punten" (kwaliteit van de aanpak en de oplossing op technisch vlak);
- "uitstekend: 10 punten - goed: 5 punten - geen initiatieven op milieuvlak: 0 punten" (ecoscore).

Dergelijke quoteringsmethodes zijn in strijd met de basisbeginselen van proportionaliteit, gelijke behandeling van de inschrijvers en transparantie, vermeld in artikel 4 van de wet 2016 OO.

1.4.4.14.5. Quoteringsregel met een risico op disproportionele gevolgen voor de rangschikking van de offertes

In het kader van een overheidsopdracht voor werken met aankoop van het terrein, heeft de gewestelijke administratie vastgesteld dat een van de gunningscriteria vastgelegd in de administratieve clausules van het bestek in strijd was met het evenredigheidsbeginsel zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2017 OO.

Meer bepaald was het criterium "toegankelijkheid/plaats" (10 punten) onderverdeeld in 4 subcriteria:

- toegankelijkheid voor een voetganger (2,5 punten):
- toegankelijkheid voor een fietser (2,5 punten):
- toegankelijkheid voor een auto (2,5 punten):
- compatibiliteit van de functie van het gebouw met de onmiddellijke omgeving (2,5 punten).

Voor elk van de voormelde 3 eerste subcriteria was vermeld dat de punten zouden worden toegekend via een formule die rekening hield met de afstand tussen de door de inschrijver voorgestelde site en

- het gemeentehuis (afstand vermenigvuldigd met 2);
- de dichtstbijzijnde tram-/metrohalte:
- de dichtstbijzijnde bushalte:
- het dichtstbijzijnde station.

Bovendien zou de totale verkregen afstand met 2 vermenigvuldigd worden als de voorgestelde site zich in een doodlopende straat zou bevinden. Ten slotte zou de totale afstand met 1,5 vermenigvuldigd worden als de voorgestelde site zich in een eenrichtingsstraat bevond.

De verschillende voormelde vermenigvuldigingen van afstanden lijken niet relevant in het kader van de eerste twee gunningscriteria (toegankelijkheid voor een voetganger en voor een fietser) en zouden een invloed kunnen hebben op de rangschikking van de offertes, zonder dat de aanbestedende overheid de redenen hiervoor objectief aantoont.

Daarnaast maken deze vermenigvuldigingen geen onderscheid tussen de situaties op basis van de inplanting van de site in de straat (bijvoorbeeld aan het begin of aan het einde van een doodlopende straat). De toepassing ervan had dan ook een disproportioneel effect kunnen hebben op de rangschikking van de offertes.

In andere dossiers werd het *a priori* ongeschikte karakter van de weging van bepaalde subgunningscriteria aangeklaagd, omdat dit tot gevolg had dat de relevantie van het gunningscriterium met betrekking tot de prijs en de motivering van de keuze voor de offerte die als de economisch meest voordelige beschouwd werd verminderde. Dit was onder meer het geval voor twee subcriteria met betrekking tot de prijs met een gelijke weging terwijl in absolute waarde, rekening houdend met de ontvangen offertes, het bedrag van de prestaties die onder het eerste subcriterium vielen bij benadering gemiddeld tien keer hoger lag dan het bedrag dat betrekking had op de prestaties die vielen onder het tweede subcriterium.

1.4.4.14.6. Evaluatie van de kwaliteit van de offertes door te vergelijken met de beste offerte

In het kader van de bepaling van meerdere gunningscriteria vermeldde een plaatselijk bestuur in de documenten van zijn opdracht dat "de beste offerte 100 % van de gegunde punten zal krijgen, de andere offertes zullen geëvalueerd worden op basis van hun kwaliteit in vergelijking met hun relatieve waarde ten opzichte van de beste offerte."

Een dergelijk quoteringssysteem houdt geen rekening met de intrinsieke waarde van de offertes maar wel met hun waarde ten opzichte van de waarde van een andere offerte. De gewestelijke administratie is van mening dat deze methode een duidelijk risico op schending van het transparantie-, het gelijkheids- en het niet-discriminatiebeginsel zoals vastgelegd in artikel 4 van de wet 2016 OO inhoudt.

1.4.4.14.7. Gunningscriterium dat verwijst naar informatie die niet vermeld staat in de opdrachtdocumenten - gebrek aan transparantie

In het kader van de bepaling van een gunningscriterium dat op 10 punten gewogen werd, heeft een Brussels plaatselijk bestuur vermeld dat voor "elke inschrijver die een prijs per gedeelte heeft voorgesteld die boven de raming per gedeelte meegedeeld in punt 1.1. van de administratieve clausules van dit bestek ligt, 5 punten zullen worden afgetrokken van het totaal van de punten verkregen voor het criterium van de erelonen, waarbij het saldo van de punten voor het totaal van dit criterium nooit minder dan 0 kon bedragen." Welnu, na controle bleek dat de raming per gedeelte niet vermeld stond in voormeld punt 1.1.

Het ontbreekt een dergelijke regel aan transparantie, in strijd met artikel 4 van de wet 2016 OO.

1.4.4.14.8. Gunningscriterium met betrekking tot de prijs - tegenstrijdigheden met betrekking tot de samenstelling en de bepaling van de prijs - gebrek aan transparantie - risico op onvergelykbare offertes

In het kader van een overheidsopdracht voor werken van een Brussels plaatselijk bestuur met als voorwerp de prefinanciering, het ontwerp en de bouw van een nieuw gebouw, bevatten de opdrachtdocumenten informatie die het goede begrip en de uitvoering van het gunningscriterium met betrekking tot de prijs in de weg stonden. De administratieve clausules van zijn bestek vermeldden immers:

- met betrekking tot de wijze van prijsbepaling en de prijssamenstelling: dat het gaat om een opdracht tegen globale prijs in de zin van artikel 2, 3°, van het KB 2017 plaatsing en dat de prijs de kosten voor het ontwerp en de uitvoering van de werken omvat, evenals de kosten voor de financiering van de investering;
- met betrekking tot het eerste gunningscriterium (globale kostprijs van het project): dat de offertes geëvalueerd zullen worden op basis van hun globale kostprijs voor de volgende prestaties: ontwerp van het project, verwezenlijking van het project en financiering van de investering.

51

De twee voormelde bepalingen vermelden noch de prijs voor de aankoop van het terrein noch die van de vereiste optie. In het offerteformulier verplichtte de aanbestedende overheid de inschrijvers desondanks om de volgende twee globale prijzen over te maken:

- een prijs voor de aankoop van het terrein;
- een prijs voor de bouw.

Er werd geen afzonderlijke prijs gevraagd voor het ontwerp van de werken, de financiering van de investering en de vereiste optie.

Zonder nadere verduidelijking van de aanbestedende overheid is het moeilijk een bepaald verband tussen al deze constitutieve elementen van de prijs van de opdracht vast te stellen. In deze zin ontbreekt het de opdrachtdocumenten aan transparantie, in strijd met de bepalingen van artikel 4 van de wet 2016 OO. Daarnaast creëert een dergelijke tegenstrijdigheid een niet-verwaarloosbaar risico dat de door de inschrijver voorgestelde prijzen betrekking hebben op verschillende prestaties, wat een probleem zou stellen voor de beoordeling van de intrinsieke waarde van de offertes en hun vergelijking.

Ten slotte stelde een van de administratieve clausules van het bestek dat de prijs voor de aankoop van het terrein die de opdrachtnemer voorstelt in zijn offerte (zoals gekozen door de aanbestedende overheid op het ogenblik van de gunning van de opdracht) niet noodzakelijkerwijs de prijs is die de aanbestedende overheid uiteindelijk zou betalen. Er wordt immers opgemerkt dat deze aankoopprijs nog gecontroleerd zou moeten worden door een erkend landmeter-expert aangeduid door de aanbestedende overheid tijdens de looptijd van de opdracht en dat het deze landmeter-expert is die de aankoopprijs definitief zou moeten bepalen. In een andere bepaling van de administratieve clausules van het bestek gaf de aanbestedende overheid nochtans duidelijk aan dat "de eigendomsoverdracht van het terrein en het bouwwerk vrij en onbelast van alle zakelijke en persoonlijke rechten moet gebeuren, zonder dat de aanbestedende overheid gehouden is tot enige andere betaling dan de in de

offerte van de opdrachtnemer vastgelegde aankoopprijs". De duidelijke tegenstrijdigheid tussen deze twee bepalingen doet onzekerheid ontstaan over de wijze van de prijsbepaling van de opdracht (opdracht tegen globale prijs).

1.4.4.15. Leidende ambtenaar versus gemachtigde ambtenaar - verwarring en ontbreken van verwijzing naar een voorafgaande akte van delegatie

Het begrip leidende ambtenaar dient onderscheiden te worden van het begrip gemachtigde ambtenaar.

Voor de Brusselse gemeenten kent artikel 236, § 3, van de NGW uitdrukkelijk aan het college van burgemeester en schepenen de bevoegdheid toe om de opvolging van de uitvoering van overheidsopdrachten te garanderen en alle beslissingen te nemen die nodig zijn in het kader van de uitvoering van deze overheidsopdrachten. Het is dus de leidende ambtenaar. Het begrip gemachtigde ambtenaar duikt op als het college van burgemeester en schepenen, overeenkomstig artikel 236, § 4, van de NGW, voormelde bevoegdheid overdraagt aan de gemeentesecretaris of aan een of meerdere bij naam aangewezen ambtenaren, behalve de bevoegdheid voor het wijzigen van de overheidsopdracht in uitvoering. De ambtenaar die vermeld zal worden in de kennisgeving van de sluiting van de opdracht en wiens bevoegdheden in deze kennisgeving uiteengezet en afgebakend moeten worden, mag dus niet de "leidende ambtenaar" genoemd worden, maar moet de "gemachtigde ambtenaar" genoemd worden. Dit is niet altijd het geval.

Aangezien het een gedelegeerde bevoegdheid betreft, is het aan het college van burgemeester en schepenen om in die zin een formele beslissing te nemen. Er wordt echter regelmatig vastgesteld dat de gemeenteraad, het beslissingsorgaan dat bevoegd is voor de bepaling van de voorwaarden van de opdracht, voorziet in een dergelijke delegatie in de opdrachtdocumenten zonder dat in het dossier overgemaakt aan de gewestelijke administratie ook maar de minste verwijzing zit naar een voorafgaande beslissing van het college van burgemeester en schepenen met betrekking hiertoe.

Aangezien een gelijkaardige bepaling ontbreekt voor het OCMW, kan er geen specifieke delegatie voor de opvolging van de uitvoering van de opdracht gegeven worden, zodat een medewerker van een OCMW voorbereidende handelingen van een door het bevoegd beslissingsorgaan genomen beslissing enkel uitvoeren.

1.4.4.16. Borgstelling - niet geëist of ongepaste clause

De borgstelling vormt voor de aanbestedende overheid de enige financiële garantie voor de goede uitvoering van de opdracht door de opdrachtnemer. Ze kan er dan ook enkel afstand van doen in de situaties vastgelegd in de eerste paragraaf van artikel 25 van het KB AUR of in naar behoren gemotiveerde gevallen, wanneer de bijzondere vereisten van de opdracht het noodzakelijk maken er afstand van te doen.

De gewestelijke administratie heeft reeds kunnen vaststellen dat er geen borgstelling geëist werd in een niet door de Koning vastgelegde situatie en zonder dat dit naar behoren gemotiveerd werd.

Daarnaast was ze van mening dat de motivering van een beslissing om af te zien van het vragen van een borgstelling in het kader van een overheidsopdracht voor architectuurdiensten, die louter gebaseerd was op het feit dat "aangezien de erelonen uitbetaald worden naarmate het project vordert, voor uitgevoerde diensten, en het project over een lange periode loopt, die in de gunningsfase niet bepaald wordt, is het niet nodig een borgstelling te vragen" niet relevant was. Dergelijke overwegingen, die inherent zijn aan alle overheidsopdrachten voor architectuurdiensten, vormen immers volstrekt geen bijzondere vereisten van de opdracht. In een ander dossier bleken overwegingen zoals "de opdrachtnemer niet financieel bestraffen vanaf het begin van de opdracht" en "de mededinging bevorderen", die door de aanbestedende overheid werden ingeroepen om het niet eisen van de borgstelling te motiveren, evenmin bijzondere omstandigheden van de voormelde opdracht te zijn en lijken deze op een stijlclausule.

De regels met betrekking tot de borgstelling (omvang en bedrag, stelling, vrijgave ...) moeten aan de bijzonderheden van elke opdracht aangepast worden, bijvoorbeeld bij raamovereenkomsten, opdrachten met opeenvolgende bestellingen, opdrachten van onbepaalde duur, naargelang de

vastgelegde opleveringsmodaliteiten (een enkele of meervoudige voorlopige oplevering(en) of geen voorlopige oplevering), enz. Dit is niet altijd het geval.

Hoewel artikel 25, § 1, van het KB AUR de gevallen opsomt waarin een borgstelling niet vereist is, mag de aanbestedende overheid hier anders over beslissen door een andersluidende bepaling op te nemen in de opdrachtdocumenten. Bij een in percelen verdeelde opdracht zou er eveneens aan gedacht moeten worden een bijzondere regel met betrekking tot de borgstelling vast te leggen indien meerdere percelen aan dezelfde ondernemer gegund zouden worden, indien de geraamde individuele waarde van elk perceel de aanbestedende overheid toelaat geen borgstelling te eisen maar de gecumuleerde waarde van deze percelen de drempel waaronder geen borgstelling vereist is overschrijdt.

1.4.4.17. (Verplichte) herzieningsclausules: afwezig, onvolledig of niet in overeenstemming met de eisen van artikel 38 van het KB AUR

Bij zijn inwerkingtreding op 30 juni 2017 legde het nieuwe artikel 37 van het KB AUR het beginsel vast dat opdrachten en raamovereenkomsten enkel zonder nieuwe plaatsingsprocedure kunnen worden gewijzigd in de gevallen voorzien in Afdeling 5 van Hoofdstuk 2 van dat koninklijk besluit. Bij die toegelaten gevallen voor wijziging staan ook de herzieningsclausules waarvan de basisregels worden gedefinieerd in artikel 38 van het KB AUR.

Er bestaat geen wettelijke definitie van een herzieningsclausule. Toch kan worden gesteld dat het gaat om een contractuele bepaling die is opgenomen in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten, en bedoeld is om een aantal regels vast te stellen die alleen zullen worden toegepast indien zich een voor de aanbestedende overheid voorzienbare gebeurtenis voordoet, teneinde de betreffende overheidsopdracht te wijzigen tijdens zijn uitvoeringsperiode. Een herzieningsclausule informeert de ondernemers die belang stellen in de opdracht over de mogelijkheid van een dergelijke wijziging zodat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling worden nageleefd en om te garanderen dat er geen gevaar is voor favoritisme en willekeur vanwege de aanbestedende overheid die gebonden is door de opdrachtdocumenten (het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*).

53

Een dergelijke bepaling laat de aanbestedende overheid toe om te anticiperen op bepaalde problemen in het kader van de uitvoering van een overheidsopdracht, bijvoorbeeld problemen die verband houden met technologische ontwikkelingen of evolutie in de regelgeving in het kader van een meerjarenopdracht, met slijtage of met gebruik.

Het feit dat een aanbestedende overheid herzieningsclausules opneemt in haar opdrachtdocumenten wordt aangemoedigd door de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zo oordeelde het Hof in zijn arrest *Finn Frogne van 7 september 2016 (HvJ, arrest Finn Frogne A/S v Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, 7 september 2016, C-549/14, EU:C:2016:634, punt 40)* dat na de gunning van een overheidsopdracht "geen wezenlijke wijziging aan deze opdracht mag worden aangebracht zonder dat een nieuwe procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt uitgeschreven, zelfs wanneer deze wijziging, objectief gezien, een regeling in de vorm van een schikking vormt, die wederzijdse concessies door beide partijen met zich meebrengt, ter beëindiging van een geschil met onzekere uitkomst dat is ontstaan uit de problemen bij de uitvoering van deze opdracht. Dit zou slechts anders zijn indien de documenten van deze opdracht voorzagen in de mogelijkheid bepaalde, zelfs belangrijke, voorwaarden van de opdracht aan te passen na de gunning ervan en de voorwaarden voor de toepassing van deze mogelijkheid vaststelden."

Ook al worden de meeste herzieningsclausules opgesteld op initiatief van de aanbestedende overheden, toch verplicht de wetgever hen om in een bepaald aantal herzieningsclausules te voorzien afhankelijk van de eigen voorwaarden van hun opdrachten (zie de artikelen 38/7 tot 38/12 van het KB AUR). Het Verslag aan de Koning dat het koninklijk besluit van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten voorafgaat, herinnert aan het principe dat, indien een van de herzieningsclausules die nochtans op basis van artikelen 38/8, eerste lid, 38/9, § 1, 38/10, § 1, 38/11, eerste lid, en 38/12, § 1 eerste lid, van voormeld koninklijk besluit van 14 januari 2013, verplicht zijn ontbreekt in de opdrachtdocumenten, de opdracht in uitvoering slechts gewijzigd kan worden in een van

de gevallen waarin de Koning een wijziging toelaat (cf. artikelen 38/1 tot 38/6 van het KB AUR), ook al heeft de wetgever voorzien in een "terugvaloptie", waarvan de regels geacht worden van rechtswege van toepassing te zijn op de wijziging.

Bij de raming van het bedrag van de opdracht moet de aanbestedende overheid met name rekening houden met de waarde van de herzieningsclausules waarin ze heeft voorzien in de opdrachtdocumenten (artikel 7, § 1, 6°, van het KB 2017 plaatsing).

Ongeacht hun geldwaarde en ongeacht het feit of ze verplicht of facultatief zijn, moeten de herzieningsclausules voldoen aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden om een wijziging van de opdracht mogelijk te maken zonder nieuwe plaatsingsprocedure:

- ze moeten duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn, conform de rechtspraak van het Hof van Justitie (van de Europese Gemeenschappen) (zie met name HvJ EG, arrest *Commissie van de Europese Gemeenschappen v Succhi di Frutta SpA*, 29 april 2004, C-496/99 P, EU:C:2004:236). Zo kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers er de juiste draagwijdte van begrijpen en ze op dezelfde manier interpreteren;
- ze moeten het toepassingsgebied en de aard van de mogelijke wijzigingen vermelden, evenals de voorwaarden waaronder die kunnen worden aangebracht;
- ze mogen niet voorzien in wijzigingen die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst zouden veranderen.

Volgens het Verslag aan de Koning dat voorafging aan de publicatie van het voormelde koninklijk besluit van 22 juni 2017, gaat het om een begrip dat verschilt van het begrip wezenlijke wijziging en moet het niet te ruim worden begrepen. In overweging 109 van richtlijn 2014/24/EU, wordt omtrent dit begrip verduidelijkt dat er geen nood is aan een wijzigingsmogelijkheid "in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort opdracht wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed".

54

Als niet volledig is voldaan aan die drie voorwaarden, is de toepassing van de contractuele clausule op zich geen rechtvaardiging voor een opdrachtwijziging zonder nieuwe plaatsingsprocedure. De aanbestedende overheid moet in dat geval een van de andere toegelaten gevallen voor wijziging van de artikelen 38/1 tot 38/5 van het KB AUR (onvoorziene omstandigheden, *de minimis*-regel, Preetext-criteria...) als rechtsgrond voor haar beslissing nemen en met feitelijke elementen verantwoorden dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de bepaling waarop zij zich beroept.

In het kader van het toezicht stelt de gewestelijke administratie met grote regelmaat vast dat de contractuele bepalingen in de opdrachtdocumenten, die lijken op herzieningsclausules,

- niet meer dan een knip-en-plakversie van de wetgeving zijn zonder verdere informatie over hoe die opdrachtherziening *in concreto* zal worden uitgevoerd;
- vaag of heel algemeen geformuleerd zijn (bv. "eventuele aanvullende diensten die niet vermeld zijn in dit bestek maar toch nodig blijken te zijn in de loop van de opdracht, kunnen bij gelegenheid worden uitgevoerd door de opdrachtnemer en dit zonder nieuwe plaatsingsprocedure"), stereotiep geformuleerd zijn en/of niet zijn aangepast aan het voorwerp, de kwalificatie en/of de bijzondere voorwaarden van de opdracht;
- vatbaar zijn voor interpretatie;
- onvolledig of onnauwkeurig geformuleerd zijn zodat de inschrijvers de draagwijdte en beoogde toepassing verkeerd zouden kunnen begrijpen of interpreteren;
- niet voldoen aan de eisen van de artikelen 38 en 38/7 tot 38/12, § 1, van het KB AUR zonder dat die afwijking wordt vermeld in het begin van het bestek.

Sommige plaatselijke besturen hebben, meer bepaald voor wat de prijsherziening betreft

- in de prijsherzieningsformule indices gebruikt die niet de voornaamste bestanddelen en de reële structuur van de kosten weerspiegelen;
- afgeweken van de verplichting te voorzien in een prijsherzieningsformule buiten de uitzonderingen vastgelegd in artikel 38/7 van het KB AUR, soms zelfs zonder deze afwijking in het begin van het bestek aan te kondigen;

- niet voorzien in een prijsherzieningsformule terwijl het een overheidsopdracht van lange duur (meerjarige opdracht of opdracht met mogelijkheid tot verlenging(en)) betrof. Een dergelijke afwezigheid vormt nochtans een financieel risico, aangezien inschrijvers het potentieel financiële verlies voortvloeiend uit het ontbreken van een prijsherzieningsformule mogelijks willen compenseren door hun prijzen vanaf het begin van de uitvoering van de opdracht kunstmatig op te drijven;
- aan de inschrijvers de mogelijkheid gelaten om zelf een prijsherzieningsformule voor te stellen;
- het principe van de prijsherziening aangekondigd zonder hiervoor een formule op te geven.

Daarnaast werd de aandacht van sommige Brusselse plaatselijke besturen gevestigd op het feit dat in januari 2021 een nieuwe index, met de naam Index I 2021, werd ingevoerd in het kader van de hervorming van de lijst met de referentieprijzen van bouwmaterialen, "Mercuriale" genaamd. Deze nieuwe index zal op termijn de vorige Index I, die ongeschikt werd bevonden, maar nog tot december 2022 gepubliceerd zal worden, vervangen. Het lijkt echter gepast om voor opdrachten waarvan de opstelling van de opdrachtdocumenten nog lopende is en voor opdrachten die reeds bekendgemaakt zijn of waarvoor er reeds een uitnodiging om offertes in te dienen is, maar waarvan de opdrachtdocumenten nog gecorrigeerd kunnen worden, aanpassingen door te voeren met betrekking tot Index I en de nieuwe Index I 2021 te vermelden. Hoewel de regelgeving inzake opdrachten inderdaad niet verplicht een bepaalde index te gebruiken, staat in de bepalingen van artikel 38/7, § 1, lid 2, van het KB AUR uitdrukkelijk vermeld dat de prijsherzieningsformule de reële kostprijsstructuur moet weerspiegelen en dus aangepast moet zijn aan de werkelijkheid van de prijzen.

In een zeer specifiek dossier waarin de gunning moest gebeuren op basis van de beste prijs/kwaliteitverhouding had een plaatselijk bestuur voorzien in een contractuele bepaling (die niet door dit bestuur geïdentificeerd was als een herzieningsclausule), waarvan het effect geweest zou zijn dat de opdracht prijs onzeker was tot op een niet duidelijk bepaald moment tijdens de uitvoering van de opdracht. De door de opdrachtnemer voorgestelde opdracht prijs (in aanmerking genomen op basis van een gunningscriterium met betrekking tot de globale kostprijs van de opdracht, goed voor 40 % van de punten) moest voorlopig zijn en er was aangekondigd dat de prijs tijdens de uitvoering herzien zou worden (naar beneden of naar boven toe, zonder aanwijzingen), na de tussenkomst van een deskundige, zonder dat verduidelijkt wordt op basis van welke beoordelingselementen deze herziening zou kunnen gebeuren.

Overigens stelt de gewestelijke administratie ook geregeld vast dat de opdracht documenten niet alle herzieningsbepalingen bevatten die verplicht in de opdracht documenten moeten staan in toepassing van de artikelen 38/7 tot 38/12, § 1, van het KB AUR.

Tot slot merkt ze op dat sommige aanbestedende overheden het begrip "herzieningsclausules" en de gevallen van "wijzigingen aan de opdracht" toegelaten door de Koning door elkaar halen. De bepalingen van het KB AUR in verband met aanvullende werken, leveringen of diensten (art. 38/1), met gebeurtenissen die onvoorzienbaar zijn in hoofde van de aanbesteder (art. 38/2), met de vervanging van de opdrachtnemer na universele of gedeeltelijke opvolging van de oorspronkelijke opdrachtnemer (art. 38/3, 2°), met de *de minimis*-wijzigingen (art. 38/4) en met de niet-wezenlijke wijzigingen (art. 38/5) zijn immers hypothesen eigen aan de wijziging van de opdracht waarvoor niet vereist is dat de aanbestedende overheid hierin voorziet via een herzieningsclausule.

1.4.4.18. Ontbreken van een bepaling die elektronische facturering toelaat

De wet van 7 april 2019 tot wijziging van de wet van 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten, de wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten, de wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied en tot wijziging van de wet van 4 mei 2016 inzake het hergebruik van overheidsinformatie (hierna wet 2019 e-facturatie genoemd) vormt de omzetting naar Belgisch recht van de richtlijn 2014/55/EU van 16 april 2014 van het Europees Parlement en de Raad inzake elektronische facturering bij overheidsopdrachten.

Artikel 4 van de wet 2019 e-facturatie definieert de elektronische factuur als "een factuur die is opgesteld, verzonden en ontvangen in een gestructureerde elektronische vorm die een automatische en elektronische verwerking ervan mogelijk maakt". De Memorie van toelichting geeft bij die definitie de

volgende verduidelijking: "dit ontwerp gaat ervan uit dat de voordelen van de elektronische facturering maximaal worden benut wanneer het genereren, verzenden, overdragen, ontvangen en verwerken van een factuur volledig geautomatiseerd kan worden. Daarom worden alleen machineleesbare facturen waarvoor automatische en digitale verwerking door de ontvanger mogelijk is, als conform beschouwd. Bijgevolg wordt een beeldbestand op zich (zoals een PDF-bestand) niet als een elektronische factuur beschouwd".

Artikel 9 van de wet 2019 e-facturatie voegt in de wet 2016 OO een artikel 192/1 in, dat als volgt is opgesteld:

"Elektronische facturering.

Art. 192/1. De ondernemers kunnen hun facturen elektronisch versturen naar de aanbesteders. De aanbesteders ontvangen en verwerken de elektronische facturen die naar hen worden verstuurd."

Die bepaling werd op 1 april 2019 van kracht voor alle overheidsopdrachten, ook voor de lopende overheidsopdrachten, in toepassing van artikel 26, tweede lid, van diezelfde wet.

Bijgevolg dienden alle aanbestedende overheden vanaf die datum de voorwaarden / documenten van hun lopende en toekomstige overheidsopdrachten aan te passen zodat de modaliteiten voor de verzending van facturen waren aangepast aan de elektronische facturering. Ze mochten niet langer, zoals de gewestelijke administratie toch vaak diende vast te stellen, opleggen dat een of meer exemplaren van de factuur uitsluitend per post in papieren formaat zouden worden verzonden en/of dat een kopie van de factuur in een pdf-bestand via mail zou worden verzonden. Overigens is het aan hen om de modaliteiten voor de overmaking van de elektronische facturen te bepalen indien de opdrachtnemer van de opdracht er vrijwillig gebruik van wenst te maken. Deze informatie ontbreekt echter vaak in de opdrachtdocumenten.

1.4.4.19. Onvolledige sociale clausule - onbepaalde reikwijdte - gebrek aan transparantie

56

Het is tijdens de referentieperiode eveneens voorgekomen dat de gewestelijke administratie vaststelt dat de documenten van een overheidsopdracht in de uitvoeringsvoorwaarden een sociale inschakelingsclausule opnemen, maar dat de verplichtingen van de opdrachtnemer om deze clausule toe te passen niet duidelijk zijn voor wat het aantal stagiairs en de duur van de te verstrekken opleiding betreft. Hierdoor zijn ook de verschillende bepalingen met betrekking tot de (niet-)naleving van de sociale contractuele voorwaarden niet toepasbaar.

1.4.4.20. Regels met betrekking tot in percelen verdeelde opdrachten - ongepaste uitvoering

De aanbestedende overheid kan in toepassing van artikel 58 van de wet 2016 OO beslissen een overheidsopdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, in welk geval zij daarvan de aard, de omvang, het voorwerp, de verdeling en de kenmerken bepaalt in de opdrachtdocumenten.

De gewestelijke administratie heeft echter kunnen vaststellen dat de contractuele regels betreffende de plaatsing of de uitvoering van de opdracht niet altijd aangepast waren aan het feit dat de opdracht in percelen werd verdeeld en dus mogelijks gegund kan worden aan verschillende ondernemers. Zo werden, bij wijze van voorbeeld, de selectiecriteria, de uitvoeringstermijn en/of de vereisten met betrekking tot de borgstelling niet per perceel bepaald.

Anderzijds, voor overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan 139.000 euro (bedrag van toepassing in 2020 en 2021), moeten alle aanbestedende overheden de verdeling in percelen overwegen en, in geval ze beslissen deze niet in percelen op te delen, de voornaamste redenen daarvoor vermelden in de opdrachtdocumenten of in de in artikel 164, § 1, van de wet 2016 OO bedoelde informatie.

De gewestelijke administratie stelt echter vrij regelmatig vast dat er ofwel totaal geen motivering wordt gegeven voor het niet in percelen opdelen van een opdracht, ofwel dat de aanbestedende overheid zich beperkt heeft tot een stijlclausule, die voor alle opdrachten van dezelfde soort gebruikt zou kunnen worden, om haar keuze de opdracht niet op te delen in percelen te verklaren.

1.4.4.21. Gebruik van een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk (EDPBW) - ongepaste duur

In toepassing van artikel 33, § 2, van de wet van 4 augustus 1996 betreffende het welzijn van de werknemers bij de uitvoering van hun werk moet elke werkgever zich aansluiten bij een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk (EDPBW) als de interne dienst voor preventie en bescherming op het werk (IDPBW) die hij in toepassing van § 1 van voormeld artikel 33 heeft moeten oprichten niet alle opdrachten die hem krachtens de voormelde wet van 4 augustus 1996 werden toevertrouwd kan uitvoeren. De externe dienst sluit desgevallend, in toepassing van artikel II.3-13, lid 1 en 2, van de Codex over het welzijn op het werk, een schriftelijke overeenkomst van onbepaalde duur met de werkgever die een beroep doet op zijn diensten.

De gewestelijke administratie heeft echter bij gelegenheid het feit moeten aanklagen dat de duur van sommige overheidsopdrachten met als voorwerp de aanduiding van een EDPBW tot vier jaar beperkt wordt.

1.4.4.22. Goedkeuring van de inhoud van de opdrachtaankondiging - ontbreken van formele beslissing

De plaatsingsprocedures vermeld in artikel 35, eerste lid, van de wet 2016 OO hebben allemaal gemeenschappelijk dat er een aankondiging van de opdracht bekendgemaakt moet worden.

Volgens artikel 2, 43°, van dezelfde wet maakt de aankondiging van opdracht integraal deel uit van opdrachtdocumenten en maken deze laatste op hun beurt integraal deel uit van de voorwaarden van de opdracht die goedgekeurd moeten worden door het bevoegd beslissingsorgaan voor de lancering van de procedure, anders gezegd voor de verzending van de aankondiging van opdracht met het oog op de bekendmaking ervan.

Gelet op het ontbreken van een naar behoren goedgekeurde aankondiging van de opdracht in het dossier met betrekking tot de vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht (wat regelmatig vastgesteld wordt), herinnert de gewestelijke administratie in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht aan dit principe.

1.4.4.23. Wijziging van de voorwaarden van verschillende overheidsopdrachten in verschillende stadia van de plaatsing - motivering die (deels) ontbreekt of niet afdoende is - gebrek aan transparantie

In overeenstemming met artikelen 2 en 3 van de wet 1991 motivering moet iedere bestuurshandeling van een administratieve overheid uitdrukkelijk gemotiveerd zijn, hetgeen inhoudt dat de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat de motivering afdoende moet zijn.

In toepassing van artikel 4, eerste lid, van de wet 2016 OO moeten de aanbesteders op transparante wijze handelen.

Nochtans stelt de gewestelijke administratie geregeld vast dat die twee basisbeginselen niet altijd correct worden toegepast, in ieder stadium van de plaatsing maar ook in het kader van de opvolging van de uitvoering van overheidsopdrachten.

Meer specifiek is de gewestelijke administratie tussengekomen in een beslissing van een Brussels plaatselijk bestuur na het begin van de coronacrisis, waarmee die laatste met name de voorwaarden van verschillende overheidsopdrachten wilde wijzigen terwijl die opdrachten tot uiteenlopende fasen gevorderd waren. Enerzijds was de motivering in rechte en feite van die beslissing onvolledig. Anderzijds was er een gebrek aan transparantie op verschillende niveaus:

- er werd niet gespecificeerd welke overheidsopdrachtenwetgeving van toepassing was op ieder van de betreffende overheidsopdrachten (wet 2006 OO / wet 2016 OO);

- er werd niet gespecificeerd welke wettelijke bepaling de wijziging van de voorwaarden van ieder van de betreffende overheidsopdrachten toeliet en het was onmogelijk om het naleven van de toepassingsvoorwaarden van de gekozen bepaling na te gaan;
- er was onvoldoende informatie over de plaatsingsprocedure die van toepassing was op de opdrachten waarvoor de offertes al ontvangen waren, en dus ook over de mogelijkheid voor de aanbestedende overheid om over de voorwaarden van de opdracht te onderhandelen in het kader van een onderhandelingsfase voor de gunning;
- voor de overheidsopdrachten waarvoor de plaatsingsprocedure al was opgestart maar waarvoor de termijn voor indiening van offertes nog niet verstreken was, ontbrak een precisering over de noodzaak om een rechtzettingsbericht te publiceren en, indien een dergelijke publicatie nodig zou zijn, ontbrak de goedkeuring van de inhoud van het rechtzettingsbericht (ter herinnering, de rechtzettingsberichten maken integraal deel uit van de opdrachtdocumenten in de zin van artikel 2, 43°, van de wet 2016 OO).

Dit gebrek aan transparantie leidt tot onzekerheid over bepaalde gevolgen van die beslissing en een duidelijke aantasting van de wettelijke verplichtingen van de aanbestedende overheid.

1.4.5. Selectie en gunning

In overeenstemming met artikelen 2 en 3 van de wet 1991 motivering moet iedere bestuurshandeling van een administratieve overheid uitdrukkelijk gemotiveerd zijn, hetgeen inhoudt dat de akte de juridische en feitelijke overwegingen moet vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen en dat de motivering afdoende moet zijn en gebaseerd op exacte en relevante elementen.

Zoals de Raad van State in herinnering bracht in haar arrest van 23 oktober 2020 (RvS (6e kortgedingkamer), 23 oktober 2020, nr. 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis), beantwoordt de verplichting tot uitdrukkelijke motivering, waar de aanbestedende overheid aan gebonden is, "aan twee vereisten: ze moet niet alleen degene voor wie het stuk bestemd is inzicht geven in de redenen waarom de overheid deze beslissing heeft genomen, maar moet ook de Raad van State toelaten om de juistheid, de toelaatbaarheid en de relevantie van de motieven te controleren. De motivering van een bestuurshandeling moet juist zijn en steunen op de elementen van het administratief dossier, zodat kan worden nagegaan of de gekozen elementen niet onjuist zijn. De motivering van een beslissing moet duidelijk, volledig, nauwkeurig en afdoende zijn zodat de betrokkenen kunnen nagaan dat vooraf de omstandigheden ter zake werden onderzocht. Hoe uitgebreid de motivering moet zijn, hangt af van de omstandigheden waarin de beslissing werd genomen." (vrije vertaling)

Meer specifiek wordt in artikel 4, eerste lid, 5°, 8° en 9°, van de wet 2013 rechtsmiddelen geëist dat de aanbestedende overheid een gemotiveerde beslissing opstelt wanneer zij beslist over de selectie van de kandidaten ingeval de procedure een eerste fase met de indiening van aanvragen tot deelneming omvat, wanneer zij een opdracht gunt, ongeacht de procedure en wanneer zij afziet van het plaatsen van de opdracht.

In toepassing van artikel 5, 3° en 6°, van de wet 2013 rechtsmiddelen, moet de gemotiveerde beslissing verschillende gegevens bevatten, naargelang de plaatsingsprocedure en het soort beslissing, in het bijzonder de namen van de kandidaten of de inschrijvers alsook de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke overwegingen die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen.

Tot slot herinneren we hier aan artikel 4, eerste lid, van de wet 2016 OO dat bepaalt dat de aanbesteders op transparante wijze moeten handelen.

1.4.5.1. Selectie

1.4.5.1.1. Motivering voor de selectiebeslissing die (deels) ontbreekt of niet afdoende is - gebrek aan transparantie

In toepassing van het transparantiebeginsel zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO mag de selectie uitsluitend gebaseerd zijn op de voorafgaandelijk bekendgemaakte criteria en moet deze het

voorwerp uitmaken van een gemotiveerde beslissing, in overeenstemming met artikelen 4, 8°, en 5, 6° en 9°, van de wet 2013 rechtsmiddelen. Voormeld artikel 5, 6°, bepaalt in het bijzonder dat de gemotiveerde selectiebeslissing de namen van de al dan niet geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke overwegingen die hun selectie of niet-selectie rechtvaardigen moet vermelden. De relevante elementen die de aanbestedende overheid hebben toegestaan inschrijvers te selecteren of uit te sluiten, dienen er dus in vermeld te worden, met name de datum waarop de verificatie(s) via Telemarc gebeurde(n) de erkenning van de inschrijvers, enz.

Ongeacht het soort verklaring op erewoord (zie punt 1.4.4.10) moet de aanbestedende overheid altijd de waarachtigheid verifiëren van de inhoud van iedere verklaring en dat voordat de opdracht wordt gegund. In het bijzonder voor de sociale en fiscale schulden moet die verificatie gebeuren binnen de twintig dagen na de limietdatum voor indiening van de aanvragen tot deelneming of de offertes, in toepassing van de tweede paragraaf van artikelen 62 en 63 van het KB 2017 plaatsing. Toch heeft de gewestelijke administratie herhaaldelijk moeten vaststellen dat deze controle niet was gebeurd in de selectiefase of gunningsfase, naargelang het geval.

In het kader van een plaatsingsprocedure met minstens 2 fasen heeft de Raad van State (RvS (6e kortgedingkamer), 13 april 2021, nr. 250.323, s.a. SOLELEC) uitspraak gedaan in het kader van een geschil, door te kiezen voor een bijzonder strikte en letterlijke interpretatie van de bepalingen van artikel 73, § 3, lid 2, van de wet 2016 OO. Hieruit volgt dat:

- de aanbestedende overheid moet systematisch, voor de gunning van de opdracht, door middel van bijgewerkte documenten, controleren of de inschrijver aan wie besloten heeft de opdracht te gunnen voldoet aan zijn verplichtingen inzake het betalen van belastingen, taksen en sociale zekerheidsbijdragen en
- de controle van de situatie van de inschrijvers voor wat hun fiscale en sociale schulden betreft, die de aanbestedende overheid heeft uitgevoerd binnen de twintig dagen na de uiterste datum voor het indienen van de aanvragen tot deelneming of offertes, in toepassing van artikelen 62, § 2, en 63, § 2, van het KB 2017 plaatsing, stelt deze aanbestedende overheid niet vrij van de verplichting aan te tonen in zijn gunningsbeslissing dat deze controles bijgewerkt werden binnen de termijn vereist in artikel 73, § 3, lid 2 van de wet 2016 OO.

De gewestelijke administratie heeft tijdens de referentieperiode echter meermaals tekortkomingen met betrekking tot voormelde motiveringsregels vastgesteld in de selectiebeslissingen die haar werden toegezonden voor toezicht. Een paar voorbeelden:

- een selectiebeslissing zonder controle van de afwezigheid van de verplichte uitsluitingsgronden of, in het kader van de gunningsfase van een plaatsingsprocedure met minstens twee fasen, zonder bijwerking van de controle van de situatie inzake sociale en fiscale schulden van de inschrijver aan wie men voornemens is de opdracht te gunnen;
- een beslissing met betrekking tot de afwezigheid van sociale en fiscale schulden, die genomen werd zonder enige verificatie of na een laattijdige controle (ten opzichte van de wettelijke termijn van 20 dagen vastgelegd in artikelen 62 en 63 van de wet 2016 OO) van de situatie van de kandidaten/inschrijvers, of na verschillende opeenvolgende verzoeken tot regularisatie of opeenvolgende controles via Telemarc, in strijd met de procedure vastgesteld in artikel 68 van de wet 2016 OO;
- een beslissing waarin tot de conclusie werd gekomen dat de inschrijvers geen sociale en fiscale schulden hadden, terwijl een van hen een fiscale schuld van meer bepaald 26.961,54 euro had, zonder dat het dossier melding maakt van enige regularisatie van deze schuld in toepassing van artikel 68 van de wet 2016 OO;
- een selectiebeslissing gebaseerd op het analyseverslag van de offertes terwijl dat laatste geen enkel motiveringselement in feite of rechte biedt. Dat is nog problematischer wanneer het administratief dossier dat aan de gewestelijke administratie werd toegezonden de andere documenten niet bevat, zodat niet kan worden nagegaan of en welke documenten de aanbestedende overheid heeft onderzocht om tot die conclusie te komen;
- een beslissing om inschrijvers (niet) te selecteren die berust op een analyseverslag en/of bewijsstukken die niet bij de beslissing werden gevoegd;
- een beslissing om (niet) te selecteren waarin bepaalde voor de beslissingsvorming noodzakelijke elementen werden weggelaten;

- een beslissing om inschrijvers (niet) te selecteren die berust op een impliciete verklaring op erewoord of op gegevens in een UEA terwijl de dossierstukken niet toelaten om te bevestigen dat de aanbestedende overheid de waarachtigheid van die informatie heeft nagegaan en het aan de gewestelijke administratie toegezonden dossier niet de attesten bevat die nodig zijn voor een dergelijke controle (dit betreft voornamelijk de uitsluitingsgronden en de sociale en fiscale schulden);
- een impliciete beslissing voor de selectie terwijl die geformaliseerd had moeten zijn door zich te baseren op de afwezigheid van uitsluitingsgronden en het voldoen aan vooraf aangekondigde kwalitatieve selectiecriteria;
- een selectiebeslissing die uitsluitend berust op de inhoud van een overzichtstabel waarin "OK" / "niet OK", "ja" / "neen" of "in orde" / "niet in orde" staat, zonder ander motiveringselement of met een onvoldoende motivering zoals "geen enkele tekortkoming vastgesteld", "geselecteerd op basis van een verklaring op erewoord en in orde voor de andere criteria van de kwalitatieve selectie" of nog "alle inschrijvers hebben voor alle percelen de gevraagde referenties ingediend" (terwijl de percelen betrekking hadden op verschillende voorwerpen en het vastgelegde niveau voor de referenties verschilde volgens het desbetreffende perceel. Met dergelijke vermeldingen geeft de aanbestedende overheid aan in welke zin zij beslist heeft, maar geenszins wat haar redenen waren om zo te handelen. Bijgevolg is het niet mogelijk om te begrijpen op basis van welke elementen de aanbestedende overheid tot een dergelijke conclusie is gekomen. Dat is vooral problematisch wanneer de aanbestedende overheid zich op die vaststellingen baseert om een bepaalde kandidaat of inschrijver (naargelang het geval) niet te selecteren;
- een beslissing die als volgt gemotiveerd is: "alle vereiste documenten werden overhandigd, maar de keuze van de voorgelegde referenties wordt als onvoldoende beschouwd ten opzichte van de uitdagingen van de opdracht". Naast het feit dat die motivering onvoldoende transparant is en niet voortvloeit uit de strikte toepassing van de vooraf in de opdrachtdocumenten aangekondigde selectiecriteria, had ze niet logischerwijs moeten leiden tot de selectie van de twee inschrijvers voor het betreffende perceel;
- een beslissing om een kandidaat te kwalificeren in een procedure in twee fasen met beperking van het aantal gekwalificeerde kandidaten terwijl de aanbestedende overheid in een voorgaand deel van hetzelfde analyseverslag tekortkomingen had aangetoond die hadden moeten leiden tot een tegenovergestelde beslissing;
- een selectiebeslissing die aangeeft dat alle inschrijvers het verplichte UEA hebben ingediend terwijl de opdrachtdocumenten dit niet vereisten, rekening houdend met het geraamd bedrag van de opdracht (in toepassing van artikel 39, § 1, lid 4, van het KB 2017 plaatsing) en dat het analyseverslag van de offertes geen melding maakt van het UEA;
- een selectiebeslissing met een beperking van het aantal gekwalificeerde kandidaten waarin de vergelijking van de aanvragen tot deelneming in het licht van de beperkingscriteria grondig gebeurde (met name door het overzicht van de positieve en negatieve aspecten van de door de kandidaten verstrekte referenties en door een conclusie toe te voegen) maar het verband tussen de door de aanbestedende overheid uiteengezette feitelijke overwegingen en de punten die ze toekent niet duidelijk aangetoond werd en niet toeliet de redenering die gevolgd werd tussen de beschrijving van de kandidaturen en de toekenning van de punten gemakkelijk te begrijpen.

1.4.5.1.2. Niet-naleving van de selectiecriteria - motivering die (deels) afwezig of niet afdoende is - gebrek aan transparantie

Op basis van het transparantiebeginsel van artikel 4 van de wet 2016 OO en het beginsel *patere legem quam ipse fecisti*, moet de aanbestedende overheid de regels naleven die zij zichzelf oplegt. Zij mag daar niet met een bijzondere beslissing van afwijken wanneer zij geen uitzonderingsregeling heeft vastgelegd. Dat geldt ook voor de kwalitatieve selectie van kandidaten en inschrijvers en voor de beperking van het aantal gekwalificeerde kandidaten.

Wanneer de aanbestedende overheid kwalitatieve selectiecriteria, al dan niet gekoppeld aan een minimaal vereist niveau, en criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te beperken, heeft vastgesteld, moet zij die op identieke wijze en in hun geheel toepassen op alle kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval), zonder uitzondering, door rekening te houden met alle criteria en alle beoordelingselementen die zij heeft opgegeven in de aankondiging van de opdracht of, bij afwezigheid van een dergelijke aankondiging, in de opdrachtdocumenten. De aanbestedende overheid mag niet op

het ogenblik van de selectie bepalen welke elementen van welke selectiecriteria zullen worden onderzocht voor welke inschrijvers, met het risico de principes aan te tasten van transparantie en gelijke behandeling zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO.

Toch heeft de gewestelijke administratie tijdens de referentieperiode herhaaldelijk vastgesteld dat die principes niet worden nageleefd en het is algemeen bekend dat zoiets geregeld wordt gesanctioneerd door de Raad van State. Hieronder ter illustratie een aantal tekortkomingen:

- een kandidaat of een inschrijver (naargelang het geval) werd niet geselecteerd omdat de aanbestedende overheid op het moment van de selectie een niveau als onvoldoende beschouwde, terwijl er voor dit kwalitatief selectie criterium geen minimumniveau vereist was;
- een omzet afleiden op basis van attesten van goede uitvoering en hieruit een conclusie trekken;
- een of meer inschrijvers selecteren op basis van voorgelegde referenties zonder na te gaan of het voorwerp van die referenties overeenstemde met wat was gevraagd en of de referenties het door de aanbestedende overheid vooraf vastgelegde minimumniveau bereikten;
- de bekwaamheid van kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval) beoordelen op basis van een selectie criterium door slechts een beperkt deel van de voor dit criterium aangekondigde beoordelingselementen te controleren;
- de beslissing om kandidaten / inschrijvers (naargelang het geval) (niet) te selecteren motiveren door zich te baseren op verschillende selectiecriteria of beoordelingselementen naargelang de kandidaat of inschrijver (naargelang het geval);
- bij de selectie van een inschrijver een minder hoog vereist niveau toepassen dan aanvankelijk was aangekondigd en deze beslissing motiveren door de relevantie van de opmerking van deze inschrijver, die het te hoge vereist niveau aanklaagde, rekening houdend met de prijzen voorgesteld door het merk producten dat hij vertegenwoordigt;
- een selectiebeslissing motiveren op basis van beoordelingselementen die niet vooraf waren aangekondigd en zonder rekening te houden met alle aangekondigde beoordelingselementen;
- de eis betreffende een erkenningscategorie veranderen tijdens de selectie, zonder dat die wijziging afdoende werd gemotiveerd, met een mogelijk nadelig gevolg voor de mededinging voor de opdracht;
- een aannemer van werken niet selecteren omdat de erkenningsklasse niet de hele opdracht (herhalingen inbegrepen) dekt, terwijl deze wel voldoende is, gelet op de waarde van de oorspronkelijke opdracht en aangezien de eventuele herhalingen elkaar zullen opvolgen zonder te overlappen.

1.4.5.1.3. Opdracht verdeeld in percelen - ontbreken van een formele selectiebeslissing per perceel

Artikel 2, 52°, van de wet 2016 OO definieert het perceel als volgt: "de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering".

Artikel 58, § 1, van diezelfde wet verduidelijkt dat indien de aanbestedende overheid beslist om een opdracht te plaatsen in de vorm van afzonderlijke percelen, zij de aard, de omvang, het voorwerp, de verdeling en de kenmerken van die percelen moet bepalen in de opdrachtdocumenten.

In toepassing van artikel 49 van het KB 2017 plaatsing moet de aanbestedende overheid voor elk perceel afzonderlijk het minimale niveau bepalen dat vereist is voor de kwalitatieve selectie (voor zover het waarschijnlijk is dat elk perceel afzonderlijk wordt gegund). Zij mag bovendien een minimaal vereist niveau bepalen in geval van gunning van meerdere percelen aan dezelfde inschrijver. Van die laatste mogelijkheid lijken de Brusselse plaatselijke besturen echter weinig gebruik te maken.

De aanbestedende overheid moet overgaan tot een formele selectie van kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval) voor elk perceel voordat zij kan overgaan tot de gunningsfase van de opdracht. Die verplichting wordt echter niet altijd nageleefd.

Tot slot moeten we specificeren dat indien de aanbestedende overheid kiest voor een specifiek minimaal vereist niveau ingeval verschillende percelen worden toegekend aan eenzelfde inschrijver, zij ook bij de gunning van de betreffende percelen moet nagaan of aan dat specifieke minimaal vereiste niveau is voldaan.

1.4.5.1.4. Impact van de onderhandeling op het vereist niveau van de erkenning van de aannemers - risico om de mededinging te vervalsen

Een plaatselijk bestuur had zijn overheidsopdracht voor werken geraamd op 366.725 euro, btw en marges inbegrepen. Slechts twee inschrijvers dienden een offerte in, voor een respectievelijk bedrag van 793.968,73 euro incl. btw en 1.457.453,71 euro incl. btw. De inschrijver met de duurste offerte werd niet geselecteerd, met als reden dat hij op basis van het bedrag van zijn oorspronkelijke offerte niet beschikte over de vereiste erkenningsklasse (klasse 5). Hij was immers slechts erkend tot klasse 3. Hij werd bijgevolg niet uitgenodigd om deel te nemen aan de onderhandelingsfase. Tijdens de onderhandelingen met de laatste inschrijver die nog in de running was, heeft de aanbestedende overheid de voorwaarden van de opdracht echter ingrijpend gewijzigd, door de hoeveelheden van 27 posten te verminderen en 24 posten uit de meetstaat te schrappen. Hierdoor werd de overheidsopdracht gegund op basis van een finale offerte ten belope van 328.714,65 euro incl. btw (meer dan 50 % minder dan de oorspronkelijke offerte van deze inschrijver). De wijzigingen die aldus werden aangebracht aan de voorwaarden van de opdracht zijn vrij aanzienlijk. Als de meetstaat treffelijker was opgesteld vóór de lancering van de plaatsingsprocedure, is het realistisch te denken dat andere ondernemers mogelijk geïnteresseerd waren geweest en toegang hadden kunnen krijgen tot deze opdracht. De niet-geselecteerde inschrijver had eveneens een lagere prijs kunnen indienen, waarmee een lagere erkenningsklasse overeenkwam.

Zie daarnaast punt 1.4.5.2.2 met betrekking tot de naleving van het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling tijdens de onderhandelingsfase.

1.4.5.2. Gunning

1.4.5.2.1. Motivering voor de beslissing tot gunning die (deels) afwezig of niet afdoende is - gebrek aan transparantie

62 De gewestelijke administratie heeft tijdens de referentieperiode geregeld tekortkomingen vastgesteld op de hierboven vermelde formele motiveringsregels in de gunningsbeslissingen die haar werden toegezonden voor toezicht. Een paar voorbeelden:

- beslissing om een contract (overeenkomst) te sluiten zonder dat er een plaatsingsprocedure voor een overheidsopdracht was geweest en zonder motivering in rechte waarom dit contract niet onderworpen is aan de overheidsopdrachtenregelgeving (zie ook punt 1.4.1.);
- onvoldoende motivering in feite, in die zin dat onmogelijk valt uit te maken of er mededinging is geweest voor het contract en, indien dat het geval was, waarom de aanbestedende overheid voor een bepaalde offerte koos naargelang het soort prestatie;
- gebruik van een vage en stereotiepe motivering;
- onvoldoende motivering van de beslissing om de lopende plaatsingsprocedure te beëindigen of er van af te zien;
- de analyse van de offertes is verspreid over meerdere afzonderlijke documenten, wat de mogelijkheid om de motivering van de gunningsbeslissing te begrijpen en de juistheid ervan te controleren sterk bemoeilijkt;
- de motivering van de beslissing staat in een afzonderlijk document (meestal het analyserapport van de offertes) waarvan de inhoud niet formeel werd goedgekeurd in de beslissing en dat bijgevolg geen integraal deel uitmaakt van die beslissing;
- ontbrekende informatie over bepaalde gebeurtenissen die zich hebben voorgedaan tijdens de plaatsingsprocedure (bijvoorbeeld, de aanbestedende overheid had per vergissing een inschrijver verzocht om een aantal van zijn eenheidsprijzen te verantwoorden maar vermeldt dit niet in de motivering van haar gunningsbeslissing);
- ongepast gebruik van de term "selectie" in een gunningsbeslissing, in de fase van de controle van de regelmatigheid van de offertes, van de beoordeling van de offertes in het licht van de gunningscriteria, van de vergelijking van de offertes en van de gunning van de opdracht. Ter herinnering: het begrip "selectie" wordt specifiek gedefinieerd in artikel 2, 13°, van de wet 2016 OO;
- ontbrekende informatie over het onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes (met inbegrip van de handtekening op de offertes door personen die daarvoor juridisch bevoegd zijn) en over het prijsonderzoek (zie ook hierna);

- onvoldoende of onbestaande motivering van de scoretoekenning voor de offertes (zie *infra*);
- motivering in feite gebaseerd op onjuiste elementen (bijvoorbeeld als er fouten zitten in de berekening van de som van de aan elke offerte toegekende punten of als vermeld wordt dat de onderhandelingen geen invloed hebben gehad op de rangschikking van de twee offertes terwijl deze rangschikking omgedraaid werd);
- motivering in strijd met de feitelijke elementen (bijvoorbeeld: een aanbestedende overheid verklaart te beschikken over "een grondige kennis en meerdere jaren ervaring met betrekking tot het onderhoud van de gebouwen" en dus over "een goed algemeen idee over de tijd die nodig is voor het schoonmaken van de plaats", maar enerzijds werd de waarde van perceel nr. 3 van voormelde opdracht zeer zwaar overschat door de gemeenteraad (raming = 300.000 euro excl. btw / bedrag van de gekozen offerte: 61.335,84 euro excl. btw) en anderzijds heeft de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes voor wat de looptijd van de voorgestelde prestaties betreft niet gecontroleerd op basis van haar eigen kennis maar op basis van een gemiddelde van de door alle inschrijvers voorgestelde looptijden;
- motivering gebaseerd op de toepassing van een wettelijke bepaling die niet van toepassing is op de gekozen plaatsingsprocedure (bijvoorbeeld toepassing van artikel 36, § 4, of artikel 86 van het KB 2017 plaatsing in het kader van een VOPMVB, zonder dat die mogelijkheid was aangekondigd in de opdrachtdocumenten).
- motivering gebaseerd op een ongepaste toepassing van artikel 36, § 4, van het KB 2017 plaatsing (bijvoorbeeld: dit artikel niet toepassen in een van de gevallen vastgelegd in deze bepaling of berekening van het gemiddelde van de bedragen op basis van een aantal offertes dat lager ligt dan het vereiste aantal offertes, met als gevolg, voor de aanbestedende overheid, dat ze niet had opgemerkt dat de gekozen offerte minstens 15 % afweek van de gemiddelde bedragen van de offertes van de geselecteerde inschrijvers);
- ontbrekende motivering met betrekking tot het substantieel karakter van een onregelmatigheid die geleid heeft tot het weren van de offerte. In een extreem geval betrof de onregelmatigheid het niet indienen van een prijs voor post X van de meetstaat terwijl de meetstaat geen post X bevat;
- ontbreken van enig element van motivering dat toelaat te bevestigen dat de aanbestedende overheid het realistisch karakter van de door de inschrijvers voorgestelde uitvoeringstermijnen heeft gecontroleerd terwijl de uitvoeringstermijn een gunningscriterium was. Voor de Raad van State gaat het erom een inschrijver die zich verbindt tot een termijn die tijdens de uitvoeringsfase niet houdbaar zal zijn niet hoger te waarden ten nadele van de andere inschrijvers (RvS (6e kamer), 27 februari 2019, nr. 243.819, s.p.r.l. Bureau Vers plus de bien-être en vennootschap naar Frans recht Muoto);
- opdracht gedeeltelijk gegund terwijl het ontbrak aan een in percelen opgedeelde opdracht en aan informatie over het feit dat dit voortvloeit uit eventuele onderhandelingen met de inschrijvers voor de gunning van de opdracht;
- aanwezigheid van materiële fouten, zoals een onjuiste verwijzing met betrekking tot de voorafgaande beslissing betreffende de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht en de keuze van de plaatsingsprocedure, vermelden dat de opties in aanmerking genomen worden bij de vergelijking van de offertes terwijl in de opdrachtdocumenten niet gesproken wordt over enige vereiste of toegestane optie of knip- en plakfouten in geval van gelijkaardige beslissingen genomen tijdens eenzelfde vergadering.

Vanwege die tekortkomingen schenden die beslissingen ook het hierboven vermelde transparantiebeginsel.

1.4.5.2.2. Onderhandeling - gebrek aan transparantie en gebruik van e-mail om offertes over te maken

De algemene beginselen dat "de aanbesteders (...) de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze [behandelen] en op een transparante en proportionele wijze handelen" worden in herinnering gebracht in artikel 4 van de wet 2016 OO. Ze gelden voor alle overheidsopdrachten.

Die beginselen werden al genoemd in een arrest van het Hof van Justitie van 5 december 2013 (HJ, arrest *Nordecon AS en Ramboll Eesti AS v Rahandusministeerium*, 5 december 2013, C-561/12, EU:C:2013:793, punten 35 en 36) in antwoord op een verzoek om een prejudiciële beslissing ingediend door de "Riigikohus" (het hooggerechtshof van Estland) betreffende de uitlegging van artikel 30, lid 2, van de Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Die oude bepaling stond, in bepaalde gevallen, toe dat gebruik wordt gemaakt van de onderhandelingsprocedure teneinde de door de inschrijvers ingediende offertes aan te passen aan de eisen die werden gesteld in de aankondiging van de opdracht, het bestek en de eventuele aanvullende documenten en teneinde de beste offerte te bekomen. Op de vraag van de verwijzende rechtbank, namelijk of die bepaling zo kon worden uitgelegd dat ze de aanbestedende overheid toestaat te onderhandelen met inschrijvers die niet beantwoorden aan de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht, antwoordde het Hof van Justitie ontkennend, en specificeerde dat "volgens artikel 2 van deze richtlijn behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen" en dat "de verplichting tot transparantie in essentie tot doel heeft te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende overheid wordt uitgebannen." *In casu* had de aanbestedende overheid haar overheidsopdracht toegewezen aan een inschrijver van wie de offerte technisch onregelmatig was.

In 2018 preciseerde de Raad van State (RvS (6e kortgedingkamer), 23 oktober 2018, nr. 242.755, s.a. Fedimmo) de draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling als volgt: "Met name wanneer het om het gelijkheidsbeginsel gaat, wordt aan de overheid de verplichting opgelegd om de onderhandelingen te voeren met strikte naleving van de "procedurele" gelijkheid tussen de kandidaten en/of inschrijvers, hetgeen onder meer inhoudt dat ieder van hen dezelfde nuttige informatie krijgt om zijn offerte op te stellen en te verbeteren, en - daarenboven - over dezelfde mogelijkheden moet beschikken om zijn offerte te verbeteren (door hiervoor over dezelfde termijn te beschikken als de andere betrokken ondernemers)" (vrije vertaling). In datzelfde arrest sanctioneerde hij vervolgens het onvermogen van de aanbestedende overheid om, op basis van dossierstukken, te verantwoorden dat alle ondernemers waren behandeld op een manier die de eisen voor gelijkheid, niet-discriminatie en transparantie respecteert en dat zij de onderhandelingen op dezelfde wijze heeft gevoerd met alle ondernemers met het oog op de verbetering van hun respectievelijke offertes. *In casu* bevatte het gunningsdossier geen enkel document met betrekking tot het verloop van de onderhandelingen met de "kandidaten", omdat de afspraken telefonisch waren vastgelegd en er geen enkel verslag van die vergaderingen was gemaakt.

Onlangs heeft de Raad van State (RvS (6e kortgedingkamer), 18 januari 2019, nr. 243.438, s.a. Pitagone) eraan herinnerd dat "ook al bepaalt artikel 29/1, § 7, van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies dat de §§ 1 tot 6 van diezelfde bepaling niet toepasselijk zijn op opdrachten van beperkte waarde, dan neemt dit niet weg dat de gunningsbeslissing van een dergelijke opdracht moet berusten op relevante en toelaatbare redenen en een uitdrukkelijke motivering moet bevatten die in overeenstemming is met de eisen van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen. Die motivering moet bovendien nog nauwkeuriger zijn aangezien de opdrachten van beperkte waarde niet onderworpen zijn aan de plaatsingsregels van Titel II van voornoemde wet van 17 juni 2016 en ze bijgevolg een grotere manoeuvreerruimte bieden voor de aanbestedende overheid" (vrije vertaling). De Raad van State stelt overigens vast dat de onderhandeling over de prijs, het enige gunningscriterium gekozen door de aanbestedende overheid, niet werd gevoerd met een van de twee inschrijvers en dat noch het administratief dossier, noch de bestreden akte ook maar enig element aanvoerde om het verschil in behandeling tussen de twee inschrijvers te rechtvaardigen. In antwoord op een opmerking van de aanbestedende overheid, voegt de Raad van State hieraan toe dat er geen enkele reden was om veronderstellingen te maken over het antwoord dat de verzoekster had kunnen gegeven hebben mocht haar gevraagd zijn naar haar eenheidsprijs ingeval een andere hoeveelheid zou worden besteld, noch om te stellen dat die eenheidsprijs hoger geweest zou zijn dan de prijs die de opdrachtnemer van de opdracht had voorgesteld.

In het kader van de uitoefening van het toezicht heeft de gewestelijke administratie in 2020 en 2021 verschillende keren moeten vaststellen dat de bovenvermelde algemene principes niet werden nageleefd in het kader van onderhandelingen of pseudo-onderhandelingen gevoerd door een Brussels plaatselijk bestuur, bijvoorbeeld:

- de voorwaarden van de opdracht waren gedeeltelijk gewijzigd tijdens de onderhandelingsfase zonder dat het dossier dat werd toegezonden aan de toezichthoudende overheid de draagwijdte van die wijzigingen verduidelijkte. Het bleek immers pas na een vergelijking van de oorspronkelijke versie van de opdrachtdocumenten met het gunningsdossier van de opdracht dat er varianten "a" en "b" waren opgedoken die voordien onbestaande waren. De inhoud van die twee varianten werd overigens niet duidelijk gedefinieerd in de beslissing. Bovendien bevatte het gunningsdossier geen informatie over het verloop van de onderhandelingen;
- in een analyseverslag van de offertes werd een onderhandelingsfase vermeld waar slechts een van de inschrijvers aan had deelgenomen terwijl in werkelijkheid de inschrijver in kwestie een van zijn eenheidsprijzen had veranderd na een vraag om de prijzen te verantwoorden op grond van de bepalingen van artikel 36, § 2, van het KB 2017 plaatsing. Maar over dat laatste punt werd niets vermeld in het gunningsdossier.

Anderzijds, in toepassing van artikel 14, § 1, van de wet 2016 OO, moeten de communicatie en uitwisseling van informatie tussen de aanbesteder en de ondernemers, met inbegrip van de elektronische verzending en ontvangst van de offertes, in alle fasen van de plaatsingsprocedure (wat dus ook de eventuele onderhandelingsfase omvat) met behulp van elektronische middelen plaatsvinden. Er is geen algemene uitzondering voor MPMO of voor VOPMB, in tegenstelling tot de OPZVB, als het geraamd bedrag van de opdracht onder de drempel vastgelegd voor de Europese bekendmaking ligt (uitzondering vastgelegd in artikel 14, § 2, eerste lid, 5°, van de wet 2016 OO).

In toepassing van artikel 14, § 6, van dezelfde wet moet de aanbestedende overheid ervoor zorgen dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de offertes en aanvragen tot deelneming gewaarborgd zijn bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie. Ze mag pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor de indiening van de offertes en aanvragen tot deelneming kennis nemen van de inhoud ervan.

65

De gebruikte instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van de aanvragen tot deelneming en offertes, "elektronische platformen" genoemd, moeten door passende technische voorzieningen en procedures een aantal waarborgen bieden, zoals vastgelegd in artikel 14, § 7, van de wet 2016 OO.

Er dient vastgesteld te worden dat de indiening van offertes per mail, buiten de voormelde elektronische platformen, niet de waarborgen biedt die op grond van de voormelde bepalingen van artikel 14, §§ 6 en 7, zijn vereist (zie met betrekking hiertoe eveneens punt 1.4.4.1). De situatie wordt nog riskanter als het contactadres een generieke e-mailadres is dat door meerdere medewerkers wordt beheerd. De gewestelijke administratie heeft echter meermaals kunnen vaststellen dat bepaalde plaatselijke besturen toelieten dat tussentijdse en finale offertes per mail werden ingediend, in strijd met de hierboven aangehaalde regels.

1.4.5.2.3. Prijzenonderzoek - probleem met de motivering of ontbreken van motivering - gebrek aan transparantie

In een analyseverslag van de offertes dat bij een gunningsbeslissing was gevoegd, werd verduidelijkt dat nadat voor verschillende meetstaatposten abnormale eenheidsprijzen waren vastgesteld, de inschrijvers werden verzocht hun prijzen te verantwoorden binnen een termijn van 12 kalenderdagen, in toepassing van artikel 36, § 2, van het KB 2017 plaatsing. In de verzonden verzoeken werd gespecificeerd dat die verantwoordingen nodig waren om de betreffende offertes te kunnen aanvaarden en vergelijken. Uiteindelijk werden de offertes als regelmatig beschouwd, maar noch de beslissing noch het analyseverslag van de offertes gaf aan of de verantwoordingen binnen de toegekende termijn waren bezorgd en geen van beide documenten bevatte een beoordeling van die eventuele verantwoordingen.

Uit een interne nota die als bijlage bij het aan de gewestelijke administratie toegezonden gunningsdossier was gevoegd (en waarvan de inhoud niet was geïllustreerd noch goedgekeurd door het bevoegde beslissingsorgaan), bleek echter dat enerzijds de opdrachtnemer van een van de percelen, in antwoord op de vraag van de aanbestedende overheid tot verantwoording van sommige van zijn prijzen, twee van zijn eenheidsprijzen had gewijzigd nadat hij een foutieve eenheid had ontdekt in zijn oorspronkelijke offerte (de aanbestedende overheid heeft zich niet uitgesproken over dit punt) en dat anderzijds een andere inschrijver niet had gereageerd op de vraag om een aantal van zijn prijzen te verantwoorden. Het ging om een procedure waar onderhandeling was toegestaan maar waar de aanbestedende overheid de onderhandelingsfase niet had aangevat.

Dit voorbeeld toont niet alleen een probleem aan met de motivering en een schending van het transparantiebeginsel, zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO, maar ook tekortkomingen in verband met de regels en beginselen inzake prijzenonderzoek.

De gewestelijke administratie heeft in meerdere andere gunningsdossiers vastgesteld dat informatie betreffende het prijzenonderzoek ontbrak (zelfs wanneer er zeer grote prijsvariaties waren vastgesteld) of dat er leemtes waren in de motivering van de beslissing om de overgemaakte verantwoordingen van de prijzen te aanvaarden of te weigeren.

In een meer specifiek geval, dat betrekking had op een overheidsopdracht voor schoonmaakdiensten, heeft een Brussels plaatselijk bestuur meerdere inschrijvers verzocht bepaalde elementen van hun offerte te verantwoorden. Na analyse van de ontvangen verantwoordingen, werd besloten om een offerte te weren, met een vrij nauwkeurige en negatieve motivering van deze keuze, en om de andere offertes waarvoor verantwoordingen waren gegeven te selecteren, op basis van een zeer algemene en positieve motivering (bijvoorbeeld: "de inschrijver legt de feitelijke elementen en de aangewende procedures uitvoerig uit"), zonder dat de door de aanbestedende overheid verstrekte uitleg toelaat objectief de redenen te bepalen die haar gedreven hebben de individuele antwoorden van deze inschrijvers te aanvaarden. Een dergelijke motivering schendt niet alleen het beginsel van de gelijke behandeling van de inschrijvers, rekening houdend met deze gedifferentieerde aanpak, maar ook het transparantiebeginsel, beide vervat in artikel 4 van de wet 2016 OO. Aangezien de aanbestedende overheid immers zelf de regel bepaald heeft die rechtvaardigt dat bepaalde inschrijvers ondervraagd werden, is het aan diezelfde overheid om alle ontvangen verantwoordingen zorgvuldig te analyseren en in haar antwoord nauwkeurig die redenen te vermelden die haar ertoe gebracht hebben te beslissen of de offertes van alle ondervraagde inschrijvers regelmatig dan wel onregelmatig waren. Ze had zich dus formeel moeten uitspreken over het voldoende nauwkeurig en relevant karakter van elke ontvangen verantwoording.

Het is ook voorgekomen dat de gewestelijke administratie een zekere verwarring vaststelt tussen de verrichtingen met betrekking tot de verbetering van fouten en leemten in de offertes, in toepassing van artikel 34 van het KB 2017 plaatsing, en de verrichtingen met betrekking tot het prijzen- of kostenonderzoek op grond van artikelen 33, 35 en 36 van dit koninklijk besluit en artikel 84 van de wet 2016 OO, en dat een Brussels plaatselijk bestuur zich beperkt tot de eerste.

Het lijkt ons derhalve zinvol om hier even stil te staan bij het wettelijk kader en een aantal arresten van de Raad van State in verband met die problematiek.

Het uitgangspunt staat in artikel 84 van de wet 2016 OO. Die bepaling bevat het beginsel dat de aanbestedende overheid verplicht is om een prijzen- of kostenonderzoek uit te voeren, en ook dat de inschrijvers verplicht zijn om, op verzoek van de aanbestedende overheid, tijdens de plaatsingsprocedure alle nodige inlichtingen te verstrekken om dit onderzoek mogelijk te maken. Uit de gunningsbeslissing van de opdracht of minstens uit het administratief dossier moet blijken dat de aanbestedende overheid daadwerkelijk een prijzen- of kostenonderzoek heeft uitgevoerd (RvS (6^e kortgedingkamer), 5 juni 2018, nr. 241.714, s.a. SERVITEX).

In toepassing van een delegatie aan de Koning, legt Hoofdstuk 5 van Titel 1 van het KB 2017 plaatsing de regels vast voor de verbetering van fouten en het nazicht van prijzen of kosten in de offertes. Artikel 33 van dit koninklijk besluit organiseert de volgende controle: "Na de verbetering van de offertes overeenkomstig artikel 34, gaat de aanbestedende overheid over tot het prijs- of kostenonderzoek overeenkomstig artikel 35 en, in geval van vermoeden van abnormaal hoge of lage prijzen of kosten, gaat zij over tot de in artikel 36 bedoelde prijzen- of kostenbevraging."

Een aantal van de voorschriften hieronder lijken soms slecht te worden begrepen als we de inhoud zien van sommige gunningsdossiers die aan de gewestelijke administratie worden bezorgd voor toezicht:

- artikel 36, § 2, vijfde lid, van het KB 2017 plaatsing staat de aanbestedende overheid toe om geen prijsverantwoording te vragen voor verwaarloosbare posten.
Het al dan niet verwaarloosbare karakter van een bepaalde post moet door de aanbestedende overheid altijd per geval worden beoordeeld in het kader van de betreffende overheidsopdracht. Het Verslag aan de Koning dat voorafging aan de publicatie van dit koninklijk besluit specificeert hierover dat in het geval waarin de aanbestedende overheid ondanks alles toch zou overgaan tot een prijsonderzoek voor verwaarloosbare posten, bij opdrachten bijvoorbeeld die meerdere abnormaal geachte prijzen bevatten, en na onderzoek zou blijken dat de abnormaal bevonden prijzen van de verwaarloosbare posten heel beperkt in aantal zijn, de offerte toch nog als regelmatig kan worden beschouwd. Inderdaad is in de derde paragraaf van dit artikel 36 verduidelijkt dat de offerte slechts geweerd wordt in twee hypothesen: omwille van het abnormaal karakter van het totale offertebedrag en/of vanwege een abnormaal karakter bij een of meerdere niet-verwaarloosbare posten;
- wanneer een inschrijver een vermoedelijk abnormale prijs moet verantwoorden, mag hij niet eenvoudigweg een uitsplitsing van zijn prijs bezorgen of zich beroepen op de met een winstmarge verhoogde prijs van een onderaannemer om zijn prijs uit te leggen. In dit laatste geval is verdere informatie over de prijs van de onderaannemer vereist.
Op dezelfde wijze volstaat het niet om bepaalde elementen aan te voeren (bijvoorbeeld de nabijheid van de onderneming en de omstandigheid dat productie-installaties "gedeeltelijk of geheel" deel uitmaken van de groep) om het normale karakter van de totale prijs te rechtvaardigen. Ook moeten die elementen zijn omgezet in cijfers zodat de motivering kan steunen op concrete elementen (RvS (6e kortgedingkamer), 8 april 2021, nr. 250.312, s.a. Nelles frères en crts). Verantwoordingen moeten dienen om aan te tonen in welk opzicht de prijzen normaal zijn en van dien aard zijn dat ze een uitvoering van de opdracht garanderen die conform de in de opdrachtdocumenten gestelde eisen zijn en zo, desgevallend, de regelmatigheid van de offerte aantonen (RvS (8ste kortgedingkamer), 24 december 2020, nr. 249.335, s.a. ETC);
- artikel 36, § 3, van het KB 2017 plaatsing vereist met name van de aanbestedende overheid dat zij alle ontvangen verantwoordingen beoordeelt en een van de volgende drie beslissingen neemt:
 - ofwel stelt zij vast dat het bedrag van een of meer niet-verwaarloosbare posten een abnormaal karakter vertoont en weert ze de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
 - ofwel stelt zij vast dat het totale offertebedrag een abnormaal karakter vertoont en weert de offerte omwille van de substantiële onregelmatigheid waarmee deze behept is;
 - ofwel motiveert zij in de beslissing tot gunning dat het totale offertebedrag geen abnormaal karakter vertoont.

De aanbestedende overheid moet in dat kader rekening houden met de bepalingen van artikel 76, §§ 1 en 2, van het KB 2017 plaatsing, die vastleggen wat moet worden beschouwd als een substantieel onregelmatige offerte.

Die beslissing moet naar behoren worden gemotiveerd. Hetzelfde geldt wanneer de overheid de gevraagde verantwoordingen niet heeft ontvangen.

De Raad van State kreeg al verschillende keren de gelegenheid om meer duidelijkheid te brengen in verband met het prijsonderzoek, met name:

- het prijzen- of kostenonderzoek bepaald in artikel 36, § 1, van het KB 2017 plaatsing "heeft in hoofdzaak tot doel om na te gaan of de aangeboden prijs de inschrijver in staat stelt om de verplichtingen die voortvloeien uit het bestek na te komen, zowel wat betreft de technische kwaliteit als op het vlak van de termijnen, en elke speculatie uit te sluiten die nadelig zou zijn voor de fundamentele belangen van de aanbesteder en van de publieke middelen." (vrije vertaling) (RvS (8ste kortgedingkamer), 24 december 2020, nr. 249.335, s.a. Etude et techniques spéciales de Construction);

- "Hoewel kan worden aanvaard dat een aanbestedende overheid niet verplicht is om in de motivering van haar beslissing te vermelden waarom een voorgestelde prijs geen abnormaal karakter vertoont, moet toch uit de beslissing of, op zijn minst uit het administratief dossier, blijken dat zij wel degelijk concreet is overgegaan tot het prijsonderzoek." (vrije vertaling) (RvS (6^e kortgedingkamer), 30 maart 2021, nr. 250.271, s.a. Duchêne en crts));
- "De aanbesteder beschikt in het kader van het prijsonderzoek over een ruime beoordelingsmarge, zowel om over te gaan tot een controle van de prijzen als om te bepalen voor welke prijzen hij het aangewezen acht om verantwoording te vragen" (vrije vertaling) (RvS (6^e kortgedingkamer), 23 oktober 2020, nr. 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis);
- "Wanneer de aanbestedende overheid het nodig acht om een inschrijver te vragen om bepaalde prijzen te verantwoorden, moet de beslissing om de prijs van een offerte niet als 'abnormaal' te beschouwen onderwerp zijn van een nauwkeurige motivering, waaruit de waarachtigheid, juistheid en relevantie blijkt van de elementen waar de aanbestedende overheid zich op heeft gebaseerd om te beslissen dat vermoedelijk abnormale prijzen dat uiteindelijk niet zijn. Dat geldt des te meer omdat de aanbestedende overheid op dat vlak beschikt over een ruime beoordelingsbevoegdheid, waarvan de verplichting voor een uitvoerige motivering het logische gevolg is. (...) Weliswaar mag het de motivering niet worden verweten dat ze geen rekening houdt met alle details in de uitleg van de inschrijvers wanneer sommige daarvan onder het zakengeheim zouden vallen en, om die reden, vertrouwelijkheid genieten. Niettemin mag de tegenpartij zich niet beperken tot een motivering die zo laconiek is dat niet kan worden nagegaan of zij alle ontvangen verantwoordingen zorgvuldig heeft onderzocht en niet duidelijk is waarom zij die verantwoordingen heeft toegestaan. Aangezien de verzoekster niet nauwkeuriger de redenen kon kennen waarom werd beslist dat de voorgestelde prijzen normaal zijn, was zij, zoals zij verklaart, niet in staat om, in het vooruitzicht van het eventueel instellen van beroep, te oordelen of de tegenpartij de regels en bepalingen kon hebben geschonden die in het onderhavige geval van toepassing zijn. Bijgevolg heeft de tegenpartij niet voldaan aan de verplichting tot uitdrukkelijke motivering waar zij aan onderworpen was bij het aannemen van de betwiste akte." (vrije vertaling) (RvS (6^e kortgedingkamer), 23 juli 2020, nr. 248.077, s.p.r.l. MSD Belgium);
- "De beslissing waarmee de aanbesteder een offerte onregelmatig verklaart omdat ze abnormaal hoge of lage prijzen bevat moet onderwerp zijn van een nauwkeurige motivering, die moet toelaten om enerzijds na te gaan of de aanbestedende overheid zorgvuldig de aangevoerde verantwoordingen heeft onderzocht en om anderzijds de redenen te begrijpen waarom zij die verantwoordingen niet heeft aanvaard." (vrije vertaling) (RvS (6^e kortgedingkamer), 23 oktober 2020, nr. 248.729, s.p.r.l. Baudoin Louis);
- de voornoemde bepalingen (artikel 84 van de wet 2016 OO en artikelen 35 en 36 van het KB 2017 plaatsing) zijn niet rechtstreeks van toepassing op de kosten die ontstaan door maatregelen die voortvloeien uit de toepassing van het algemeen veiligheids- en gezondheidsplan. Inderdaad, volgens artikel 32, § 1, 1^o, van het KB 2017 plaatsing, zijn die kosten, in beginsel, begrepen in de prijzen die worden vermeld in de offerte en in de samenvattende opmeting en zijn ze bijgevolg, in dat opzicht, onderwerp van een prijzen- en kostenonderzoek in de zin van de voornoemde wettelijke en regelgevende bepalingen (RvS (6^e kortgedingkamer), 21 februari 2020, nr. 247.119, s.a. Colas Belgium)..

Tot slot herinneren we eraan dat bij de openbare en niet-openbare procedure een andere bepaling de naleving van het principe van de gelijke behandeling waarborgt: artikel 82 van het KB 2017 plaatsing dat het volgende bepaalt: "na de eventueel verlengde limietdatum en het limietuur voor het indienen van offertes heeft de inschrijver niet meer het recht om zich te beroepen op fouten of leemten die voorkomen in de samenvattende opmeting of de inventaris, zoals verstrekt door de aanbestedende overheid. Bovendien kan hij zich vanaf dat ogenblik niet meer beroepen op vormgebreken, noch op fouten of leemten in zijn offerte." Hieruit volgt bijvoorbeeld dat de inschrijver niet mag antwoorden op een vraag om verantwoording van zijn eenheidsprijzen door zijn offerte te wijzigen, met als verantwoording voor die wijziging dat hij laattijdig een fout had vastgesteld in de meeteenheid die hij had gebruikt in zijn offerte.

1.4.5.2.4. Niet-naleving van de gunnings(sub)criteria en/of hun relatieve weging - gebrek aan transparantie

In toepassing van artikel 81 van de wet 2016 OO moet de beslissing om een overheidsopdracht te gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige offerte heeft ingediend, genomen worden op basis van gunningscriteria die voordien werden vastgesteld in de opdrachtdocumenten.

In toepassing van artikel 5, 9°, van de wet 2013 rechtsmiddelen moet de naar behoren gemotiveerde gunningsbeslissing de namen bevatten van de gekozen inschrijver of de gekozen deelnemer of deelnemers bij de raamovereenkomst en van de deelnemers en inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen en de juridische en feitelijke motieven, waaronder de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben.

De gewestelijke administratie stelt vrij regelmatig in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht vast dat de gunningscriteria en/of -subcriteria en de weging ervan niet nageleefd werden, en dit op verschillende manieren:

- indien slechts een enkele offerte ontvangen werd, deze offerte niet beoordelen op basis van de gunningscriteria en bijgevolg het ontbreken van informatie in de beslissing over de kenmerken en voordelen van deze offerte gelet op de gunningscriteria;
- het weglaten van een of meerdere gunnings(sub)criteria in de motivering van de beoordeling van de offertes;
- het niet-behandelen van bepaalde beoordelingselementen in de motivering van de gunningsbeslissing van de opdracht, terwijl deze wel voorafgaandelijk aangekondigd waren in de opdrachtdocumenten;
- de neutralisering van een (sub)criterium door het maximumaantal punten toe te kennen aan alle offertes op basis van een algemene argumentering voor alle offertes tezamen, zonder een echte individuele analyse van de intrinsieke kwaliteit van elke offerte;
- de niet-naleving van de relatieve weging van elk (sub)criterium.

69

Dergelijke tekortkomingen zijn natuurlijk ook nog eens in strijd met het transparantiebeginsel zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO.

1.4.5.2.5. Beoordelingsmethode van de offertes niet vooraf aangekondigd - onvoorspelbaarheid - gebrek aan transparantie

In verband met de beoordelingsmethodiek van offertes is het vaste rechtspraak dat die niet verplicht moet worden aangekondigd in de opdrachtdocumenten, behalve wanneer ze een invloed zou kunnen hebben op de voorbereiding van de offertes. Wanneer niet in een specifieke methode werd voorzien om de offertes te beoordelen, beschikt de aanbestedende overheid dus, op het moment van onderzoek van de offertes, over een ruime beoordelingsbevoegdheid om de offertes te beoordelen ten opzichte van de gunningscriteria.

Toch heeft, zoals vermeld in punt 1.4.4.14. hierboven, de Raad van State, meer bepaald in zijn arrest nr. 250.271 van 30 maart 2021 (RvS (6e kortgedingkamer), 30 maart 2021, nr. 250.271, s.a. Duchêne en crts), de grenzen vastgelegd van de beoordelingsbevoegdheid waarover de aanbestedende overheid beschikt om de methode te kiezen ter beoordeling van de offertes in het licht van de vooropgestelde gunningscriteria. Indien de concrete toepassing van de genoemde methode gedeeltelijk een waardeoordeel van de aanbestedende overheid kan inhouden, is het bijvoorbeeld toch vereist dat:

- de methode niet willekeurig of onsamenvattend is;
- ze niet tot gevolg heeft dat ze afbreuk doet aan de in de opdrachtdocumenten aangekondigde criteria, hetgeen ze onvoorspelbaar zou maken;
- en wordt toegepast op alle offertes, zoniet zou het basisprincipe van gelijke behandeling van de inschrijvers niet worden nageleefd.

Bovendien voegt de Raad van State hieraan toe dat indien de beoordelingsmethode van de offertes niet werd aangekondigd in de opdrachtdocumenten, ze begrepen moet kunnen worden bij het lezen van de motivering van de gunningsbeslissing.

Het is gebleken dat sommige Brusselse plaatselijke besturen de hierboven aangehaalde regels schenden en de grenzen overschrijden van de bevoegdheid die de Raad van State hen toekent om de methode te kiezen ter beoordeling van de offertes ten opzichte van de gunningscriteria.

Zo was, in het kader van de plaatsing van een overheidsopdracht voor leveringen, een van de gunningscriteria vastgesteld door een plaatselijk bestuur als volgt geformuleerd: "percentage op de catalogusprijs voor het materiaal dat niet is voorzien in de inventaris". In de inventaris was in een post voorzien specifiek voor de aftrek van genoemd percentage. Aangezien de opdrachtdocumenten geen bijzondere beoordelingsmethode vermeldden om dit criterium toe te passen en de offertes te quoteren volgens het kortingspercentage dat de inschrijvers voorstelden, leek het logisch te denken dat de gebruikte methode erin zou bestaan de offerte die het hoogste kortingspercentage voorstelde het maximumaantal punten te geven voor dit criterium en daarna met de regel van drie punten toe te kennen aan de andere offertes. De inschrijvers gaven echter niet één percentage op, maar wel verschillende percentages afhankelijk van het type producten in hun catalogus, waardoor het onmogelijk werd om de offertes punten toe te kennen op basis van de hierboven genoemde methode, of zelfs maar de offertes te vergelijken.

Om dat probleem op te lossen, had het plaatselijk bestuur beslist om een methode toe te passen die het omschreef als de "berekening van het kortingspercentage op een staal van 10 producten die in de catalogus van alle ondernemers staan en die niet voorkomen in de inventaris". Met die beslissing had het plaatselijk bestuur, in strijd met de hierboven aangehaalde vaste rechtspraak van de Raad van State, de draagwijdte van het vooraf in de opdrachtdocumenten gedefinieerde gunningscriterium wezenlijk gewijzigd (het percentage op alle producten was teruggebracht tot een percentage op 10 producten). Het bestuur maakte overigens gebruik van een beoordelingsmethode waarvan de samenhang en wettelijkheid absoluut niet waren gegarandeerd, omdat uit niets bleek dat de puntentoekening aan de offertes identiek zou geweest zijn indien het plaatselijk bestuur de kortingspercentages van tien andere producten dan de tien willekeurig gekozen producten zou hebben vergeleken.

De gewestelijke administratie heeft eveneens de gelegenheid gehad om kritiek te uiten op een bepaalde praktijk, die eruit bestaat aan beoordelingselementen die niet voorafgaandelijk aangekondigd werden in de opdrachtdocumenten (elementen die dus lijken op gunningssubcriteria) een relatief gewicht toe te kennen, dat enorm kan variëren. In bepaalde gevallen kon de keuze van de beoordelingselementen en de weging ervan, zoals uitgevoerd door de aanbestedende overheid, niet afgeleid worden uit de loutere lezing van de formulering van de gunningscriteria waarnaar ze verwezen.

Bijvoorbeeld: in het kader van eenzelfde opdracht had een plaatselijk bestuur besloten om gebruik te maken van de volgende beoordelingselementen (die niet aangekondigd waren als gunningssubcriteria) en hun weging als volgt vast te leggen op het ogenblik van de gunning van de opdracht:

- voor een gunningscriterium betreffende de organisatie, de kwalificaties en de specifieke ervaring van het aan de uitvoering van een opdracht toegewezen personeel: het organigram (10 punten), de coördinatie (8 punten), de regelgeving (3 punten), de taal (3 punten) en de contactpersoon (1 punt);
- voor een gunningscriterium betreffende de intentienota: de motivering (8 punten), de methodologie (5 punten), de normen (5 punten), de planning (5 punten) en het budget (2 punten).

Om dergelijke situaties te vermijden, blijft de gewestelijke administratie er op wijzen dat het belangrijk en noodzakelijk is om de opdrachtdocumenten duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig op te stellen, in het bijzonder om te vermijden dat offertes worden ontvangen waarvan de beoordeling of de vergelijking met andere offertes onmogelijk is zonder de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers te schenden.

1.4.5.2.6. Puntentoekenning aan de offertes - afwezig of niet afdoende motivering - gebrek aan transparantie

Zowel in de akte zelf als in een document waar de akte naar verwijst en waarvan de auteur van de akte zich de inhoud eigen maakt en goedkeurt, is de beslissing om een bepaalde score toe te kennen aan een offerte onderworpen aan de verplichting voor uitdrukkelijke motivering.

Ter herinnering, de bepalingen van artikel 5, 9°, van de wet 2013 rechtsmiddelen eisen dat de gemotiveerde gunningsbeslissing de namen bevat van de geselecteerde inschrijver en van de inschrijvers van wie de regelmatige offerte niet werd gekozen, alsook de juridische en feitelijke motieven, met inbegrip van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte, voor de beslissingen die daarop betrekking hebben.

Naast die verplichtingen zijn overigens ook de grote algemene beginselen van toepassing, in het bijzonder het beginsel van gelijke behandeling en transparantie zoals bedoeld in artikel 4 van de wet 2016 OO.

In zijn arrest nr. 240.968 van 8 maart 2018 (RvS (6e kortgedingkamer), 8 maart 2018, nr. 240.968, s.c.r.l. Intermediance & Partners), verklaart de Raad van State in dit verband: "de vergelijking van de offertes ten opzichte van ieder in het bestek vastgelegd criterium en de puntentoekenning volgens een vooraf bepaalde weging biedt de aanbestedende overheid weliswaar een zeer ruime beoordelingsbevoegdheid, maar een bevoegdheid die als logisch uitvloeisel een verplichting tot uitgebreide motivering heeft. Het eenvoudig toekennen van punten of een formulering in algemene bewoordingen, die niet wordt gestaafd, vormen vanuit dit standpunt geen voldoende motivering. De puntentoekenning moet gebaseerd zijn op motieven en die moeten worden uitgedrukt in de vorm van een beschrijvende beoordeling die steunt op concrete verwijzingen naar de inhoud van de offerte." (vrije vertaling)

Tijdens de referentieperiode heeft de gewestelijke administratie, in het kader van de uitoefening van het toezicht, verschillende tekortkomingen aan het licht gebracht in verband met de motivering van de puntentoekenning aan de offertes. Een paar voorbeelden:

- motivering eenvoudigweg onbestaande;
- motivering berustende op een zeer algemene motivering en bij gelegenheid zelfs op een bewering die op geen enkel motiveringselement berust en niet voldoende aantoont dat de aanbestedende overheid een echte individuele analyse heeft uitgevoerd van de intrinsieke kwaliteiten van elke offerte op basis van elk gunnings(sub)criterium;
- zeer beknopte motivering (door bijvoorbeeld de in een opdrachtdocument gevraagde elementen gewoonweg te vermelden, zonder echte analyse van de intrinsieke kwaliteiten (sterke en zwakke punten) van de offertes ten opzichte van het criterium in kwestie);
- onvoldoende motivering terwijl de beoordeling van de offertes ten opzichte van de gunningscriteria wel vrij grondig lijkt te zijn gebeurd. Al naargelang het geval bevatte het dossier dat aan het toezicht werd overgemaakt ofwel louter een overzicht van de positieve aspecten of de positieve en negatieve effecten van de door de inschrijvers ingediende offertes (desgevallend vergezeld van een conclusie per criterium), ofwel de vermelding van het gemiddelde van de punten toegekend door elk jurylid, zonder andere informatie betreffende de analyse van de intrinsieke kwaliteit van de offertes. Op basis van de motivering van deze beslissingen kon immers geen duidelijk verband worden gelegd tussen de feitelijke overwegingen die de aanbestedende overheid had uiteengezet en de punten die zij had toegekend aan de offertes, zodat het niet mogelijk was om de redenering van de aanbestedende overheid voor de toekenning van de punten te begrijpen (tenzij voor de evaluator zelf), noch om na te gaan of de door de aanbestedende overheid toegekende punten gestoeld waren op juridische en feitelijke ontvankelijke motieven;
- onvoldoende motivering omdat de methodiek voor puntentoekenning aan de offertes niet kon worden afgeleid uit de gunningsbeslissing, hetgeen ertoe leidde dat het onmogelijk was, tenzij voor de onderzoeker zelf, om de verdiensten van de verschillende offertes na te gaan en het dus ook onmogelijk te controleren was of de aldus toegekende punten steunden op juridisch en feitelijke ontvankelijke motieven.

- quotering van het type "alles of niets" (maximumaantal punten voor de beste offerte en geen punten voor alle andere offertes) zonder dat deze quotering berust op een echte beoordeling van de intrinsieke waarde van elke offerte en zonder dat deze methode voorafgaandelijk was aangekondigd. In bepaalde gevallen leek de beoordeling van de offertes trouwens meer op een controle van de technische regelmatigheid van de offertes dan op een beoordeling van hun intrinsieke waarde;
- motivering die tot doel heeft een of meerdere gunnings(sub)criteria die moeilijk of zelfs onmogelijk toe te passen zijn te neutraliseren.

1.4.5.2.7. Onaanvaardbare offertes - niet afdoende motivering - schending van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling

De regelgeving inzake overheidsopdrachten maakt een onderscheid tussen de begrippen onregelmatige offerte, onaanvaardbare offerte en ongeschikte offerte. Dat onderscheid is niet onbelangrijk omdat op basis daarvan de voorwaarden en modaliteiten voor de latere plaatsing van de overheidsopdracht worden bepaald.

- Onregelmatige of onaanvaardbare offertes

In toepassing van artikel 38, § 1, eerste lid, 2°, en tweede lid, van de wet 2016 OO, mag de aanbestedende overheid gebruik maken van de MPMO voor werken, leveringen of diensten waarvoor, in antwoord op een openbare of niet-openbare procedure, alleen onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend.

De Belgische wetgever heeft dan wel de kwestie van de behandeling van onregelmatige offertes goed geregeld in de wetgeving op overheidsopdrachten, maar dat ligt heel anders voor het begrip onaanvaardbare offerte en welk lot een dergelijke offerte moet worden beschoren. De Memorie van toelichting bij de wet 2016 OO neemt hooguit de verduidelijking over van artikel 26 van de Richtlijn 2014/24/EU: "met name offertes van inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken, en offertes waarvan de prijs het door de aanbestedende overheid begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de lancering van de plaatsingsprocedure, overschrijdt, worden als onaanvaardbaar beschouwd".

Van zijn kant definieert de Franse wetgever dit begrip als "een offerte waarvan de prijs de aan de opdracht toegekende begrotingskredieten, bepaald en vastgesteld vóór de lancering van de procedure, overschrijdt" (artikel L-2152-3 van het Franse wetboek inzake overheidsopdrachten) en bepaalt hij het principe dat "de koper de onregelmatige, onaanvaardbare of ongeschikte offertes weert" (vrije vertaling) (artikel L-2152-1 van het Franse wetboek inzake overheidsopdrachten).

Ook al lijkt het niet onredelijk om ook in België ervan uit te gaan dat een onaanvaardbaar geachte offerte op dezelfde wijze moet worden geweerd als een onregelmatige offerte, toch vragen we aan de aanbestedende overheid die een dergelijke beslissing plant om bijzondere zorg te besteden aan zowel de feitelijke als de juridische motivering van haar beslissing.

Volgens de Raad van State vormt het begrip onaanvaardbare prijs geen objectief gegeven maar moet dit worden ingeschat door de aanbestedende overheid. In de zaak die aan de basis lag van zijn arrest van 9 november 2020 (RvS (6e kortgedingkamer), 9 november 2020, nr. 248.853, s.a. Willemen Infra et s.a. Colas Belgium), constateert en aanvaardt hij het feit dat het onaanvaardbare karakter van de offertes die waren ingediend in het kader van een openbare procedure alleen was gemotiveerd door een overschrijding van het EFRO-budget dat aan het project was toegekend. Hij behandelt er overigens het onderscheid tussen de begrippen onaanvaardbare offerte en abnormale offerte.

In het kader van die plaatsingsprocedure (de MPMO) is de aanbestedende overheid niet verplicht een aankondiging van de opdracht te publiceren indien zij bij de nieuwe procedure alle inschrijvers betreft en alleen de inschrijvers die voldoen aan de selectiecriteria in ruime zin (uitsluitingsgronden en kwalitatieve selectiecriteria) en die, bij de voorgaande openbare of niet-openbare procedure, een offerte hebben ingediend die voldeden aan de formele eisen van de eerste plaatsingsprocedure.

Krachtens artikel 96 van het KB 2017 plaatsing klassieke sectoren, worden de offertes die de artikelen 38, 42, 43, § 1, 44, 48, § 2, 54, § 2, 55, en 83 van ditzelfde koninklijk besluit en artikel 14 van de wet 2016 OO naleven beschouwd als offertes die aan de formele eisen van de eerste plaatsingsprocedure voldeden. Indien de eerste procedure niet verplicht onderworpen was aan Europese bekendmaking mag de aanbestedende overheid bovendien, om de mededinging te verruimen en zonder dat zij verplicht is om een aankondiging van de opdracht te publiceren, ondernemers raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de selectie-eisen, ongeacht of zij al dan niet een regelmatige offerte hebben ingediend, of geen enkele offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure. Indien de aanbestedende overheid daarentegen niet alle genoemde inschrijvers bij de nieuwe procedure betreft, is zij verplicht een aankondiging van de opdracht te publiceren en dat ongeacht het bekendmakingsniveau waar de eerste plaatsingsprocedure aan was onderworpen.

Tot slot eist de wetgever in die hypothese niet dat de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd.

- Afwezigheid van (geschikte) aanvraag tot deelneming of (geschikte) offerte

In toepassing van artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, c), van de wet 2016 OO, mag de aanbestedende overheid gebruik maken van de OPZVB wanneer geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte werd ingediend ingevolge een openbare of niet-openbare procedure, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd. Voor opdrachten waarvan het bedrag gelijk is aan of hoger is dan de drempels voor Europese bekendmaking, moet de aanbestedende overheid bovendien een verslag indienen bij de Europese Commissie indien die laatste daarom verzoekt.

In dat verband werd tijdens de referentieperiode vastgesteld dat in het kader van de plaatsing van een raamovereenkomst, een plaatselijk bestuur de offertes van verschillende inschrijvers als onaanvaardbaar had beschouwd en ze om die reden had geweerd met als motivering dat het bedrag van die offertes "hoger was dan het budget dat was toegekend" aan de raamovereenkomst. Uit het onderzoek van het administratief dossier bleek echter dat het budget dat was toegekend aan die raamovereenkomst niet was gespecificeerd, noch in de beslissing die de voorwaarden van de opdracht vaststelde noch in de gunningsbeslissing ervan. Bijgevolg steunt het door de aanbestedende overheid aangehaalde motief om bepaalde offertes als onaanvaardbaar te beschouwen niet op exacte, bewezen en relevante feiten. Hieruit volgt dat de aanbestedende overheid, door haar beslissing niet op een afdoende manier te motiveren, niet heeft voldaan aan haar verplichtingen tot transparantie en gelijke behandeling van de inschrijvers zoals die voortvloeien uit de toepassing van artikel 4 van de wet 2016 OO.

In een ander dossier kreeg een offerte 0 punten voor het gunningscriterium "uitvoeringstermijn" omdat de inschrijver geen uitvoeringstermijn had voorgesteld. De gewestelijke administratie heeft deze beslissing aangeklaagd, overwegende dat deze offerte substantieel onregelmatig had moeten beschouwd, in toepassing van artikel 76, § 1, lid 3, van het KB 2017 plaatsing, rekening houdend met het feit dat enige verbintenis van deze inschrijver met betrekking tot een eventuele op deze opdracht toepasselijke uitvoeringstermijn ontbrak. Deze leemte geeft deze inschrijver immers een discriminerend voordeel, aangezien het bestek geen standaard toepasbare minimale uitvoeringstermijn vastlegde, en maakt de offerte onvergelijkbaar met de andere offertes.

1.4.5.2.8. Opdracht verdeeld in percelen - ontbrekende analyse en beoordeling van de offertes per perceel – afwezigheid van een formele gunningsbeslissing per perceel

Zoals uitgelegd in punt 1.4.2.2. hiervoor, wordt een perceel door artikel 2, 52°, van de wet 2016 OO gedefinieerd als "de onderverdeling van een opdracht, die apart kan worden gegund, in principe met het oog op een gescheiden uitvoering".

Op het moment dat de aanbestedende overheid de voorwaarden van de opdracht vaststelde, had zij in de opdrachtdocumenten minstens de aard, de omvang, het voorwerp, de verdeling en de kenmerken van ieder perceel moeten bepalen, in overeenstemming met artikel 58, § 1, eerste lid, van de wet 2016 OO. Om te kiezen uit de ondernemers, kandidaten of inschrijvers, die in staat zijn om de opdracht uit te voeren, had zij kwalitatieve selectiecriteria per perceel moeten vaststellen, en eventueel in geval van gunning van meerdere percelen aan één inschrijver.

Om de economisch meest voordelige offerte te bepalen, had zij bovendien gunningscriteria moeten kiezen die verband hielden met het voorwerp van elk perceel.

Nadat de aanbestedende overheid is overgegaan tot de selectie van kandidaten of inschrijvers (naargelang het geval) voor elk perceel afzonderlijk, moet zij overgaan tot de gunning van de opdracht per perceel.

Tijdens de referentieperiode is de gewestelijke administratie moeten optreden naar aanleiding van verscheidene beslissingen waarin het beginsel van een afzonderlijke gunning per perceel niet werd nageleefd. In een van die gevallen vertoonde de beslissing bovendien een gebrek aan transparantie over de identiteit van de inschrijvers per perceel in het kader van de oorspronkelijke opdracht terwijl er sprake van was om een in percelen verdeelde overheidsopdracht te herhalen. In een laatste geval was er geen analyse van de offertes geweest voor een van de twee percelen van de opdracht.

Voorts wordt eraan herinnerd dat de aanbestedende overheid, afhankelijk van de eigen voorwaarden van iedere in percelen verdeelde opdracht, mogelijk specifieke bijkomende formaliteiten moet vervullen:

- indien zij het aantal percelen waarvoor eenzelfde inschrijver een offerte kan indienen, heeft beperkt in toepassing van artikel 58, § 1, laatste lid, van de wet 2016 OO moet zij nagaan of die eis werd nageleefd;
- indien zij prijsverminderingen of verbeteringsvoorstellen van de offertes niet heeft verboden voor de offertes die betrekking hebben op meerdere percelen en indien het gaat om een openbare of niet-openbare procedure, moet zij de economisch meest voordelige offerte bepalen voor ieder perceel rekening houdende met de prijsverminderingen of verbeteringsvoorstellen voor bepaalde gegroepeerde percelen en met het economisch meest voordelige geheel van alle percelen (art. 87, § 1, vijfde lid, van het KB 2017 plaatsing);
- indien zij in de aankondiging van de opdracht het maximaal aantal percelen heeft opgegeven dat zij wil gunnen aan eenzelfde inschrijver, moet zij de in de opdrachtdocumenten vermelde objectieve en niet-discriminerende criteria of regels toepassen om te bepalen welke percelen zullen worden toegewezen wanneer de toepassing van de gunningscriteria ertoe leidt dat meer percelen dan het maximaal aantal aan eenzelfde inschrijver worden toegewezen (art. 58, § 2, van de wet 2016 OO);
- indien zij een specifiek vereist minimaal niveau heeft vastgelegd voor de kwalitatieve selectie in het geval dat meerdere percelen worden toegewezen aan eenzelfde inschrijver, moet zij bij de gunning van de percelen nagaan of is voldaan aan het voornoemde specifiek vereiste minimale niveau. Indien de betreffende inschrijver daar niet aan voldoet, wijst de aanbestedende overheid hem alleen de percelen toe waarvoor hij voldoet aan dat vereiste minimale niveau rekening houdende met de voorkeurvorgorde die deze laatste heeft vermeld in zijn offerte of, bij gebrek aan een dergelijke vermelding, door over te gaan tot een loting uit de percelen in kwestie waarop zij de betrokken inschrijvers heeft uitgenodigd (art. 49, tweede en derde lid, en 87, § 1, laatste lid, van het KB 2017 plaatsing).

Tot slot specificeert artikel 58, § 1, derde lid, van de wet 2016 OO dat de aanbestedende overheid het recht heeft om slechts enkele percelen van de opdracht te gunnen en, eventueel, te beslissen dat de overige percelen onderwerp zullen zijn van een of meer nieuwe opdrachten, indien nodig met een andere plaatsingsprocedure.

1.4.5.2.9. Opdracht verdeeld in percelen - afzonderlijke gunningsbeslissingen per perceel, ondanks een voorgestelde prijsvermindering

Als de aanbestedende overheid voor een overheidsopdracht verdeeld in meerdere percelen in de opdrachtdocumenten het voorstellen van een prijsvermindering indien meerdere percelen gegund worden toelaat (bijvoorbeeld door in het offerteformulier bij het bestek te voorzien in een hiertoe bestemde ruimte), laat een dergelijke mogelijkheid een afzonderlijke gunning van de percelen niet toe als een van de inschrijvers daadwerkelijk een prijsvermindering voorstelt, aangezien de aanbestedende overheid verplicht is hiermee rekening te houden bij de rangschikking van de offertes, in toepassing van artikel 87, § 1, lid 5, van het KB 2017 plaatsing.

In een dergelijk geval is een afzonderlijke gunning van de percelen enerzijds in strijd met het transparantiebeginsel, omdat de voorwaarden van de opdracht niet worden nageleefd, en kan ze anderzijds ook tegenstrijdig blijken met de financiële belangen van de aanbestedende overheid, zoals de gewestelijke administratie tijdens de referentieperiode heeft kunnen vaststellen.

1.4.5.2.10. Niet-conformiteit met de technische vereisten – ontbrekend standpunt van de aanbestedende overheid

In de loop van de referentieperiode heeft de gewestelijke administratie het feit aangeklaagd dat er een duidelijke onregelmatigheid zat in een offerte en dat de aanbestedende overheid geen uitspraak heeft gedaan over de aard en de gevolgen van deze onregelmatigheid bij de gunning van de overheidsopdracht, in toepassing van artikel 76 van het KB 2017 plaatsing.

1.4.5.2.11. Gunning van een overheidsopdracht zonder voorafgaande formele beslissing met betrekking tot de vaststelling van de voorwaarden van deze opdracht

Deze problematiek houdt verband met de problematieken die reeds behandeld werden in punten 1.1.5., 1.1.9., 1.4.1.2 en 1.4.5.2.1.

In het kader van de plaatsing van elke overheidsopdracht, ook bij opdrachten die gebaseerd zijn op een gesloten raamovereenkomst, moet een aanbestedende overheid in principe minstens twee formele beslissingen nemen in een precieze volgorde: eerst de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht (met inbegrip van het begrotingskader met betrekking tot de te voorziene uitgave) en in een tweede fase de gunning van de opdracht.

Na de vernietiging van haar beslissing betreffende de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van een overheidsopdracht, heeft een aanbestedende overheid geen andere keuze dan van de lopende procedure af te zien, als deze al gelanceerd was, en een beslissing tot niet-gunning te nemen die hiertoe naar behoren gemotiveerd wordt. Als ze deze overheidsopdracht later echter opnieuw wil lanceren, kan ze steeds een nieuwe beslissing nemen met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht. De gewestelijke administratie heeft tijdens de referentieperiode echter kunnen vaststellen dat een plaatselijk bestuur deze weg niet gevolgd heeft en zijn overheidsopdracht toch gegund heeft.

1.4.5.2.12. Geldigheidstermijn van de offertes verstreken voor de gunningsbeslissing of het verstrijken van de toezichtstermijn

Artikel 58 van het KB 2017 plaatsing legt het wettelijk kader betreffende de verbintenistermijn van de inschrijvers vast. Deze termijn bedraagt standaard 90 dagen te rekenen vanaf de limietdatum voor ontvangst van de offertes, maar de opdrachtdocumenten kunnen een andere termijn vaststellen. Daarnaast kan de aanbestedende overheid de inschrijvers vragen hun verbintenistermijn vrijwillig te verlengen voordat deze verstrijkt.

Bovendien bepaalt artikel 85 van het KB 2017 plaatsing dat, als bij een openbare of niet-openbare procedure de inschrijver aan wie men voornemens is de opdracht te gunnen, niet vrijwillig ingestemd heeft met de verlenging van zijn offerte op basis van voormeld artikel 58 of als de verlengde verbintenistermijn verstreken is en de opdracht nog niet is gesloten, de aanbestedende overheid de inschrijver in kwestie schriftelijk kan vragen of hij instemt met het behoud van zijn offerte, ondanks het verstrijken van de verbintenistermijn. Een dergelijk verzoek moet gebeuren volgens de modaliteiten vastgelegd in dit artikel 85 en voor de gunning van de opdracht.

Anderzijds zijn meerdere categorieën plaatselijke besturen onderworpen aan een soort van "wachtijd" tussen de datum waarop ze de beslissing nemen hun opdracht te gunnen en het tijdstip waarop deze beslissing uitgevoerd kan worden (met name door het sluiten van de opdracht).

Deze "wachttijd", die op de meeste gunningsbeslissingen van toepassing is als ze *in extenso* aan de toezichthoudende overheid moeten worden overgemaakt, komt overeen met de termijn die nodig is voor de overmaking van de akte aan de gewestelijke administratie, waaraan de wettelijke termijn voor de uitoefening van het administratief toezicht op de akte moet toegevoegd worden. Deze aanbestedende overheden moeten er dus op letten dat de geldigheidstermijn van de gekozen offerte niet verstrijkt voordat de toezichttermijn zelf verstrijkt.

In de loop van de referentieperiode heeft de gewestelijke administratie echter reeds kunnen vaststellen dat de geldigheidstermijn van bepaalde offertes al verstreken was of ging verstrijken voor het einde van de voormelde "wachttijd", terwijl de aanbestedende overheid toepassing had kunnen maken van voormeld artikel 58 om dit risico te beperken.

1.4.5.2.13. Beslissing met als voorwerp de intrekking van een vorige gunningsbeslissing - gebrekkige motivering en gevolgen

Volgens de rechtspraak van de Raad van State mag een individuele bestuurlijke akte die een recht doet ontstaan enkel ingetrokken worden zonder bijzondere wettelijke machtiging als ze onwettig is en de intrekking gebeurt op een tijdstip waarop ze door de Raad van State nog nietig verklaard kan worden, d.w.z. binnen de zestig dagen na de kennisgeving van de akte of de bekendmaking ervan. De intrekking wordt echter zonder tijdsbeperking toegestaan als de akte aangetast is door een onregelmatigheid die van dien aard is dat ze als onbestaand dient te worden beschouwd of als ze tot stand is gekomen ten gevolge van frauduleuze manoeuvres of als een uitdrukkelijke wettelijke bepaling deze intrekking toelaat (RvS (8ste kamer), 9 juli 2015, nr. 231.908, Wilmus).

Daarnaast moet deze beslissing tot intrekking, in toepassing van artikelen 1 en 2 van de wet 1991 motivering, formeel gemotiveerd worden.

De gewestelijke administratie heeft desondanks in sommige beslissingen tot intrekking van akten genomen door plaatselijke besturen vastgesteld dat het plaatselijk bestuur slechts heel summier de naleving van de voorwaarden voor een beslissing tot intrekking, het potentieel risico dat de ingetrokken akte door de Raad van State nietig verklaard wordt, de onregelmatigheid die de intrekking rechtvaardigde en de impact ervan op de daadwerkelijke mededinging of de impact van deze intrekking op de lopende plaatsingsprocedure of op de opdracht die al gesloten zou zijn (met name de kwestie van de vergoeding van het nadeel) aanhaalde.

Nadat een plaatselijk bestuur zijn beslissing waarin het een overheidsopdracht gunde heeft ingetrokken, moet het formeel een nieuwe beslissing nemen, zijnde ofwel een nieuwe gunningsbeslissing om de opdracht te sluiten, ofwel een beslissing waarmee het afziet van het plaatsen van de opdracht, zoals bedoeld in artikel 4, 9° van de wet 2013 rechtsmiddelen. In dit geval kan het later nog beslissen een nieuwe plaatsingsprocedure voor zijn opdracht te beginnen. Het komt echter voor dat het plaatselijk bestuur nalaat deze nieuwe beslissing te nemen zodat de plaatsingsprocedure hangende blijft.

Er dient aan herinnerd te worden dat een plaatselijk bestuur een beslissing die reeds vernietigd werd of reeds het voorwerp uitmaakte van een vaststelling van nietigheid van rechtswege na de uitoefening van het administratief toezicht niet kan intrekken, omdat de akte dan verondersteld wordt nooit te hebben bestaan of rechtsgevolgen te hebben gehad.

1.4.6. Lopende overheidsopdrachten

1.4.6.1. Wijziging van een lopende overheidsopdracht zonder nieuwe plaatsingsprocedure - problemen met de motivering - gebrek aan transparantie

Artikel 2, 24°, van het KB AUR definieert een wijziging aan de overheidsopdracht als: "elke aanpassing, in de loop van de uitvoering, van de contractuele voorwaarden van de opdracht, prijsvraag of van de raamovereenkomst."

De regels i.v.m. de wijzigingen van de overheidsopdrachten en raamovereenkomsten zijn terug te vinden in de artikelen 37, 38 en 38/1 t.e.m. artikelen 38/19 van het KB AUR. Overeenkomstig voormeld artikel 37 kunnen overheidsopdrachten en raamovereenkomsten enkel worden gewijzigd zonder nieuwe plaatsingsprocedure in de gevallen voorzien in Afdeling 5 'Wijzigingen van de opdracht' van Hoofdstuk 2 'Gemeenschappelijke bepalingen opdrachten voor werken, leveringen en diensten' van voormeld KB.

Elke beslissing tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering moet door het bevoegde orgaan genomen worden overeenkomstig artikel 169, tweede lid, van de wet 2016 OO.

Daarnaast dient elke bestuurshandeling van een administratieve overheid uitdrukkelijk te worden gemotiveerd overeenkomstig artikel 2 van de wet 1991 motivering. Artikel 3 van diezelfde wet bepaalt bovendien: "De opgelegde motivering moet in de akte de juridische en feitelijke overwegingen vermelden die aan de beslissing ten grondslag liggen. Zij moet afdoende zijn."

Een voldoende motivering in feite en in rechte overeenkomstig voormeld artikel 3 veronderstelt dus dat elke beslissing met betrekking tot een wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering zonder nieuwe plaatsingsprocedure, overeenkomstig bovenvermeld artikel 37 van het KB AUR concreet verwijst naar één van de toepassingsgevallen voorzien in Afdeling 5 van Hoofdstuk 2 van datzelfde KB en dat zij omstandig de feiten uiteenzet die dergelijke wijziging rechtvaardigen.

77

Nu is de meest recente versie van het KB AUR van toepassing, maar in voorkomend geval dient bovendien eerst het specifieke juridische regime bepaald te worden - een lopende opdracht kan onderworpen zijn aan een eerdere versie van de overheidsopdrachtenwetgeving.

In de praktijk stelt de gewestelijke administratie echter spijtig genoeg vaak vast dat dit niet het geval is en dat noch de juridische noch de feitelijke elementen die de beslissing rechtvaardigen vermeld worden. In sommige gevallen is er wel een verwijzing naar een wettelijke bepaling maar wordt in de motivering van de beslissing niet aangetoond dat voldaan is aan een deel van of aan alle voorwaarden om een beroep te doen op deze bepaling. Dit was bijvoorbeeld het geval in een beslissing tot wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering, die juridisch gemotiveerd werd door artikel 38/1 van het KB AUR in te roepen, waarbij de voorwaarde dat de wijziging van contractant zou leiden tot een aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke kostenstijging voor de aanbesteder niet vermeld werd en evenmin aangetoond werd dat eraan voldaan was. In een ander geval verwees de juridische motivering tegelijkertijd naar artikel 38/1 van het KB AUR en naar bepaalde artikelen van de wet 2016 OO (art. 92) en van het KB 2017 plaatsing (art. 6, 7 en 24), wat doet veronderstellen dat er een zekere verwarring bestaat over het feit dat het ging om de wijziging van een overheidsopdracht in uitvoering.

Bovendien heeft de gewestelijke administratie ook in bepaalde dossiers vastgesteld dat de bijlagen vermeld in de akte niet werden doorgezonden.

Bij afwezigheid van of gebrek aan een dergelijke afdoende motivering in feite en/of in rechte in de beslissing van het bevoegde orgaan is er per definitie een inbreuk op het fundamentele beginsel van transparantie zoals vermeld in artikel 4 van de wet 2016 OO, aangezien de juridische basis en de feitelijke omstandigheden van de wijziging niet, of slechts onvoldoende, aangetoond zijn. Er kan in het bijzonder niet afgeleid worden dat de wet nageleefd is en er geen schending is van de overheidsopdrachten-wetgeving.

1.4.6.2. Wijziging van een overheidsopdracht tijdens de uitvoering - artikelen 38/1 en 38/2 van het KB AUR van toepassing

De artikelen 20 en 21 van het koninklijk besluit van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten hebben respectievelijk de inhoud van de artikelen 37 en 38 van het KB AUR vervangen en nieuwe artikelen (38/1 tot 38/19) geïntegreerd in datzelfde koninklijk besluit. Die artikelen werden van kracht op 30 juni 2017. Bijgevolg zijn ze alleen van toepassing op de overheidsopdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vanaf 30 juni 2017 en op alle opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Die interpretatie vloeit voort uit het beginsel dat wetten geen terugwerkende kracht hebben (artikel 2 van het burgerlijk wetboek) en uit het beginsel dat overeenkomsten partijen tot wet strekken (artikel 1134 van het burgerlijk wetboek).

Tot de nieuwe bepalingen behoren ook de artikelen 38/1 en 38/2 die betrekking hebben op aanvullende opdrachten. Bij toepassing van één van die twee artikelen, verplicht artikel 38/19 voor de opdrachten waarvan de geraamde waarde de drempel voor Europese bekendmaking bereikt, tot de publicatie van een aankondiging van wijziging in het Publicatieblad van de Europese Unie en in het Bulletin der Aanbestedingen.

Maar volgens de oude wetgeving op overheidsopdrachten (wet 2006 OO en zijn uitvoeringsbesluiten), behoorden de aanvullende opdrachten zoals bedoeld in artikel 26, § 1, 2°, a), 3°, b), en 3°, c), van de wet 2006 OO tot de gevallen waar het gebruik van de OPZB was toegelaten (onder bepaalde voorwaarden). Ze werden dus formeel beschouwd als nieuwe opdrachten.

De federale wetgever heeft beslist om die tegenstrijdigheid recht te zetten via de artikelen 13, 14 en 61 van het KB 2018 multi. Op grond van de voornoemde artikelen 13 en 14, die respectievelijk van kracht werden op 30 juni 2017 en 28 april 2018, zijn de artikelen 38/1 en 38/19, enerzijds, en 38/2, anderzijds, voortaan ook van toepassing op opdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vóór 30 juni 2017 en op alle opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, nog vóór die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte. Het Verslag aan de Koning dat de publicatie van het KB 2018 multi voorafging, verduidelijkt hierover: "In geval van wijziging van de opdracht op basis van de artikelen 38/1 en 38/2, blijft de opdracht die lopende was op 30 juni 2017 vanzelfsprekend onderworpen aan de regels van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 in de versie van vóór 30 juni 2017. Alleen de wijzigingen op grond van de artikelen 38/1 en 38/2 moeten beantwoorden aan de voorwaarden van die voornoemde artikelen zoals die werden ingevoegd door het koninklijk besluit van 22 juni 2017. De prestaties die uit deze wijzigingen voortvloeien blijven onderworpen aan het koninklijk besluit van 14 januari 2013 in de versie van vóór 30 juni 2017."

In het nieuwe voornoemde artikel 37 staat: "opdrachten en raamovereenkomsten kunnen enkel zonder nieuwe plaatsingsprocedure worden gewijzigd in de gevallen voorzien in huidige afdeling." Het betreft hier Afdeling 5 van Hoofdstuk 2 van het KB AUR betreffende de wijziging van overheidsopdrachten tijdens de uitvoering. Aangezien het om een afwijking van het mededingingsbeginsel gaat, moeten de toepassingsvoorwaarden van de artikelen 38 tot 38/19 van dit koninklijk besluit strikt worden geïnterpreteerd. Wanneer het nodig is om aanvullende werken, leveringen of diensten te bestellen of om een lopende opdracht te wijzigen omwille van omstandigheden die voor haar onvoorzienbaar waren, moet de aanbestedende overheid bijgevolg niet alleen de toepasselijke regels nagaan maar ook een beslissing nemen die naar behoren is gemotiveerd, zowel juridisch (verwijzen naar de bepaling die de wijziging toelaat) als feitelijk (elementen die bevestigen dat is voldaan aan de toepassingsvoorwaarden van de ingeroepen wetsbepaling).

De gewestelijke administratie is echter, in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht, herhaaldelijk moeten tussenkomen tijdens de referentieperiode wegens een niet afdoende motivering (aanvoeren van een andere wetsbepaling zonder te verwijzen naar voornoemd artikel 38/1 of 38/2, dat nochtans van toepassing was), een onvolledige of zelfs geen motivering van de beslissing om de opdracht te wijzigen op basis van een van de gevallen bedoeld in de hierboven genoemde artikelen 38/1 en 38/2.

1.4.6.3. Wijziging van een lopende overheidsopdracht - wezenlijke wijziging

Bij zijn inwerkingtreding op 30 juni 2017 legde artikel 37 van het KB AUR het beginsel vast dat opdrachten en raamovereenkomsten zonder nieuwe plaatsingsprocedure kunnen worden gewijzigd enkel in de gevallen bepaald in Afdeling 5 van Hoofdstuk 2 van dat koninklijk besluit.

In die afdeling staat meer in het bijzonder artikel 38/6 dat bepaalt wat moet worden beschouwd als een wezenlijke wijziging van een opdracht of raamovereenkomst, waardoor een nieuwe plaatsingsprocedure moet worden opgestart. Het betreft een wijziging die ertoe leidt dat de opdracht of raamovereenkomst materieel verschilt van de oorspronkelijke. Dit is een vrij vaag begrip, dat op geen andere plaats wordt gedefinieerd. Toch heeft de wetgever een lijst gemaakt van bepaalde gevallen die moeten worden beschouwd als wezenlijke wijzigingen:

- de wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke plaatsingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde kandidaten of de aanvaarding van een andere dan de initieel aanvaarde offerte zouden mogelijk hebben gemaakt of meer deelnemers aan de plaatsingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
- de wijziging verandert het economisch evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst;
- de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst;
- als een nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de opdrachtnemer aan wie de aanbesteder de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan onder artikel 38/3 bedoelde gevallen.

Voorvoemd artikel 38/6 is alleen als zodanig van toepassing op de overheidsopdrachten die werden bekendgemaakt of hadden moeten worden bekendgemaakt vanaf 30 juni 2017 en op de opdrachten waarvoor, bij ontstentenis van een verplichting tot voorafgaande bekendmaking, vanaf die datum werd uitgenodigd tot het indienen van een offerte.

Voor de overige opdrachten moet rekening worden gehouden met de rechtspraak van het Hof van Justitie (van de Europese Gemeenschappen) en in het bijzonder met het Preetext-arrest van 19 juni 2008 (HvJ-EG, arrest *preetext Nachrichtenagentur GmbH v Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH en APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*, 19 juni 2008, C-454/06, EU:C:2008:351) waarvan we hieronder de punten 34 tot 37 citeren:

- "34 Met het oog op het garanderen van de transparantie van de procedures en de gelijke behandeling van de inschrijvers, vormen wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst inzake een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe plaatsing van een opdracht in de zin van richtlijn 92/50, wanneer zij kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van de bepalingen van de oorspronkelijke opdracht en die bijgevolg doen blijken van de wil van de partijen om opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van deze opdracht (zie in die zin arrest van 5 oktober 2000, Commissie/Frankrijk, C-337/98, Jurispr. blz. I-8377, punten 44 en 46).
- 35 De wijziging van een nog lopende geldige overheidsopdracht kan worden aangemerkt als wezenlijk wanneer zij voorwaarden invoert die, wanneer zij in de oorspronkelijke plaatsingsprocedure waren genoemd, zouden hebben geleid tot toelating van andere inschrijvers dan die welke oorspronkelijk waren toegelaten, of tot de keuze voor een andere offerte dan die waarvoor oorspronkelijk was gekozen.

- 36 Een wijziging van de oorspronkelijke overeenkomst kan eveneens als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij de markt in belangrijke mate uitbreidt tot diensten die oorspronkelijk niet waren opgenomen. Deze laatste uitlegging vindt bevestiging in artikel 11, lid 3, sub e en f, van richtlijn 92/50, dat voor overheidsopdrachten voor dienstverlening die volledig of grotendeels betrekking hebben op de in bijlage IA bij deze richtlijn vermelde diensten, beperkingen stelt aan de mogelijkheid voor de aanbestedende diensten om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure voor het plaatsen van diensten die een aanvulling vormen op de diensten waarop een oorspronkelijke overeenkomst betrekking had.
- 37 Een wijziging kan ook als wezenlijk worden aangemerkt wanneer zij het economische evenwicht van de opdracht wijzigt in het voordeel van de opdrachtnemer op een wijze die door de voorwaarden van de oorspronkelijke opdracht niet was bedoeld."

De voorwaarden van artikel 38/6, tweede lid, van het KB AUR verschillen alleen hierin van het voormelde Presetext-arrest dat het artikel voorziet in een bijkomend geval van wezenlijke wijziging: het feit dat de wijziging voorwaarden invoert die, wanneer ze omvat waren in de oorspronkelijke plaatsingsprocedure, ook meer deelnemers tot de plaatsingsprocedure hadden aangetrokken.

Als voorbeeld van een wezenlijke wijziging noemen we het geval waar de gewestelijke administratie is tussengekomen in een beslissing om een lopende opdracht te wijzigen die tot gevolg had dat het toepassingsgebied van de opdracht aanzienlijk werd uitgebreid. Inderdaad:

- de oorspronkelijke opdracht was geplaatst met een OPZB uitsluitend op grond van artikel 17, § 2, 1°, a), van de wet 1993 OO. Het gebruik van die procedure was alleen toegelaten indien de goed te keuren uitgave niet meer bedroeg dan 67.000 euro exclusief btw. Het nieuwe geraamde bedrag van de erelonen bedroeg 655.167,73 euro inclusief btw;
- de opdracht betrof oorspronkelijk prestaties van een architect. De aanbestedende overheid legde aan de opdrachtnemer van de oorspronkelijke opdracht op dat hij diende te beschikken over bijkomende technische bekwaamheden (stabieliteitsstudies en speciale technieken). Het dossier dat werd toegezonden aan de gewestelijke administratie bevatte geen enkel bewijsstuk dat die dienstverlener over die nieuwe bekwaamheden beschikte.

80

In dit voorbeeld rechtvaardigde de aanbestedende overheid overigens noch met feiten, noch op juridisch vlak dat de opdrachtnemer van de oorspronkelijke opdracht de enige was die de gevraagde nieuwe prestaties kon uitvoeren.

In het kader van een ander dossier viel de beoogde wijziging (bijkomende werken) onder een andere erkenning dan degene die aanvankelijk vereist was voor de gunning van de opdracht, waardoor het toepassingsgebied van deze opdracht aanzienlijk verruimd werd.

Tot slot lijkt het zinvol om eraan te herinneren dat, sinds 30 juni 2017, het artikel 62/1, 1°, van het KB AUR een nieuw bijzonder geval voor verbreking toevoegt, door te stellen dat de aanbestedende overheid, onverminderd de toepassing van een ambtshalve maatregel, een opdracht kan verbreken wanneer de opdracht wezenlijk is gewijzigd waardoor een nieuwe plaatsingsprocedure zou vereist geweest zijn op grond van de artikelen 37 tot 38/19 van het KB AUR.

1.5. Specifieke punten in verband met de aanpak van de coronacrisis

2020 en 2021 stonden in het teken van de problemen die verband hielden met de aanpak van de coronacrisis. De overheidsopdrachten waren daar geen uitzondering op. Er rezen heel wat vragen waar de wetgeving geen eenduidig pasklaar antwoord op kon bieden.

Op de website van BPB werden drie artikelen gepubliceerd om de personeelsleden van de plaatselijke besturen te helpen bij hun reflectie:

- focus van 26 maart 2020: "COVID-19 verhindert niet alles, is geen uitleg voor alles en rechtvaardigt niet alles...";
- nieuws van 8 april 2020: "Beheer van de COVID-19-crisis: richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het gebruik van het kader voor overheidsopdrachten in de door de COVID-19-crisis veroorzaakte noodsituatie (2020/C 108 I/01)";
- nieuws van 22 april 2020: "Beheer van de COVID-19-crisis: gevolgen voor de overheidsopdrachten. Aanbevelingen van de Regering van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest voor de Brusselse aanbestedende overheden".

Die informatie werd ook bezorgd aan de Werk- en Informatiegroep Overheidsopdrachten (WIG OO) om ze te verspreiden onder haar leden.

Overigens zijn de dossierbeheerders van de directie Lokale Overheidsopdrachten, zelfs midden in de crisis en ondanks een verplichting tot voltijds telewerken hetgeen de communicatie iets lastiger maakte, advies en ondersteuning blijven geven aan de Brusselse plaatselijke besturen (zie punt 2 hierna).

1.5.1. Beslissingsbevoegdheid - afwezig of niet afdoende motivering van de dringendheid

Het vast bureau van een OCMW nam een beslissing met dringendheid als motief op grond van artikel 1, § 1, van het bijzonderemachtenbesluit van 6 april 2020 van het verenigd college van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie n° 2020/02 tot vrijwaring van de werking van de openbare centra voor maatschappelijk welzijn in het kader van de COVID-19-gezondheids crisis. Voornoemd artikel bepaalt dat, gedurende een periode van 60 dagen vanaf 16 maart 2020, de bevoegdheden van de raad voor maatschappelijk welzijn, anders dan die bedoeld in artikel 110, § 1, van de OW OCMW, mogen worden uitgeoefend door het vast bureau, voor zover de hoogdringendheid van haar optreden gemotiveerd is in het licht van de COVID-19-crisis. Het vast bureau specificeerde alleen dat de beslissing dringend moest worden genomen zonder het einde af te wachten van de uitzonderlijke maatregelen die waren ingevoerd om een antwoord te bieden op de problemen die voortvloeiden uit de pandemiecontext. Maar die motivering is heel vaag van aard en, bij gebrek aan enig concreet element in verband met het beheer van de COVID-19-crisis, is het niet mogelijk om de werkelijke redenen te kennen die hebben geleid tot de tussenkomst van het vast bureau. De tussenkomst van het vast bureau op basis van de voornoemde bepaling wordt niet op een andere wijze gerechtvaardigd. Bovengenoemde beslissing is bijgevolg onvoldoende in feite en in rechte gemotiveerd en dus strijdig met de bepalingen van artikel 3 van de wet 1991 motivering. Hieruit volgt dat degene die de handeling heeft gesteld onbevoegd is, in strijd met artikel 1, § 1, van het bovengenoemde besluit van 6 april 2020 en de artikelen 24 en 27, § 1ter, 5°, van de OW OCMW.

In een ander dossier heeft het vast bureau van een OCMW de beslissing genomen om de voorwaarden aan te passen van een overheidsopdracht betreffende de aankoop van wasmiddelen voor de periode van 1 juli 2020 tot 30 april 2024, alsook de lijst met te raadplegen bedrijven. In strijd met artikel 3 van de wet 1991 motivering dat bepaalt dat iedere bestuurshandeling afdoende in feite en in rechte gemotiveerd moet zijn, heeft het vast bureau zijn bevoegdheid om die beslissing te nemen niet in rechte gemotiveerd en maakte het geen melding van een eventuele bevoegdheidsoverdracht door de raad voor maatschappelijk welzijn aan het vast bureau om die beslissing in zijn plaats te nemen. Alleen in de Franse versie van de beraadslaging heeft het vast bureau zijn tussenkomst in feite gemotiveerd door te verwijzen naar de social distancing maatregelen van de federale regering in deze coronatijd, naar het feit dat er onzekerheid heerste of oorspronkelijk geplande zittingskalender kon worden nageleefd en naar de noodzaak om die overheidsopdracht snel te plaatsen. Het gaat in dit geval echter om een overheidsopdracht voor een periode van bijna 4 jaar, en daarom zijn de hiervoor genoemde elementen niet van die aard om een beroep te kunnen doen op dwingende spoed, zoals bedoeld in artikel 84, § 3,

van de OW OCMW. Bijgevolg werd geoordeeld dat de beslissing van het vast bureau om op eigen initiatief de bevoegdheden van de raad voor maatschappelijke welzijn uit te oefenen niet naar behoren was gemotiveerd.

1.5.2. Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met als motivering dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen - onvolledige of niet afdoende motivering

De OPZVB is een uitzonderlijke plaatsingsprocedure en volgens de bepalingen van artikel 35, tweede lid, van de wet 2016 OO, mag de aanbestedende overheid daar alleen gebruik van maken in de gevallen en omstandigheden die uitdrukkelijk worden vermeld in artikel 42 van die wet.

Zo bepaalt artikel 42, § 1, eerste lid, 1°, b), van de wet 2016 OO, dat heel vaak door de Brusselse plaatselijke besturen werd ingeroepen om op basis van de dringendheid een overheidsopdracht te plaatsen tijdens de lockdownperiode, de volgende voorwaarden voor het gebruik ervan, ongeacht of het gaat om een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten:

- er moet worden aangetoond dat het strikt noodzakelijk is;
- een dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen voor de aanbestedende overheid;
- de ter rechtvaardiging van de dwingende spoed ingeroepen omstandigheden mogen in geen geval aan de aanbestedende overheid te wijten zijn;
- het is voor de aanbestedende overheid niet mogelijk om de termijnen die vereist zijn voor de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de MPMO te respecteren.

Het voldoen aan elk van die voorwaarden moet onderwerp zijn van een uitdrukkelijke motivering door de aanbestedende overheid, in overeenstemming met artikel 4, eerste lid, 1° tot 3°, en tweede lid, van de wet 2013 rechtsmiddelen.

82

In het kader van de plaatsing van bepaalde overheidsopdrachten heeft de gewestelijke administratie er desondanks op moeten wijzen dat de motivering in feite van sommige beslissingen onvolledig of niet afdoende was. Ook al kan worden aanvaard dat de omvang van de coronamaatregelen en de manier waarop ze zouden evolueren onvoorzienbaar waren voor de aanbestedende overheid (element dat wordt vermeld in de beslissing), dan nog had de aanbestedende overheid met feiten moeten motiveren dat voldaan was aan de andere hierboven genoemde voorwaarden, in het bijzonder:

- de ingeroepen situatie van dwingende spoed;
- het verband tussen de voornoemde onvoorzienbare gebeurtenissen en de situatie van dwingende spoed;
- de feitelijke overwegingen die rechtvaardigen dat de aanbestedende overheid onmogelijk de termijnen in acht kan nemen die van toepassing zijn op de drie hierboven genoemde plaatsingsprocedures (zelfs als die termijnen zo kort mogelijk worden gehouden volgens wat wettelijk toegelaten is).

In een bepaald dossier heeft de gewestelijke administratie vastgesteld dat, ondanks de door een Brussels plaatselijk bestuur ingeroepen situatie van dwingende spoed om de voormelde bepaling toe te passen:

- bijna 36 dagen verstreken tussen de datum van de beslissing betreffende de keuze voor de OPZVB (5 oktober 2021) en de limietdatum voor de ontvangst van de offertes (10 november 2021). De minimumtermijn voor de ontvangst van de offertes in een openbare procedure, die in principe 35 dagen bedraagt (in toepassing van artikel 36, § 1, lid 2, van de wet 2016 OO), kan echter ingekort worden tot 30 dagen als de offertes via elektronische weg moeten worden overgemaakt, en zelfs tot 15 dagen in naar behoren gemotiveerde urgente situaties (artikel 36, §§ 3 en 4, van dezelfde wet);
- er zaten meer dan 40 dagen tussen de limietdatum van de indiening van offertes (10 november 2021) en de gunning van de opdracht (12 december 2021) terwijl er maar drie offertes waren ingediend en uit de analyse ervan geen bijzonder probleem bleek. De Raad van State heeft in dit kader reeds geoordeeld dat "termijnen van 35, 39 en 63 dagen tussen de indiening van de offertes en de kennisgeving van de betwiste beslissingen ontkracht *prima facie* de dwingende spoed om de opdrachten in kwestie absoluut te moeten sluiten, ingeroepen door de tegenpartijen" en dat "uit de termijnen voor de kennisgeving van de bestreden beslissingen (35, 39 en 63 dagen) blijkt dat het niet onmogelijk zou zijn te voorzien in een termijn voor indiening van de offertes van 15 dagen, die, bij hoogdringendheid, toepasbaar is op openbare procedures" (vrije vertaling) (RvS (6^e kamer), 18 december 2020, nr. 249.291, SA Les Entreprises Melin).

In een ander dossier heeft een Brusselse gemeente op 16 maart 2021 de beslissing genomen om gebruik te maken van voormelde bepaling om een overheidsopdracht te plaatsen via een OPZVB voor een overheidsopdracht voor interimdiensten (medisch personeel (arts), vaccinatiepersoneel en administratief personeel) in het kader van de aanstaande opening van een vaccinatiecentrum. Ze motiveerde deze beslissing met het feit dat "de dwingende spoed, voortvloeiend uit een onvoorzienbare gebeurtenis, zijnde de covid-19-pandemie, onverenigbaar is met de normale termijnen voor mededinging aangezien ze de aanbestedende overheid confronteert met onmiddellijke en dringende situaties op korte termijn, om de crisis in te dijken, zoals inzake het geval is". De gewestelijke administratie heeft dit Brussels plaatselijk bestuur herinnerd aan het ongepast karakter van deze motivering, rekening houdend met de volgende elementen:

- de COVID-19-pandemie werd vanaf 11 maart 2020 als dusdanig erkend door de WGO;
- de GGC heeft op 14 januari 2021 besloten een vaccinatiecentrum te openen in deze gemeente;
- op 22 januari 2021 werd besloten waar dit centrum zou komen.

Zoals hierboven uitgelegd, mogen de omstandigheden die ingeroepen worden om de dwingende spoed te rechtvaardigen in geen geval aan de aanbestedende overheid te wijten zijn. Inzake heeft de aanbestedende overheid de voormelde beslissing genomen twee maanden nadat de beslissing om het vaccinatiecentrum te openen werd genomen en de duur van deze termijn werd niet op een andere manier in de beslissing gerechtvaardigd.

1.5.3. Clausule voor verlenging

Het vast bureau van een OCMW had een leveringscontract gesloten via een overheidsopdracht van beperkte waarde voor een internetabonnement van minstens een jaar, verlengbaar. Een van de overwegingen in de beslissing verwees naar "nieuwe behoeften en voorschriften waar de administratie mee wordt geconfronteerd tijdens de coronacrisis". Maar het aantal, de duur en de modaliteiten van de geplande verlengingen waren niet gespecificeerd. Als een gevolg daarvan herinnerde de gewestelijke administratie aan de noodzaak om, wanneer het zover is, te evalueren of de verlenging van de opdracht nog te verantwoorden is in het kader van de aanpak van de coronacrisis.

1.5.4. Specifieke herzieningsclausules

De moeilijkheid om herzieningsclausules op te stellen die in overeenstemming zijn met de bepalingen van artikel 38 van het KB AUR en de eventuele gevolgen van de niet-conformiteit van de in de opdrachtdocumenten voorziene contractuele bepaling werden al becommentarieerd in punt 1.4.4.17 hiervoor.

De coronacrisis zorgde voor verscheidene problemen met de uitvoering van overheidsopdrachten en verscheidene plaatselijke besturen kregen de vraag van opdrachtnemers om de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht tijdens de uitvoering te wijzigen omwille van onbeschikbaarheid van personeel of materialen, extra kosten door de social distancing maatregelen, Bijgevolg koos een aantal plaatselijke besturen ervoor om een of meer contractuele bepalingen toe te voegen die specifiek verband hielden met die crisissituatie (bijvoorbeeld een bepaling die toeliet om de uitvoering van de overeenkomst te schorsen in bepaalde omstandigheden die verband hielden met de maatregelen genomen op federaal niveau). Toch heeft de gewestelijke administratie vastgesteld dat die bepalingen niet voldeden aan de eisen van voornoemd artikel 38, aangezien ze noch duidelijk, noch nauwkeurig, noch ondubbelzinnig waren. In die zin kunnen ze als onbillijk worden beschouwd. Overigens heeft zij, in het hierboven genoemde voorbeeld, ook eraan herinnerd dat alle mogelijke gevallen die gedekt zijn door voornoemde bepaling niet noodzakelijk de schorsing van de uitvoering van de opdracht vereisen en dat dit voor elk geval afzonderlijk moest worden onderzocht.

Meer specifiek wat betreft artikel 38/9 van het KB AUR, heeft de gewestelijke administratie er ook op gewezen dat het voor offertes met een limietdatum van ontvangst na 18 maart 2020, steeds moeilijker en steeds minder juridisch aanvaard werd om die bepaling in te roepen om een wijziging van de voorwaarden van een overheidsopdracht tijdens de uitvoering te rechtvaardigen omwille van die lockdown.



2. Adviserende en ondersteunende rol inzake overheidsopdrachten ten voordele van de Brusselse plaatselijke besturen

In zijn inleidende uiteenzetting in het verslag betreffende het ontwerp van de ordonnantie van 14 mei 1998 houdende regeling van het administratief toezicht op de gemeenten van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, drukt de Minister-President het als volgt uit: "De opdracht van controle van de wettelijkheid is belangrijk maar ik denk dat de gemeenten meer overleg met het toezicht zouden moeten plegen op het ogenblik dat zij hun dossiers voorbereiden".

Binnen BPB ontwikkelde de directie Lokale Overheidsopdrachten in de loop der jaren een rol van advies- en ondersteuningsverlener bij overheidsopdrachten ten voordele van de Brusselse plaatselijke besturen (en ook, maar meer occasioneel, ten voordele van de Brusselse gewestelijke besturen). Die rol, die niet was erkend in enige wettekst, kreeg pas een meer officieel karakter en werd pas een echte adviesopdracht bij de hervorming van het administratief toezicht op de gemeenten in 2016, en dan vooral na de publicatie van de omzendbrief van 8 september 2016 hierover in het Belgisch Staatsblad.

Deze opdracht werd versterkt tegelijk met de ontwikkeling van contacten en een context die gunstiger was voor professionele uitwisselingen tussen de medewerkers van de plaatselijke besturen en de leden van de directie Lokale Overheidsopdrachten. In 2020 en 2021 betekende dat honderden vragen om advies die moesten worden behandeld door een tiental medewerkers.

Dit is enkel mogelijk dankzij het permanent updaten en ontwikkelen van de kennis en de invoering van een interne samenwerking op het niveau van de directie Lokale Overheidsopdrachten.

Advies of ondersteuning vragen aan de directie Lokale Overheidsopdrachten kan heel eenvoudig, er is geen enkele formaliteit voor nodig. Behalve uitzonderingen wordt iedere vraag om advies behandeld door de ambtenaar die instaat voor de behandeling van de "toezichtdossiers" van het betreffende plaatselijk bestuur. Voor meer specifieke of complexere dossiers of vanuit pedagogisch doel, kan het echter gebeuren dat verschillende dossierbeheerders van die directie gezamenlijk tussenkomen in het kader van de behandeling van een vraag om advies, indien nodig met ondersteuning van de verantwoordelijke van de directie. Als u de contactgegevens van de aangestelde dossierbeheerder niet kent, mag u iedere nieuwe vraag om advies of ondersteuning bij overheidsopdrachten of concessieovereenkomsten sturen naar het generieke mailadres van die directie (oo@gob.brussels) of naar dat van BPB (plaatselijke-besturen@gob.brussels). De cel 'coördinatie en secretariaat' van de directie Lokale Overheidsopdrachten zorgt er dan voor dat de vraag bij de juiste persoon terecht komt. Voor de verdere behandeling geven we de voorkeur aan directe contacten tussen degene die de vraag stelt en de dossierbeheerder.

Meestal wordt een antwoordtermijn van vijf werkdagen opgegeven, maar in de praktijk kan dit worden beïnvloed door diverse factoren, bijvoorbeeld de complexiteit van het te verlenen advies, de noodzaak om een vage vraag om advies opnieuw en duidelijker te formuleren of aanvullende informatie te bezorgen, de omvang van de te doorlopen documenten, het expertiseniveau van de medewerker... dergelijke factoren kunnen die antwoordtermijn korter of langer maken. De afwezigheid van de dossierbeheerder of zijn werklast op het moment waarop hij de vraag om advies krijgt, zijn andere elementen die de antwoordtermijn kunnen beïnvloeden, en daarnaast wordt altijd voorrang gegeven aan de taken in verband met het toezicht en/of, occasioneel, aan bepaalde projecten van de directie of van BPB.

Het advies kan in verschillende vormen worden gegeven: mondeling (telefonisch of tijdens een vergadering) of schriftelijk (via mail). De ondersteuning bestaat meer uit een persoonlijke begeleiding, meestal in het kader van een complex project. In beide gevallen wordt die opdracht alleen uitgevoerd in antwoord op een vraag gericht aan de directie Lokale Overheidsopdrachten of aan een van zijn dossierbeheerders.

De vervulling van de adviserende en/of ondersteunende rol is echter onderworpen aan een aantal beperkingen:

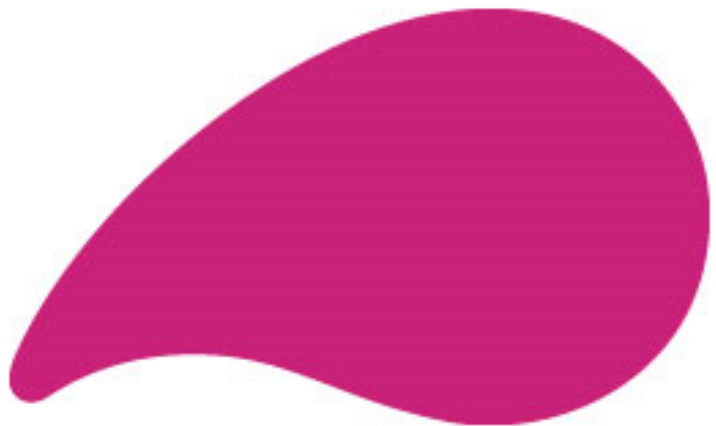
- de aanvrager kan niet kiezen welke ambtenaar zijn vraag om advies zal behandelen. Zoals hierboven uitgelegd, hangt die keuze af van interne beslissingen op niveau van de directie Lokale Overheidsopdrachten;
- de kwaliteit en geschiktheid van het gegeven advies hangen in grote mate af van de kwaliteit en volledigheid van de informatie en van de vragen die worden gesteld door de verzoeker, alsook van de in de vraag aangegeven antwoordtermijn;
- advies en ondersteuning worden nooit onmiddellijk gegeven, tenzij bij grote uitzondering. De aanvrager moet in het bijzonder rekening houden met de tijd die nodig is om kennis te nemen van de vraag en van de informatie die ze bevat en met de tijd die nodig is om een gepast antwoord voor te bereiden. In sommige gevallen zijn een of meer vergaderingen met de aanvrager nodig;
- de aanvrager moet de nodige tijd inplannen om kennis te nemen van het antwoord dat hem wordt meegedeeld en om, indien nodig, zijn documenten aan te passen voordat een beslissing wordt genomen door het bevoegde beslissingsorgaan;
- eens de beslissing is genomen door het bevoegde beslissingsorgaan stopt de adviserende opdracht en begint de opdracht voor toezicht. Het gebeurt dat de aanvrager wordt verzocht om de termijn te verduidelijken waarbinnen die beslissing moet worden genomen om er zeker van te zijn dat het advies op tijd komt voor de dag van de beslissing;
- de relatie tussen de dossierbeheerder van de directie Lokale Overheidsopdrachten en de aanvrager moet gebaseerd zijn op het wederzijds vertrouwen. Toch moeten we eraan herinneren dat het advies of de begeleiding door de dossierbeheerders van de directie wordt verstrekt onverminderd de latere uitoefening van het toezicht. Het kan inderdaad gebeuren dat een toezichtsmaatregel wordt genomen nadat een dossierbeheerder een advies heeft gegeven, in het bijzonder wanneer het advies niet werd opgevolgd of verkeerd geïnterpreteerd.



Conclusie

Een Chinees spreekwoord zegt dat de mens leert uit zijn fouten en een wijs man uit die van anderen. Dit document heeft geen andere bedoeling dan plaatselijke overheidsaankopers lessen te laten trekken uit de gewestelijke tussenkomsten in het kader van de uitoefening van het administratief toezicht op dossiers in verband met de overheidsopdrachten van de Brusselse plaatselijke besturen, in de hoop dat zij hun praktijken aanpassen wanneer dat nodig zou blijken.

Dit document was ook een gelegenheid om te herinneren aan de opdracht voor advies en begeleiding die de directie Lokale Overheidsopdrachten van BPB al vele jaren uitoefent, in het bijzonder ten gunste van de Brusselse plaatselijke besturen en altijd op hun vraag. Niet alleen is het zo dat, naarmate er vragen om advies binnenkwamen, een netwerk van contactpersonen is ontstaan tussen de medewerkers van die directie en dezen van de plaatselijke besturen, maar het is voor de dossierbeheerders van de directie Lokale Overheidsopdrachten eveneens een gelegenheid om hun kennis op de proef te stellen en te ontwikkelen, en meer inzicht te krijgen in de realiteit achter de administratieve dossiers waarmee zij belast zijn.





Inhoud

<u>Voorwoord</u>	3
<u>Afkortingenlijst</u>	5
<u>1. Elementen die onderwerp waren van een tussenkomst bij de uitoefening van het administratief toezicht</u>	7
<u>1.1. Beslissingsbevoegdheid</u>	7
<u>1.1.1. Verwarring met betrekking tot de auteur van de akte</u>	8
<u>1.1.2. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - geen motivering van de bevoegdheid van het college van burgemeester en schepenen</u>	8
<u>1.1.3. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - geen motivering van de bevoegdheid van het politiecollege</u>	9
<u>1.1.4. Inbreuk op de bevoegdheidsregels in verband met de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht - verkeerd gebruik van de in de wet voorziene uitzonderingen</u>	10
<u>1.1.4.1. Gebruik van hypothesen waar de wetgever niet in heeft voorzien</u>	10
<u>1.1.4.2. Verkeerde interpretatie van de toepassingsvoorwaarden van een uitzondering - negeren van een wetswijziging</u>	11
<u>1.1.4.3. Akte die de grenzen van de wettige bevoegdheid overschrijdt - misbruik van bevoegdheid</u>	12
<u>1.1.4.4. Gewaagde interpretatie van de toepassingsvoorwaarden voor een uitzondering - afwezigheid van een uitvoeringsbesluit dat delegatie toelaat</u>	12
<u>1.1.4.5. Akte van delegatie die de grenzen van de wettige bevoegdheid overschrijdt - misbruik van bevoegdheid</u>	13
<u>1.1.4.6. Schending van de bevoegdheden die de wet toekent aan het politiecollege</u>	13
<u>1.1.5. Niet-naleving van de regels inzake beslissingsbevoegdheid bij gebruik van een raamovereenkomst gesloten door een aankoopcentrale</u>	14
<u>1.1.6. Begrotingsvastlegging beslist door een orgaan zonder wettige machtiging</u>	14
<u>1.1.7. Keuze van het begrotingsjaar voor het aanrekenen van de uitgave na de aanwijzing van de opdrachtnemer van de opdracht</u>	15
<u>1.1.8. Wijziging van de voorwaarden van de opdracht in de loop van de plaatsingsprocedure zonder nieuwe beslissing van het bevoegde orgaan (uitgezonderd de onderhandelingsfase)</u>	15
<u>1.1.9. De "twee-in-één"-beslissingen</u>	16
<u>1.1.10. Niet-gunning en wijziging van de plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht - onbevoegdheid van de auteur van de akte</u>	17
<u>1.2. Niet-naleving van de toezichtsregels</u>	18
<u>1.2.1. Toezending van een onvolledig dossier aan de toezichhoudende overheid</u>	18
<u>1.2.2. Akten die ten onrechte vermeld staan op de lijst van akten</u>	19
<u>1.2.3. Laattijdige toezending van akten en lijsten van akten aan de toezichhoudende overheid</u>	20
<u>1.2.4. Niet-naleving van de niet-uitvoerbaarheid van een gunningsbeslissing</u>	21
<u>1.3. Niet-naleving van de wetten op het gebruik van talen in bestuurszaken</u>	22
<u>1.3.1. Eentalige publicatie in het kader van een procedure onderworpen aan een verplichting tot bekendmaking</u>	22
<u>1.3.2. Verschillen tussen de taalversies van de documenten die worden toegezonden aan de toezichhoudende overheid</u>	23
<u>1.3.3. Eentaligheid van selectie- en gunningsbeslissingen na ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes die zijn opgesteld in het Nederlands en in het Frans</u>	23
<u>1.4. Niet-naleving van de voorschriften inzake overheidsopdrachten en erkenning van aannemers</u>	24
<u>1.4.1. Sluiting van overheidscontracten met derden zonder mededinging of bekendmaking</u>	24

1.4.1.1.	Sluiting van overheidscontracten met andere publiekrechtelijke rechtspersonen zonder mededinging of bekendmaking - ontbrekende rechtvaardiging	24
1.4.1.2.	Aanwijzing van een opdrachtnemer bij ontstentenis van een voorafgaande beslissing met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht en bij ontstentenis van een formele voorafgaande beslissing om de plaatsing van de overheidsopdracht toe te vertrouwen aan een andere aanbestedende overheid	25
1.4.1.3.	Beslissing met betrekking tot de vaststelling van de voorwaarden van de opdracht met zeer beperkte reikwijdte	26
1.4.2.	Kwalificatie van de overheidsopdracht	26
1.4.2.1.	Verkeerde kwalificatie van de overheidsopdracht - impact op de toepassing van verschillende regelgevingen en op de mededinging	26
1.4.2.2.	Kwalificatie van de overheidsopdracht in het geval van verdeling in percelen	27
1.4.3.	Keuze van de plaatsingsprocedure	27
1.4.3.1.	Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - onvolledige, niet-afdoende of ontbrekende motivering	27
1.4.3.2.	Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking omwille van een geval van dwingende spoed - motivering tegengesproken door de feitelijke elementen van de plaatsingsprocedure	29
1.4.3.3.	Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met als motivering een situatie van exclusiviteit – gebrek aan vooruitzichten om op termijn uit de aangevoerde monopoliesituatie te komen	29
1.4.3.4.	Gebruik van een uitzonderlijke plaatsingsprocedure, toegestaan op basis van het geraamde bedrag van de opdracht of het goed te keuren bedrag van de uitgave - verkeerde motivering met betrekking tot de toepasselijke drempel	30
1.4.4.	Vaststelling van de opdrachtdocumenten	30
1.4.4.1.	Niet-naleving van de regels betreffende de communicatiemiddelen	30
1.4.4.2.	Niet-naleving van de ramingsregels	31
1.4.4.3.	Raamovereenkomsten - goedkeuring van de opdrachtdocumenten en gevolgen van de arresten van het Hof van Justitie van 19 december 2018 en 17 juni 2021	33
1.4.4.4.	Verwarring van de begrippen opdracht in vaste en voorwaardelijke gedeelten en verlengingsclausules	34
1.4.4.5.	Opdracht tegen prijslijst - gebrek aan transparantie over de omvang van de opdracht en impact op de prijzen	34
1.4.4.6.	Verwarring rond de identiteit van de aanbestedende overheid	35
1.4.4.7.	Inconsistenties, tegenstrijdigheden, fouten en/of vergetelheden in de dossiers die worden toegezonden aan de toezichthoudende overheid - niet-naleving van het transparantiebeginsel	35
1.4.4.8.	Minimumeisen - afwezigheid van mededingingsprocedure met onderhandeling - impliciet gunningscriterium	37
1.4.4.9.	Vereiste en toegestane varianten en opties - ontbreken van minimumeisen - niet-toepasbaarheid van de gunningscriteria - gebrek aan transparantie en risico voor de vergelijkbaarheid van de offertes	38
1.4.4.10.	Niet-naleving van het principe van de verklaring op erewoord	39
1.4.4.11.	Tekortkomingen in het kader van de vaststelling van de selectiecriteria met betrekking tot de economische en financiële draagkracht en/of de technische en beroepsbekwaamheid van de ondernemers	41
1.4.4.12.	Tekortkomingen bij het bepalen van de selectiecriteria met betrekking tot de erkenning van aannemers van werken	44
1.4.4.13.	Problemen in verband met de vaststelling van criteria om het aantal gekwalificeerde kandidaten te verminderen	45
1.4.4.14.	Gunningscriteria	46
1.4.4.14.1.	Kwalitatieve selectiecriteria versus gunningscriteria	47
1.4.4.14.2.	Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - ontbreken van gunningscriteria buiten de toegelaten gevallen	47
1.4.4.14.3.	Niet (voldoende) transparante gunningscriteria	48

1.4.4.14.4.	Quoteringsregel die het verschil in intrinsieke waarde tussen de offertes niet voldoende weerspiegelt	49
1.4.4.14.5.	Quoteringsregel met een risico op disproportionele gevolgen voor de rangschikking van de offertes	49
1.4.4.14.6.	Evaluatie van de kwaliteit van de offertes door te vergelijken met de beste offerte	50
1.4.4.14.7.	Gunningscriterium dat verwijst naar informatie die niet vermeld staat in de opdrachtdocumenten - gebrek aan transparantie	51
1.4.4.14.8.	Gunningscriterium met betrekking tot de prijs - tegenstrijdigheden met betrekking tot de samenstelling en de bepaling van de prijs - gebrek aan transparantie - risico op onvergelykbare offertes	51
1.4.4.15.	Leidende ambtenaar versus gemachtigde ambtenaar - verwarring en ontbreken van verwijzing naar een voorafgaande akte van delegatie	52
1.4.4.16.	Borgstelling - niet geëist of on gepaste clause	52
1.4.4.17.	(Verplichte) herzieningsclausules: afwezig, onvolledig of niet in overeenstemming met de eisen van artikel 38 van het KB AUR	53
1.4.4.18.	Ontbreken van een bepaling die elektronische facturering toelaat	55
1.4.4.19.	Onvolledige sociale clause - onbepaalde reikwijdte - gebrek aan transparantie	56
1.4.4.20.	Regels met betrekking tot in percelen verdeelde opdrachten - on gepaste uitvoering	56
1.4.4.21.	Gebruik van een externe dienst voor preventie en bescherming op het werk (EDPBW) - on gepaste duur	57
1.4.4.22.	Goedkeuring van de inhoud van de opdracht aankondiging - ontbreken van formele beslissing	57
1.4.4.23.	Wijziging van de voorwaarden van verschillende overheidsopdrachten in verschillende stadia van de plaatsing - motivering die (deels) ontbreekt of niet afdoende is - gebrek aan transparantie	57
1.4.5.	Selectie en gunning	58
1.4.5.1.	Sélectie	58
1.4.5.1.1.	Motivering voor de selectiebeslissing die (deels) ontbreekt of niet afdoende is - gebrek aan transparantie	58
1.4.5.1.2.	Niet-naleving van de selectiecriteria - motivering die (deels) afwezig of niet afdoende is - gebrek aan transparantie	60
1.4.5.1.3.	Opdracht verdeeld in percelen - ontbreken van een formele selectiebeslissing per perceel	61
1.4.5.1.4.	Impact van de onderhandeling op het vereist niveau van de erkenning van de aannemers - risico om de mededinging te vervalsen	62
1.4.5.2.	Gunning	62
1.4.5.2.1.	Motivering voor de beslissing tot gunning die (deels) afwezig of niet afdoende is - gebrek aan transparantie	62
1.4.5.2.2.	Onderhandeling - gebrek aan transparantie en gebruik van e-mail om offertes over te maken	63
1.4.5.2.3.	Prijzenonderzoek - probleem met de motivering of ontbreken van motivering - gebrek aan transparantie	65
1.4.5.2.4.	Niet-naleving van de gunnings(sub)criteria en/of hun relatieve weging - gebrek aan transparantie	69
1.4.5.2.5.	Beoordelingsmethode van de offertes niet vooraf aangekondigd - onvoorspelbaarheid - gebrek aan transparantie	69
1.4.5.2.6.	Puntentoekenning aan de offertes - afwezig of niet afdoende motivering - gebrek aan transparantie	71
1.4.5.2.7.	Onaanvaardbare offertes - niet afdoende motivering - schending van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling	72
1.4.5.2.8.	Opdracht verdeeld in percelen - ontbrekende analyse en beoordeling van de offertes per perceel – afwezigheid van een formele gunningsbeslissing per perceel	73
1.4.5.2.9.	Opdracht verdeeld in percelen - afzonderlijke gunningsbeslissingen per perceel, ondanks een voorgestelde prijsvermindering	74
1.4.5.2.10.	Niet-conformiteit met de technische vereisten – ontbrekend standpunt van de aanbestedende overheid	75

1.4.5.2.11.	<u>Gunning van een overheidsopdracht zonder voorafgaande formele beslissing met betrekking tot de vaststelling van de voorwaarden van deze opdracht</u>	75
1.4.5.2.12.	<u>Geldigheidstermijn van de offertes verstreken voor de gunningsbeslissing of het verstrijken van de toezichtstermijn</u>	75
1.4.5.2.13.	<u>Beslissing met als voorwerp de intrekking van een vorige gunningsbeslissing - gebrekkige motivering en gevolgen</u>	76
1.4.6.	<u>Lopende overheidsopdrachten</u>	77
1.4.6.1.	<u>Wijziging van een lopende overheidsopdracht zonder nieuwe plaatsingsprocedure - problemen met de motivering - gebrek aan transparantie</u>	77
1.4.6.2.	<u>Wijziging van een overheidsopdracht tijdens de uitvoering - artikelen 38/1 en 38/2 van het KB AUR van toepassing</u>	78
1.4.6.3.	<u>Wijziging van een lopende overheidsopdracht - wezenlijke wijziging</u>	79
1.5.	<u>Specifieke punten in verband met de aanpak van de coronacrisis</u>	81
1.5.1.	<u>Beslissingsbevoegdheid - afwezig of niet afdoende motivering van de dringendheid</u> ..	81
1.5.2.	<u>Gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking met als motivering dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen - onvolledige of niet afdoende motivering</u>	82
1.5.3.	<u>Clausule voor verlenging</u>	83
1.5.4.	<u>Specifieke herzieningsclausules</u>	84
2.	<u>Adviserende en ondersteunende rol inzake overheidsopdrachten ten voordele van de Brusselse plaatselijke besturen</u>	85
	<u>Conclusie</u>	87
	<u>Inhoud</u>	88

© Brussel Plaatselijke Besturen
Alle rechten voorbehouden

Meer informatie over
Brussel Plaatselijke Besturen op:
www.plaatselijke-besturen.brussels

Verantwoordelijke uitgever: Rochdi Khabazi
Directeur-generaal

Wettelijk depot: 2023/14.404/8



BRUSSEL PLAATSRLIJKE BRSTUREN
GEWESTELIJKE OVERHEIDSDIENST BRUSSEL

Sint-Lazarusplein 2 • 1035 Brussel
T +32 (0)2 204 21 11

plaatselijke-besturen@gob.brussels
www.plaatselijke-besturen.brussels

