



NEWSLETTER JULI 2021

Contacteer ons :

Maatschappelijke Zetel | De Limburg Stirumlaan 24, 1780 Wemmel | erik@tenderexpert.be | 32 495 62 93 32

Kantoor Brussel | Oud Korenhuis 3, 1000 Brussel | bjorn@tenderexpert.be | +32 497 85 45 90

Kantoor Wallonië | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | mariealice@tenderexpert.be | +32 470 82 39 36

www.tenderexpert.be



Inhoud

1.	Verduidelijking van technische specificaties.....	3
2.	Substantiële onregelmatigheden	4
3.	Conclusie	5

Het opstellen van technische specificaties: een ware kunst!

De technische bepalingen in een bestek verdienen bijzondere aandacht, zowel bij het opstellen als bij de toepassing ervan tijdens de evaluatie van offertes. Een recente uitspraak van de Raad van State werpt een zeer interessant licht op deze bepalingen, waarmee aankopers - vaak niet-technici - minder vertrouwd zijn. Nauwkeurigheid bij de gebruikte termen, minimumvereisten, onregelmatigheid van de offertes, beoordelingsmarge bij de evaluatie zijn enkele van de punten die in dit arrest aan de orde komen en de we vandaag becommentariëren.

Het arrest¹ heeft betrekking op een overheidsopdracht voor de levering van kogelwerende vesten voor de Federale Politie, die ook als aankoopcentrale voor andere aanbesteders optreedt. Vier ondernemers hebben een offerte ingediend, vergezeld van stalen die door een panel van testers moesten worden gedragen. Na analyse van de inschrijvingen bleek slechts één ervan volledig aan de technische eisen te voldoen, hoewel het *voor verbetering vatbaar* was. De offerte van verzoekster werd afgewezen omdat zij niet aan deze zelfde eisen voldeed.

Voor de Raad van State betoogt verzoekster onder meer dat de technische specificaties niet nauwkeurig genoeg waren opgesteld en dat er geen enkele aanwijzing was dat de inschrijvingen aan alle technische vereisten moesten voldoen, wel integendeel. Op de andere argumenten van verzoekster wordt in deze newsletter niet ingegaan.

1. Verduidelijking van technische specificaties

In zijn beslissing stelt de Raad van State allereerst vast dat verzoekster de aanbesteder tijdens de plaatsing van de opdracht geen vragen heeft gesteld over haar technische bepalingen, ofschoon zij daartoe de mogelijkheid had, met name tijdens een vóór de indiening van de offertes georganiseerde informatiebijeenkomst. Dit is voor ons een gelegenheid om erop te wijzen dat ondernemingen het recht hebben al hun vragen met betrekking tot het bestek of het verloop van de procedure te stellen, mits zij dit doen met inachtneming van de voorgeschreven vormen en termijnen. Er zij aan herinnerd dat in de regelgeving inzake overheidsopdrachten is bepaald dat de aanbesteder eventuele aanvullende inlichtingen ten minste zes dagen vóór de

uiterste datum voor de indiening van de offertes² moet verstrekken, op voorwaarde dat deze *tijdig* zijn gevraagd.

De Raad van State stelt ook dat de interpretatie van technische bepalingen in de eerste plaats de verantwoordelijkheid is van de auteur, d.w.z. de aanbesteder. Het is de aanbesteder die zijn behoeften kent en de voorwaarden aangeeft die nodig zijn om eraan te voldoen, met de verplichting om bij het formuleren ervan in het bestek³ de mededinging en de gelijke behandeling te eerbiedigen (zie het verbod om in de technische bepalingen "ongerechtvaardigde belemmeringen in de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging" op te nemen). Nogmaals, wij kunnen niet genoeg

¹ RvS., arrest nr. 250.625 van 20 mei 2021

² Artikel 59 van de wet van 17 juni 2016 betreffende de overheidsopdrachten voor de klassieke sectoren; artikel 145 van dezelfde wet voor de speciale sectoren; artikel 45 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012 overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied

³ Artikel 53 van de wet van 17 juni 2016, ook van toepassing in bijzondere sectoren; artikel 8 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012

wijzen op de zorgvuldigheidsplicht van ondernemers die de aanbesteder wil bevragen over de interpretatie die aan zijn specificaties moet worden gegeven: een vraag of een bezwaar geformuleerd in de offerte is al te laat, aangezien de aanbesteder - op enkele uitzonderingen na - in dit stadium van de procedure niet meer de mogelijkheid heeft om de opdrachtdocumenten te wijzigen!

Verzoekster heeft ook kritiek op de onvoldoende nauwkeurigheid van de technische specificaties. Volgens haar blijkt uit het gebruik van termen als *zo weinig mogelijk*, *zo goed mogelijk* of *gemakkelijk* dat het, bij gebrek aan nauwkeurigheid, alleen om subjectieve beoordelingscriteria kan gaan en niet om objectieve technische vereisten. De Raad van State heeft geantwoord dat technische specificaties kunnen worden geformuleerd in termen van functionele eisen⁴, die uit de aard der zaak niet altijd in precieze en objectieve termen kunnen worden uitgedrukt. De enige verplichting die de

wetgever oplegt aan een aanbesteder die zijn technische bepalingen opstelt als *prestatie- of functionele eisen*", is dat zij *"voldoende precies zijn om de inschrijvers toe te laten om het voorwerp van de opdracht te bepalen en aan de aanbesteder om de opdracht te gunnen*". In dit geval was de Raad van State van oordeel dat de aanbesteder voldoende uitleg had verschaft om aan deze verplichting te voldoen. De subjectiviteit bij de controle op de naleving van deze eisen wordt geneutraliseerd door het feit dat een panel van zes testers werd gevraagd na te gaan in hoeverre elk product aan deze eisen voldoet. Een verstandig aanbesteder weet dat het altijd wenselijk is de analyse van de offertes te verdelen over meerdere beoordelaars wanneer de aanbesteder een beoordelingsmarge heeft (of er sprake is van enige subjectiviteit) - of het nu gaat om het onderzoeken van de regelmatigheid of de puntentoekening van de gunningscriteria.

2. Substantiële onregelmatigheden

In haar verzoekschrift betoogde de afgewezen inschrijver voorts dat in de technische specificaties geen onderscheid werd gemaakt tussen die welke als niet-conform konden worden aanvaard en die waarvan niet kon worden afgeweken: geen enkele clause werd aangeduid als essentieel of *op straffe van nietigheid*. Dergelijke clauses, die herkenbaar zijn aan het gebruik van terminologie ("dwingend", "essentieel", enz.) of van een bepaalde grafische vormgeving (vet, rood, onderstreept, enz.), vergemakkelijken zowel de perceptie door de inschrijvers van het essentiële karakter ervan als de onverbiddelijke toepassing ervan door de aanbesteder bij de analyse van de offertes. De Raad van State preciseert evenwel dat deze terminologie of dit ontwerp geen *conditio sine qua non* is voor het essentiële karakter van een technische specificatie: *het feit dat in de technische specificaties van het bestek geen*

onderscheid wordt gemaakt tussen essentiële en andere technische vereisten, en deze evenmin op straffe van nietigheid worden voorgeschreven, sluit als zodanig niet de mogelijkheid uit om afwijkingen van de technische bepalingen te bestraffen door afwijzing van de offerte.

De vraag of een technische specificaties van het bestek essentieel is, dat wil zeggen van een zodanig belang dat de niet-naleving ervan onvermijdelijk tot gevolg zou hebben dat de betrokken offerte niet in aanmerking kan worden genomen, moet in concreto worden beantwoord, in elk afzonderlijk geval, aan de hand van het dossier. Het is in de eerste plaats aan de aanbestedende dienst om te bepalen of een vastgestelde non-conformiteit al dan niet betrekking heeft op een essentiële bepaling van het bestek. Het spreekt vanzelf dat een dergelijk geval een motivering vereist die in overeenstemming is met de beoordelings-

⁴ Artikel 53 van de wet van 17 juni 2016; artikel 7 van het koninklijk besluit van 23 januari 2012

marge waarover de aanbesteder beschikt: met name moet het essentieel karakter van de

niet-nageleefde bepaling worden aangetoond, indien deze niet uit het bestek blijkt.

3. Conclusie

Na lezing van dit arrest komt men tot de conclusie dat de praktijk eens te meer aantoont dat het plaatsen van een overheidsopdracht een echte evenwichtsoefening is: het gaat erom het juiste evenwicht te vinden tussen een onbetwistbare striktheid (technische specificaties en criteria die louter objectief zijn, geen tolerantie­marge en een eenvoudiger motivering) en een vaak noodzakelijke

soepelheid (een afwijking­smarge voor de inschrijvers, een appreciatie­marge voor de aanbesteder en de daaruit voortvloeiende verplichting om een meer gedetailleerde motivering te geven). En het opstellen van de technische specificaties, de eerste mijlpaal in een aanbestedingsproces, mag niet worden overgeslagen, anders wordt de "kunstenaar" van de kaart geveegd.

Nog vragen met betrekking tot uw overheidsopdrachten?

Contacteer:

Erik Van Eecke
Managing Partner
erik@tenderexpert.be
0495 62 93 32

Bjorn Demeulenaere
Senior Partner
bjorn@tenderexpert.be
0497 85 45 90

Belangrijke juridische kennisgeving - Disclaimer

Hoewel bij de realisatie van deze nieuwsbrief een zo groot mogelijke nauwkeurigheid en correctheid werd nagestreefd, kan voor de aanwezigheid van eventuele (druk)fouten, onvolkomen- en onvolledigheden niet worden ingestaan en kan hieruit geen aansprakelijkheid voortvloeien. De gebruiker van deze nieuwsbrief erkent en aanvaardt, door de loutere aanwending van de inhoud ervan, voormelde afwijzing van aansprakelijkheid.