



NEWSLETTER SEPTEMBER 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.	De feiten	3
2.	Schending van de gelijkheid	3
3.	Schending van het beginsel van eenheid van offerte.	4
4.	Conclusie	4

BAFO na BAFO: verzoek om een nieuwe finale offerte omwille van de gelijke behandeling van de inschrijvers!

De indiening van een finale offerte is een belangrijke fase in de gunning van onderhandelingsprocedures. Een vrij recent arrest van de Raad van State (nr. 250.295 van 1 april 2021, SA CEGELEC INFRA TECHNICS) illustreert een op zijn zachtst gezegd originele situatie, waarin een aanbesteder ertoe werd gebracht tweemaal de indiening van een finale offerte te vragen. Hieronder volgt een uiteenzetting van de redenen waarom de Raad van State deze verrassende procedure heeft bekrachtigd.

1. De feiten

In deze zaak heeft een aanbestedende entiteit een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging (het equivalent van een mededingingsprocedure met onderhandeling in de klassieke sectoren) gevoerd met het oog op de gunning van een raamovereenkomst voor leveringen voor de vervanging van GSM'R-sites van de oude generatie en passieve antennesystemen en voor de bouw van nieuwe sites.

In het kader van de onderhandelingen heeft de aanbestedende entiteit de inschrijvers verzocht een eerste definitieve offerte, ook wel "Best And Final Offer" genoemd (hierna "BAFO"), in te dienen op uiterlijk 6 november 2020. Nadat zij had vastgesteld dat de uitnodigingen tot inschrijving geen link naar de eTendering-website bevatten, stuurde zij een nieuwe uitnodiging, waarbij ook de termijn voor de indiening van het BAFO werd verschoven naar 13 november 2021.

Na de opening van de BAFO's (op 13 november 2021) ontvingen de inschrijvers een brief van de aanbestedende entiteit waarin hun werd meegedeeld dat er een fout was ontdekt bij het gebruik van het eTendering-platform en dat als gevolg daarvan niet alle

inschrijvers de kans hadden gekregen om hun offerte binnen een bepaalde termijn in te dienen. Voor een van de inschrijvers was het e-mailadres door de diensten van de aanbestedende entiteit onjuist ingegeven, met als gevolg dat de inschrijver de uitnodiging niet had ontvangen, laat staan een offerte had ingediend.

Om een gelijke behandeling te verzekeren, besloot de aanbestedende entiteit de reeds ingediende BAFO's buiten beschouwing te laten en nodigde hij de inschrijvers uit een "nieuwe" BAFO in te dienen op het eTendering-platform.

Drie inschrijvers dienden een "nieuwe" BAFO in, waaronder de verzoekende onderneming.

De aanbestedende entiteit heeft de raamovereenkomst gegund aan een concurrent van de verzoekende vennootschap, die als tweede gerangschikt stond. Vervolgens heeft deze laatste bij de Raad van State een verzoek tot schorsing ingediend, waarbij hij met name de hierna uiteengezette middelen heeft aangevoerd.

2. Schending van de gelijkheid

Verzoekster verwijt de aanbestedende entiteit dat zij de termijn voor de indiening van de offertes heeft verlengd met als enig doel de

onderneming waaraan de opdracht is gegund, in staat te stellen een BAFO in te dienen, ten nadele van de andere inschrijvers.

De Raad van State verwerpt dit argument en legt uit dat het er niet om gaat de toegang tot de opdracht te vergemakkelijken voor een inschrijver die niet of niet regelmatig binnen de termijn een offerte heeft ingediend, maar om deze inschrijver in staat te stellen een finale offerte in te dienen, hetgeen aanvankelijk niet mogelijk was "ten gevolge van vergissingen van de aanbestede".

Het gaat er hier immers niet om een inschrijver te bevoordelen, maar om "**de gelijkheid van ondernemers bij de toegang tot deze opdracht te herstellen, gelijkheid die door vergissingen van de aanbestedende entiteit ten nadele van de betrokken inschrijver kan zijn aangetast**".

In dit arrest benadrukt de Raad van State de specifieke maatregelen die de aanbestedende entiteit heeft genomen om te voorkomen dat het gelijkheidsbeginsel zou worden geschonden: enerzijds heeft zij zich niet beperkt tot het vragen van een BAFO aan de bij het incident betrokken inschrijver, maar aan alle inschrijvers, en anderzijds heeft zij besloten om de op 13 november 2020 ontvangen BAFO's als nietig te beschouwen toen zij om een nieuwe BAFO vroeg.

3. Schending van het beginsel van eenheid van offerte.

Verzoekster verwijt de aanbestedende entiteit ook dat zij het beginsel van één enkele offerte, dat voortvloeit uit artikel 61, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 juni 2017, heeft miskend door alle inschrijvers de mogelijkheid te bieden een nieuwe BAFO in te dienen.

4. Conclusie

De Raad van State stelt zich pragmatisch op en aanvaardt in dit arrest dat na een eerste BAFO opnieuw om een BAFO kan worden verzocht, wanneer dat nodig is om een fout

Verzoekster hekelt ook de mogelijk bevoorrechte contacten die de aanbestedende entiteit na de indiening van de inschrijvingen met een inschrijver heeft gehad en die vervolgens de twee verschuivingen van de uiterste datum en uur mogelijk hebben gemaakt.

De Raad van State begint met een verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak (arrest nr. 231.717 van 23 juni 2015), waarin het volgende is bepaald: "*Bij offerteaanvraag worden, behalve in de gevallen waarin uitdrukkelijk is voorzien bij wettelijke of regelgevende bepalingen, de in voornoemde bepaling neergelegde beginselen van gelijkheid en transparantie geschonden wanneer de aanbestedende overheid na de indiening van de offertes met een aantal van de inschrijvers bevoorrechte contacten aanknoopt die verband houden met de te gunnen opdracht. Dergelijke contacten, die de analyse van de inschrijvingen kunnen beïnvloeden, brengen de objectieve onpartijdigheid in gevaar waarvan de aanbestedende overheid blijf moet geven krachtens het beginsel van gelijkheid van de inschrijvers*", alvorens te verklaren dat in dit concrete geval de feiten niet getuigen van dergelijke contacten, die inbreuk maken op het vrijheidsbeginsel.

De Raad van State volgt deze redenering niet: hij merkt op dat, om een dergelijk probleem te vermijden, de aanbestedende entiteit erover heeft gewaakt de eerste BAFO's nietig te verklaren om alleen de laatst ingediende in aanmerking te nemen, zodat het naast elkaar bestaan van verschillende BAFO's is uitgesloten.

van een aanbestede recht te zetten die afbreuk doet aan het beginsel van gelijkheid tussen de inschrijvers. Er is evenwel niet echt sprake van "twee BAFO's" in zoverre de

"eerste" nietig wordt verklaard: er kan dan per definitie slechts één "beste en definitieve" offerte zijn.

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.