



**TENDER**EXPERT  
UW PARTNER BIJ OVERHEIDSOOPDRACHTEN  
VOTRE PARTENAIRE EN MARCHÉS PUBLICS



NEWSLETTER NOVEMBER 2021

**Contacteer ons :**

Maatschappelijke Zetel | De Limburg Stirumlaan 24, 1780 Wemmel | [erik@tenderexpert.be](mailto:erik@tenderexpert.be) | 32 495 62 93 32

Kantoor Brussel | Oud Korenhuis 3, 1000 Brussel | [bjorn@tenderexpert.be](mailto:bjorn@tenderexpert.be) | +32 497 85 45 90

Kantoor Wallonië | Clos Marcel Ancion 17, 1342 Limelette | [mariealice@tenderexpert.be](mailto:mariealice@tenderexpert.be) | +32 470 82 39 36

[www.tenderexpert.be](http://www.tenderexpert.be)



## Inhoud

1.	De feiten.....	3
2.	Beoordeling.....	4
3.	Een nieuwe Neorec-nuance.....	4
4.	Conclusie.....	5

## Onderhandelen zonder prijs: Het kan!

*Het is mogelijk de onderhandelingen te beperken tot de technische aspecten van een offerte, ook wanneer de levenscycluskost het enige gunningscriterium is. Een inschrijver die opmerkingen heeft op die aanpak, of andere onwettigheden in een bestek vaststelt, handelt onzorgvuldig door zich in de loop van de plaatsingsprocedure uitdrukkelijk akkoord te verklaren met de opdrachtdocumenten, maar deze daarna aan te vechten. Met arrest 251.302 van 26 juli 2021 lijkt de Raad van State zo een nieuwe nuance aan het debat over de Neorec-clausule toe te voegen.*

### 1. De feiten

In het kader van de uitrol van de digitale meters plaatst de CV Fluvius een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging (speciale sectoren). Voorwerp van de opdracht is het sluiten van een raamovereenkomst met maximaal twee opdrachtnemers voor het leveren van elektriciteits- en gasmeters, en het bijkomend bieden van zogehete DaaS-diensten gedurende de vijftienjarige levenscyclus van deze en andere meters. Een minicompetitie tussen de gekozen partijen wordt voorzien. Als enige gunningscriterium wordt de 'total cost of ownership' naar voor geschoven.

Het bestek voorziet in een planning voor de onderhandelingen, waarbij de offertes vanzelfsprekend eerst worden gecontroleerd op hun regelmatigheid, en daarna een algemene toelichtingsmeeting georganiseerd wordt. In een tweede en volgende fase kunnen de inschrijvers, na toepassing van het enige gunningscriterium, in volgorde worden gerangschikt en kunnen meerdere onderhandelingsrondes plaatsvinden. Op het einde van elke onderhandelingsfase kunnen de inschrijvers waarmee op dat moment nog onderhandeld wordt, gevraagd worden een 'best & final offer' in te dienen.

Opvallend is echter – en hier gaat het schoentje knellen – dat er volgens het bestek niet noodzakelijk prijsonderhandelingen zullen plaatsvinden, en de inschrijvers dus verwacht worden hun beste prijs reeds te bieden bij het indienen van de initiële offerte. In de twee

gevoerde onderhandelingsrondes maakt de aanbesteder van deze zelf gecreëerde mogelijkheid gebruik: de prijs mag tijdens de onderhandelingen enkel nog worden aangepast in de mate dat dit voortvloeit uit de technische aspecten. Elke andere prijsaanpassing leidt voor de aanbesteder tot de onregelmatigheid van de offerte.

Wanneer de twee best gerangschikte bedrijven gekozen worden, volgt snel een UDN-procedure bij de Raad van State.

Centraal staat de vraag of het mogelijk is de onderhandelingen te beperken tot de technische aspecten van de offerte, en dat in combinatie met het enige gunningscriterium, de levenscycluskost. Volgens de verzoekende partij kan dit niet. Het achtereenvolgens onderhandelen en vragen van een best and final offer impliceert dat de inschrijver een verbeterde offerte moet kunnen bieden, opdat hij de kans krijgt de gemaakte rangschikking in zijn voordeel te verbeteren. Indien de aanbesteder het bestek bijstelt, maar de inschrijver geacht wordt de best mogelijke prijs al te hebben geboden bij indienen van de initiële offerte, is er in weze geen sprake van een best and final offer. De inschrijver kan dan, althans volgens de verzoekende partij, niets anders dan zijn offerte te verslechteren. Dat strookt niet met de idee van een onderhandeling: die dient te gaan over de elementen die in het kader van de gunningscriteria zullen worden beoordeeld. Bij levenscycluskosten hoort een prijs, en dus de

ruimte om bij het indienen van een BAFO deze prijs te verbeteren. Kortom: een best and final offer kan niet 'best' zijn, alvorens 'final' te zijn...

## 2. Beoordeling

Laten we met de conclusie beginnen; hoewel de gehanteerde aanpak zeker opmerkelijk te noemen valt, besluit de Raad van State de aanbesteder in het gelijk te stellen. Het bestek dat aan de potentiële inschrijvers werd meegedeeld, bepaalde uitdrukkelijk dat prijsonderhandelingen niet gegarandeerd werden, en de inschrijvers werden verwacht meteen hun beste prijs te bieden. Dit is niet onwettig, zeker omdat in een onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging de aanbestedende entiteit grote vrijheid heeft om de procedure van onderhandelen zelf in te richten en vervolgens te doorlopen. Een offerte moet bovendien worden ingediend overeenkomstig de bepalingen van het bestek. Dat bestek was duidelijk, voor alle inschrijvers gelijk en op transparante wijze aan iedereen meegedeeld. Overigens is het niet onmogelijk dat louter door een technische optimalisatie door te voeren, de levenscycluskosten worden bijgesteld. De aanbesteder mocht de onderhandelingen dan ook rechtsgeldig beperken tot die technische aspecten, ook in combinatie met dit ene gunningscriterium. Dat is noemenswaardig. Waar onderhandelingen zich doorgaans toespitsen op de prijs, of minstens ruimte laten om de prijs aan te passen, kiest CV Fluvius voor een tegenovergestelde aanpak. De prijs wordt van bij de start vastgekleit, en onderhandelingen focussen zich louter op technische elementen en hun invloed op de levenscycluskosten. Dat is niet onwettig, volgens de Raad van State.

## 3. Een nieuwe Neorec-nuance

Hier stopt het echter niet. Arrest 251.302 van 26 juli 2021 is relevant om nog een heel andere reden, en die houdt verband met het bekende spanningsveld tussen de Labonorm en de Neorec-clausule.

Sinds het bekende Labonorm-arrest uit 2005 is duidelijk dat een inschrijver meteen de wettigheid van een bestek kan aanvechten, maar er net zo goed voor mag kiezen om de vastgestelde onregelmatigheden nog op ontvankelijke wijze in te roepen tegen een latere beslissing in de plaatsingsprocedure. Samengevat: onregelmatigheden in het bestek kunnen een gunningsbeslissing finaal onderuit halen, ook als tegen het bestek zelf geen eerdere vordering was ingesteld.

Deze doctrine werd in de daaropvolgende jaren verfijnd, wat de duidelijkheid ervan helaas niet ten goede kwam. In het Neorec-arrest uit 2010 lijkt de Raad van State haar eerdere standpunt te nuanceren, door te stellen dat het *"mogelijk (...) anders (zou) kunnen zijn indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en de verzoekende partij aan de verplichting was voorbij gegaan."* Zo lijkt de Raad van State te suggereren dat het niet melden van een zichtbare onwettigheid in het bestek onzorgvuldig is, en de inschrijver zichzelf zo het recht ontzegt om de onregelmatigheid later aan te vechten. Het laat zich raden dat aanbesteders zich sindsdien op die nuancering trachtten te beroepen en bestekken telkens voorzagen van de plicht tot het melden van zichtbare onwettigheden. Daarbij werd doorgaans ook bepaald dat, bij uitblijven van zo'n melding, de inschrijver de kans verloor om de onwettigheid van het bestek nog in een latere fase in te kunnen roepen. Uit een reeks daaropvolgende arresten werd die aanpak door de Raad van State dan weer afgekeurd. Het komt een aanbesteder immers niet toe een inschrijver de toegang tot de rechter te verbieden, en het niet uiten van een bezwaar is niet genoeg voor het ontnemen van het nodige belang bij het beroep of middel.

Hier wordt abstractie gemaakt van onder andere de arresten nr. 243.095 van 30 november 2018, nr. 246.569 van 9 januari 2020, die elders reeds uitgebreid werden becommentarieerd.

Met dit arrest voegt de Raad van State een nieuwe nuance aan de discussie toe.

Naast de door de aanbesteder gehanteerde wijze van onderhandelingen hekelt de verzoeker in een tweede middel de bijzondere looptijd van de overeenkomst. De op de markt geplaatste raamovereenkomst heeft namelijk een duurtijd van minstens 25 jaar, en dit terwijl opdrachten in de speciale sectoren behoudens gemotiveerde uitzonderingsgevallen beperkt blijven tot 8 jaar. Er is dus sprake van een overmatige verstoring van de mededinging, waarbij te veel diensten al te lange tijd geclusterd worden en van aanbesteding verstoken blijven. Daarnaast hekelt de verzoeker de zogenaamde 'doorontwikkelingen' voor nieuwe metertypes met bijkomende functionaliteiten, die in de opdrachtdocumenten zijn voorzien, en het verkeerdelijk aanwenden van een herzieningsclausule. Al deze argumenten overtuigen de Raad van State echter niet. De reden?

In de loop van de procedure heeft de verzoeker, zo merkt de Raad van State op, geen enkele opmerking gemaakt over de mogelijke onwettigheid van de duur van de opdracht of de clustering van diensten en producten. Wanneer de aanbesteder formeel de kans biedt om opmerkingen te maken op het bestek, verklaart de verzoeker dat zij de aanbesteding

#### 4. Conclusie

De Raad van State velt met dit arrest een bijzonder oordeel. Zo besluit het dat het mogelijk is de onderhandelingen uitdrukkelijk te beperken tot de technische aspecten van een opdracht, hoewel de gunning louter gebeurt op basis van de levenscycluskosten en kwaliteit dus geen afzonderlijk gunningscriterium vormt. Dat is op zich al opmerkelijk.

Daarnaast voegt dit arrest een nieuw hoofdstuk toe aan het debat over de Neorec-

uitvoerig heeft onderzocht en er in principe akkoord mee gaat. Bij een volgende vraag tot verduidelijking herhaalt ze dit standpunt en stelt ze dat ze de voorwaarden en documenten accepteert. Tevens merkt ze op dat ze zeker ook zal profiteren in deze langdurige samenwerking.

Dit alles strookt volgens de Raad van State niet met de vereiste zorgvuldigheid en diligentie. Bovendien tracht de verzoeker door het gebruik van een UDN-procedure de opdracht alsnog in de wacht te slepen, zonder een beroep tot vernietiging te hebben ingesteld. Ook daar schiet ze zich volgens de administratieve rechter mee in de eigen voet. Het onderschrijven van de aangereikte argumentatie zou immers leiden het grondig herschrijven van het bestek. Het bestek als onwettig bestempelen valt niet te rijmen met de wens de opdracht alsnog uit te voeren, lijkt de Raad van State te stellen. De verzoekende partij handelt dan ook met *"een verregaande onzorgvuldigheid"* door vooreerst het bestek uitdrukkelijk en met goede kennis van zaken te onderschrijven, en het vervolgens aan te vechten. De vordering wordt daarom verworpen.

clausule. In deze kwestie speelt het uitdrukkelijk aanvaarden van de opdrachtdocumenten immers een doorslaggevende rol. De aanbesteder bouwt dus niet op een clausule die aan het bestek werd toegevoegd, maar op een verklaring die de inschrijver in de loop van de onderhandelingen werd gevraagd af te leggen.

Aldus kan het debat zich vanaf nu gaan verleggen: hoe zal de Raad van State zich weldra opstellen wanneer aanbesteders

systematisch, bijvoorbeeld voor het openen of bij het sluiten van de onderhandelingen, de inschrijvers verzoeken akkoord te gaan met de gehanteerde aanpak en documenten? Het onzorgvuldig of roekeloos procederen van een inschrijver mag zeker worden gehekeld, maar kan de ongelijke positie, die aanbesteder en

inschrijver bij onderhandelingen bezetten, ook niet worden opgemerkt? Anders gesteld: in welke mate kan een inschrijver nog vrij bezwaren uiten, eens aan de onderhandeling plaats werd genomen?

Op naar een nieuwe nuancering?

### NOG VRAGEN MET BETREKKING TOT UW OVERHEIDSOPDRACHTEN?

#### CONTACTEER:

Erik Van Eecke  
*Managing Partner*  
[erik@tenderexpert.be](mailto:erik@tenderexpert.be)  
0495 62 93 32

Bjorn Demeulenaere  
*Senior Partner*  
[bjorn@tenderexpert.be](mailto: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.