



NEWSLETTER MEI 2022

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.	Verder samen werken?	3
2.	Of op zoek naar een nieuwe partner?	4
3.	Spelen op neutraal terrein?	5
4.	Conclusie	6

Het voordeel van de thuismatch? De positie van de zittende opdrachtnemer.

Een aanbesteding zweeft niet in het ijl. Zeker bij diensten en leveringen volgen de overeenkomsten elkaar vaak op en meer dan eens neemt de huidige contractant deel aan de nieuwe procedure. De slechte of precies uitstekende ervaring met die opdrachtnemer kan de objectieve beoordeling van diens offerte bemoeilijken. Bovendien bevindt de huidige contractant zich meer dan eens in een voordelige situatie die een concurrentieel voordeel uitmaakt en het belangrijke gelijkheidsbeginsel schendt, hetgeen herhaald aanbesteden des te complexer maakt. Een overzichtje.

1. Verder samen werken?

Loopt een samenwerking vlot, dan komt de wet inzake overheidsopdrachten soms ongelegen. Aanbesteden kost immers tijd en de wissel van leverancier of dienstverlener gaat vaak gepaard met een lang implementatietraject of grote integratiekosten. In de hoop die te vermijden, zou een bestuur geneigd kunnen zijn de bestaande samenwerking al dan niet stiekem verder te willen zetten.

Het al te gretig voortzetten van een bestaande samenwerking is niet zonder risico. Los van de juridische valkuilen, dreigt voor het bestuur een vendor lock-in, waarbij een ondernemer de aankoper in zijn greep krijgt. Zeker bij op maat geschreven software, complexe boekhoudprogramma's of allesomvattende CRM-systemen dreigen de rollen langzaam te worden omgekeerd, en raakt de aanbesteder gaandeweg afhankelijk van de (financiële) goodwill van de inschrijver. Zo'n situatie is strijdig met quasi elk beginsel inzake overheidsopdrachten, en voor iedere onderneming absoluut te vermijden.

Nog voor een product wordt aangekocht, denkt een aanbesteder dus best goed na over de vervanging ervan. Zoals een integratietraject wordt uitgeschreven, kan het bestek ook verduidelijken hoe de uitfasering zal geschieden. Het is goed de eventuele overdracht van intellectuele rechten, licenties of broncodes duidelijk te regelen, en

bijvoorbeeld te bepalen of enkel open standaarden voor de uitwisseling van digitale informatie zijn toegelaten. De vereiste nazorg en ondersteuning bij eventuele overdracht wordt best expliciet en vooraf bepaald, want het succes van een nieuwe aanbesteding houdt verband met de correcte afhandeling van de bestaande overeenkomst.

Start een bestuur namelijk een nieuwe procedure zonder alle beschikbare informatie aan potentiële inschrijvers mee te delen, dan schendt ze allicht het beginsel van gelijkheid. De zittende opdrachtnemer geniet immers, precies door de kennis van die essentiële informatie – denk bijvoorbeeld aan configuratiecodes – een concurrentieel voordeel. De informatie nuttig voor het opstellen van een offerte moet daarom snel en gelijktijdig ter beschikking worden gesteld aan alle mogelijke inschrijvers.¹ Het achterhouden van elementen, in de hoop zo een nieuwe opdracht te kunnen sluiten met de zittende opdrachtnemer, is unfair, zeker omdat artikel 5 van de wet inzake overheidsopdrachten het kunstmatig beperken van de mededinging uitdrukkelijk verbiedt.

Het is, mede om die reden, dan ook niet aangewezen selectiecriteria, die bijvoorbeeld slaan op de bekwaamheid van de inschrijver, te vermommen als gunningscriteria. Een zittende inschrijver kan per slot van rekening veel

¹ GvA EU 12 maart 2008, T-345/03

eenvoudiger aantonen dat hij bijvoorbeeld over voldoende geschikt personeel beschikt om te voldoen aan de behoeften van de overheid. Een dergelijk element naar voor schuiven om de economisch meest voordelige aanbieder te bepalen, dreigt opnieuw de gelijke behandeling te schaden.²

Dat het evenmin is toegelaten een bestek op maat van een onderneming te schrijven, door bijvoorbeeld de unieke aanpak of technische kenmerken van de zittende opdrachtnemer als dwingende eis naar voor te schuiven, hoeft allicht geen betoog.

2. Of op zoek naar een nieuwe partner?

Loopt de huidige samenwerking daarentegen stroef, dan ziet de aanbesteder de offerte van de zittende inschrijver allicht liever niet zijn richting uit komen. Ook hier kan het bestuur echter op wettelijke grenzen en juridische risico's botsen.

Om te beginnen kan een aanbesteder een onderneming niet zonder meer van deelname uitsluiten. Artikel 52 van de wet inzake overheidsopdrachten, samen gelezen met artikel 69 6°, stelt slechts dat de aanbestedende overheid "passende maatregelen" moet nemen ten aanzien van een onderneming die eerder betrokken is geweest bij de voorbereiding van een plaatsingsprocedure. Die maatregelen impliceren maar de werkelijke uitsluiting van een onderneming indien de gelijke behandeling met geen andere, minder drastisch middel kan worden gegarandeerd. Bovendien moet de betrokken ondernemer vooraleer uitgesloten te worden de kans krijgen om het tegendeel te bewijzen, zoals eerder al door het Europese Hof van Justitie in de zaak *Fabricom* werd bevestigd.³

Een soortgelijke hoge drempel lezen we in artikel 69 7° van de wet, die de aanbesteder toelaat een onderneming uit de plaatsingsprocedure te weren indien die blijkt heeft gegeven van een aanzienlijke of voortdurende tekortkoming bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere opdracht en dit heeft geleid tot ambtshalve maatregelen, schadevergoedingen of soortgelijke sancties. Ook hier bemoeilijkt de combinatie van vier verschillende elementen, met onder andere het aanzienlijke of voortdurende karakter van de tekortkoming, de al te makkelijke toepassing van deze uitsluitingsgrond. Uit de memorie van toelichting bij de wet leiden we bijvoorbeeld af dat het louter hebben verstuurd van een proces-verbaal ("ingebrekestelling") niet volstaat voor het later kunnen invoeren van deze facultatieve uitsluitingsgrond.⁴ Bovendien heeft de inschrijver wederom de mogelijkheid aan te tonen dat corrigerende maatregelen werden genomen, en een herhaling van de tekortkoming dus uit te sluiten valt.

Lukt het de aanbesteder dus niet makkelijk de onderneming a priori van deelname uit te sluiten, dan mag ze net zo min de offerte van de zittende opdrachtnemer negatief beoordelen op basis van de eigen ervaring. Gegevens die verband houden met de uitvoering van een lopende opdracht horen immers niet bij de toetsing aan de gunningscriteria. We verwijzen hier kort naar twee recente arresten van de Raad van State.

In een eerste arrest, van 25 februari 2020, lijkt de administratieve rechter zich nog coulant op te willen stellen.⁵ Wanneer de aanbesteder in het kader van het onderzoek naar abnormale prijzen rekening houdt met de eigen ervaringen, opgebouwd in een eerdere samenwerking met de betrokken inschrijver, dan laat de Raad van State dit toe, tenminste als aannemelijk wordt gemaakt welke de gunstige impact is van de eerdere ervaring van de betrokken inschrijver op diens nieuwe prijszetting. Meer zelfs, ook bij de eigenlijke

² GvA EU 20 september 2011, T-461/08

³ Hof van Justitie EG, 03-03-2005, C-21/03, C-34/03

⁴ MvT bij het wetsontwerp inzake overheidsopdrachten, *Parl.St.* Kamer 2015-16, doc. 54-1541/001, p.122

⁵ RvS, 25 februari 2020, nr. 247.143

beoordeling van het gunningscriterium “plan van aanpak” lijkt de Raad van State te dulden dat de aanbestedder, bij de evaluatie van de technische werkwijze, verwijst naar de succesvolle eerdere toepassing van die werkwijze bij een vorige deelopdracht van eenzelfde overkoepelend project, “als dit past in het kader van een ruimer geheel aan motieven”. Zolang de hogere punten gelinkt zijn aan het succesvolle karakter van de techniek, en dus niet louter aan de eerdere uitvoering van de vorige opdracht, lijkt dit de toets van de Raad van State nog te kunnen doorstaan.

Anders loopt het evenwel acht maanden later, in arrest nr. 248.649.⁶ Wanneer een aanbestedder de zetelende inschrijver minder punten toekent voor het aspect kwaliteitscontrole, en daarbij verwijst naar het huidige verloop van de samenwerking, stelt de Raad van State zich rigide op. Het economisch voordelige karakter van een offerte dient op basis van de door de inschrijvers verstrekte informatie te worden beoordeeld. Een aanbestedder mag, zo stelt de Raad, de eigen ervaring niet in de plaats stellen van de vergelijking van de offertes. Dit oordeel sluit beter aan bij eerdere Europese rechtspraak, die stelt dat de kwaliteit van een offerte niet kan worden beoordeeld aan de hand van de ervaring die de inschrijver bij eerdere overeenkomsten met de aanbestedder heeft opgedaan.⁷

3. Spelen op neutraal terrein?

Aanbesteden met een zittende inschrijver in het spel is duidelijk dansen op een slappe koord. Het weze duidelijk dat de huidige contractant een spreekwoordelijk thuisvoordeel geniet. Hij kent de omstandigheden en valkuilen, en weet de opdracht beter dan wie ook te plaatsen. Alleen

dat feit kan voor afgunst bij andere potentiële inschrijvers zorgen.

Toch hoeft de aanbestedder de vastgestelde ongelijkheid niet noodzakelijk of geheel weg te werken. Of om het met de terugkerende woorden van de Raad van State te zeggen: “Niet elke feitelijk voordelige toestand voor de zittende inschrijver dient *ipso facto* als een mededingingsversturende situatie te worden beschouwd.”⁸

Dat oordeel is niet bizar. Het per se willen opzoeken of creëren van een perfect neutraal speelveld zou de zittende inschrijver precies kunnen schaden. Er kan bezwaarlijk van de overheid worden verwacht dat ze de zittende inschrijver bijvoorbeeld in een gunningscriterium inzake prijs bewust gaat benadelen, ter compensatie van andere inschrijvers.⁹ Wanneer daarentegen een mededingingsversturende situatie wordt gecreëerd, of door de keuze van de aanbestedder net wordt uitvergroot, treedt de Raad van State wel op, zoals het dat deed in het recente arrest nr. 252.801.¹⁰

In de kwestieuze zaak had het bestuur het gunningscriterium prijs, dat op 30% van het totale aantal punten stond, gelijk opgedeeld in de kostprijs voor de implementatie en de kostprijs voor de operationele werking. De implementatie bleek in de offerte van de benadeelde partij slechts 2% van de totale waarde van de opdracht uit te maken. Het gewicht van de gunningscriteria stond bijgevolg hoegenaamd niet in verhouding tot de waarde van de betrokken diensten, en was dan ook niet geschikt om de economisch meest voordelige offerte te kiezen. Niet het in rekening brengen van de implementatiekost op zich, maar wel de overwaardering ervan ten voordele van de zittende inschrijver, zorgde mede voor de schorsing van de gunningsbeslissing.

Het beginsel van de gelijke behandeling impliceert dus niet dat een aanbestedder verplicht is om alle voordelen van de zittende

⁶ RvS, 19 oktober 2020, nr. 248.649

⁷ GvA EU 6 juli 2005, T-148/04

⁸ RvS, 5 november 2020, nr. 248.836

⁹ RvS, 30 maart 2017, nr. 237.855

¹⁰ RvS, 26 januari 2022, nr. 252.801

inschrijver geheel te neutraliseren, te meer omdat dit voor de aanbesteder extra kosten en inspanningen kan impliceren. Het betekent, overeenkomstig Europese rechtspraak, wel dat de aanbesteder gelijkheid creëert waar dit

“vanuit technisch oogpunt eenvoudig te realiseren valt, economisch gezien aanvaardbaar is, en dit geen inbreuk maakt op de rechten van de huidige contractant of van die inschrijver.”¹¹

4. Conclusie

Het zonlicht mag niet worden ontkend: de zittende opdrachtnemer geniet bij deelname aan een opdracht veelal een relatief voordeel ten aanzien van andere marktspelers. De aanbesteder hoeft, rekening houdend met de specifieke context van elke plaatsingsprocedure, dit voordeel niet willens nillens weg te werken. Het dient dit, uit respect voor het beginsel van gelijkheid, wel te doen wanneer dat eenvoudig te realiseren valt, het geen disproportionele kost met zich meebrengt en die ingreep de positie van de

zittende opdrachtnemer niet verzwakt. Om die reden zal een bestuur alle nuttige informatie meteen en gelijktijdig moeten meedelen aan alle geïnteresseerde partijen. Het mag geen onevenredige gunningscriteria aanwenden, het mag de nieuwe gunning niet baseren op de lopende samenwerking of selectiecriteria aanwenden als gunningscriterium. Toch hoeft het evenmin zichzelf te schaden: als de implementatiekost een reële prijs heeft, dan mag die naar verhouding in rekening worden gebracht.

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.

¹¹ GvA EU 12 maart 2008, T-345/03