

Bekendmakings-, selectie- en gunningsvoorschriften in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten¹ (slot)

IV. GUNNINGSVOORSCHRIFTEN

PETER FLAMEY, JAN GHYSELS² en KRIS WAUTERS³

— INHOUD (SLOT) / TABLE DES MATIERES

A. VOORAF

B. DE GUNNING VAN DE OVERHEIDSOPDRACHTEN

§ 1 – Dubbelzinnige begripsomschrijving van de ‘gunning’

§ 2 – Gunningswijzen

2.1. De aanbesteding

2.2. De offerteaanvraag

2.3. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking

2.4. De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking

§ 3 – Gunningsvoorschriften bij aanbesteding en offerteaanvraag

3.1. Inleidings

3.2. Wat is een gunningsvoorschrift ?

3.3. Welke zijn de gunningsvoorschriften ?

3.3.1. De wet van 14 juli 1976

3.3.2. Actuele wetgeving

3.3.2.1. De Europese regelgeving

3.3.2.2. De wet van 24 december 1993

3.3.3. De gunningsvoorschriften in concreto

3.3.3.1. De prijs

3.3.3.2. De voordeligste offerte

3.3.3.3. Andere gunningsvoorschriften ?

3.4. Minimale eisen waaraan de gunningsvoorschriften moeten voldoen

3.4.1. Een voorschrift aangaande de offerte

3.4.2. Een duidelijk voorschrift

3.4.3. Band met de opdracht

3.4.3.1. De heersende regelgeving

3.4.3.2. De algemene rechtsbeginselen

3.4.3.2.1. Algemeen

3.4.3.2.2. In concreto

¹ Het eerste deel van deze bijdrage verscheen in *C.D.P.K.*, 1998, 22-36; het tweede deel van deze bijdrage verscheen in *C.D.P.K.*, 2000, 456-486. Tekst afgesloten op 10 december 2001.

² Advocatenkantoor BVBA Ghysels, Flamey & Partners te Brussel en te Antwerpen.

³ Advocaat te Lanaken.

3.5. Rangorde van de gunningsvoorschriften

3.5.1. De mogelijkheid van een volgorde

3.5.2. De gelijkwaardigheid van de gunningsvoorschriften bij gebreke van volgorde

3.5.3. Afweging van de voorschriften

3.6. Variante offertes

§ 4 – Gunningsvoorschriften bij onderhandelingsprocedure

A. Vooraf

1. Na in de twee vorige bijdragen achtereenvolgens de *bekendmakings-* en de *selectievoorschriften* in de klassieke sectoren voor overheidsopdrachten te hebben onderzocht, volgt nu het derde deel in het drieluik, nl. de *gunningsvoorschriften*.

In het kader van de selectievoorschriften schreven we reeds dat diegenen, die wensen mee te dingen naar het bekomen van een overheidsopdracht tot uitvoering van werken, leveringen of diensten, eerst dienen te weten welke overheidsopdrachten worden uitgeschreven. Teneinde dit doel te bereiken werden er in de nieuwe wetgeving overheidsopdrachten specifieke *bekendmakingsvoorschriften* voorzien.

Uit deze bekendmakingsvoorschriften volgt hoe de geïnteresseerden kunnen deelnemen en aan welke voorwaarden zij en hun offerte dienen te voldoen. De bekendmakingsvoorschriften voorzien derhalve zelf de *selectie-* en *gunningsvoorschriften*.

Aldus kunnen we effectief spreken van drie etappes binnen de gunningsprocedure : de bekendmaking, de selectie en de gunning.

2. Daar waar het evident is dat de bekendmakingsvoorschriften als eerste werden behandeld binnen het drieluik, was de volgorde tussen de selectie- en gunningsvoorschriften niet zo evident.

Bij de bespreking van de selectievoorschriften werd echter verdedigd dat eerst de kandidaat-gegadigden op hun merites dienen te worden geselecteerd, alvorens wordt overgegaan tot de toetsing van de onderscheiden offertes aan de gunningsvoorschriften (zie punt III, B, 5.2.).

3. De selectie- en gunningsvoorschriften vormen de voorwaarden voor de geïnteresseerden om eventueel te kunnen deelnemen aan een overheidsopdracht, zeg maar *de regels inzake deelneming*. De selectievoorschriften bepalen of de kandidaat-gegadigde zelf voldoet, terwijl de gunningsvoorschriften bepalen of de offerte van de gegadigde voldoet.

In de bijdrage inzake de selectievoorschriften werden

reeds de gemeenschappelijke principes uiteengezet betreffende de regels inzake deelneming (zie punt III, B). Deze principes worden hier niet herhaald.

4. Deze bijdrage zal verder uitsluitend handelen over de keuze tussen de offertes (toewijzing van de opdracht), maar vooral over de voorschriften, die de keuze van 'de beste offerte' bepalen (gunningsvoorschriften).

B. De gunning van de overheidsopdrachten

5. Het begrip 'gunning' is het centrale woord inzake de wetgeving op de overheidsopdrachten⁴.

Dit begrip moet hier in de eerste plaats verduidelijkt worden, alvorens dieper in te gaan op de gunningswijzen, maar vooral op de gunningsvoorschriften, hoofdthema van deze bijdrage.

§ 1 – Dubbelzinnige begripsomschrijving van de 'gunning'

6. In het kader van een overheidsopdracht neemt men traditioneel aan dat er een *toewijzingsfase* en een *contractuele fase* is⁵. De toewijzingsfase is als het ware de precontractuele fase van een overheidscontract, nl. de overheidsopdracht van werken, leveringen en diensten⁶.

Het onderscheid tussen deze precontractuele toewijzingsfase en de contractuele fase is gesteund op de leer van de *afsplitsbare* (administratieve) *rechtshandeling*. Kort gezegd komt deze leer hierop neer dat het relationeel contact tussen de overheid en de particuliere partner wordt uitgesplitst tot de beslissing van de overheid *enerzijds*, waarbij de *wilsuiting* om samen te werken ter uitbesteding van een opdracht aan de particulier wordt geformaliseerd in een (aanvechtbare) administratieve rechtshandeling, en *anderzijds* tot de *wilsovereenstemming* van de particulier ten aanzien van de door de overheid genomen beslissing. Deze juridische fictie is er gekomen teneinde de Raad van State bevoegd te maken om de wettigheid van deze overheidsbeslissingen na te gaan⁷, parallel met de gewone bevoegdheid van de Ho-

⁴ Zie titel van het boek van D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 694 p.

⁵ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 5.

⁶ FLAMME, M.A., *Traité théorique et pratique des marchés publics*, I, Bruylant, Brussel, 1969, 438 e.v..

⁷ VAUTHIER, M., "Analyse d'une construction juridique : les 'actes détachables' en droit administrative", *J.T.*, 1958, 413-417.

ven en Rechtbanken⁸.

Met het ondertussen beruchte Algemene Vergadering-arrest van 15 juni 2000 heeft de Afdeling Administratie van de Raad van State de merites van deze juridische fictie op de helling gezet en kan men zich afvragen of de traditionele opvatting van de *dualiteit* van de gunning nog wel bestaat⁹.

7. De tussenkomst van een overheid maakt dat er een aantal specifieke regels gelden voor dit soort van contract.

Het burgerlijk verbintenissenrecht is in België, de Romeinsrechtelijke traditie volgend, gebaseerd op de wilsautonomie. Dit houdt ondermeer in dat partijen vrij hun contractspartner kiezen en in principe vrij de regels van de overeenkomst vastleggen.

Deze wilsautonomie verdwijnt echter enigszins wanneer één van de contractspartijen een overheid is. De overheid, als behartiger van het algemeen belang, is gebonden door een aantal specifieke regels, wanneer zij in relationeel contact wenst te treden met particulieren of vennootschappen. In het kader van een overheidsopdracht kiest de overheid de gegadigde, die voor haar het voordeligst is. Essentieel beginsel dat zij daarbij moet in acht nemen is *het gelijkheidsbeginsel*.

Teneinde dit gelijkheidsbeginsel zoveel mogelijk te laten eerbiedigen in het kader van overheidsopdrachten werd de wetgeving inzake overheidsopdrachten ge-

creëerd en in de loop der tijden verfijnd¹⁰.

Deze omvangrijke wetgeving is erop gericht de overheid de spelregels voor te schrijven, met name hoe zij een *medecontractant* dient te *kieszen* met inachtneming van het gelijkheidsbeginsel. De wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten (wet overheidsopdrachten) en de koninklijke besluiten van 8 en 10 januari 1996 (voor respectievelijk de klassieke en de nutssectoren) en van 26 september 1996 regelen hoe een overheid een opdracht dient te gunnen, m.a.w. op welke wijze zij een contractant dient te kiezen.

Deze keuze maakt specifiek *het gunnen* van de opdracht uit. Het zijn deze regels, die deze keuze bepalen, die ons interesseren en die voor een deel voorwerp uitmaken van huidige bijdrage.

Het kiezen of gunnen van de opdracht wordt beëindigd met de notificatie van de toewijzingsbeslissing, d.w.z. de mededeling van de beslissing waarin de overheid bepaalt welke offerte wordt gekozen en eventueel onder welke voorwaarden het contract wordt gesloten¹¹. Aldus kan slechts van 'gunning' gesproken worden wanneer de toewijzingsbeslissing ter kennis is gebracht van de beneficiant van de opdracht¹².

8. De overheid kan op verschillende wijzen haar mede-

⁸ BUCH, H., *Schadeloosstelling ten laste van de bestuursoverheid naar aanleiding van voor rekening van de staat gesloten overeenkomsten*, T.P.R., 1967, 183-244.

⁹ R.v.St., Algemene Vergadering Afdeling Administratie, Feyfer en Formanova, nr. 87.983, 15 juni 2000; T. Aann. 2000, 270; J.T., 2001, 4; A.J.T., 2000-01; C.D.P.K., 2001, 57; *contra*: NIHOUL, P., "Les marches publics dans l'Union européenne", J.T.D.E., 2001, 178, nr. 56 in fine, "Contrairement à la législation autrichienne, le système belge nous paraît être conforme au cadre juridique ainsi précisé; en effet, en vertu de la théorie des actes détachables, la décision unilatérale d'attribution du marché est considérée distinctement de sa notification et est susceptible d'un recours en annulation et d'une demande de suspension devant le Conseil d'Etat et ce, même si la conclusion du contrat intervient entre-temps". Ook wij schreven reeds dat de visie van deze rechtspraak zonder meer strijdig is met een hogere rechtsnorm, in het bijzonder de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG: FLAMEY, P. en GHYSELS, J., "Geen herstel in de eenheid van de rechtspraak zonder toetsing aan het gemeenschapsrecht in het schorsingscontentieux bij overheidsopdrachten", C.D.P.K., 2001, 59-61: In 1993 schreven wij -ietwat uitdagend- dat, als het 'contract' de afdwingbaarheid van het toezicht op de reglementering inzake overheidsopdrachten in de weg staat, het contract evengoed als een juridische fictie kan beschouwd worden (zie DENYS, M. en FLAMEY, P., *Stopzetting van onwettig uitbestede openbare werken*, Brugge, Graficon, 1993, 70). Thans blijkt uitgerekend dat zelfde contract voor de Raad van State een hinderpaal te zijn voor diens bevoegdheid in het schorsingscontentieux, aangezien de Raad nu stevast weigert te interveniëren bij het wettigheidstoezicht op toewijzingsbeslissingen wanneer het contract reeds 'ontstaan' is. Men kan o.i. dan ook beter spreken van 'gunning': formerly known as a contract'.

¹⁰ Zie het historisch overzicht in BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, Ph., *Initiation aux marches publics*, Bruylant, Brussel, 2001, 1-7.

¹¹ D'HOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 5.

¹² Artikel 117 K.B. 8 januari 1996 luidt als volgt: "De opdracht is gegund wanneer aan de gekozen inschrijver, hierna aannemer te noemen, kennis is gegeven van de goedkeuring van zijn offerte". De franstalige tekst toont beter het verschil tussen 'toewijzing' en 'gunning' aan: "Le marché est conclu lorsque l'approbation de son offre est notifié au soumissionnaire choisi".

contractant kiezen. De wetgeving overheidsoedrachten heeft verschillende soorten gunningsprocedures voorzien. In de volgende paragraaf wordt hierop kort ingegaan, met name wie door de overheid wordt gekozen, door de gekozen gunningsprocedure (§ 2) en aan de hand van de voorziene gunningsvoorschriften (§ 3)¹³.

§ 2 – Gunningswijzen

9. De wet van 24 december 1993 kent drie wijzen waarop een overheid een medecontractant kan kiezen, met name aanbesteding, offerteaanvraag en onderhandelingsprocedure.

Vooraf dient beklemtoond te worden dat het de aanbestedende overheid vrij staat te kiezen tussen de aanbesteding of de offerte-aanvraag, zonder daarvoor een bijzondere reden te moeten aanvoeren¹⁴. Voor de onderhandelingsprocedure gelden enkele limitatieve opgesomde wettelijke hypothesen, waarbij van deze gunningswijze gebruik mag worden gemaakt, en waarvoor uiteraard wel een dienovereenkomstige motiveringsplicht bestaat. Eénmaal de gunningswijze gekozen moet de aanbestedende overheid de regels van de gekozen gunningswijze tot aan de toewijzing van de opdracht volgen¹⁵.

2.1. De aanbesteding

10. Op grond van artikel 15 wet overheidsoedrachten beslist de overheid in het kader van een aanbesteding om de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver, die de *laagste regelmatige offerte* indient.

Bij een aanbesteding kiest de overheid bijgevolg haar medecontractant louter en alleen op grond van het *prijs-criterium*. Het gaat hierbij dus om een louter kwantitatief criterium.

Het kwantitatieve van het criterium maakt dat dergelijke procedure in theorie vooral zou worden gebruikt, wanneer de kwaliteit van de uit te voeren opdracht van minder belang is of, nog anders gezegd, wanneer de uit te

voeren opdracht routinematig is en het verschil tussen de gegadigden vooral via de prijs zal te bepalen zijn¹⁶. In de praktijk moet worden vastgesteld dat deze beweegredenen niet altijd leiden tot de keuze van de aanbesteding als gunningswijze.

11. In de wetgeving wordt dan nog een onderscheid gemaakt tussen de openbare en de beperkte aanbesteding, naargelang beroep wordt gedaan op alle gegadigden of alleen beroep wordt gedaan op de geselecteerde gegadigden door middel van de geformaliseerde oproep tot kandidaatstelling¹⁷.

2.2. De offerteaanvraag¹⁸

12. Artikel 16 wet overheidsoedrachten bepaalt dat in het kader van een offerteaanvraag de opdracht toegewezen wordt aan de inschrijver, die de *voordeligste regelmatige offerte* indient, rekening houdend met de gunningsvoorschriften vermeld in het bestek.

Bijgevolg bepaalt bij een offerteaanvraag niet alleen de prijs de keuze van de medecontractant, maar zijn er ook nog andere voorwaarden die de keuze van de offerte determineren.

Integstelling tot de wet van 1976 kent de huidige wet overheidsoedrachten geen opsomming meer van voorschriften, die de overheid kan gebruiken om haar keuze van de contractant te bepalen. De overheid bepaalt 'vrij' in het bestek welke voorschriften zij zal hanteren.

Oorspronkelijk zou de offerteaanvraag vooral aangewezen zijn, wanneer een inbreng op gebied van techniek en conceptie van de aannemers nuttig geacht wordt, d.w.z. wanneer er een zekere creatie gemoeid is met het uitvoeren van de opdracht¹⁹.

13. Hier wordt eveneens een onderscheid gemaakt tussen de algemene en de beperkte offerteaanvraag, naargelang beroep wordt gedaan op alle gegadigden of alleen beroep wordt gedaan op de –via de geformaliseerde procedure- geselecteerde gegadigden.

¹³ BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, Ph., *Initiation aux marches publics*, Bruylant, Brussel, 2001, 237.

¹⁴ STEVENS, J., "De motiveringsplicht en de overheidsoedrachten", *T.Aann.*, 1995, 118.

¹⁵ H.v.J., 25 april 1996, Commissie t. België, C-87/94.

¹⁶ BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, P., *Initiation aux marches publics*, Brussel, Bruylant, 2001, 180, nr. 185.

¹⁷ Zie onze bijdrage, deel 2, *C.D.P.K.*, 2000, 472-473.

¹⁸ CHAMART, O., "L'appel d'offres, technique d'avenir pour la passation des marchés publics : mythe ou réalité", *T.Aann.*, 1978, ; KOCKEROLS, V., "Le système de l'appel d'offres", in X., *Les marches des pouvoirs locaux*, Brussel, Service Communal de Belgique, 1981, 105 e.v.; DEVROEY, M., "Het probleem van de procedure van de offerteaanvraag", *T.Aann.*, 1982, 304-316.

¹⁹ DEVROEY, M., "De problemen van de procedure van de offerteaanvraag", *T.Aann.*, 1982, 305.

2.3. De onderhandelingsprocedure met bekendmaking²⁰

14. De overheidsopdracht geschiedt bij onderhandelingsprocedure wanneer de aanbestedende overheid beroep doet op meerdere aannemers, leveranciers of dienstverleners van haar keuze, aldus artikel 17 wet overheidsopdrachten.

Deze procedure ligt het kortst bij de burgerrechtelijke wijze van contracteren, omdat de overheid in dit kader de mogelijkheid heeft om te onderhandelen met haar medecontractant: "De overheid beschikt dan, mits eerbiediging van het bepaalde in het bestek, over een discretionaire bevoegdheid om in functie van haar noden en aan de hand van de ingediende offertes en de desgevallend gevoerde onderhandelingen de voordeligste contractant te kiezen. Die bevoegdheid is echter niet willekeurig, doch moet met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur en het gelijkheidsbeginsel worden uitgeoefend"²¹.

Deze procedure kan echter slechts worden gebruikt in de door de wet *limitatief* opgesomde gevallen²².

2.4. De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking

15. In zeer uitzonderlijke eveneens *limitatieve* gevallen mag de overheid via onderhandelingen kiezen uit de beste offertes zonder dat deze offertes het gevolg zijn van een geformaliseerde bekendmaking²³.

§ 3 – Gunningsvoorschriften bij aanbesteding en offerteaanvraag

3.1. Inleiding

16. In de vorige paragraaf zagen we dat de wetgeving overheidsopdrachten drie gunningswijzen kent. Tussen twee ervan heeft de overheid steeds de vrij keuze, nl. de

aanbesteding en de offerteaanvraag, het weze herhaald.

17. De keuze van de gunningsvoorschriften bij de bekendmaking van de opdracht laat nu toe concreet na te gaan voor welke gunningsprocedure de overheid werkelijk heeft gekozen, nl. de aanbesteding of de offerteaanvraag. Bij een onderhandelingsprocedure is de overheid vrij om een gunningsvoorschrift naar keuze te nemen²⁴.

Zoals reeds hoger uiteengezet is bij een aanbesteding de prijs het enige gunningscriterium, terwijl bij een offerteaanvraag de overheid een relatief vrije keuze heeft welk criterium zij zal gebruiken. Wanneer de overheid als enig gunningscriterium de prijs vermeldt, houdt dit ipso facto in dat zij heeft gekozen voor de aanbesteding als gunningsprocedure.

18. In bepaalde gevallen spreekt een overheid bij de bekendmaking wel van een offerteaanvraag, terwijl uit de feiten zelf blijkt dat het werkelijk om een aanbesteding gaat.

In de rechtspraak van de Raad van State zijn er talloze arresten terug te vinden, waar de Raad zich de bevoegdheid toeëigent om de gevolgde procedure te *herkwalificeren*, d.w.z. dat zij niet kijkt naar de formele benaming, terug te vinden in het bestek, maar naar de werkelijk gevolgde procedure²⁵.

Bij de beoordeling van een gunningsprocedure is een rechtbank niet gebonden door de door de overheid gebruikte begrippen. Een rechtbank gaat in concreto na welke procedure de overheid heeft beoogd.

Het gekozen gunningsvoorschrift is één van de middelen via dewelke de Raad van State nagaat of de overheid een aanbesteding of een offerteaanvraag heeft uitgeschreven.

19. Het verschil in gunningsvoorschriften tussen de aanbesteding en de offerteaanvraag wordt verklaard door het verschillend doel dat wordt nagestreefd. Zoals reeds ge-

²⁰ HENUSET, M.-G., "Le secteur public et l'offre négociée", in X., *Tendensen in het bedrijfsrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, 27-40; FLAMME, Ph., "La procédure négociée dans les marchés publics : une procédure d'attribution exceptionnelle?", *Rev.dr.ULB*, 1998, 25-39; PIRARD, F., "Liberté contractuelle et procédure négociée", *Rev.dr.U.L.B.*, 1998, I, 41-55

²¹ D'HOOGE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 608.

²² Met name in de gevallen bedoeld in artikel 17, § 3 van de Wet Overheidsopdrachten.

²³ Met name in de gevallen bedoeld in artikel 17, § 2 van de Wet Overheidsopdrachten.

²⁴ Zie artikel 122, in fine K.B. 8 januari 1996.

²⁵ R.v.St., Klingels, nr. 8.686, 22 juni 1961; R.v.St., Dinaco, nr. 13.561, 20 mei 1969; R.v.St., NV Orbeta, nr. 29.345, 17 februari 1988; R.v.St., NV Mewaf, nr. 30.567, 30 juni 1988; R.v.St., SV Gents Koöperatief Vleesbedrijf, nr. 38.788, 18 februari 1992; R.v.St., NV A.E.G., nr. 47.789, 7 juni 1994; R.v.St., NV Dépannage La France, nr. 51.713, 21 februari 1995; R.v.St., NV Bouwbedrijf Van Roey, nr. 52.701, 5 april 1995; R.v.St., NV Betonconstructie V.D. Hemiksem, nr. 53.092, 3 mei 1995.

zegd zoekt men bij een aanbesteding naar de laagste regelmatige offerte, terwijl men bij een offerteaanvraag op zoek gaat naar de voordeligste regelmatige offerte ²⁶.

In het kader van de offerteaanvraag is de vaststelling van de gunningsvoorschriften fundamenteel, daar zij de 'spelregels' uitmaken op grond waarvan de overheid een bepaalde offerte als uitverkoren zal beschouwen ²⁷. De exacte formulering en draagwijdte van deze gunningsvoorschriften is in geval van geschil meestal één van de punten die worden aangehaald om eventueel een vernietiging te bekomen van de gunningsbeslissing.

3.2. Wat is een gunningsvoorschrift ?

20. In de bijdrage over de selectievoorschriften werd uiteengezet dat na het arrest Beentjes de overheid bij de gunning van een overheidsopdracht een duidelijk onderscheid moet maken tussen de *selectie* en de *gunning*²⁸. Het gaat om twee onderscheiden rechtshandelingen binnen het kader van een complexe gunningsprocedure.

21. Daar het hier om *duidelijk onderscheiden begrippen* gaat, is het evident dat de voorschriften, gebruikt voor de onderscheiden handelingen, ook een verschillende inhoud hebben. In het verleden heeft de overheid al te vaak beide begrippen door elkaar gehaald. Ook de Raad van State liet zich hier toe soms verleiden²⁹.

Het onderscheid tussen beide soorten voorschriften vinden we terug in het Verslag aan de Koning bij het Koninklijk Besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken : "Gunningscriteria dienen om de intrinsieke waarde van de offerte te beoordelen, terwijl de kwalitatieve selectiecriteria de aanbestedende overheid moeten toelaten de

bekwaamheid van de inschrijvers te beoordelen"³⁰.

Essentieel bij het kiezen van gunningsvoorschriften is bijgevolg dat zij de kwaliteit van de offerte moeten naar buiten doen komen. Men kijkt dus niet zozeer naar de persoon die aanbiedt, maar naar datgene wat de persoon/de onderneming aanbiedt : "onder gunningscriteria worden verstaan de inhoudelijke criteria voor de keuze van de beste aanbidding"^{31 32}.

Voor het overige verwijzen we naar de uiteenzetting bij het hoofdstuk over de selectievoorschriften (zie punt III.B, § 4).

3.3. Welke zijn de gunningsvoorschriften ?

22. Daar waar de vermelding van selectievoorschriften in de wetgeving overheidsopdrachten een nieuwigheid was, was het begrip 'gunningsvoorschrift' geen onbekende. De wet van 14 juli 1976 somde in het artikel 14 reeds uitdrukkelijk een aantal gunningsvoorschriften op.

Opmerkelijk verschil met de wet van 14 juli 1976 is dat het artikel 16 van de wet overheidsopdrachten in het kader van de offerteaanvraag *geen opsomming* meer geeft van gunningsvoorschriften, die de overheid eventueel kan hanteren om de voordeligste offerte te kiezen.

3.3.1. De wet van 14 juli 1976

23. Artikel 12 van de wet van 14 juli 1976 bepaalde : "Wanneer de bevoegde overheid beslist de opdracht te gunnen, moet deze worden toevertrouwd aan de inschrijver die de laagste regelmatige inschrijving heeft ingediend op straffe van schadeloosstelling vastgesteld op 10 % van het bedrag van deze inschrijving".

Artikel 14 van de wet van 14 juli 1976 stipuleerde : "De bevoegde overheid kiest de regelmatige of-

²⁶ BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, P., *Initiation aux marches publics*, Brussel, Bruylant, 2001, 180, nr. 185 : "choisir le mieux-disant (appel d'offres) plutôt que le moins-disant (adjudication)".

²⁷ BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, P., *Initiation aux marches publics*, Brussel, Bruylant, 2001, 178, nr. 181.

²⁸ H.v.J., Beentjes, 20 september 1988, *Jur.*, 1988, nr. 15.

²⁹ R.v.St., Gazel, nr. 49.048, 14 september 1994.

³⁰ Verslag aan de Koning, B.S., 26 januari 1996, 1531.

³¹ PIJNHACKER HORDIJK, E.H. en VAN DER BEND, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlands Aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 1996, 157.

³² Al kunnen sommige gunningscriteria niettemin een persoonsgebonden karakter hebben. Zo haalt Vermander terecht als voorbeeld aan het criterium "kwaliteit van het team". Volgens deze auteur is dit zowel een selectie criterium bij een dienstenopdracht (artikel 71, 2^{de} lid, K.B. 8 januari 1996) als een gunningscriterium : "voor dezelfde dagprijs (van firma x) levert de ene consultant allicht betere prestaties dan de andere, precies omdat hij meer vaardigheden of kennis heeft dan andere consultants. In die context maakt de in offerte "aangeboden" consultant wel degelijk deel uit van het aanbod van de firma en hebben we bijgevolg te maken met een gunningscriterium (VERMANDER, J., "De aflijning van selectie- en gunningscriteria", in : DE KONINCK, C., *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Maklu, ter publicatie).

ferte die haar het voordeligst lijkt, rekening houdend met haar bedrag, haar aanwendingskosten, haar technische waarde, de zekerheid van bevoorradings, de beroeps- en financiële waarborgen geboden door elk der kandidaten, de uitvoeringstermijn en alle andere overwegingen voorzien in het bestek of in de offerte-aanvraag alsmede met alle in de offerte gedane suggesties tenzij in het bijzonder bestek anders is bepaald”.

24. Een aantal gunningsvoorschriften werden in het kader van de offerteaanvraag aldus uitdrukkelijk opgenomen in de wet van 14 juli 1976. Uit de rechtspraak van de Raad van State volgt echter duidelijk dat de toen in de wet voorziene gunningsvoorschriften slechts bij wijze van voorbeeld werden opgesomd. De overheid kon bijgevolg nog andere gunningsvoorschriften kiezen³³.

Wat wel niet mogelijk was, is dat de overheid simpelweg in het bestek verwees naar de gunningsvoorschriften in de wet, zonder te bepalen aan welk voorschrift zij belang zou hechten bij het gunnen van de opdracht³⁴. Deze werkwijze maakt nl. een schending uit van het gelijkheidsbeginsel.

25. Te onderstrepen valt dat de wet van 1976 bepaalt dat de aanbestedende overheid de regelmatige offerte kiest, die haar het voordeligst *lijkt*³⁵. Deze formulering lijkt de overheid iets meer speelruimte te geven bij het kiezen van de regelmatigste offerte. De keuze wordt in elk geval niet in de vorm van een verplichting gesteld.

3.3.2. Actuele wetgeving

26. Zoals uiteengezet in de bijdrage over de selectievoorschriften is de Belgische wetgeving inzake overheidsopdrachten sterk gesteund op de Europese richtlijnen ter zake.

Om deze reden is het noodzakelijk in eerste instantie de Europese bepalingen te citeren inzake gunningsvoorschriften en pas dan de Belgische.

3.3.2.1. De Europese regelgeving

27. In het kader van de Europese richtlijnen wordt aangaande de gunningsvoorschriften het volgende bepaald :

“De criteria aan de hand waarvan de aanbestedende dienst een opdracht gunt zijn

a) hetzij alleen de laagste prijs

b) hetzij, indien de gunning aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding plaatsvindt, verscheidene criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht...”³⁶.

28. Artikel 26 van de Richtlijn 93/36 inzake leveringen geeft een opsomming van de gunningscriteria, die kunnen worden gebruikt voor de gunning van een overheidsopdracht : de prijs, de leveringstermijn, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de esthetische en functionele kenmerken, de technische waarde, de klantenservice en de technische bijstand.

Zowel artikel 30 van de Richtlijn 93/37 inzake werken als artikel 36 van de Richtlijn 92/50 inzake diensten bevatten een vergelijkbare opsomming van criteria.

Uit de lezing van de drie artikelen volgt dat ook deze bepalingen slechts een *exemplatieve opsomming* geven van de criteria, die door de overheid kunnen worden gehanteerd : “verscheidene criteria die variëren naar gelang van de aard van de opdracht, *zoals...*”.

3.3.2.2. De wet van 24 december 1993

29. Artikel 15 van de wet overheidsopdrachten stipuleert dat bij een aanbesteding de opdracht wordt toegekend aan de laagste regelmatige offerte, d.w.z. de offerte met de laagste prijs.

Artikel 16 van de wet overheidsopdrachten bepaalt o.m. : “Bij algemene of beperkte offerteaanvraag dient de opdracht toegewezen te worden aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningscriteria die vermeld moeten zijn in

³³ Zie FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Brussel, 1978, 208, nr. 55.2.

³⁴ R.v.St., Edgar Halin & Fils, nr. 35.913, 29 november 1990.

³⁵ STEVENS, J., “Overheidsopdrachten. Wat verandert er?”, in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 548.

³⁶ Zie artikel 26 Richtlijn 93/36/EEG, artikel 34 Richtlijn 93/37/EEG.

het bestek, of eventueel in de aankondiging van de opdracht”.

30. Opvallend is dat artikel 16 nu de aanbestedende overheid *verplicht* de opdracht toe te wijzen aan de inschrijver met de voordeligste regelmatige inschrijving³⁷.

Ook nieuw in vergelijking met de oude wet van 1976, en eigenaardig genoeg verschillend met de Europese regeling, bevat de nieuwe bepaling inzake gunningsvoorschriften bij een offerteaanvraag geen exemplatieve lijst meer van gunningsvoorschriften.

De Belgische wetgever had hiervoor ook een specifieke reden:

“De gunningscriteria zijn wezenlijke punten die de mogelijke inschrijvers toelaten te weten op welke elementen de beoordeling door de aanbestedende overheid zal steunen. Het is niet gepast gebleken bij wijze van voorbeeld sommige van deze criteria aan te halen zoals dit het geval was in voornoemd artikel 14, daar dit aanleiding zou kunnen geven tot verwarring. Sommige besturen verwezen inderdaad impliciet naar de criteria van artikel 14 doch zonder nader te bepalen voor de bewuste opdracht, wat een onregelmatigheid betekende in de procedure. De nieuwe benadering brengt op dit vlak meer zekerheid”³⁸.

Alhoewel geen sprake meer is van een specifieke lijst, komen ook nu nog in de praktijk dezelfde voorschriften terug als deze die werden gehanteerd tijdens het van kracht zijn van de wet van 1976. Alleen wordt nu een strikt onderscheid gemaakt tussen selectie- en gunningsvoorschriften.

Bij wijze van voorbeeld zal hierna kort op een aantal van deze gunningsvoorschriften worden ingegaan.

3.3.3. De gunningsvoorschriften in concreto

3.3.3.1. De prijs

31. Daar waar bij een aanbesteding de prijs het enige gunningscriterium is, maakt de prijs bij de offerte-aanvraag meestal deel uit van een groep van gunningsvoorschriften.

De term prijs moet strikt worden geïnterpreteerd, waardoor hieronder bijvoorbeeld niet de werkingskosten kan worden verstaan³⁹. Een andere betekenis geven aan het begrip ‘prijs’ kan de gelijkheid tussen de inschrijvers in gevaar brengen.

32. Op grond van artikel 12, § 1 van de wet van 14 juli 1976 kon de overheid in het bestek nog bepalen dat voor het zoeken naar de laagste regelmatige inschrijver ook rekening werd gehouden met technische coëfficiënten. Hierdoor werd de prijs vermenigvuldigd met een coëfficiënt, die soms verband hield met de uitvoeringstermijn of met de voorziene kosten⁴⁰. De wetgever heeft echter geoordeeld dat deze technische coëfficiënten in onbruik zijn geraakt en dat dus geen verwijzing ernaar meer noodzakelijk was⁴¹.

D’Hooghe meent echter dat deze coëfficiënten effectief nog kunnen toegepast worden om prijzen voor bepaalde posten te berekenen voor zover de berekeningsmethode terug te vinden is in het bestek⁴².

Naar onze mening kunnen deze coëfficiënten evenwel geen enkel verband meer houden met de eventuele bekwaamheid van de inschrijver zelf. Enige verwijzing naar de technische bekwaamheid of de financiële en economische draagkracht is uit den boze. Het zou im-

³⁷ STEVENS, J., “Overheidsopdrachten. Wat verandert er?”, in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 548.

³⁸ *Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 656-1, 24.

³⁹ *R.v.St.*, ECA, nr. 77.774, 21 december 1998.

⁴⁰ Verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 14 oktober 1964, *B.S.*, 17 oktober 1964, 10.969.

⁴¹ *Gedr.St.*, Senaat, 1992-93, nr. 656-1, 24.

⁴² D’HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 374, nr. 935.

mers betekenen dat selectievoorschriften terug worden betrokken bij de keuze van de offerte. Het Hof van Justitie heeft in het arrest Beentjes duidelijk gesteld dat een scherpe aflijning tussen selectie- en gunningscriteria noodzakelijk is⁴³.

33. Het gebruik van de prijs als enig criterium wijst er ook op dat de overheid beroep heeft willen doen op een openbare aanbesteding⁴⁴. Het is namelijk meermaals voorgekomen dat in het bestek wordt gesproken over een offerteaanvraag, terwijl als gunningsvoorschrift slechts de prijs wordt vermeld. Het is duidelijk dat in zulk geval de regels van de aanbesteding van toepassing zijn. De Raad van State heeft deze praktijk sterk veroordeeld in zijn rechtspraak⁴⁵.

In één arrest lijkt de Raad van State de overheid te volgen in het gebruik van de prijs als enig gunningscriterium bij een offerteaanvraag⁴⁶. De Raad van State stelt wel dat, door aldus te handelen, de overheid in werkelijkheid de regels van de aanbesteding heeft toegepast. Terecht wordt dit arrest bekritiseerd⁴⁷, daar als leidinggevend administratief rechtscollege de Raad de taak heeft om de overheid te wijzen op de te volgen rechtsregels. In dit geval had de Raad van State zeker die taak daar het hier gaat om een fundamenteel onderscheid binnen de overheidsopdrachten-regelgeving.

34. In zijn rechtspraak blijkt ook de Raad van State goed te keuren dat de overheid een doorslaggevend karakter toekent aan het prijscriterium bij aanwezigheid van andere gunningsvoorschriften. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer het verschil tussen de offertes tweemaal zo hoog is⁴⁸, en ook, wanneer bij de vergelijking van de offertes blijkt dat, wat betreft alle criteria, de offertes gelijkwaardig zijn behalve wat de prijs betreft⁴⁹.

Wat naar onze mening echter niet kan, is dat de

overheid op eigen houtje bij de beoordeling van de offertes een voorkeur geeft aan de prijs, terwijl wat betreft de andere criteria de offertes ook danig verschillen. Wanneer een voorkeur wordt gegeven aan één criterium dan dient dit voorafgaandelijk te blijken uit het bestek, zoniet wordt ons inziens de gelijkheid tussen de inschrijvers niet gewaarborgd (zie ook verder, sub 3.5).

Om deze reden kunnen wij ook niet akkoord gaan met de stelling van Van Marissing, met name dat bij gebreke van een duidelijke keuze alleen het criterium van de laagste prijs van toepassing zou zijn⁵⁰. Hij beroept zich voor zijn stelling op de rechtszekerheid. Naar onze mening verplicht het beginsel van de gelijkheid en het beginsel van de doorzichtigheid echter dat de overheid vooraf zijn keuze aan de inschrijvers kenbaar maakt en dus in het bestek duidelijk vermeldt welk gunningsvoorschrift wordt geprefereerd.

Wel mogelijk is dat in het bestek wordt bepaald dat de offerte een bepaald bedrag niet mag te boven gaan⁵¹.

3.3.3.2. De voordeligste offerte

35. Zoals reeds uiteengezet bevat de wet van 24 december 1993 geen lijst meer van gunningsvoorschriften, die de overheid kan hanteren in het kader van een offerteaanvraag. Enkel wordt in de wet aangegeven dat de opdracht aan de inschrijver met de *voordeligste (regelmatige) offerte* moet worden toegewezen.

De betekenis van deze cryptische omschrijving moet in de eerste plaats gezocht worden in de Europese richtlijnen, die de verplichte leidraad vormden bij de opstelling van de wet van 24 december 1993. Trouwens uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat de nationale wetgeving steeds dient te worden geïnterpreteerd in het licht van de bewoordingen en het doel van de ten grondslag liggende Europese regelgeving⁵², met name

⁴³ H.v.J., Beentjes, 20 september 1988, *Jur.*, 1988, nr. 15.

⁴⁴ R.v.St., nr. 23.717, 25 november 1983; R.v.St., nr. 23.896, 20 januari 1984; R.v.St., nr. 45.026, 23 november 1993.

⁴⁵ Zie voetnoot 25.

⁴⁶ R.v.St., nr. 27.761, 1 april 1987.

⁴⁷ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, IA, Brussel, 1996-1997, 298.

⁴⁸ R.v.St., nr. 29573, 18 maart 1988.

⁴⁹ R.v.St., bvba Douin, nr. 42.130, 3 maart 1993; R.v.St., nr. 33.630, 15 december 1993.

⁵⁰ VAN MARISSING, J.PL., *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschappen en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, Deventer, Kluwer, 1995, 177.

⁵¹ DE CONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 177.

⁵² H.v.J., Dorsch Consult, 17 september 1997, *Jur.*, 1997, I-4961; H.v.J., Carbonari, 25 februari 1999, zaak C-131/97, niet gepubliceerd.

aan de hand van 'de richtlijnconforme interpretatie'.

36. De Europese richtlijnen bepalen dat de gunning van de opdracht dient te geschieden aan de *economisch* voordeligste offerte (artikel 26 van de Richtlijn leveringen, artikel 30 van de Richtlijn werken en artikel 36 van de richtlijn diensten).

Dadelijk wordt dan een *niet-exhaustieve exemplatieve* lijst van gunningsvoorschriften gegeven, die kunnen leiden tot het vinden van de economisch voordeligste offerte: de prijs, de leveringstermijn, de gebruikskosten, de rentabiliteit, de kwaliteit, de esthetische en functionele kenmerken, de technische waarde, de klantenservice en de technische bijstand.

Wanneer we nu de lijst opgenomen in de verschillende richtlijnen overschouwen, kunnen we niet anders dan vaststellen dat dezelfde gunningsvoorschriften als deze voorzien in de oude wet 1976 terugkomen. Dit houdt in dat in beginsel ook de rechtspraak van de Raad van State aangaande deze voorschriften van toepassing blijft.

37. In het standaardwerk van Flamme wordt ingegaan op een aantal van die voorschriften en wordt een lijst voorzien van mogelijk te hanteren gunningsvoorschriften⁵³.

Buiten de reeds vermelde lijst van de richtlijnen onderkent Flamme ondermeer volgende voorschriften:

- de harmonieuze integratie van het werk in het milieu; het respect van het milieu
- de duidelijkheid van de uitvoeringsplanning
- de waarborgen die geboden worden tegen vandalisme
- de goede organisatie van de bouwplaats
- de kwaliteit van de documenten m.b.t. de geleverde producten en inrichtingen
- de zekerheid van uitbating
- de frequentie van het onderhoud
- de dienst na verkoop
- ...

38. In dit kader stelt D'Hooghe zich de vraag of ook de onderaanneming als gunningsvoorschrift kan worden gehanteerd⁵⁴.

D'Hooghe verwijst voor zijn vraagstelling naar een arrest van de Raad van State⁵⁵. Dit arrest geeft echter geen antwoord op deze vraag.

Voor zover via de onderaanneming de economisch voordeligste offerte kan worden verkregen kan een voorschrift dat verband houdt met de onderaanneming in het bestek voorzien worden.

Of de onderaanneming op zich als gunningsvoorschrift kan worden gehanteerd, lijkt ons echter een zinloze vraag. Wij zien niet goed in op welke wijze het begrip 'onderaanneming' als gunningsvoorschrift kan worden gebruikt. Wel kan de kwaliteit van het onderdeel van de opdracht aangeboden in onderaanneming of de goede prijs daarvan, of nog, het aantal onderaannemers, dienen als gunningsvoorschrift⁵⁶.

39. Devroey meent in de opsomming van gunningsvoorschriften twee categorieën te herkennen, nl. de objectieve voorschriften (prijs, gebruikskost, uitvoeringstermijn, ...) en de subjectieve voorschriften (kwaliteit, technische waarde, esthetische kenmerken,...)⁵⁷. Objectief zou betekenen dat de overheid minder speelruimte heeft, terwijl subjectief eerder wijst op een ruimere discretionaire bevoegdheid. Het blijven evenwel vage begrippen, die de overheid de mogelijkheid geven om een grote beleidsvrijheid te hanteren.

Het hanteren van dergelijk vage begrippen leidt volgens Van Marissing tot een bepaalde discretionaire bevoegdheid voor de overheid⁵⁸. Discretionair betekent echter nog niet willekeurig. Dit zal hierna blijken uit een analyse van de begrippen 'economisch' en 'voordelig'.

40. Wat verstaat men onder 'economisch' en wat onder 'voordelig'?

Wij gaan akkoord met Pijnhacker-Hordijck en Van der Bend, wanneer deze vooropstellen dat in beginsel

⁵³ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 298-308.

⁵⁴ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 377, nr. 941.

⁵⁵ R.v.St., CFE, nr. 49.144, 21 september 1994.

⁵⁶ Zie ook FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 306: hierin wordt ook verwezen naar het voorschrift van het relatieve belang van de prestaties van de onderaannemers met betrekking tot het geheel van de prestaties.

⁵⁷ DEVROEY, M., "De problemen van de procedure van offerte-aanvraag", *T.Aann.*, 1982, 308.

⁵⁸ VAN MARISSING, J.P.L., *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschappen en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, Deventer, Kluwer, 1995, 175.

geen gunningsvoorschriften mogen gebruikt worden die geen enkele *economische* dimensie hebben⁵⁹. In die mate is de bevoegdheid van de aanbestedende overheid ook gebonden, en bestaat er m.a.w. geen discretionaire beoordelingsbevoegdheid.

Gezien de opgesomde lijst van gunningsvoorschriften dient 'economisch' ons inziens verstaan te worden als 'doelmatig' en als 'spaarzaam gebruik makend van kracht of geld'⁶⁰. Voorschriften die dit doel nastreven met betrekking tot de offerte kunnen als gunningsvoorschriften worden beschouwd.

'Economisch' kan in elk geval niet zonder meer gelijkgesteld worden met 'goedkoopst'. Zo oordeelde de Raad van State dat het feit dat de aanbestedende overheid de goedkoopste offerte niet als de voordeligste heeft weerhouden geen kennelijke onredelijke beoordeling inhoudt⁶¹.

'Voordelig' betekent dat de gunningsvoorschriften leiden ofwel naar een rendabele opdracht ofwel naar een gunstige opdracht, gunstig in de betekenis dat de goede eigenschappen uitkomen zoals bedoeld door en vooropgesteld in het bestek. Voordelig kan in die betekenis worden gelijkgesteld met 'kwalitatief'.

Gezien de algemeenheid en de vaagheid van de begrippen 'economisch' en 'voordelig' is het verantwoord dat, met de gehanteerde gunningsvoorschriften, ook nadruk wordt gelegd op de kwaliteit van de offerte of op de esthetische en functionele elementen, alhoewel het eerder om subjectieve voorschriften gaat. In het kader van bepaalde kunstzinnige opdrachten zijn dergelijke voorschriften overigens wel degelijk doelmatig.

41. In elk geval moeten de gunningsvoorschriften van die aard zijn dat 'de economisch meest voordelige' aanbidding wordt gekozen⁶². Er moet een duidelijke band bestaan tussen beide begrippen 'economisch' en 'voordelig'.

Dat de keuze van de overheid niet willekeurig kan zijn blijkt uit de rechtspraak van het Hof van Justitie⁶³. Het Hof oordeelt namelijk dat een aanbestedende overheid zijn beslissing dient te steunen op variabele, op de ont-

wikkeling van de markt afgestemde, *kwalitatieve en kwantitatieve* voorschriften. De overheid kan zijn beslissing niet uitsluitend steunen op een kwantitatief voorschrift, zoals het gemiddelde der prijzen. Dit hangt juist samen met het begrip 'economisch voordeligste offerte'.

42. Wanneer het echter gaat om een opdracht van diensten levert deze vrijheid volgens Schoeps in sommige gevallen problemen op om adequate gunningsvoorschriften te vinden⁶⁴. Hij stelt zich de vraag of de in de EG-richtlijn voorziene voorschriften wel toepasbaar zijn op de meeste opdrachten van diensten.

Zoals hoger evenwel al vermeld, beperkt de keuze van de overheid zich niet tot de gunningsvoorschriften bij wijze van voorbeeld opgesomd in de Europese richtlijnen. Al kan de aanbestedende overheid gebruik maken van een zekere inspiratie, toch moet zij oppassen dat de keuze van de gunningsvoorschriften niet willekeurig is. Dit houdt in dat de voorschriften dienen te voldoen aan de minimale eisen zoals ze verder worden omschreven (sub 3.4.).

3.3.3.3. Andere gunningsvoorschriften ?

43. De vraag stelt zich of er naast de prijs (artikel 15 wet overheidsopdrachten) en naast de voorschriften, die de voordeligste offerte beogen (artikel 16 wet overheidsopdrachten), nog andere voorschriften mogelijk zijn, bijvoorbeeld de opname van voorschriften ter *bescherming van de werkgelegenheid*.

44. In zijn proefschrift inzake aanbestedingsrecht verdedigt Van Marissing de stelling dat in beginsel andere gunningsvoorschriften zijn uitgesloten⁶⁵. Voor een uitzondering hierop verwijst Van Marissing naar het arrest Beentjes, waarin sprake is van een bijzonder soort voorschrift.

Dit arrest hebben wij echter geanalyseerd in het deel inzake de selectievoorschriften (zie punt D). Hieruit volgde dat het arrest Beentjes helemaal geen uitspraak doet over het al dan niet bestaan van andere selectie- of

⁵⁹ PIJNHACKER HORDIJCK, E.H. en VAN DER BEND, G.W., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlands Aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 1996, 2.

⁶⁰ *Van Dale Groot Woordenboek der Nederlandse Taal*, Utrecht-Antwerpen, Van Dale Lexicografie, 1995, v° 'economisch'.

⁶¹ R.v.St., Orbeta, nr. 43.863, 24 augustus 1993; R.v.St., nv Strukton De Meyer, 54.050, 28 juni 1995.

⁶² DE CONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 177.

⁶³ H.v.J., Commissie t. Italië, zaak 274/83, *niet gepubliceerd*.

⁶⁴ SCHOEPS, F., "Het bepalen en het gebruik van de gunningscriteria", *T.Aann.*, 1995, 130.

⁶⁵ VAN MARISSING, J.P.L., *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschappen en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, Deventer, Kluwer, 1995, 173.

gunningsvoorschriften. Het Hof van Justitie heeft in dit arrest o.i. enkel bevestigd dat het bestek een aanvullende bijzondere voorwaarde kan voorzien "indien zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigt en met de name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten" (overweging 29)⁶⁶.

Van Marissing kan slechts 'gedeeltelijk' gevolgd worden, met name wanneer hij van oordeel is dat een *aanvullende bijzondere voorwaarde*, waarvan sprake in het Beentjes arrest, ook als gunningscriterium kan worden beschouwd.

Vanuit strikt juridisch oogpunt zijn wij van mening dat enkel die gunningsvoorschriften mogelijk zijn, die verband houden met de offerte zelf. Hetgeen impliceert dat andere voorschriften die vermeld worden in het bestek (bijvoorbeeld nationaliteit van de inschrijver, sociale clausules, ...) 'strikt juridisch' niet kunnen fungeren als gunningscriterium.

Toch ontkennen wij niet dat in de praktijk precies deze sociale clausules reeds in de selectie- of gunningsfase een rol van betekenis kunnen gaan spelen. Reeds 'tijdens de toekenningsfase' zal wellicht rekening gehouden worden met de 'beloftes' van de gegadigden omtrent de precieze invulling van deze clausules, die strikt juridisch pas aan de Orde zullen zijn in de 'contractuele fase' van de overheidsopdracht. In welke mate de Raad van State de 'doorweging' van deze 'sociale clausules' in de selectie- of gunningsfase wettelijk toelaatbaar acht, valt nog af te wachten. Alleszins lijkt een uiterste waakzaamheid in deze context aangewezen.

45. Daarom sluiten wij ons grotendeels aan bij het hoofdstandpunt van Van Marissing, namelijk dat andere gunningsvoorschriften uitgesloten zijn. Men kan o.i. derhalve spreken van een 'gesloten systeem', in die zin dat enkel de voorschriften die vallen onder de artikelen 15 en

16 van de wet van 24 december 1993 als gunningsvoorschrift kunnen worden gebruikt in het bestek voor de aanbesteding en/of de offerteaanvraag.

Met betrekking tot de aanbesteding is het evident dat alleen de prijs als gunningsvoorschrift kan worden gehanteerd. Wat betreft de offerteaanvraag, blijft de overheid gebonden door het begrip 'economisch voordeligste offerte', en is haar beoordelingsbevoegdheid dan ook dienovereenkomstig doelgebonden.

Enkel in het kader van de onderhandelingsprocedure behoudt de overheid haar volledige vrijheid, met die beperking dat het voorschrift wel degelijk eveneens verband moet houden met de kwaliteit van de offerte/van de inschrijving. Alleen dan is er sprake van een gunningsvoorschrift (zie verder, sub § 4).

46. Ook in het kader van *militaire* opdrachten kan bij de gunning rekening gehouden worden met overwegingen die verbonden zijn aan '*nijverheidscompensaties*'.

Deze compensaties beogen de versterking van het economisch of technologisch potentieel van het land en dienen verenigbaar te zijn met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap. Bovendien hebben zij betrekking op de studie, de inrichting, de ontwikkeling, de gemeenschappelijke productie of de productie van leveringen of diensten die bij voorkeur van hoog-technologische aard zijn⁶⁷.

Wanneer er nijverheidscompensaties voorzien zijn, dient het bestek het gunningscriterium aan te geven betreffende de aan de opdracht verbonden compensaties. De Ministerraad dient hierover zijn instemming te geven, met inbegrip van de afgewogen waarde van het criterium betreffende de nijverheidscompensaties in vergelijking met de andere gunningscriteria voor de beschouwde opdracht⁶⁸.

Het gaat hier –voor een goed begrip– enkel om opdrachten waarop artikel 223, § 1, b van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van toepassing is.

⁶⁶ H.v.J., Beentjes, 20 september 1988, *Jur.*, 1988, 4635; in dezelfde zin: conclusie Advoc.-Gen. Alber bij H.v.J., 26 september 2000, Commissie t. Frankrijk, *J.T.*, 2001, 564, nrs. 49-51. Het Hof heeft in voormeld arrest evenwel de fameuze 'sociale clausules' niet bij voorbaat strijdig met de richtlijn 93/37 geacht, met name voor zover de algemene verdragsbeginselen en de procedurewaarborgen van de betrokken richtlijn niet geschonden zijn.

⁶⁷ Artikel 2, § 1, 1° lid van het K.B. van 6 februari 1997 betreffende; zie eveneens: QUERTAINMONT, Ph., "Marchés de la défense", *Revue de droit de l'ULB*, Brussel, Bruylant, 1998, 92: "On considère généralement que le concept de "compensations économiques" recouvre deux aspects. D'une part, et au sens premier du terme, des commandes compensatoires pour l'industrie nationale lors de la passation de commandes militaires à l'étranger. D'autre part, dans un sens plus large, la participation de nos industriels à des marchés de la Défense".

⁶⁸ Art. 2, § 3, 1° lid van het K.B. van 6 februari 1997.

3.4. Minimale eisen waaraan de gunningsvoorschriften moeten voldoen

47. In plaats van verder elk gunningsvoorschrift afzonderlijk te bespreken, lijkt het ons gepaster om hierna de modaliteiten te bespreken, waaraan een gunningsvoorschrift ons insziens hoe dan ook moet voldoen.

Weliswaar heeft de wetgever het beter geoordeeld om geen lijst meer te geven van de mogelijke gunningsvoorschriften, dit betekent echter niet dat de overheid volledig vrij spel heeft⁶⁹.

Op grond van de rechtspraak van de Raad van State onderkennen we een drietal modaliteiten.

3.4.1. Een voorschrift aangaande de offerte

48. Wat betreft deze eis grijpen wij terug naar een reeds geciteerd arrest van de Raad van State, nl. het arrest CFE⁷⁰.

In deze zaak had men in het bestek namelijk als gunningscriterium de nationaliteit van de onderaannemers gebruikt. Het is eigenaardig dat partijen zich niet de vraag hebben gesteld in welke mate het hier wel gaat om een gunningsvoorschrift. Naar onze mening is het dat niet, daar het niet een voorschrift betreft waaraan de offerte moet onderworpen worden.

Inderdaad is het zo dat een gunningsvoorschrift in de eerste plaats moet betrekking hebben op de offerte, met name de 'inschrijving' en niet op de 'inschrijver'. Bij de beoordeling van de offerte mag geen rekening meer worden gehouden met de merites en hoedanigheden van de inschrijvers in het kader van de selectie.

49. Een voorschrift dat – vanuit het oogpunt van sociale

tewerkstelling of milieubescherming – verband houdt met de nationaliteit van de inschrijver dient, gezien de recente rechtspraak van het Hof van Justitie, omschreven te worden als een 'secundair selectiecriterium'⁷¹.

Wij gaan echter niet akkoord met het gebruik van deze term, daar uit onze vorige bijdrage duidelijk blijkt dat selectievoorschriften enkel te maken kunnen hebben met de persoon van de inschrijver, nl. zijn technische bekwaamheid en zijn financiële draagkracht (zie III.B.3.1.1.). Op dat vlak is het selectiesysteem namelijk *in de huidige stand van de wetgeving* een gesloten systeem⁷².

Een gunningsvoorschrift daarentegen heeft als uitsluitend doel het werk, de levering of de dienst zelf. Een criterium dat zoals hierboven omschreven verband houdt met de nationaliteit kan bijgevolg geen gunningsvoorschrift zijn.

3.4.2. Een duidelijk voorschrift

50. Een tweetal redenen verplichten de overheid om duidelijke gunningsvoorschriften te voorzien in het bestek.

Het is ten eerste eigenlijk overbodig om in het kader van de wetgeving overheidsopdrachten te herhalen dat de inschrijvers op een gelijke wijze dienen behandeld te worden en dat de overheid in dat kader moet zorgen voor *een zo transparant mogelijke procedure*⁷³. Dit is nagenoeg een evidentie.

Het opgeven van duidelijke gunningsvoorschriften in het bestek zal zeker bijdragen tot een transparantere procedure. De Raad van State heeft in zijn rechtspraak de noodzaak van een duidelijk gunningsvoorschrift trouwens reeds bevestigd⁷⁴.

In het kader van een offerteaanvraag moet de over-

⁶⁹ VAN DE MEENT, G.W.A., *Overheidsaanbestedingen : de EG-rechtelijke context*, Deventer, Kluwer, 1995, 146.

⁷⁰ R.v.St., CFE, nr. 49.144, 21 september 1994.

⁷¹ H.v.J., Commissie t. Frankrijk, 26 september 2000, *J.T.*, 2001, ; zie hierover DURVIAUX, A.-L. "Marchés publics et économie sociale : l'union impossible", *Act. Dr.*, 2000, 651-674; KNAEPEN, S., "Is er ruimte voor sociale clausules bij overheidsopdrachten?", kortelings te verschijnen in *C.D.P.K.*; zie eveneens NOEL, J., "A propos des clauses sociales dans les marchés publics de travaux", *J.T.*, 2001, 561; LEFEVRE, E., "Les considérations sociales et environnementales dans les marchés publics", *J.T.D.E.*, 2000, 245-247.

⁷² Deze moeilijke problematiek is evenwel in volle beweging, zoals blijkt uit de recente Interpretatieve Mededeling van de Europese Commissie : "betreffende het Gemeenschapsrecht van toepassing op overheidsopdrachten en de mogelijkheden om sociale aspecten hierin te integreren" van 15 oktober 2001, *niet gepubliceerd*.

⁷³ H.v.J., Van Hool, C-87/94, 25 april 1996, Commissie/België.

⁷⁴ R.v.St., sprl Allard Sports, nr. 48.485, 5 juli 1994 : In dat zelfde arrest heeft de Raad van State daarentegen geen kritiek weerhouden op het door de overheid gebruikte criterium 'naleving van het bestek'. Naar onze mening gaat het hier nochtans ook om een vage omschrijving, die kan leiden tot een schending van het gelijkheidsbeginsel. De Raad van State verwijst wel naar de aard van de opdracht om zijn beslissing te staven zonder dit echter verder te motiveren.

heid zich, bij het bepalen van een gunningsvoorschrift, richten naar het concept 'economisch voordeligste offerte'. Om dit laatste doel te bereiken dienen de gunningsvoorschriften op een duidelijke en afdoende wijze geformuleerd te worden⁷⁵.

51. Aan de hand van een voorbeeld zullen we illustreren wat wordt bedoeld onder een duidelijk of integendeel een onduidelijk gunningsvoorschrift.

In het kader van het aanwenden van de uitvoeringstermijn als gunningsvoorschrift citeert Flamme verschillende manieren, waarop dit voorschrift op een onduidelijke wijze kan gestipuleerd zijn⁷⁶.

Indien de uitvoeringstermijn als gunningsvoorschrift wordt gehanteerd, kan dit bijvoorbeeld niet op volgende wijze geformuleerd worden :

- dat de kandidaten zelf het initiatief moeten nemen om een uitvoeringstermijn vast te stellen
- dat het bestek als termijn een 'wenselijke termijn' voorziet.

De overheid moet duidelijk haar *bedoeling* laten blijken, nl. laten zien dat zij effectief belang hecht aan de uitvoeringstermijn als gunningscriterium. Uit het hogergeciteerde voorbeeld blijkt namelijk niet dat enerzijds de uitvoeringstermijn als gunningsvoorschrift zal worden gebruikt en ook niet wat de overheid juist verwacht aangaande de uitvoeringstermijn.

52. Duidelijkheid houdt dus in dat de overheid in het bestek zegt dat bepaalde *vermeldingen in het bestek* als gunningsvoorschrift zullen gebruikt worden⁷⁷. Deze duidelijkheid wordt ook gewaarborgd door de vermelding van de gunningsvoorschriften in de aankondiging van de opdracht.

Duidelijkheid betekent ook dat de overheid toch een indicatie geeft van wat de overheid verwacht met betrek-

king tot de verschillende gunningsvoorschriften. Flamme haalt terecht aan dat, wat betreft de uitvoeringstermijn, de overheid bijvoorbeeld 'een economische termijn' vaststelt, met de vermelding van het percentage van de korting indien deze termijn wordt aanvaard als de contractuele termijn⁷⁸.

De gunningsvoorschriften moeten worden *gespecificeerd* in het bestek, ter oriëntatie van de mogelijke inschrijvers⁷⁹. De aanbestedende overheid zal geval per geval moeten aangeven waar zij bij de beoordeling van een gunningsvoorschrift in het bijzonder zal op letten⁸⁰.

53. Deze zelfde duidelijkheid brengt met zich dat bij de gunning van de opdracht de overheid zich alleen kan steunen op de gunningsvoorschriften voorzien in het bestek.

De opdracht moet worden gegund op grond van de gunningsvoorschriften *vermeld in het bestek of de aankondiging*⁸¹. Het doel van deze verplichting wordt duidelijk omschreven in het principe-arrest Van Hool van het Hof van Justitie :

"De verplichting (...) om in het bestek of in de oproep tot mededinging, alle gunningscriteria (te vermelden) die zij voornemens zijn te hanteren, zo mogelijk in afnemende volgorde van het belang dat eraan wordt gehecht, heeft nu juist tot doel de inschrijvers in kennis te stellen van de elementen die in aanmerking zullen worden genomen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding. Op deze wijze zijn alle inschrijvers op de hoogte van de gunningscriteria waaraan hun aanbiedingen moeten voldoen, alsmede van het relatieve belang van die criteria. Dit vereiste waarborgt voorts de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en het beginsel van doorzichtigheid"⁸².

De *doorzichtigheid van de procedure* wordt op een kernachtige en geweldige wijze geformuleerd door Fort-

⁷⁵ BATSELE, D., FLAMME, Ph. en QUERTAINEMONT, P., *Initiation aux marches publics*, Brussel, Bruylant, 1999, 138, nr. 150.

⁷⁶ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 301-302.

⁷⁷ Zie VAN HOUT, L. en LEURQUIN, X., "Toelichting bij artikel 16 Wet 24/12/1993", in X., *Tekst en Toelichting Overheidsopdrachten*, Gent, Mys & Breesch, 2, nr. 3.

⁷⁸ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 301.

⁷⁹ SCHOEPS, F., "Het bepalen en het gebruik van de gunningscriteria", *T.Aann.*, 1995, 129 : als voorbeeld van een duidelijke omschrijving meent deze auteur dat men duidelijk moet omschrijven in het bestek aan welk technisch criterium men het meest belang hecht om de technische waarde te bepalen.

⁸⁰ PIJNHACKER HORDIJCK, E.H. en VAN DER BEND, G.W., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlands Aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 1996, 3.

⁸¹ R.v.St., nv Halin, nr. 35.913, 29 november 1990.

⁸² H.v.J., Van Hool, zaak C-87/94, 25 april 1996, overw. 88.

ped : "Le cahier doit énumérer tous les points qui seront examinés, appréciés, comparés, cotés"⁸³. Deze gedachte zal in de navolgende beschouwingen nog dikwijls worden geparafraseerd.

Steunt de overheid zich op gunningsvoorschriften niet opgenomen in het bestek, dan is de gunningsbeslissing onwettig⁸⁴.

Ten onrechte heeft de Raad van State o.i. in bepaalde rechtspraak aangenomen dat de aanbestedende overheid kan volstaan met om een aantal algemene gunningsvoorschriften op te sommen en nadien bij de gunning zogenaamde 'subvoorschriften' kan hanteren, zonder dat deze blijken uit het bestek⁸⁵. De duidelijkheid en de transparantie vereisen dat de inschrijvers *op voorhand de spelregels* kennen. Deze rechtspraak verdient o.i. aangepast te worden aan de strenge eisen die het Hof van Justitie oplegt met het oog op het veilig stellen van de doorzichtigheid van de procedure. Door 'subcriteria' in aanmerking te nemen die niet op voorhand worden bekendgemaakt sluipst opnieuw het gevaar van willekeur in het gunningsproces.

54. De objectieve vergelijkbaarheid van de offertes en de gelijkheid van de inschrijvers vereist dat alle inschrijvings worden getoetst aan alle *in het bestek voorziene gunningsvoorschriften*⁸⁶. Dit houdt echter ook in dat de overheid moet rekening houden met alle gunningsvoorschriften vermeld in het bestek en zich bijvoorbeeld niet kan beperken tot de prijs⁸⁷.

Verder kan een overheid niet meer terugkomen op de bijzonderheden die het bestek vermeldt omtrent de te hanteren gunningsvoorschriften⁸⁸. Dit betekent dat de overheid zich strikt moet houden aan de bewoordingen van – en dus de bedoeling van de aanbestedende overheid vervat in – het bestek bij de toewijzing van de opdracht.

3.4.3. Band met de opdracht

55. Hoger stelden we voorop dat een gunningsvoorschrift verband moet houden met de aard van de te verrichten prestatie (zie punt 3.4.1.). Diepgaander moet

de vraag worden gesteld of de gehanteerde gunningsvoorschriften in het bestek een zekere band moeten vertonen met de specifieke opdracht, die wordt gegund.

3.4.3.1. De heersende regelgeving

56. In de eerste plaats is een administratieve overheid, bij het nemen van een beslissing, gebonden door de bestaande regelgeving ter zake.

De wettelijke voorschriften aangaande de gunningsvoorschriften hebben we reeds hoger besproken. Bij het lezen van deze bepalingen moet men echter vaststellen dat de wetgever van 1993 kort van stof is geweest. Dit heeft ook voor gevolg dat men er zeer weinig in terug vindt in verband met de vereiste band tussen een gunningsvoorschrift en de opdracht.

Ons inziens bevat artikel 115 K.B. van 8 januari 1996 een begin van antwoord op de gestelde vraag. Dit artikel stipuleert immers in het eerste lid : "De aanbestedende overheid kiest de regelmatige offerte die haar het voordeligst lijkt op grond van de criteria die verschillend kunnen zijn naargelang de opdracht".

Aldus wordt een duidelijke *band* gelegd tussen het *gunningsvoorschrift* en de *aard van de opdracht*. De gunningsvoorschriften zullen verschillend zijn "naargelang de aard van de opdracht".

Op grond van deze bepalingen kan evenwel geen definitief antwoord gevonden worden op de vraag naar de aard van de band tussen de opdracht en het gunningsvoorschrift.

3.4.3.2. De algemene rechtsbeginselen

3.4.3.2.1. Algemeen

57. Het specifieke aan het optreden van een administratieve overheid is dat zij, binnen het kader van haar toegewezen bevoegdheden, eenzijdig bepaalt welke de regels van het spel zijn⁸⁹.

Afhankelijk van de duidelijkheid van de normatieve regelgeving heeft een overheid bij het nemen van een

⁸³ FORTPIED, J., "Les critères du choix de l'adjudicataire sur appel d'offres", *A.P.T.*, 1983, 267.

⁸⁴ R.v.St., Leysen, nr. 26.690, 20 juni 1986.

⁸⁵ R.v.St., Eurocopter, nr. 60.984, 15 juli 1996.

⁸⁶ R.v.St., bvba "TREL", nr. 79.829, 20 april 1999; zie ook R.v.St., nr. 82.208, 9 september 1999.

⁸⁷ R.v.St., Mewaf International, nr. 94.151, 20 maart 2001.

⁸⁸ H.v.J., Van Hool, zaak C-87/94, 26 april 1996.

⁸⁹ SUETENS, L.-P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur : begrip en plaats in de hiërarchie der normen. Inleidende verkenning", in OPDEBEECK, I. (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 8; LAMBRECHTS, W., "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in *Zorgvuldig en Milieubewust besturen*, Brugge, Die Keure, 2001, 203-225.

beslissing meer of minder beleidsvrijheid. Deze beleidsvrijheid wordt getoetst op haar wetmatigheid en dit via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Alle individuele of reglementaire administratieve rechtshandelingen kunnen worden getoetst aan de algemene rechtsbeginselen. Het bestek is een dergelijke administratieve rechtshandeling⁹⁰. Het is *in dit bestek* dat we de gunningsvoorschriften voor een bepaalde opdracht terugvinden, of, eventueel *in de aankondiging van de opdracht*⁹¹.

58. Wij zijn de mening toegedaan dat, op grond van de algemene rechtsbeginselen, een overheid niet eender welk gunningsvoorschrift kan uitkiezen, teneinde een bepaalde opdracht te gunnen.

Een overheid mag immers, op grond van zijn toegewezen bevoegdheden, niet willekeurig optreden. In het kader van een overheidsopdracht kan zo'n optreden immers snel leiden tot een ongelijke behandeling van de verschillende gegadigden. Willekeur leidt namelijk onvermijdelijk tot bevoordeling van de één of de andere gegadigde.

De Raad van State is precies opgericht om dergelijke willekeur te sanctioneren. In zijn rechtspraak heeft de Raad van State in de loop der tijden een aantal algemene rechtsbeginselen, algemene beginselen van behoorlijk bestuur, erkend, ook inzake overheidsopdrachten, die elke overheid bij haar optreden dient na te leven.

59. Er zijn echter tot op heden weinig arresten te vinden die op grond van dergelijke algemene rechtsbeginselen een uitspraak doen over de hier specifiek gestelde vraag. Flamme verwijst in zijn standaardwerk naar een arrest Bogaerts, waarin inderdaad te lezen staat dat een overheid vrij is om de gunningsvoorschriften te kiezen, maar dat ze wel rekening moet houden met de "eigen aard" van de opdracht⁹².

Verder menen we in de rechtsleer een aantal verwijzingen te hebben gevonden, die onze overtuiging ondersteunen :

- het boek van Pijnhacker-Hordijck, waarin het volgende wordt gezegd over het proportionaliteits- en gelijkheidsbeginsel :

"Uit deze beginselen vloeit voort dat de aan te leggen criteria objectief dienen te zijn en in een redelijke verhouding dienen te staan tot voorwerp en omvang van de opdracht"⁹³

- het boek van De Coninck, die als één van de regels voor de gunningsvoorschriften bepaalt :

"De gunningscriteria moeten aansluiten bij het doel, de kenmerken en de specifieke aard van de opdracht"⁹⁴

- het artikel van Schoeps :

"voor een offerte-aanvraag en voor de meeste gevallen van de onderhandelingsprocedure zal men criteria moeten bedenken die afhankelijk zijn van de opdracht"⁹⁵.

3.4.3.2.2. In concreto

60. Er zijn ons insziens een tweetal beginselen die ons helpen in het beantwoorden van de gestelde vraag.

60.1. Teneinde een willekeurig optreden vanwege de vergunningverlenende overheid te vermijden, heeft de Raad van State dit optreden in een vaste rechtspraak getoetst aan het *redelijkheids- en/of het proportionaliteitsbeginsel*.

De Raad van State gaat slechts over tot vernietiging van een administratieve rechtshandeling, indien de overheid op een evidente wijze een onjuist gebruik heeft gemaakt van zijn beleidsvrijheid, m.a.w. wanneer het bestuur kennelijk onredelijk heeft gehandeld⁹⁶, of nog, wanneer het bestuur een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt op grond van haar in beginsel discretionaire beoordelingsbevoegdheid⁹⁷.

⁹⁰ Zie D'HOOGHE, D., "Is de beslissing tot vaststelling van het bestek een voor annulatieberoep vatbare handeling?", *T.Aann.*, 1990, 141-143.

⁹¹ Artikel 16 wet overheidsopdrachten.

⁹² FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 1152; R.v.St., Bogaerts, nr. 27.761, 1 april 1987.

⁹³ PIJNHACKER HORDIJCK, E.H. en VAN DER BEND, G.W., *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europees en het Nederlands Aanbestedingsrecht*, Den Haag, SDU, 1996, 163.

⁹⁴ DE CONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 176.

⁹⁵ SCHOEPS, F., "Het bepalen en het gebruik van de gunningscriteria", *T.Aann.*, 1995, 129.

⁹⁶ SUETENS, L.-P., "Algemene beginselen van behoorlijk bestuur in de rechtspraak van de Raad van State", *T.B.P.*, 1981, 87; BOES, M., "Het redelijkheidsbeginsel", in OPDEBEECK, I. (ed.), *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 90).

⁹⁷ LAGASSE, D., *De l'erreur manifeste d'appréciation en droit administratif. Essai sur les limites du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Brussel, Bruylant, 1986, 558p.

Ons inziens is het kennelijk onredelijk dat de overheid bij het vastleggen van de gunningsvoorschriften een voorschrift zou kiezen, dat geen enkele band vertoont met de specifieke opdracht, die wordt gegund. Hoe kan men immers tot de economisch voordeligste offerte komen, indien gunningsvoorschriften worden gebruikt, die niets met de opdracht te maken hebben?

Het gebeurt dat gunningsvoorschriften worden opgenomen om één of andere gegadigde te bevoordelen. Het spreekt vanzelf dat in zulk geval het bestek en ook de crop steunende gunningsbeslissing moeten vernietigd worden⁹⁸. Dit maakt immers niet alleen een schending uit van het *redelijkheidsbeginsel*, maar vooral van het *gelijkheids- en niet-discriminatiebeginsel*.

60.2. In een concrete situatie heeft een administratieve overheid ook de verplichting om verantwoording af te leggen voor haar bevoegdheidsuitoefening, concrete situatie die deels ligt in de feiten en deels in het recht⁹⁹.

Een administratieve rechtshandeling moet worden gedragen door een motivering in feite en in recht. De motivering moet draagkrachtig zijn voor de beslissing die wordt genomen, d.w.z. dat zij aanvaardbaar moet zijn met het oog op de feiten en met het oog op het recht¹⁰⁰ (*het materieel motiveringsbeginsel*).

Bij elke overheidsbeslissing dient er een band te bestaan tussen de feiten, die aanleiding geven tot een beslissing, en de beslissing zelf. Vrij vertaald naar de voorliggende problematiek betekent dit dat de vermeldingen in het bestek van een overheidsopdracht verband moeten houden met de onderliggende feiten, dit is dus de opdracht, die aanleiding geeft tot het opmaken van het bestek.

Daarom menen wij ook dat de gunningsvoorschriften, als onderdeel van het bestek, in rechtstreeks verband moeten staan met de specifieke opdracht, die wordt gegund. Indien dit niet het geval is, ontbreekt het het bestek en meer specifiek het gunningsvoorschrift aan een feitelijke grondslag. Anders gezegd, het gunningsvoorschrift vindt dan geen natuurlijke voe-

dingsbodem in de feiten.

We kunnen voor onze stelling verwijzen naar rechtspraak van de Raad van State, waar de Raad overweegt "dat elk gunningscriterium op concrete, juiste en aanvaardbare motieven moet zijn gesteund en de toets van het gelijkheidsbeginsel moet kunnen doorstaan"¹⁰¹

61. Dat gunningsvoorschriften in verband staan tot de specifieke opdracht, die wordt gegund, blijkt onder meer wanneer een overheid beroep wenst te doen op een *advocaat*.

Het is algemeen aanvaard dat, wanneer een overheid beroep doet op een advocaat, dit ook in beginsel moet worden beschouwd als een overheidsopdracht.

Het specifieke van het advocatenberoep en de eigen aard van hun deontologische regels maakt bovendien dat de gehanteerde gunningsvoorschriften niet willekeurig door de overheid kunnen gekozen worden.

In een arrest van de Franse Raad van State werd evenwel geoordeeld dat bepaalde deontologische regels van de advocaat primeren op de regels van toepassing inzake overheidsopdrachten¹⁰². Naar onze mening zijn er inderdaad een aantal deontologische regels, zoals de confidentialiteit en het beroepsgeheim, die zo primordiaal zijn dat de regels inzake overheidsopdrachten dienen te wijken of zich minstens hiernaar moeten richten.

Zo wordt door sommigen geopperd dat de aanbestedende overheid bij de keuze van een advocaat volledige vrijheid moet hebben om zich te wenden tot deze of gene advocaat die het vertrouwen van de aanbestedende overheid geniet en aan wie alle informatie binnen de perken van *het beroepsgeheim in alle vertrouwelijkheid* kan worden meegedeeld om zich voor het gerecht te kunnen verdedigen¹⁰³. Alhoewel dit recht op "bijstand in recht" als een "juridische dienst" in de zin van categorie B, 21, CPC-indeling 861 – bijlage 2 bij artikel 5 wet overheidsopdrachten kan beschouwd worden, zou deze onderworpenheid volgens voormelde auteur enkel kunnen slaan op juridische adviesverlening, en dan nog, voor zover het om *algemene* adviesverlening gaat, die niet

⁹⁸ Afhankelijk van de situatie kan het bestek ofwel onmiddellijk aangevochten worden ofwel samen met de toewijzingsbeslissing op grond van de leer van de 'complexe rechtshandeling': BAERT, J. en DEBERSAQUES, G., *Raad van State, afdeling administratie: ontvankelijkheid*, Brugge, Die Keure, 1996, 473-480, nrs. 507-508,

⁹⁹ VAN MENSEL, A., "De uitdrukkelijke motiveringsplicht", in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 206.

¹⁰⁰ VAN MENSEL, A., "De uitdrukkelijke motiveringsplicht", in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 206.

¹⁰¹ R.v.St., TV De Nul-Seghers Engeneering, nr. 81.184, 22 juni 1999.

¹⁰² C.E.Fr., 9 april 1999, Toubol-Fischer et Bismuth, nr. 196.177, *T.Aann.*, 2001, 97.

¹⁰³ VAN DOOSSELAERE, M., "Marchés publics et les services des avocats", *T. Aann.*, 2001, 4-11.

reeds de aankondiging van een contentieux inhoudt. Deze stelling lijkt o.i. op het eerste gezicht steun te vinden in het bepaalde in artikel 115, tweede lid, K.B. 8 januari 1996, aangezien de keuze van de voordeligste regelmatige offerteaanvraag gebeurt, "onverminderd de wettelijke reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende vergoeding van bepaalde diensten". Gelet op de bijzondere taak die het Gerechtelijk Wetboek aan de advocaat heeft toevertrouwd met het oog op het *universeel recht op verdediging*, met alle waarborgen die de deontologische voorschriften terzake bieden en dat de openbare orde raakt¹⁰⁴, voelen wij veel voor deze benadering¹⁰⁵.

Indien er onderworpenheid bestaat voor bepaalde juridische dienstverlening, kan meestal gebruik gemaakt worden van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking bij de aanvang van de opdracht, zolang het bedrag van de genoemde opdracht binnen de perken van de "kleine opdracht" in de zin van artikel 17, §2, 1°, a) wet overheidsopdrachten blijft¹⁰⁶. Maar dan geldt wat de gunningsvoorschriften betreft, enkel en alleen wat verder wordt toegelicht onder §4.

Bovendien lijkt ons het voorschrift van de 'prijs' in elk geval moeilijk zonder meer hanteerbaar te zijn, omdat advocaten in principe gebonden zijn door een aantal deontologische regels, zoals de eerbaarheid van het beroep. Hierdoor kunnen advocaten o.i. niet marchanderen

met hun prijzen. Het zelfde kan opgemerkt worden betreffende het voorschrift 'gebruikskosten'¹⁰⁷.

3.5. Rangorde van de gunningsvoorschriften

62. Artikel 115 K.B. 8 januari 1996 bepaalt : "Onverminderd de wettelijke, reglementaire of bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de vergoeding van bepaalde diensten vermeldt de aanbestedende overheid in het bestek en eventueel in de aankondiging van de opdracht al de gunningscriteria, *zo mogelijk in volgorde van afnemend belang*; in dit geval wordt die volgorde in het bestek of in de aankondiging vermeld. Zo niet hebben de gunningscriteria *dezelfde waarde*" (eigen onderlijning).

De zonet geciteerde bepaling herhaalt eigenlijk een aantal beginselen, die kunnen worden gedistilleerd uit de vroegere rechtspraak van de Raad van State, onder het regime van de wet van 1976 :

- De gunningsvoorschriften moeten niet verplichtend in een volgorde worden vastgesteld of afgewogen¹⁰⁸
- wanneer de voorschriften niet in volgorde van afnemend belang zijn opgesomd, hebben alle voorschriften dezelfde waarde¹⁰⁹
- vermelding van de volgorde dient te gebeuren in het bestek of in de aankondiging¹¹⁰.

¹⁰⁴ STEVENS, J., *Regels en gebruiken van de advocatuur te Antwerpen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1997, 601 e.v., en in het bijzonder 610, nr. 814.

¹⁰⁵ Zo schrijft GLANSDORFF o.i. zeer terecht : "La relation de confiance, cependant, n'est pas toujours suffisante pour faire échapper celle ou telle profession à la "liberté" qu'imposent les lois de la concurrence. Seul l'intérêt général, qui dépasse les intérêts particuliers du client et du prestataire de services, pourrait avoir cet effet au regard du droit de la concurrence : c'est le cas, par exemple, du secret professionnel et de la confidentialité et, plus généralement, des obligations déontologiques, qui pèsent sur l'individu mais qui relèvent d' "une profession particulière qui a dans sa globalité des devoirs envers la société entière, en ce qu'elle participe au bien commun" ". GLANSDORFF, F., "Actualité des contrats de service" in X, *Aspects récents du droit des contrats*, Brussel, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2001, 84-85.

¹⁰⁶ Krachtens artikel 120, tweede lid K.B. 8 januari 1996 wordt als een "kleine opdracht" beschouwd, elke opdracht als bedoeld in categorie B.21 (diensten van juridische aard) die onder de drempel van artikel 53, §3 blijft, hetzij 8 miljoen BEF zonder BTW.

¹⁰⁷ Wij delen eveneens de mening van K. Ronse, die zich afvraagt welke gunningscriteria er wel kunnen bepaald worden, rekening houdend met de deontologie die geldt voor advocaten. Wie mag zich "specialist" in een bepaalde materie noemen, en hoe verifieert men de waarachtigheid van zo'n predicaat ? (RONSE, K., "Knelpunten in de opdrachten van diensten", in : DE KONINCK, C., (editor), *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Maklu, ter publicatie). Deze auteur besluit dat, in feite, de "juridische dienstverlener" volledig buiten de toepassing van de overheidsopdrachten valt. Zover zouden wij niet durven gaan, maar voor de advocaat, lijkt ons deze conclusie terecht.

¹⁰⁸ R.v.St., nr. 38.393, 20 december 1991; R.v.St., nr. 40.478, 2 oktober 1992; R.v.St., nr. 46.859, 13 april 1994.

¹⁰⁹ R.v.St., pvba Richa, nr. 41.589, 15 januari 1993; R.v.St., nr. 48.489, 5 juli 1994, zij het dat deze rechtspraak niet steeds onverdeeld gevestigd was; zie VAN HOUT, L. en LEURQUIN, X., "Toelichting bij artikel 16 Wet 24/12/1993", in X., *Tekst en Toelichting Overheidsopdrachten*, Gent, Mys & Breesch.

¹¹⁰ R.v.St., BVBA Reinigingsdienst Van Mogh, nr. 42.782, 4 mei 1993.

3.5.1. De mogelijkheid van een volgorde

63. Artikel 115 K.B. 8 januari 1996 bepaalt uitdrukkelijk dat het bestek niet verplicht is een volgorde te voorzien voor de gunningsvoorschriften¹¹¹.

Bijgevolg kan een bestek niet nietig verklaard worden, als het de gunningsvoorschriften naast elkaar opsomt zonder ook maar enige indicatie te geven, om te weten wat voor de overheid belangrijk is. In principe moet de overheid op grond van deze bepaling dus niet aangeven aan welk gunningsvoorschrift zij het meest belang zal hechten bij de toewijzing van de opdracht.

Er bestaan uitzonderingen op dit principe. In het kader van een wedstrijd of een prijsvraag voor ontwerpen moet het bestek of de aankondiging wel uitdrukkelijk de gunningsvoorschriften in het hun toegewezen belang bepalen¹¹².

64. Het bepalen van een volgorde in het bestek draagt o.i. ongetwijfeld bij tot een grotere doorzichtigheid, wat toch één van de hoofdbetrachtingen is binnen de reglementering van de overheidsopdrachten. De niet-verplichte vermelding van de volgorde in het bestek heeft bij andere auteurs terecht tot kritiek geleid, zoals hierna zal blijken.

3.5.2. De gelijkwaardigheid van de gunningsvoorschriften bij gebreke van volgorde

65. Het niet vermelden van de volgorde van de gunningsvoorschriften heeft automatisch volgens hoger vermeld artikel 115 K.B. 8 januari 1996 tot gevolg dat de gunningsvoorschriften, vermeld in het bestek, gelijkwaardig zijn¹¹³.

66. Terecht merkt Flamme op dat dergelijke bepaling, gesteund op de rechtspraak van de Raad van State, 'absurd en weinig realistisch' is¹¹⁴. Hij stelt zich namelijk de volgende vraag: "Wat is immers de betekenis van de gelijkwaardigheid van criteria zoals het bedrag, de uitvoeringstermijn, de organisatie van de bouwplaats, de technische waarde, de architecturale kwaliteit of de akoestische prestaties?".

Het toekennen van een gelijkwaardig belang aan alle gunningsvoorschriften houdt naar onze mening een miskenning in van de specificiteit van elke opdracht. We toonden reeds aan dat er een band moet bestaan tussen het gunningsvoorschrift en de specifieke opdracht (zie 3.4.3.). Voor bepaalde voorschriften is die band nu inniger met de opdracht dan voor andere, in die mate dat het niet logisch is dat niettemin een zelfde waarde wordt toegekend aan alle gunningsvoorschriften.

Uiteindelijk leidt dit in bepaalde gevallen tot een keuze van een inschrijving, die niet beantwoordt aan het optimale werk dat door de aanbestedende overheid verwacht wordt. Inderdaad kan een bepaalde inschrijving voor een bepaald gunningsvoorschrift, dat eigenlijk impliciet substantieel is voor de opdracht, veel beter zijn dan de andere. Bij gelijkwaardigheid wordt dit gunningsvoorschrift echter met eenzelfde kwotering voorzien als de andere voorschriften.

We kunnen echter wel akkoord gaan met de redenering van de Raad van State, met name wanneer deze stelt dat, indien bepaalde in het bestek voorziene gunningsvoorschriften inhoudsloos zijn, alle inschrijvers eenzelfde kwotering (moeten) krijgen voor deze voorschriften¹¹⁵.

67. Weliswaar kan men van de regelgever niet verwachten dat hij zelf de belangrijkheid van de gunningsvoorschriften vastlegt.

¹¹¹ Zie in het kader van de vroegere wetgeving: R.v.St., Amano, nr. 97.249, 29 juni 2001: hierin wordt gesteld dat het bestek zo mogelijk de gunningsvoorschriften in volgorde van afnemend belang vermeldt. Het louter onder elkaar zetten van gunningsvoorschriften met een nummering houdt echter niet de uitdrukkelijke vermelding van een volgorde in.

¹¹² Zie verder, sub 3.5.3.: een 'toegewezen' belang verplicht de aanbestedende overheid niet alleen een volgorde in de gunningsvoorschriften aan te duiden, doch eveneens per criterium een afgewogen waarde in relatie tot de andere gunningscriteria; ook bij een militaire opdracht bestaat de verplichting tot afweging van het criterium van de nijverheidscompensaties in vergelijking met de andere gunningscriteria, wanneer dergelijke compensaties voorzien zijn (zie artikel 2, § 3 K.B. 6 februari 1997); artikel 23, 49 en 75 K.B. 8 januari 1996.

¹¹³ Zie o.a. R.v.St., Dirk Defraeye, nr. 79.953, 27 april 1999.

¹¹⁴ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 324. Terecht werd de niet-verplichting tot opname van een volgorde in de gunningscriteria de 'achillespees' genoemd van het gunningssysteem (VAN HOUT, L., en LEURQUIN, X., "Toelichting bij artikel 16 wet 24/12/1993", in X., *Tekst en Toelichting Overheidsopdrachten*, Gent, Mys & Breesch.

¹¹⁵ R.v.St., bvba "TREL", nr. 79.829, 20 april 1999.

Zoals hoger aangetoond dienen de gunningsvoorschriften immers verband te houden met de aard van de opdracht. De regelgever kan dan ook niet op voorhand weten welk voorschrift belangrijk is voor welke opdracht.

68. Wij willen hier wel –de lege ferenda- pleiten voor een bepaling waarbij in de wetgeving uitdrukkelijk wordt voorgeschreven dat de overheden verplicht worden om in het bestek een bepaalde volgorde te voorzien onder deze gunningsvoorschriften, zonder in de wetgeving zelf een voorkeur voor een bepaald voorschrift te uiten.

Ook deze volgorde moet echter voldoen aan de minimale eisen uiteengezet voor het gunningsvoorschrift : duidelijkheid en verband houden met de opdracht. Daar elke opdracht verschillend is, zal ook de volgorde van de gunningsvoorschriften noodzakelijkerwijze verschillend zijn.

3.5.3. Afweging van de voorschriften

69. Nog vóór er sprake was van een systeem van afweging in het kader van de selectievoorschriften werd van dergelijk systeem reeds gebruik gemaakt bij de gunningsvoorschriften.

Afweging houdt in dat een bepaalde waarde wordt toegekend aan een bepaald gunningsvoorschrift. Fortpied spreekt van een verplichte kwotering van de verschillende gunningsvoorschriften¹¹⁶. Het belang van elk voorschrift zou volgens hem moeten blijken uit het bestek.

70. In de wettelijke en reglementaire voorschriften is er *geen enkele bepaling* terug te vinden, die de overheid *verplicht* om *gewichten* toe te kennen aan de in het bestek geformuleerde gunningsvoorschriften¹¹⁷.

70.1. *Eerste vraag*, die wij ons stellen, is of ook een bepaalde *volgorde* tussen de gunningsvoorschriften kan

worden afgeleid *uit de elementen van het bestek*, zelfs wanneer de volgorde van de gunningsvoorschriften niet uitdrukkelijk in het bestek of in de aankondiging is vermeld.

D'Hooghe stelt uitdrukkelijk dat er geen wettelijk vermoeden bestaat dat de gunningsvoorschriften in volgorde van afnemend belang zijn opgegeven in het bestek¹¹⁸. Uit een tekstuele lezing van artikel 115 K.B. 8 januari 1996 zou men kunnen afleiden dat het toekennen van een waarde aan de gunningsvoorschriften niet op zich de bepaling inhoudt van een volgorde. Dit artikel bepaalt immers dat, *als* er een volgorde is, dit alsdusdanig ook in het bestek of in de aankondiging moet worden *vermeld*. Dus, bij gebreke van expliciete vermelding van de volgorde, zou er vanuit die optiek geen volgorde in de gunningsvoorschriften aanwezig zijn, ook al heeft men wel een waarde gegeven aan de gunningsvoorschriften.

Dergelijke redenering kan evenwel niet gevolgd worden, omdat zelfs zonder uitdrukkelijke vermelding van een volgorde in het bestek of in de aankondiging, de volgorde kan blijken uit de weging die aan de gunningsvoorschriften wordt gegeven.

Ook D'Hooghe gaat o.i. deze richting uit wanneer hij vooropstelt dat het bestek of de aankondiging de volgorde moet *aangeven*¹¹⁹. Er wordt dus niet gesproken van 'expliciet vermelden'. Aangeven kan derhalve inhouden dat het bestek zodanig opgesteld is dat uit bepaalde elementen, zoals de afweging, een volgorde kan worden afgeleid.

Evenzo Stevens die een band ziet tussen de volgorde en het toekennen van een bepaalde waarde aan het gunningsvoorschrift : "Bij het opstellen van een volgorde is het mogelijk de verschillende criteria inzake belang te wegen, een relatieve waarde toe te kennen"¹²⁰. Fortpied zegt het als volgt : "Il est bien certain que si la cote maximale est repartie en détail, c'est le pourcentage des points afférents à une sous-rubrique qui indique l'importance relative du poste; non son emplacement sur le tableau"¹²¹. De volgorde vermeld in het bestek is dus

¹¹⁶ FORTPIED, J., "Les critères du choix de l'adjudicataire sur appel d'offres", *A.P.T.*, 1983, 268.

¹¹⁷ R.v.St., Lotimo, nr. 74.294, 16 juni 1998.

¹¹⁸ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 380, nr. 949.

¹¹⁹ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 380, nr. 949.

¹²⁰ STEVENS, J., "Overheidsopdrachten. Wat verandert er ?", in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 548.

¹²¹ FORTPIED, J., "Les critères du choix de l'adjudicataire sur appel d'offres", *A.P.T.*, 1983, 268.

niet zo belangrijk, wel de waarde gegeven aan een bepaald voorschrift. Dit laatste bepaalt de belangrijkheid en dus de effectieve volgorde.

Flamme pleit er voor een combinatie te maken tussen de hiërarchie (de volgorde) en de afweging, daar het ene niet zonder het andere zou kunnen¹²². Hij stelt voor dat, wanneer het bestek een volgorde bepaalt voor de gunningsvoorschriften, de vergunningverlenende overheid dan er niet van kan afzien om een waardering toe te kennen aan de gunningsvoorschriften. Omgekeerd volgt hier o.i. uit dat een waarde toekennen aan een gunningsvoorschrift ook meteen een volgorde bepaalt tussen de gunningsvoorschriften.

Naar onze mening is een uitdrukkelijke vermelding van de volgorde dan ook niet in alle gevallen noodzakelijk. Uit het toekennen van een bepaalde waarde aan de gunningsvoorschriften kan en moet zelfs een bepaalde volgorde afgeleid worden. Het toekennen van een bepaalde waarde aan een gunningsvoorschrift houdt namelijk ipso facto een voorkeur in vanwege de gunningverlenende overheid voor een bepaald gunningsvoorschrift. Bijgevolg wordt ook *impliciet* een volgorde vastgesteld binnen de gunningsvoorschriften. In de eindbalans zullen de gunningsvoorschriften met een hogere waardering in elk geval zwaarder doorwegen.

Bij het expliciet vermelden van een volgorde zal de overheid bij een vergelijkbare samengestelde score behaald door de gegadigden voor alle gunningsvoorschriften, zich kunnen beroepen op de volgorde vermeld in het bestek. Indien b.v. bij een afweging de verschillende inschrijvers globaal een zelfde resultaat bekomen, stelt zich de vraag welk gunningsvoorschrift dan de voorkeur krijgt. Naar onze mening dient dat dan het gunningsvoorschrift met de hoogste relatieve waardering te zijn. Wie m.a.w. bij gelijke score over de verschillende gunningsvoorschriften, de beste score haalt op het relatief meest waardevolle gunningsvoorschrift, zou dan de

meest voordelige offerte hebben.

Laten we er bijvoorbeeld van uitgaan dat een gemeente een speeltuin voor kinderen wil laten aanleggen. In het bestek worden verschillende gunningsvoorschriften opgesomd met vermelding van een bepaalde waarde: veiligheid, kindvriendelijkheid qua uitzicht, leveringstermijn en prijs. Op grond van deze theorie zou de veiligheid, gegarandeerd in de offerte, de meeste waarde moeten krijgen en dan in afnemende volgorde het kindvriendelijkheid qua uitzicht, de leveringstermijn en de prijs.

70.2. *De tweede vraag die zich stelt, is in welke mate het bestek een afweging moet vermelden.*

Reeds in 1983 heeft Fortpied een visionair standpunt ingenomen¹²³. Hij stelt namelijk dat een goed ontworpen bestek in detail elk gunningsvoorschrift analyseert. Men dient nl. het deel van elk voorschrift in de totale beoordeling te bepalen in het bestek. Dit wil zoveel zeggen als dat een waardering moet voorzien worden in het bestek.

Vooralsnog is de rechtspraak van de Raad van State nog niet zo verregaand. In een vaste rechtspraak bepaalt de Raad van State dat de aanbestedende overheid *de afweging kan bepalen na de opening der offertes*¹²⁴. Deze zienswijze wordt nagenoeg zonder enige commentaar bevestigd in bepaalde rechtsleer¹²⁵. Dit betekent dan ook dat de waardebeoordeling niet vooraf in het bestek moet worden vermeld.

Stevens ziet het zo dat, als in het bestek een volgorde is bepaald, “de relatieve waarde van elk gunningscriterium” nader kan bepaald worden, op voorwaarde dat de volgorde gerespecteerd wordt, en “dat de grenzen van de beoordelingsvrijheid en de redelijkheid gerespecteerd worden”¹²⁶.

Wij gaan volledig akkoord met Flamme, wanneer hij benadrukt “dat de bezorgdheid voor de doorzichtigheid

¹²² FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, IA, Brussel, 1996-1997, 324.

¹²³ FORTPIED, J., “Les critères du choix de l’adjudicataire sur appel d’offres”, *A.P.T.*, 1983, 267.

¹²⁴ R.v.St., nr. 26.690, 20 juni 1986; R.v.St., nr. 29.329, 30 januari 1987. R.v.St., nr. 38.393, 20 december 1991; R.v.St., nr. 41.578, 2 oktober 1992.

¹²⁵ D’HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, nr. 1095, 530; VAN HOUT, L. en LEURQUIN, X., “Toelichting bij artikel 16 Wet 24/12/1993”, in X., *Tekst en Toelichting Overheidsopdrachten*, Gent, Mys & Breesch; FLAMME, M.-A. en FLAMME, Ph., “La loi du 24.12.1993 sur les marchés publics”, *J.T.*, 1993, nr. 32, 393.

¹²⁶ STEVENS, J., “Overheidsopdrachten. Wat verandert er?”, in X., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 549.

en het vermijden van iedere willekeur vereisen dat aan de toekomstige aannemers in tempore non suspecto alle spelregels worden meegedeeld¹²⁷.

Er kan niet genoeg verwezen worden naar het principe-arrest Van Hool, waarin het Hof van Justitie verwijst naar het beginsel van *doorzichtigheid* van de procedure¹²⁸. Het Hof van Justitie erkent deze doorzichtigheid of transparantie als een *autonoom beginsel*, die de aanbestedende overheid bepaalde concrete verplichtingen oplegt. Ons insziens houdt dit principe ook in dat de wijze van beoordeling van de verschillende gunningsvoorschriften op voldoende wijze vooraf moet bekend gemaakt worden aan de inschrijvers, op straffe van miskenning van de doorzichtigheid van de procedure. Een *Verdragsconforme lezing* van artikel 115 van het K.B. van 8 januari 1996 houdt o.i. in dat de vaste rechtspraak van de Raad van State, van toepassing onder de wet van 1976, niet meer onverkort als geldig kan ingeroepen worden, met name dat het de aanbestedende overheid toegelaten zou zijn om, bij gebreke van uitdrukkelijke vermelding van de volgorde of van de relatieve waarde van de gunningsvoorschriften in het bestek of in de aankondiging, de afweging alsnog te bepalen na de opening van de offertes¹²⁹.

Die oude rechtspraak van de Raad van State strijdt immers o.i. eveneens met de uitdrukkelijke bepaling in bedoeld artikel 115, in het bijzonder met de tweede alinea, waar bepaald wordt dat, bij gebreke van vermelding van de volgorde in het bestek of de aankondiging, de gunningsvoorschriften dezelfde *waarde* hebben, zinnede die *niet* terug te vinden was in het oude artikel 44 van het K.B. van 22 april 1977.

Legistiek is de tekst van artikel 115 in elk geval niet goed opgesteld, en dit heeft te maken met het ondoor-

zicht woordgebruik, waar 'volgorde' (tussen de gunningsvoorschriften) en 'belang' en 'waarde' (van de gunningsvoorschriften) door elkaar worden gebruikt.

Dergelijk gebrek aan klare taal in een reglementaire tekst, die de uitvoering vormt van de wet overheidsopdrachten en bijgevolg onrechtstreeks van de toepasselijke richtlijnen, is o.i. strijdig met de algemene beginselen die ten grondslag liggen van het Verdrag, zo onder meer het algemeen beginsel van de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid van de rechtsregel voor alle betrokkenen¹³⁰, en meteen ook het beginsel van de doorzichtigheid van de procedure¹³¹, van de effectiviteit van de Europese regelgeving¹³² en ten slotte van de gelijke kansen bij het formuleren van de offertes¹³³.

Het is overigens niet omdat een richtlijn met directe werking niet tijdig is omgezet (en daarom eventueel rechtstreeks kan ingeroepen worden) dat de Lid-Staten niet het nodige zouden moeten doen om de richtlijn middels nationaal afdwingbare regels alsnog om te zetten¹³⁴. Het Hof van Justitie bevestigde reeds uitdrukkelijk dat de *selectieregels*, opgenomen in de Richtlijn 93/37 rechtstreekse werking hebben¹³⁵. Wij zien niet in waarom het zelfde niet zou gelden met betrekking tot de *gunningsregels* op grond waarvan de aanbestedende overheid de opdracht gunt aan de hand van (vooraf bekendgemaakte) criteria die *variëren* naar gelang van de aard van de opdracht, wanneer de gunning plaatsvindt aan de inschrijver met de economisch voordeligste aanbieding. Bij samenlezing van deze rechtsregel van afgeleid communautair recht met het primair communautair recht, zoals vervat in de verdragsartikelen en de daaraan ten grondslag liggende algemene beginselen, kan er o.i. geen twijfel rijzen dat de *afweging* van de criteria eveneens op voorhand *moet* bekend gemaakt worden.

¹²⁷ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 325.

¹²⁸ H.v.J., Van Hool, zaak C-87/94, 25 april 1996, nr. 91.

¹²⁹ In het bijzonder de rechtspraak aangehaald in voetnoot 120; In zijn rechtspraak laat het Hof van Justitie zich overigens niet alleen leiden door de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, doch ook door de Verdragsregels om zowel deze richtlijnen uit te leggen als deze te ondersteunen, of, bij lacune, aan te vullen: NIHOUL, P., "Les marchés publics dans l'Union européenne", *J.T.D.E.*, 2001, 161, nr. 1.

¹³⁰ H.v.J., 15 januari 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria, C-44/96.

¹³¹ H.v.J., Van Hool, zaak C-87/94, 25 april 1996; H.v.J., 18 november 1999, Unitron Scandinavia et 3-5, C-275/98; H.v.J., 7 december 2000, Telaustria Verlags GmbH, e.a., C-324/98.

¹³² H.v.J., conclusie Adv.-Gen. Tesaro, bij H.v.J., 24 januari 1995, Commissie t. Nederland, C- 359/93.

¹³³ H.v.J., Van Hool, zaak C-87/94, 25 april 1996.

¹³⁴ NIHOUL, P., "Les marchés publics dans l'Union européenne", *J.T.D.E.*, 2001, 163, nr. 6, met verwijzing naar de rechtspraak van het Hof van Justitie.

¹³⁵ H.v.J., 16 september 1999, Fracasso, en Leitschutz, C-27/98

Heeft het Hof van Justitie overigens niet reeds uitdrukkelijk gezegd dat de gegadigden *alle* elementen (op voorhand) dienen te kennen die in rekening zullen gebracht worden bij het bepalen van de economisch meest voordelige offerte? Daarom moeten volgens het Hof de gegadigden alle gunningsvoorschriften *alsook* hun *relatieve waarde* (op voorhand) kennen^{136 137}.

Het ware de lege ferenda evenwel verkieslijk de terzake geldende reglementaire tekst dienovereenkomstig aan te passen, teneinde deze aan te passen aan de hogere Europeesrechtelijke normen¹³⁸.

70.3. In de *derde plaats* stelt zich de vraag naar het *soort van afwegingen*, die kunnen gemaakt worden.

Wij kunnen hiervoor verwijzen naar het handboek van Flamme, waar reeds een groot aantal mogelijkheden worden opgesomd¹³⁹. Zo verwijst Flamme naar een kwotering via een *percentage* of via *punten*, zoals hierna blijkt:

- R.v.St., nr. 50.573, 5 december 1994 : de gunningsvoorschriften werden geklasseerd in volgorde van afnemend belang via volgende percentages :

- de prijs : 70 %
- de technische voorstellen : 15 %
- de referentie van gelijkaardige werken : 10 %
- de termijn : 5 %.

- Bijzonder Bestek van de Intercommunale Igretec :

- Het bedrag van de offerte en uitbatingkosten : 450 punten
- Termijn : 120 punten
- Technische waarde : 100 punten

- Percentage van regionale arbeidskrachten : 100 punten
- Referentie van het studiebureau voor de stabiliteit : 75 punten
- Kwaliteit van de documentatie inzake de inrichting of de geboden produkten.
- Percentage voor de coördinatie van de afzonderlijke percelen : 60 punten
- Beroeps- en financiële waarborgen enz.

Binnen de Vlaamse Gemeenschap wordt er meer en meer gebruikt gemaakt van de *ARGUS-methode* (Achieving Respect for Grades by Using ordinal Scales only) voor de vergelijking van de offertes¹⁴⁰.

Met deze methode worden de gunningsvoorschriften beoordeeld op grond van een zogenoemde 'ordinale schaal'. Bij dergelijke schaal wordt een bepaalde waardering in gradaties naast het gunningsvoorschrift vermeld en kiest de aanbestedende overheid bij de gunning per offerte en per criterium de er voor haar bij passende gradatie. Een voorbeeld van dergelijk ordinale schaal is : slecht – middelmatig – goed – zeer goed – uitstekend, die aldus de score aangeeft van een offerte op een criterium, en meteen ook de voorkeur van de evaluator voor deze of gene offerte met betrekking tot een welbepaald criterium. Daarmee is evenwel nog niet de belangrijkheid van het criterium gekend. De ARGUS-methode combineert *voorkeursklasse* met *belangrijkeheidsklasse*. Aan de hand van deze combinatie wordt elke offerte vergeleken met elke andere offerte.

¹³⁶ H.v.J., 25 april 1996, Commissie t. België, zaak C-87/94, overweging 88.

¹³⁷ Zie evenwel de kritiek van VERMANDER, J., in : DE KONINCK, C., *o.c.*, ter publicatie, die ronduit het hanteren van "gewichtpercentages" als "af te raden" beschouwt, "omdat het de evaluator ertoe zal aanzetten de betwistbare puntenmethode te gebruiken". Volgens deze auteur kan niemand een "punt" als "meetende" benoemen, noch een instrument aanreiken waarop dergelijke punten zouden kunnen afgelezen worden. Aldus is een afweging door het hanteren van de "puntenmethode" gevaarlijk, omdat het een "vals gevoel van objectivering" geeft. Deze kritiek lijkt ons veeleer betrekking te hebben op het soort van afweging(en) dan op het principe zelf.

¹³⁸ Ondertussen ligt er een voorstel van nieuwe richtlijn voor van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken (Ref. COM (2000) 275 def. van 30 augustus 2000), waarin precies vermeld is dat de aanbestedende overheid het relatieve gewicht dat hij toekent aan ieder van de door hem gekozen gunningscriteria, dient te vermelden, naar gelang het geval, in de aankondiging van de opdracht of in het bestek (artikel 53 voorstel richtlijn). Zie hierover : DE KONINCK, C., "Nieuwigheden in het voorstel tot richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, diensten en werken", in : idem, *Actuele vraagstukken van het overheidsopdrachtenrecht*, Maklu, ter publicatie).

¹³⁹ FLAMME, M.A., MATHEI, Ph., FLAMME, Ph., DELVAUX, A. en DARDENNE, C., *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, 1A, Brussel, 1996-1997, 325-330.

¹⁴⁰ Voor een uitgebreidere bespreking hiervan, zie DE KONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 180 e.v..

Volgens De Coninck is de ARGUS-methode gebaseerd op een vijfstappenplan¹⁴¹ :

- (1) bepaling van de schaal en de klassen op die schaal voor elk criterium aan de hand van een ordinale schaal (bv. van zeer slecht tot zeer goed)
- (2) bepaling van de schalen voor de verschillende criteria (bv. offerte A zeer slecht voor criterium X en offerte B zeer goed voor criterium X)
- (3) bepaling van de belangrijkheid van een criterium (vb. gering belang, matig belang, groot belang, zeer groot belang)
- (4) combineren van de voorkeur (1 en 2) met de belangrijkheid van de voorschriften (3) :
 - o zeer sterke voorkeur (score) & criterium van zeer groot belang = rangordeklasse 1 = R1
 - o zeer sterke voorkeur (score) & criterium van groot belang = rangordeklasse 2 = R2
 - o enz.
- (5) het overgaan tot het paarsgewijze afwegingsproces (d.w.z. het afwegen van elke offerte met elke andere)
 - o offerte A heeft t.o.v. offerte B : één R1
 - o offerte B heeft t.o.v. offerte A : één R2
 - o enz.

Voordeel van dergelijke ordinale schaal is dat bij de toekenning van de gradatie er reeds een bepaalde motivering wordt gegeven door de aanbestedende overheid van haar keuze. Het laat de rechtscollages toe een effectievere beoordeling te maken van de gegrondheid van de gunningsbeslissing.

Nadeel van deze methode is dat deze vergelijkingen *paarsgewijze* gebeuren, dit is voor deze offerte tegenover elke andere offerte. Hiervoor moet men bijna wiskundige zijn, om de vergelijkingen op hun correctheid te onderzoeken¹⁴².

70.4 *Vierde vraag*, die zich stelt, is hoe de *waardebepaling* van de gunningsvoorschriften wordt bepaald : volkomen vrij en dus willekeurig of niet.

Het antwoord hierop is negatief, en wel om de volgende redenen.

Welke ook de gebruikte methode is, o.i. dient de waarde te geven aan de gunningsvoorschriften steeds af te hangen van de *aard van de opdracht*¹⁴³. Dit houdt in dat een gunningsvoorschrift een hogere waardering moet krijgen, naarmate het een grotere band vertoont met de opdracht. Bepaalde puntensystemen kunnen een onredelijk groot gewicht toekennen aan bepaalde criteria en dit in verhouding tot de andere gunningsvoorschriften. Ook wanneer het gekozen systeem geen enkele nuancering toelaat, kan dit tot wettigheidsbezwaren leiden¹⁴⁴.

Bovendien moet de gehanteerde methode in elk geval *de voordeligste offerte* opleveren¹⁴⁵.

Ten slotte dient de aanbestedende overheid, bij de toewijzing van de opdracht, zich te richten naar het bestek :

- Het puntensysteem dient overeen te stemmen met de orde van belangrijkheid van de gunningsvoorschriften, zoals dit is voorzien in het bestek¹⁴⁶. Eens de overheid in het bestek een puntensysteem oplegt, kan zij achteraf bij de gunning dit puntensysteem niet meer loochenen¹⁴⁷. Dit houdt in dat de overheid effectief volgens elk gunningsvoorschrift apart punten moet toekennen, punten die in direct verband staan tot de kwaliteit van de inschrijving. De overheid kan bijvoorbeeld niet alle offertes, die voldoen aan een bepaald gunningsvoorschrift zonder meer het maximum geven. Hoedanook is er een bepaalde gradatie en die moet uitgedrukt worden in punten.
- Indien na vergelijking van de offertes de overheid zou vaststellen dat elke inschrijver op elk gunningsvoorschrift evenveel punten behaalt, dan nog kan die overheid niet beslissen om de opdracht te gunnen op grond van een discretionair toegevoegd voorschrift¹⁴⁸.
- Eens een volgorde en afweging bepaald lijkt de Raad van State te aanvaarden dat bepaalde gunningsvoorschriften samen worden behandeld bij de concrete beoordeling

¹⁴¹ DE CONINCK, C., *Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2001, 181.

¹⁴² Als men bedenkt hoe goed juristen kunnen rekenen, zullen we nog discussies meemaken.

¹⁴³ Vgl. THIEL, P., *Memento Marchés Publics*, Brussel, Kluwer, 2001, 95, nr. 75 : hij meent dat de gebruikte methode redelijk moet zijn en verband moet houden met de gebruikte voorschriften.

¹⁴⁴ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 597-598, nr. 1572.

¹⁴⁵ R.v.St., Leysen, nr. 26.690, 20 juni 1986; R.v.St., nv Lixon, nr. 29.226, 27 januari 1988.

¹⁴⁶ D'HOOGHE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 598, nr. 1572.

¹⁴⁷ R.v.St., Projektbureau Signa, nr. 80.694, 8 juni 1999.

¹⁴⁸ R.v.St., Projektbureau Signa, nr. 80.694, 8 juni 1999. Zie voor een uitgebreide bespreking van dit arrest en de moeilijke problematiek van de varianten : FLAMME, M.A., e.a., o.c., 277 t/m 287, randnummers 5 t/m 18, en, 313 t/m 323, randnummers 19 t/m 26.

van de offertes, maar er kan hierdoor aan bepaalde gunningsvoorschriften geen groter of kleiner belang worden toegekend dan voorzien in het bestek¹⁴⁹.

- In het algemeen kan worden geconcludeerd dat, éénmaal de aanbestedende overheid een waarde aan een gunningsvoorschrift heeft toegekend, de overheid deze waarde niet meer eenzijdig kan wijzigen achteraf¹⁵⁰.

Aangaande de meer subjectieve gunningsvoorschriften zoals 'architecturale benadering', 'architecturaal resultaat', 'technisch resultaat'... heeft de Raad van State geoordeeld dat een rangschikking door middel van punten niet zonder meer voldoet als evaluatiemethode¹⁵¹. In bepaalde gevallen zal zonder begeleidende verduidelijking bij de punten geen duidelijkheid ontstaan waarom een aantal punten wordt gegeven aan één inschrijver en niet aan een andere inschrijver. Dergelijke werkwijze kan leiden tot willekeur, maar stelt meteen ook de vraag naar de draagwijdte van de motiveringsplicht.

Op het eerste gezicht leidt het hanteren van een puntensysteem tot een *louter mathematische cijferoefening* die opzichzelf de redenen zou moeten bevatten van de beoordeling in gunstige of minder gunstige zin van de diverse offertes.

Toch is dergelijke invuloefening niet noodzakelijk een waarborg om inzicht te verwerven in de redenen van de concrete beoordeling.

Een toelichting in mensentaal bij de concrete cijfers is o.i. in bepaalde gevallen noodzakelijk om na te gaan of de beoordeling van de offertes aan de hand van een cijfermatige invuloefening gedragen is door correcte en in redelijkheid bestaande motieven.

3.7. Variante offertes

71. Artikel 16 van de wet overheidsopdrachten stelt dat bij de algemene of beperkte *offerteaanvraag* de opdracht

wordt toegekend aan de inschrijver die de voordeligste regelmatige offerte indient, rekening houdend met de gunningsvoorschriften vermeld in het bestek of in de aankondiging. Direct wordt hieraan toegevoegd dat de aanbestedende overheid eventueel ook kan rekening houden met 'vrije varianten'.

Meteen legt de wetgever zelf een verband tussen het begrip '(vrije) variante' en het begrip 'gunningscriterium'. Om deze reden is een uiteenzetting over de gunningsvoorschriften onvolledig, indien ook niet – zij het – kort wordt ingegaan op het niet steeds éénduidige begrip '(vrije) variante'.

72. In de huidige Belgische wetgeving wordt een onderscheid gemaakt tussen het begrip 'variante' en het begrip 'vrije variante', daar waar onder het regime van de wet van 1976 een onderscheid bestond tussen 'variante' en 'suggestie'.

Een variante is een door de overheid in het bestek *duidelijk omschreven uitvoeringswijze van een opdracht*, die als *alternatief* kan worden gezien voor de basisuitvoeringswijze en hiermee gelijkwaardig is¹⁵². De variante heeft in principe enkel betrekking op de (technische) uitvoering van het ontwerp dat door het bestuur werd opgesteld, zonder dat de conceptie ervan wordt gewijzigd¹⁵³.

De wet van 24 december 1993 voerde het begrip '*vrije variante*' in ter vervanging van het begrip 'suggestie'¹⁵⁴. Ook hier gaat het om een alternatieve uitvoeringswijze. Een vrije variante laat *meer speelruimte* aan de inschrijver, daar hiervan in het bestek geen duidelijke (technische) omschrijving is terug te vinden.

73. Het verschil tussen de 'variante' en de 'vrije variante' kan o.i. als volgt omschreven worden :

Enerzijds gaat een *variante* altijd uit van het bestuur

¹⁴⁹ R.v.St., bvba "TREL", nr. 79.829, 20 april 1999.

¹⁵⁰ R.v.St., Dreamport Incorporated, nr. 85.750, 2 maart 2000.

¹⁵¹ R.v.St., Formanova, nr. 86.905, 25 april 2000; zie ook THIEL, P., *Memento Marchés Publics*, Brussel, Kluwer, 2001, 95, nr. 75.

¹⁵² DE KONINCK, C., *Overheidsaanbestedingen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 182.

¹⁵³ D'HOOGE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 331, nr. 830; VERBEKE, S., "Een vrije variante op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State", *T. Aann.*, 1999, 17.

¹⁵⁴ Het verdwijnen van de term 'suggestie' heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat dit begrip niet gekend is in de Europese regelgeving, maar ook met het feit dat men beperkingen heeft willen opleggen aan het vrij gebruiken van alternatieven door de inschrijvers op gevaar af de gelijkheid der inschrijvers te miskennen : zie D'HOOGE, D., *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Brugge, Die Keure, 1997, 333, nr. 832.

(facultatief of verplichtend) met een nauwkeurige, technische omschrijving in het bestek van het voorwerp, de aard en de draagwijdte¹⁵⁵. Een variante moet dus verplichtend worden voorzien in het bestek.

Anderzijds gaat een *vrije variante* uit van de inschrijver, waarbij zij krachtens artikel 16 van de wet overheidsoopdrachten *moet voldoen* aan de *minimumvereisten* vermeld in het *bestek*. Het bestek moet niet noodzakelijkerwijze de mogelijkheid van een vrije variante voorzien. Het volstaat strikt genomen dat het bestek dit niet verbiedt.

Deze vaststelling dient evenwel genuanceerd te worden, aangezien vrije varianten enkel toegelaten zijn voor zover de vrije variante offertes de *minimumvoorwaarden* zoals vermeld in het bestek vervullen én voor zover deze vrije variante offertes voldoen aan de *eisen* gesteld voor hun indiening. Deze uitdrukkelijke wettelijke bepaling van artikel 16 van de wet overheidsoopdrachten sluit daarenboven aan bij door het bepaalde in artikel 115 K.B. 8 januari 1996, aangezien aldaar wordt gespecificeerd dat, indien het bestek varianten oplegt (verplichte variante) of toestaat (facultatieve variante), het *voorwerp* van die varianten, hun *aard* en *draagwijdte* nader moet worden omschreven in het bestek.

Hieruit valt o.i. af te leiden dat het bestek in welke veronderstelling ook uitdrukkelijk duidelijkheid moet verschaffen over de wenselijkheid van variante offertes en aan welke *technische voorschriften* deze moeten voldoen. Ofwel gaat het om verplichte of facultatieve varianten, en dan dienen deze naar voorwerp, aard en draagwijdte nader in het bestek omschreven te worden. Ofwel gaat het om vrije varianten, en dan dienen de minimumvoorwaarden alsmede de eisen voor hun indiening uitdrukkelijk vermeld te zijn in het bestek. Dit is niets meer of minder dan een toepassing van het transparantiebeginsel.

Ook al lijkt het essentieel kenmerk van een vrije variante te liggen in de (relatieve) vrijheid, de speelruimte, die zelfs betrekking kan hebben op het concept, waarvan een alternatief kan worden voorgesteld door de gegadigden, toch blijft deze speelruimte bijgevolg beperkt door de *technische minimumvoorwaarden* die het bestek vooropstelt.

74. Het onderscheid tussen beide begrippen heeft gevolgen voor de mate waarin een overheid een variante of vrije variante moet/kan aanvaarden of weigeren.

Indien het bestek *geen* mogelijkheid van een *variante* voorziet, dan kunnen de inschrijvers ook geen variante indienen. De overheid zal in dat geval de variante niet in ogenschouw nemen.

Wanneer een *variante verplichtend* wordt opgelegd door de overheid, zijn de inschrijvers ook verplicht in te schrijven voor deze varianten daar anders de inschrijving onregelmatig is. In dat geval moet de overheid echter ook de variante in ogenschouw nemen.

Bij de *facultatieve variante* moet de inschrijver steeds een basisofferte indienen, maar is hij niet verplicht altijd een variante (offerte) in te dienen. Ook in dit geval zal de overheid moeten rekening houden met de ingediende variante offerte.

Ten allen tijde kan een inschrijver vrije *varianten* indienen in het kader van een offerteaanvraag, tenzij het bestek dit verbiedt. De vrije varianten moeten evenwel voldoen aan de minimumeisen die het bestek uitdrukkelijk bepaalt. De overheid is echter niet verplicht om deze vrije varianten in ogenschouw te nemen. De overheid kan echter een vrije variante niet naast zich neerleggen onder het voorwendsel dat de inschrijving voor het basisontwerp onregelmatig is¹⁵⁶.

Krachtens artikel 113, eerste lid van het K.B. van 8 januari 1996, zoals gewijzigd bij K.B. van 25 maart 1999 wordt de opdracht bij een openbare of beperkte *aanbesteding* gegund aan de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend op grond van *één enkele rangschikking* van de *basisofferte én de varianten* (dit zijn dus de variante offertes).

Eenzelfde bepaling is niet op exact dezelfde wijze terug te vinden bij een algemene of beperkte *offerteaanvraag*, aangezien artikel 115, tweede lid, in fine van voormeld K.B., zoals eveneens in 1999 gewijzigd, het enkel heeft over de gunning, “rekening houdend met de opgelegde of toegestane varianten”, alsmede “rekening gehouden met de vrije varianten”. Er wordt derhalve niet uitdrukkelijk bepaald dat de beoordeling gebeurt aan de hand van één enkele rangschikking, al lijkt zich o.i. niets te verzetten tegen dergelijke werkwijze.

75. Tenslotte is er nog het arrest Van Hool dat aangaande de varianten het volgende vaststelt¹⁵⁷ :

“Ofschoon artikel 27, lid 3 van de richtlijn de aanbestedende diensten toestaat varianten in aanmerking te nemen, moet deze bepaling worden gelezen in het licht

¹⁵⁵ R.v.St., Feyens, nr. 14.116, 8 mei 1970.

¹⁵⁶ DE CONINCK, C., *Overheidsaanbestedingen*, Antwerpen, Maklu, 2001, 186.

¹⁵⁷ H.v.J., Van Hool, C-87/94, 26 april 1996, Commissie/België, overwegingen 89-90.

van zowel de beginselen die aan de richtlijn ten grondslag liggen als van artikel 27, lid 2. Opdat gewaarborgd is, dat een opdracht wordt gegund op grond van criteria die aan alle inschrijvers voor de voorbereiding van hun aanbieding bekend zijn, mag een aanbestedende dienst varianten derhalve slechts als gunningscriteria in aanmerking nemen voor zover hij die als dusdanig in het bestek of in de oproep tot mededinging heeft vermeld.

Met betrekking tot het argument van de Belgische regering betreffende de inaanmerkingneming van "suggesties", volstaat de opmerking dat artikel 27, lid 3, van de richtlijn slechts de inaanmerkingneming toelaat van varianten, en niet van suggesties. Bovendien worden zij in de richtlijn nergens als gunningscriteria genoemd, zodat dergelijke suggesties dan ook niet door aanbestedende dienst bij de gunning van de opdracht in aanmerking mogen worden genomen".

In dit uittreksel lezen bepaalde auteurs een categorieke afkeuring vanwege het Hof van Justitie van vrije varianten¹⁵⁸. Ons inziens lijkt het Hof van Justitie niet zover te gaan.

Het Hof van Justitie stelt enkel vast dat alleen die gunningsvoorschriften in ogenschouw kunnen worden genomen, die in het bestek of de aankondiging worden vermeld. Dit is een terechte vaststelling.

Voor het overige overweegt het Hof dat suggesties niet in aanmerking kunnen worden genomen. Ook hier ligt het Hof op dezelfde lijn als de wetgever van 1993, die dergelijke suggesties niet meer heeft voorzien.

Varianten zijn volgens het Hof wel toegelaten, waarbij het Hof nergens uitdrukkelijk stelt dat zij in het bestek of in de aankondiging moeten worden voorzien, behalve dan wanneer zij "als gunningsvoorschriften" worden in aanmerking genomen.

Het komt ons evenwel voor dat vrije varianten nooit als "gunningscriteria" kunnen beschouwd worden, aangezien "varianten" variërende offertes zijn (uitzonderlijk toegelaten, bij uitzondering op het beginsel van de uniciteit van de offerte, zoals uitdrukkelijk voorgeschreven in artikel 103, K.B. 8 januari 1996) waaraan de gunningscriteria dienen getoetst te worden.

Door de invoering in 1999 van de hoger aangehaalde specificeringen in het K.B. 8 januari 1996 nopens de varianten lijkt o.i. aldus voldaan aan de - terechte - bezorgdheid van het Hof van Justitie om willekeur uit te sluiten, wanneer gebruik gemaakt wordt van de techniek van de varianten.

Onrechtstreeks spelen de varianten wel een rol, op het vlak van de gunningscriteria, bijvoorbeeld wanneer uitdrukkelijk de "technische waarde van de voorgestelde offerte" (basis- of variërende offerte) als gunningscriterium is opgenomen. Wie als inschrijver aldus de beste technische oplossing middels een vrije variërende offerte aanbiedt, die voldoet aan de in het bestek bepaalde minimumvoorwaarden en eisen voor hun indiening, zal op die manier betere kansen hebben om de opdracht in de wacht te slepen.

§ 4 – Gunningsvoorschriften bij onderhandelingsprocedure

76. De reglementaire bepalingen inzake gunningsvoorschriften (nl. de artikelen 111 tot en met 115 K.B. 8 januari 1996) zijn niet van rechtswege van toepassing op onderhandelingsprocedures. Artikel 122, laatste lid K.B. 8 januari 1996 bepaalt wel dat deze artikelen door de overheid van toepassing *kunnen* worden verklaard.

Bijgevolg staat het de aanbestedende overheid in principe vrij om te bepalen *welk* gunningsvoorschrift wordt gehanteerd¹⁵⁹. Eens zij echter gunningsvoorschriften heeft bepaald, dient zij zich bij de gunning hiernaar wel te richten, daar anders de gelijkheid der inschrijvers in gevaar komt. Wanneer bijvoorbeeld de overheid bepaalt dat zij zal gunnen aan de economisch voordeligste offerte, dan kan zij zich niet uitsluitend steunen op de prijs.

Bij een onderhandelingsprocedure met bekendmaking is het *gebruik* van gunningsvoorschriften verplicht bij Europese overheidsopdrachten¹⁶⁰ in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot indienen van de offertes. Bij niet-Europese overheidsopdrachten worden

¹⁵⁸ FLAMME, P. en FLAMME, M.-A., "L'affaire des 'Bus wallons'; et la condamnation étonnante des variations libres (ou suggestions) dans les appels d'offres", *T.Aann.*, 1996, 324 e.v.; VERBEKE, S., "Een vrije variërende op een gekend thema – Het arrest nr. 57.593 van 18 januari 1996 van de Raad van State", *T. Aann.*, 1999, 21.

¹⁵⁹ R.v.St., CEI, nr. 27.316, 7 januari 1987.

¹⁶⁰ Artikel 6, § 4, 2° lid, 5° en artikel 32, § 4, 2° lid, 5° en artikel 58, § 4, 2° lid, 5° K.B. 8 januari 1996.

de gunningsvoorschriften “desgevallend” vermeld in de uitnodiging tot indienen van de offertes¹⁶¹. Eenzelfde regeling bestaat in geval van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor Europese opdrachten¹⁶².

77. Ook al kan met Flamme vastgesteld worden dat een onderhandelingsprocedure niet te vergelijken valt met

een beperkte offerte-aanvraag, en dat de onderhandelingsprocedure bijgevolg niet onderworpen is aan het strenge formalisme van toepassing van de beperkte offerte-aanvraag, toch dient betwijfeld te worden of het bestuur terzake over een quasi totale vrijheid beschikt om de opdracht toe te wijzen en te onderhandelen over het eigenlijk contract¹⁶³.

¹⁶¹ Artikel 14, § 3, 2° lid, 4° en artikel 40, § 3, 2° lid, 4° en artikel 66, § 3, 2° lid, 4° K.B. 8 januari 1996.

¹⁶² Artikel 121, in fine, K.B. 8 januari 1996.

¹⁶³ FLAMME, M.A., e.a., *o.c.*, 377, nr. 36 en 379, nr. 38 in fine. Deze auteurs bevestigen weliswaar terecht dat het bestuur niet ontslagen is van de verplichting tot effectieve vergelijking van de offertes in het kader van de gelijke behandeling : 381, nr. 41. Hoe dit dan wel dient te gebeuren wordt evenwel niet nader toegelicht. Het spanningsveld tussen de vrijheid van handelen van het bestuur enerzijds en de verplichting tot gelijke behandeling anderzijds in de onderhandelingsprocedure maakt op zichzelf een studie uit die buiten het bestek van deze bijdrage valt.