

De onderhandelingsprocedures: is er sprake van een paradigmaverschuiving in 2016?

Kris Wauters
Advocaat Janson-Baugniet
Professor UCL

Sophie Bleux
Advocaat Janson-Baugniet
Praktijkassistent KU Leuven

1. Inleiding

1. Een overheidsopdracht beschouwt men in het Belgische bestuursrecht traditioneel als een administratief contract.¹ Dit brengt met zich mee dat de contractpartijen in een andere soort juridische verhouding staan dan het geval is bij een overeenkomst gesloten tussen bijvoorbeeld particulieren. De beslissingen die een overheid neemt en de keuzes die zij maakt, kaderen in beginsel in het algemeen belang. In het raam van een administratief contract zijn ook bijzondere, van het gemeen recht afwijkende regels van toepassing, zo oordeelt in elk geval de traditionele rechtsleer.²

2. Volgens het standaardwerk van MAST brengen administratieve contracten de ongelijkheid van contractanten in het geding.³ Bij de meeste van die overeenkomsten verleent de overheid inderdaad een bepaald voordeel aan de contractpartner. Enkel reeds op grond van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet moet elke potentiële contractpartner vanwege een overheid een gelijke kans krijgen om dit voordeel te bemachtigen. De Raad van State heeft dit dan verder geconcretiseerd door te stellen dat bij de ‘gunning’ van een dergelijke overeenkomst de (administratieve) overheid het beginsel van de gelijke behan-

deling moet respecteren en ervoor moet zorgen dat zij haar voornemen om de overeenkomst te sluiten afdoende bekendmaakt.⁴ Ook het Hof van Justitie lijkt een dergelijke plicht veralgemenend op te leggen als een overheid een economisch voordeel toekent aan een onderneming.⁵

Inzake overheidsopdrachten heeft men het beginsel van de gelijke behandeling vrij snel verder geconcretiseerd. Deze concretisering vond plaats doordat de wetgever plaatsingsprocedures voorzag.⁶ Deze procedures zijn de concrete wijze waarop een (aanbestedende) overheid haar contractpartner kiest. Zij moeten waarborgen dat de overheid de geïnteresseerde ondernemingen gelijk behandelt vanaf het begin van de plaatsingsprocedure tot de keuze van de contractpartner. Zij zijn aldus een concretisering van het gelijkheidsbeginsel en van de daaruit voortvloeiende transparantieplicht.

3. Artikel 22 van de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit voorzag twee plaatsingsprocedures: de aanbesteding en de zogenaamde onderhandse procedure. Deze laatste beschouwde men als een uitzonderingsprocedure, waarbij de wetgever op een limitatieve wijze de gevallen opsomt waarbij een overheid een beroep kan doen op deze procedure.⁷ De plaats en de betekenis van de onderhandse procedure, die men vanaf de wet van 24 december 1993 onder invloed van de Europese richtlijnen de onderhandelingsprocedure ging noemen⁸, bleef binnen de an-

¹ Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 157, nr. 143; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 398, nr. 725. Sinds naar Belgisch recht een aanbestedende overheid ook een privaatrechtelijke rechtspersoon kan zijn, rijst echter de vraag of een overheidsopdracht in alle omstandigheden een zogenaamd administratief contract is.

² S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER en K.-J. VANDORMAEL, “Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiek recht” in *Preadviezen 2015*, Den Haag, Bju, 2015, 45.

³ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2017, 157, nr. 143; D. RENDERS, *Droit administratif général*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 398, nr. 725.

⁴ Zie K. WAUTERS en A.-S. VANWINSEN, “Domeingoederen – welke contractuele rechten?” in *Liber amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 346-350.

⁵ Voor een zeer recent overzicht van deze rechtspraak zie S. VAN GARSE en M. LERNOUT, “Erfpacht en opstal & de overheid” in N. CARETTE (ed.), *Erfpacht en opstal*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 251-255.

⁶ Zie reeds art. 22 van de wet van 15 mei 1846 op de Rijkscomptabiliteit.

⁷ M.-A. FLAMME, *Traité théorique et pratique des marchés publics*, T. 1, Bruxelles, Bruylant, 1969, 181, nr. 127.

⁸ Art. 17 wet 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten, BS 31 december 1993, 29.257.



dere plaatsingsprocedures ongewijzigd tot en met de wet van 15 juni 2006.⁹

Het is deze specifieke procedure die voorwerp is van huidige bijdrage. Bijgevolg laat de bijdrage de concurrentiedialoog en het innovatief partnerschap buiten beschouwing, hoewel deze procedures ook onderhandelingen toelaten. Daarbij beperkt de bijdrage zich ook hoofdzakelijk tot de klassieke sectoren.

De vraag rijst in welke mate de ‘onderhandelingsprocedure’ in al haar vormen wijzigingen heeft ondergaan als gevolg van de richtlijnen goedgekeurd in 2014 en omgezet naar Belgisch recht bij wet van 17 juni 2016.¹⁰ Teneinde echter te kunnen nagaan of er sprake is van wijzigingen, dient eerst het voorafgaande systeem geschetst te worden. Moet men dan op grond van die vaststellingen besluiten dat de onderhandelingsprocedure een paradigmaverschuiving heeft ondergaan? Naast de vraag naar de mogelijke wijzigingen trachten de auteurs ook na te gaan in welke mate de bestaande rechtspraak van de Raad van State nog relevant zal zijn bij de toepassing van de nieuwe wetgeving.

2. Historiek

4. De auteurs schetsen in dit onderdeel kort de historiek over de aanwezigheid van de ‘onderhandelingsprocedure’ binnen het Europese systeem inzake de plaatsing van overheidsopdrachten. Het lijkt de auteurs niet meer relevant om het systeem van de onderhandse procedure hierbij te betrekken.

2.1. Ontstaan en evolutie van de onderhandelingsprocedure binnen de Europese Richtlijnen

5. In de eerste generatie richtlijnen hanteerde men nog niet het begrip ‘onderhandelingsprocedure’. Men voorzag enkel in artikel 9 van Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en artikel 6 van Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen een aantal situaties waarbij een aanbestedende dienst geen beroep diende te doen op de openbare en niet-openbare procedures.

In het *Praktisch commentaar* van 1986 hanteert professor FLAMME het begrip ‘onderhandse aanbesteding’ om deze situaties te typeren, waarbij hij een Belgisch begrip plakt op de

methode gehanteerd in voornoemde bepalingen. Hij bevestigt wel reeds dat de gevallen opgesomd in deze bepalingen limitatief zijn.¹¹ Er is echter nog geen sprake van onderhandelingen.

6. Pas bij de wijziging van voormelde eerste generatie richtlijnen ziet de onderhandelingsprocedure (met en zonder bekendmaking) het levenslicht. Volgens de overwegingen van Richtlijn 89/440/EEG van de Raad van 18 juli 1989 tot wijziging van Richtlijn 71/305/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken introduceerde men de nieuwe procedure om de volgende redenen:

“Overwegende dat het aanbeveling verdient een procedure van gunning via onderhandelingen in te stellen, zoals deze in sommige Lid-Staten in de praktijk reeds bestaat, ten einde het gebruik van de bij artikel 9 van Richtlijn 71/305/EEG ingestelde uitzonderingsprocedure te beperken.

Overwegende dat de procedure van gunning via onderhandelingen als uitzondering moet worden beschouwd en daarom slechts dient te worden toegepast in een beperkt aantal uitdrukkelijk genoemde gevallen.”

Eenzelfde idee vindt men terug in de overwegingen opgenomen in Richtlijn 88/295/EEG van de Raad van 22 maart 1988 tot wijziging van Richtlijn 77/62/EEG betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, alsmede tot intrekking van sommige bepalingen van Richtlijn 80/767/EEG.

Het is duidelijk dat de Europese regelgever de onderhandelingsprocedure reeds van bij het ontstaan ervan heeft geconcipeerd als een uitzonderingsprocedure. Daarbij maakte men toen reeds een onderscheid tussen de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en deze zonder bekendmaking. Hoe deze procedure diende te verlopen vermeldde de Europese regelgever niet verder.

De situaties of gronden waar een aanbestedende overheid gebruik kan maken van de onderhandelingsprocedure, zijn uitdrukkelijk opgesomd in de twee wijzigingsrichtlijnen. Het is daarbij opmerkelijk dat de opdeling, wat betreft de situaties of gronden, voor gebruik van de onderhandelingsprocedure met en zonder voorafgaande bekendmaking verschillend is tussen Richtlijn 89/440/EEG (werken) en Richtlijn 88/295/EEG.

Hieraan brengt men weinig wijzigingen in de volgende generatie richtlijnen.¹²

⁹ Vrij complete, specifieke studies over de onderhandelingsprocedure onder toepassing van de wet van 24 december 1993 of de wet van 15 juni 2006 vindt men terug bij P. FLAMEY, J. GHYSELS en S. KNAEPEN, “De onderhandelingsprocedure in de klassieke sectoren van de overheidsopdrachten” in C. DE KONINCK (ed.), *Actuele vraagstukken van het Overheidsopdrachtenrecht*, Antwerpen, Maklu, 2002, 109-185; A.L. DURVIAUX, “La procédure négociée: spécificités, opportunités et contraintes” in D. RENDERS en K. WAUTERS (eds.), *Actualia overheidsopdrachten*, Brussel, Larcier, 2010, 79-170.

¹⁰ Wet 17 juni 2016 inzake overheidsopdrachten (hierna: Overheidsopdrachtenwet 2016). Deze wet is in werking getreden op 30 juni 2017.

¹¹ M.-A. FLAMME, P. MATHEÏ en P. FLAMME, *Praktische Commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Brussel, Nationale confederatie van het bouwbedrijf, 1986, 49.

¹² Richtlijn 93/37/EEG van de Raad, 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Richtlijn 93/36/EEG van de Raad, 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen. Richtlijn 92/50/EEG van de Raad, 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.



7. De voorlaatste generatie richtlijnen inzake overheidsopdrachten¹³ is op een aantal punten zeer innovatief, doch inzake de onderhandelingsprocedure is er geen ware trendbreuk te bespeuren ten opzichte van de tweede generatie richtlijnen. De focus lag in 2004 eerder op de consolidatie van de richtlijnen inzake werken, leveringen en diensten in één enkele richtlijn, het introduceren van een nieuwe plaatsingsprocedure (de concurrentiedialoog), het invoeren van de elektronische procedure en het lanceren van de voorbehouden opdrachten.

Niettemin is Richtlijn 2004/18/EG Klassieke sectoren noemenswaardig in het kader van de onderhandelingsprocedure. Richtlijn 2004/18/EG Klassieke sectoren voerde een aantal expliciete regels in inzake het verloop van de onderhandelingsprocedure met als doel de bestaande regels te verduidelijken.¹⁴ Het ging echter eerder om het inschrijven van een aantal principes. Zo schreef de Europese regelgever het principe van de onderhandeling in en meer concreet wees hij erop dat de aanbestedende overheden dienden te onderhandelen met de inschrijvers over de door hen ingediende inschrijving teneinde deze aan te passen aan de eisen bekendgemaakt in de opdrachtdocumenten (art. 30, 2^e lid Richtlijn 2004/18/EG). Daarnaast werd het respecteren van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel uitdrukkelijk voorgeschreven.

Meer concreet in het kader van de onderhandelingen dienden de aanbestedende entiteiten erover te waken dat er geen discriminerende informatie wordt meegegeeld die sommige inschrijvers kan bevoordelen boven andere (art. 30, 3^e lid Richtlijn 2004/18/EG). Ten slotte beschikten aanbestedende entiteiten over de mogelijkheid om de procedure van gunning te verdelen in opeenvolgende fases teneinde het aantal inschrijvingen waarover onderhandeld moet worden, te verminderen middels toepassing van gunningscriteria die bekendgemaakt zijn in de opdrachtdocumenten (art. 30, lid 4 Richtlijn 2004/18/EG). Het verloop van de onderhandelingsprocedure kende echter geen verdere concretisering.

Volgens S. ARROWSMITH waren deze expliciete regels inzake het gebruik van de onderhandelingsprocedure niet werkelijk vernieuwend, maar verduidelikten zij eerder het bestaande kader inzake de onderhandelingsprocedure.¹⁵

In de openbare en de niet-openbare procedure kan er geen sprake zijn van onderhandelingen. Wanneer de regelgeving onderhandelingen toelaat, dan kan dit enkel in door de regelgever restrictief omschreven situaties. Het wantrouwen ten aanzien van de onderhandelingsprocedure bleef bestaan. Dit

wantrouwen was vooral een wantrouwen ten aanzien van de aanbestedende overheden, namelijk dat zij niet het beginsel van de gelijke behandeling zouden naleven in minder formalistische procedures. Verder was er geen concrete omkadering inzake het verloop van de plaatsingsprocedure.

2.2. De (r)evolutie onder Richtlijn 2014/24/EU¹⁶

8. Eén van de doelstellingen van de Europese Commissie bij het voorstellen van nieuwe ontwerpen van richtlijnen in 2011 was het zorgen voor meer flexibiliteit in de plaatsingsprocedures.¹⁷ Een extreme keuze dienaangaande was geweest dat de Europese regelgever, net zoals in de speciale sectoren, van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking een standaardprocedure had gemaakt.¹⁸ Dit zou dan voor gevolg hebben gehad dat aanbestedende overheden in elke situatie voor deze procedure hadden kunnen kiezen.

Deze laatste keuze maakte de Europese regelgever echter niet in 2014. Bedoeling van de nieuwe richtlijnen was wel om de situaties waarbij onderhandelingen mogelijk zijn, uit te breiden. Dit veruitwendigt zich onder meer in het uitbreiden van de gevallen waarin een aanbestedende overheid een beroep kan doen op de onderhandelingsprocedure in de strikte zin van het woord, de veralgemening van het gebruik van de concurrentiedialoog en het voorzien van een nieuwe plaatsingsprocedure, het innovatiepartnerschap. Het achterliggende idee zou moeten zijn dat tijdens onderhandelingen aanbestedende overheden nog meer kunnen specificeren wat ze willen. Het zou moeten leiden tot een performantere uitvoering van de overeenkomst.

9. De Europese regelgever koos ervoor om de ‘onderhandelingsprocedure met bekendmaking’ te vervangen door een plaatsingsprocedure met een nieuwe naam, nl. de ‘mededingsprocedure met onderhandeling’. Buiten de hoger vermeldde wijziging is vooral de naamswijziging belangrijk. Dit laatste zou het belang van onderhandelingen moeten onderlijnen. Men vindt echter wel meer omkadering van de procedure en van de onderhandelingen terug in de wetteksten. Dit perkt de manoeuvreerruimte van overheden iets meer in.

3. De recente wijzigingen

3.1. Algemeen

10. Bij de introductie van de onderhandelingsprocedure voorzag de Europese regelgever de toepassingsgevallen waarin een

¹³ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad, 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (hierna: Richtlijn 2004/18/EG Klassieke sectoren) en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad, 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

¹⁴ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 192 en 194.

¹⁵ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 194.

¹⁶ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad, 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (hierna: Richtlijn 2014/24/EU).

¹⁷ COM(2011)896 final, 8.

¹⁸ Over de keuze tussen het al dan niet uitbreiden van de mogelijkheden tot onderhandelen zie S. TREUMER, “Flexible Procedures or Ban on Negotiations? Will More Negotiation Limit the Access to the Procurement Market?”, in G. SKOVGAARD ØLYKKE, C. RISVIG HANSEN en C.D. TVARNØ (eds.), *EU Public Procurement – Modernisation, Growth and Innovation*, Kopenhagen, Djøf Publishing, 2012, 135 e.v.



aanbestedende overheid gebruik kon maken van deze procedure. Hij voorzag echter geen concrete regels hoe deze procedure diende te verlopen. Dit kwam slechts voor de eerste maal aan bod in Richtlijn 2004/18/EG.¹⁹ De Europese regelgever behandelde dit element echter slechts heel summier.

De Belgische regelgever regelde het verloop van de onderhandelingsprocedure iets concreter.²⁰ De wet overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten van 15 juni 2006²¹ regelde enkel de toepassingsgevallen waarin een aanbestedende overheid gebruik kon maken van de onderhandelingsprocedure met en zonder bekendmaking. Het verloop van de onderhandelingsprocedure vond men daarentegen specifiek terug in het koninklijk besluit plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011 (hierna: KB Plaatsing 2011). De regelgeving maakte duidelijk dat beide onderhandelingsprocedures uitzonderingsprocedures bleven.

De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking was het soepelste regime van de twee en week op meerdere punten af van de algemeen geldende regels inzake de plaatsing van overheidsopdrachten. Zo bevatte artikel 106 van het KB Plaatsing 2011 een opsomming van artikelen uit het KB Plaatsing 2011 die in beginsel niet van toepassing waren bij de plaatsing van overheidsopdrachten middels een dergelijke gunningsprocedure. Niettemin voorzag de regelgever in de mogelijkheid voor de aanbestedende diensten om deze artikelen, die zodoende niet automatisch van toepassing waren, toch van toepassing te verklaren in de opdrachtdocumenten. Het gaat hier in hoofdzaak om de plicht tot het voorzien van technische specificaties in de opdrachtdocumenten, en het reglementair kader inzake de verbintenistermijn en inzake de selectie.

De onderhandelingsprocedure met bekendmaking leunde daarentegen al meer aan bij het algemene systeem inzake de plaatsing van overheidsopdrachten. Enkel de bepaling inzake de verbintenistermijn van een offerte was niet dwingend van toepassing.

De regelgever liet nog veel vrijheid aan de aanbestedende entiteiten, die echter zichzelf wel konden binden via de inhoud van de opdrachtdocumenten. Ter zake kan men verwijzen naar bepalingen inzake de regelmatigheid van de offerte en de wijze waarop de onderhandelingen vorm dienden te krijgen. De onderhandelingsprocedure was op dat punt vormvrij en de aanbestedende overheid kon op een discretionaire wijze de spelregels bepalen, mits zij natuurlijk het beginsel van de gelijke behandeling respecteerde.²²

11. De regelgever liet aldus aangaande de organisatie van de plaatsingsprocedure een ruime discretionaire bevoegdheid aan de aanbestedende overheden. De Raad van State heeft echter in zijn rechtspraak deze discretionaire bevoegdheid omka-

derd en dit op grond van een aantal beginselen. Dit 'kader' diende enerzijds om de regels die de aanbestedende overheid zichzelf oplegde voor het doorlopen van de onderhandelingsprocedure, te toetsen en anderzijds om het handelen van die overheid tijdens de procedure te toetsen.

De Raad van State erkende nadrukkelijk het flexibele kader van de onderhandelingsprocedure, waarbij een grote vrijheid werd gelaten aan de aanbestedende entiteiten om deze in te richten en te doorlopen.²³ Steeds wees de Raad van State er evenwel op dat deze flexibiliteit begrensd is door het gelijkheidsbeginsel en de regels die de aanbestedende overheid in haar bestek zelf heeft bepaald, ook wel bekend als de *patere legem quam ipse fecisti*-plicht.²⁴ De Raad van State kon hierbij natuurlijk steunen op de artikelen 5 en 26, § 3 van de Overheidsopdrachtenwet 2006 en, wat betreft de onderhandelingsprocedure met bekendmaking voor Europese overheidsopdrachten, tevens op artikel 109 van het KB Plaatsing.

12. Richtlijn 2014/24/EU voorziet in twee onderhandelingsprocedures, nl. de mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.²⁵ De Belgische wetgever heeft hier een derde onderhandelingsprocedure aan toegevoegd, zijnde de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.²⁶

3.2. Standaard of uitzondering?

13. Een eerste evolutie die mogelijkerwijze te onderlijnen valt, is het mogelijk nieuwe statuut van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Daar waar men deze plaatsingsprocedure vanuit de wetgeving en regelgeving vóór 2014 beschouwde als een uitzonderingsprocedure, was het de bedoeling van de Europese regelgever om minstens het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking aan te moedigen.

Deze plaatsingsprocedure is nu bekend onder de benaming 'mededingingsprocedure met onderhandeling'. Gezien de wijziging in perceptie, catalogeren sommige auteurs deze laatste procedure niet meer onder de uitzonderingsprocedures. Zij spreken eerder van een bijzondere procedure ('a special procedure').²⁷

De toegenomen interesse in de mededingingsprocedure met onderhandeling blijkt het gevolg te zijn van het bijzonder grote succes van deze procedure bij grensoverschrijdende aan-

¹⁹ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 194.

²⁰ Hoofdstuk 7, afdeling 2 van het KB plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15 juli 2011.

²¹ Hierna: Overheidsopdrachtenwet 2006.

²² Zie ook S. VAN GARSE, "Artikel 26" in S. VAN GARSE (ed.), *Artikelsgewijze commentaar op de (nieuwe) wetgeving overheidsopdrachten*, Brussel, Politeia, nrs. 2 en 3.

²³ RvS 15 september 2016, nr. 235.777, *BVBA Versluys Bouwgroep e.a.*; RvS 18 oktober 2011, nr. 215.797, *NV DC Industrial*.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Art. 29 Richtlijn 2014/24/EU (mededingingsprocedure met onderhandeling) en art. 32 Richtlijn 2014/24/EU (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking).

²⁶ Art. 38 (mededingingsprocedure met onderhandeling), art. 41 (vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) en art. 42 (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking).

²⁷ P. TELLES en L. BUTLER, "Public procurement award procedures in Directive 2014/24/EU" in F. LICHÈRE, R. CARANTA en S. TREUMER (eds.), *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Kopenhagen, Djøf Publishing, 2014, 132-133.



bestedingen.²⁸ Aangezien vanuit Europa de wetgeving inzake overheidsopdrachten tot doel heeft grensoverschrijdende handel binnen de Unie te bevorderen, is het niet geheel onlogisch dat de Europese regelgever deze plaatsingsprocedure, die op dat punt zijn meerwaarde heeft bewezen, stimuleert. De Europese regelgever koestert de hoop dat men bij een groter gebruik van deze plaatsingsprocedure de grensoverschrijdende handel zal stimuleren.²⁹ De behoefte van aanbestedende overheden aan extra flexibiliteit was één van de uitgangspunten/drijfveren voor de hervorming van 2014.³⁰

De Europese wetgever is daarbij evenwel niet blind geweest voor de mogelijke gevaren bij het hanteren van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Enerzijds blijft men de procedure beperken tot de situaties die expliciet vermeld zijn in de regelgeving. Anderzijds is de bezorgdheid vertaald in een concreet regelgevend kader voor het verloop van de procedure. Dit regelgevend kader dient de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie te waarborgen.³¹

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bekijkt men evenwel nog steeds met de nodige argwaan, hetgeen niet verwonderlijk is. Het transparantiebeginsel, dat geldt als uitgangspunt en basisbeginsel in het kader van de overheidsopdrachtenreglementering, botst immers in bepaalde mate met de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit is één van de redenen waarom de toepassingsgevallen zeer eng gedefinieerd zijn en men deze bovendien strikt dient te interpreteren. De toepassing van deze procedure is nog meer beperkt tot zeer uitzonderlijke omstandigheden.³²

14. In beginsel kiest een aanbestedende overheid vrij welke plaatsingsprocedure zij zal aanwenden. Deze vrije keuze geldt wat betreft de openbare en de niet-openbare gunningsprocedure. Ondanks het gegeven dat de Europese regelgever onderhandelingen aanmoedigt, geldt deze vrije keuze niet voor wat betreft de mededingingsprocedure met onderhandeling, de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Een aanbestedende overheid kan immers slechts een beroep doen op deze gunningswijzen in de gevallen die limitatief opgesomd zijn in de Overheidsopdrachtenwet 2016. Meer concreet kan een aanbestedende overheid enkel een beroep doen op de mededingingsprocedure met onderhandeling in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 38, § 1 van voormelde wet, op de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 41, § 1 van voormelde wet en op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking in de gevallen die limitatief zijn opgesomd in artikel 42, § 1 van voormelde wet.

²⁸ Richtlijn 2014/24/EU, overw. 42.

²⁹ Richtlijn 2014/24/EU, overw. 42.

³⁰ K. WAUTERS en S. BLEUX, "A New Generation of Public Procurement Directives: Background, Objectives and Results" in Y. MARIQUE en K. WAUTERS (eds.), *EU Directive 2014/24 on Public Procurement*, Brussel, Larcier, 2016, 18-23.

³¹ Richtlijn 2014/24/EU, overw. 45.

³² Richtlijn 2014/24/EU, overw. 50.

Bijgevolg zullen de aanbestedende overheden, wanneer zij gebruik willen maken van één van deze plaatsingsprocedures, het bewijs moeten leveren van de toepasselijkheid van die gevallen.³³ Bovendien zal het onderzoek naar de toepasbaarheid van de grondslag vóór de keuzebeslissing moeten plaatsvinden. Op dit punt lijkt er, aangezien het nog steeds gaat om plaatsingsprocedures die slechts in welbepaalde gevallen kunnen worden aangewend, geen wijziging te zijn ten opzichte van de vorige regelgeving.³⁴ Het gegeven dat de mededingingsprocedure met onderhandeling niet gepercipieerd wordt als een uitzonderingsprocedure³⁵, doet hieraan geen afbreuk, aangezien aanbestedende overheden niet vrij kunnen kiezen om deze procedure aan te wenden.

Zo zullen de aanbestedende overheden, zoals voorheen, bij gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en de mededingingsprocedure met onderhandelingen gehouden zijn aan de plicht tot formele motivering zoals deze voortvloeit zowel uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen als uit artikel 4 van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies.³⁶ De rechtsbeschermingswet voorziet niet in een formele motiveringsplicht bij gebruik van de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Het motief voor het gebruik van deze plaatsingsprocedure is onmiddellijk objectief vast te stellen. Aangezien het gaat om een motief dat inherent is aan de situatie, dient een beroep op deze procedure niet gemotiveerd te zijn en volstaat een verwijzing

³³ Vóór de wet van 17 juni 2016: RvS 26 mei 2011, nr. 213.470, *NV Albatros Contracting*: "Een aanbestedende overheid kiest in beginsel vrij welke van de gunningsprocedure zij wenst aan te wenden. Overeenkomstig artikel 13 van de wet van 24 december 1993, geldt dit echter niet wat de onderhandelingsprocedure betreft, nu op deze gunningswijze slechts een beroep mag worden gedaan in de gevallen limitatief opgesomd in artikel 17, §§ 2 en 3, van de wet van 24 december 1993. De onderhandelingsprocedure is een uitzonderingsprocedure en de afwijkingen op de algemene regels betreffende de offerteaanvraag en de aanbesteding dienen strikt te worden geïnterpreteerd. De aanbestedende overheid die zich op één van de gevallen opgesomd in artikel 17, §§ 2 en 3 beroept, dient het bewijs te leveren van de toepasselijkheid van die gevallen. Voorts moet het onderzoek naar de toepasbaarheid van de ingeroepen uitzonderingsgrond vóór het nemen van de beslissing plaatsgrijpen niet pas nadien."; RvS 3 februari 2011, nr. 211.015, *VZW Bilzerse Ambulancedienst*; RvS 18 januari 2011, 210.497, *NV SCA Hygiene Products* en RvS 15 juli 2008, nr. 185.406, *NV Esri Belux*.

³⁴ Minstens wat betreft de mededingingsprocedure met onderhandeling en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

³⁵ Zie o.a. N. KIEKENS, "Wijzen van gunning" in D. D'HOOGHE (ed.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, 238, nr. 386.

³⁶ Art. 4, eerste lid, 1° (onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging) en 2° (mededingingsprocedure met onderhandeling). Vóór de wet van 17 juni 2016: RvS 6 januari 2017, nr. 236.968, *NV Recutex e.a.* en RvS 27 juni 2014, nr. 227.922, *NV Fedimmo*.



naar het desbetreffende artikel uit de overheidsopdrachtenreglementering.³⁷

4. Gevallen

4.1. Algemene bevindingen

15. De toepassingsgevallen waarbij een aanbestedende overheid gebruik kan maken van één van de drie plaatsingsprocedures met onderhandelingen, zijn per plaatsingsprocedure opgesomd.

De toepassingsgevallen stemmen niet geheel overeen met de toepassingsgevallen onder de vorige overheidsopdrachtenreglementering. Een aantal toepassingsgevallen verdwijnen en een aantal nieuwe toepassingsgevallen verschijnen. Bovendien maakt de regelgever het onderscheid tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten niet altijd en lijkt het minstens dat hij een grotere uniformiteit heeft gecreëerd tussen deze drie soorten overheidsopdrachten.

16. Een andere vaststelling is dat wat betreft Richtlijn 2014/24/EU, de toepassingsgevallen voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen identiek zijn aan deze voor de concurrentiegerichtte dialoog.³⁸ Binnen de Belgische rechtsorde zijn er voor de mededingingsprocedure met onderhandelingen twee toepassingsgevallen die enkel gelden voor deze plaatsingsprocedure en dit bovenop de toepassingsgevallen die beide plaatsingsprocedures gemeen hebben.

Aanbestedende overheden hebben dus de keuze tussen twee flexibele plaatsingsprocedures, zijnde de mededingingsprocedure met onderhandelingen en de concurrentiegerichtte dialoog. Men zou dan de vraag kunnen stellen waarom men beide procedures nog onderscheidt. Het enige wat het onderscheid nog rechtvaardigt, is de wijze waarop elk van beide plaatsingsprocedures verloopt. Bij een concurrentiegerichtte dialoog vinden de ‘onderhandelingen’ plaats alvorens de aanbestedende overheid het bestek opstelt. Bij een onderhandelingsprocedure is er reeds een bestek en heeft de overheid ook al bepaalde keuzes gemaakt, alvorens zij eventueel gaat onderhandelen.

³⁷ Vgl. I. OPDEBEEK en A. COOLSAET, “Aard van de formele motiveringsplicht” in I. OPDEBEEK en A. COOLSAET (eds.), *Formele motivering van bestuurshandelingen*, Brugge, die Keure, 2013, 168-169: “motieven die gekend zijn door de bestuurde of die evident zijn, moet een overheid niet vermelden in een beslissing”. Zie ook meer concreet aangaande het beroep op de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking op grond van het lage bedrag van de opdracht: P.-O. DE BROUX, “Les marches publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs” in P. JADOUX en S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La motivation formelle des actes administratifs*, Brussel, La Charte, 2005, 262-263, nr. 63.

³⁸ J. DAVAY, “Procedures involving Negotiation in the New Public Procurement Directive: Key Reforms to the Grounds for Use and the Procedural Rules”, *Public Procurement Law Review* 2014, 103 en M. BURNETT, “The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24 – What Might They Mean for PPP?”, *EPPL* 2015, 64.

4.2. Mededingingsprocedure met onderhandelingen

4.2.1. Europees kader

17. De toepassingsgevallen waarin een aanbestedende overheid een beroep kan doen op de mededingingsprocedure met onderhandeling, zijn uitgebreid en zijn bovendien gelijkgetrokken voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.³⁹

De mededingingsprocedure met onderhandelingen beschouwt men minder als een uitzonderingsprocedure omdat de lidstaten nu de plicht hebben om te voorzien in deze plaatsingsprocedure en anderzijds omdat er een bredere waaier van toepassingsgevallen is.

Bovendien blijkt dit ook uit overweging 42 bij Richtlijn 2014/24/EU: “De lidstaten moeten kunnen voorzien in het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandelingen of de concurrentiegerichtte dialoog, in verschillende situaties waarin de openbare of niet-openbare procedure zonder onderhandelingen waarschijnlijk niet tot bevredigende aanbestedingsresultaten leiden is benut.”

S. ARROWSMITH leidt uit deze omstandigheden af dat men deze plaatsingsprocedure niet meer kan beschouwen als een uitzonderingsprocedure, waardoor een strikte interpretatie van de toepassingsgevallen zich minder lijkt op te dringen.⁴⁰

Zoals reeds hoger aangegeven, vloeit uit de bepalingen van de richtlijn zelf geen derde categorie van plaatsingsprocedures voort, die tussen de standaardprocedures en de uitzonderingsprocedures in zitten. Wij zien ook niet direct fundamentele wijzigingen in de wijze waarop de Europese regelgever het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling voorstelt. Het Hof van Justitie heeft van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking een uitzonderingsprocedure gemaakt, omdat de aanbestedende overheid deze enkel kon kiezen in de gevallen opgesomd in de richtlijn.⁴¹ Dit laatste is niet anders onder de nieuwe Richtlijn klassieke sectoren voor de mededingingsprocedure met onderhandeling. Het feit dat artikel 26.6 van Richtlijn 2014/24/EU bijkomend stelt dat een aanbestedende overheid de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking niet kan gebruiken in andere gevallen dan die vermeld in de richtlijn en dit niet vermeldt voor de mededingingsprocedure met onderhandeling, verandert niets aan voornoemde vaststelling.

Wij menen dan ook dat het helemaal niet zeker is dat het Hof van Justitie de toepassingsgevallen die een beroep op de mededingingsprocedure met onderhandeling verantwoorden, minder strikt zal interpreteren. In elk geval lijkt het ons zo te zijn dat de Raad van State zich voorlopig zal moeten houden aan een strikte interpretatie. Immers, een andere uitlegging

³⁹ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 878.

⁴⁰ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 879 en 976.

⁴¹ Zie o.a. HvJ 10 april 2003, *Commissie/Duitsland*, nr. C-20/01 en C-28/01.



lijkt enkel te zijn weggelegd voor het Hof van Justitie in het Europeesrechtelijke rechtsbeschermingssysteem.

18. Richtlijn 2014/24/EU voorziet in vijf specifieke toepassingsgevallen voor het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandelingen. Vier van de vijf toepassingsgevallen zijn nieuw en kwamen niet voor in Richtlijn 2004/18/EG.

Niet enkel introduceerde de richtlijn nieuwe toepassingsgevallen. Zij schrapt twee van de vier toepassingsgevallen onder Richtlijn 2004/18 EG. De volgende toepassingsgevallen komen niet meer voor:

“in buitengewone gevallen, wanneer het werken, leveringen of diensten betreft waarvan de aard en de onzekere omstandigheden een vaststelling vooraf van de totale prijs niet mogelijk maken”

“in het geval van overheidsopdrachten voor werken, wanneer het werken betreft die uitsluitend worden uitgevoerd ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling, en niet met het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken”.

19. Artikel 26, vierde lid, a van Richtlijn 2014/24/EU voorziet in vier toepassingsgevallen:

- 1) wanneer niet kan worden “voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen”;
- 2) wanneer de werken, leveringen of diensten “onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen” betreffen;
- 3) wanneer de opdracht niet kan worden gegund “zonder voorafgaande onderhandelingen, wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico’s”;
- 4) wanneer de aanbestedende dienst niet nauwkeurig genoeg de technische specificaties kan vaststellen “op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van bijlage VII”.

J. DAVEY omschrijft deze als volgt: de aanpassingsgrond, de designgrond, de complexiteitsgrond en de technische specificatiegrond.⁴²

De eerste twee gronden betreffen in wezen eenzelfde situatie, nl. de situatie waarin voor de betrokken werken, diensten of leveringen geen gemakkelijk beschikbare oplossingen voorradig zijn op de markt maar daarentegen aanpassingen of ontwikkelingen nodig zijn opdat zij zouden kunnen voldoen aan de behoeften van de aanbestedende dienst.⁴³ Beide toepassingsgeval-

len vormen een vertaling van overweging 43 van Richtlijn 2014/24/EU. Wat betreft overheidsopdrachten voor werken, gaat het onder meer om werken die geen standaardgebouwen zijn. Inzake diensten en leveringen verwijst overweging 43 naar de volgende opdrachten: “complexe aankopen zoals geavanceerde producten, intellectuele diensten, zoals bepaalde consultancy-, architectuur of ingenieursdiensten, of grote ICT-projecten”.

Het derde en vierde toepassingsgeval lijken een overname te zijn, weliswaar in gewijzigde vorm, van een reeds eerder bestaand toepassingsgeval. Richtlijn 2004/18/EG voorziet in het gebruik van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking wanneer het ging om diensten in de zin van categorie 6 van bijlage II A en om intellectuele diensten “voorzover de aard van de te verlenen diensten de specificaties voor de opdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld om de opdracht overeenkomstig de voorschriften inzake openbare of niet-openbare procedure door de keuze van de beste inschrijving te gunnen”.⁴⁴ Het derde en vierde toepassingsgeval lijken beide voort te borduren op het hierboven geciteerde toepassingsgeval voorzien in Richtlijn 2004/18/EG.

Het derde toepassingsgeval lijkt overeen te stemmen met de situatie waarin een aanbestedende overheid geen gebruik kan maken van de openbare of niet-openbare gunningsprocedure, gezien de aard van de opdracht. Men kan in het raam van dit toepassingsgeval een beroep doen op de mededingingsprocedure met onderhandelingen wanneer de aanbestedende overheid de opdracht niet kan gunnen zonder voorafgaande onderhandelingen. Dit heeft natuurlijk automatisch voor gevolg dat de standaardprocedures niet in aanmerking komen. De omstandigheden waardoor een aanbestedende overheid geen gebruik kan maken van een andere plaatsingsprocedure zonder onderhandelingen zijn nu uitdrukkelijk gedefinieerd, in tegenstelling tot onder Richtlijn 2004/18/EG. Het moet gaan om specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden van de opdracht of de daaraan verbonden risico’s. Aangezien de omstandigheden vrij ruim zijn omschreven, lijkt er geen sprake te zijn van een beperking ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG.

Anderzijds lijkt het vierde toepassingsgeval ook – minstens wat betreft het uitgangspunt – in grote mate overeen te stemmen met het hierboven aangehaalde toepassingsgeval uit Richtlijn 2004/18/EG. Meer concreet: het element dat “door de aard van de te verlenen diensten de specificaties voor de opdracht niet voldoende nauwkeurig kunnen worden vastgesteld” stemt enigszins overeen met het vierde toepassingsgeval, waar het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandelingen wordt voorzien wanneer de technische specificaties niet nauwkeurig genoeg kunnen worden vastgesteld. In tegenstelling tot Richtlijn 2004/18/EG, heeft de Europese wetgever nu wel aangegeven wat men moet verstaan onder “niet nauwkeurig genoeg kunnen worden vastgesteld”. Als leidraad gelden hier de geldende normen, de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties en het technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van Bijlage VII.

⁴⁴ Art. 30, eerste lid, c Richtlijn 2004/18/EG.

⁴² J. DAVEY, “Procedures Involving Negotiation in the New Public Procurement Directive: Key Reforms to the Grounds for Use and the Procedural Rules”, *Public Procurement Law Review* 2014, 104.

⁴³ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 880.



20. De richtlijn geeft in artikel 26, vierde lid evenwel niet aan of het dient te gaan om een significante aanpassing, een uitzonderlijke innovatie of om aanzienlijke technische specificaties die niet nauwkeurig kunnen worden vastgelegd.⁴⁵ De richtlijn lijkt zodoende op het eerste gezicht niet te voorzien in een minimumniveau. Het mag enkel niet gaan om gemakkelijk beschikbare oplossingen. Dit lijkt te impliceren dat het niet moet gaan om significante aanpassingen, innovaties en ontwerpen. Niettemin zijn er elementen die lijken te impliceren dat er wel een soort minimumgrens is; minstens is discussie hierover mogelijk.

Zo zou het volgens S. ARROWSMITH, wat betreft ontwerp-oplossingen⁴⁶, mogelijk wel enkel kunnen gaan om significante ontwerpelementen, maar blijft het wel onduidelijk hoeveel ontwerpelementen aanwezig dienen te zijn.⁴⁷ Dit is volgens S. ARROWSMITH mogelijk af te leiden uit overweging 43 van de richtlijn. Hierin bepaalde de Europese regelgever dat het niet kan gaan om standaardwerken, leveringen of diensten. Hieruit zou kunnen volgen dat wat betreft de ontwerp-oplossingen er wel een minimumgrens geldt.

Bovendien zou volgens S. ARROWSMITH uit een samenlezing van artikel 26 met artikel 2, eerste lid, punt 22 kunnen volgen dat ook wat betreft innovatieve oplossingen⁴⁸ er wel degelijk sprake moet zijn van een significante verbetering of zelfs vernieuwing. Innovatie omschrijft men er als “de toepassing van een nieuw of aanmerkelijk verbeterd product, een nieuwe of aanmerkelijke verbeterde dienst of een nieuw of aanmerkelijk verbeterd proces, waaronder, maar niet beperkt tot productie-, bouw- of constructieprocessen, een nieuwe verkoopmethode of een nieuwe organisatie methode in de bedrijfsvoering, organisatie op de werkvloer of de externe betrekkingen onder meer om maatschappelijke problemen te helpen oplossen dan wel om de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei te ondersteunen”. Gelet op deze definitie, lijkt er pas sprake te zijn van een innovatieve oplossing wanneer het gaat om een vernieuwing of een aanzienlijke verbetering waardoor een beperkte aanpassing van hetgeen reeds bestaat, niet lijkt te volstaan. Zodoende is er ook hier discussie mogelijk en zou men kunnen argumenteren dat er wel sprake is van een minimumgrens.

Een sluitend antwoord is zodoende niet mogelijk en het zal wachten zijn op rechtspraak van het Hof van Justitie om op dit punt duidelijkheid te krijgen.

21. Artikel 26, vierde lid, b van Richtlijn 2014/24/EU voorziet in een vijfde toepassingsgrond. Het gaat hier niet om een nieuwe toepassingsgrond, maar om een loutere herneming van de toepassingsgrond voorzien in artikel 30, lid 1, a van Richtlijn 2004/18/EG.

Het betreft meer concreet de situatie waarin de aanbestedende dienst in het kader van een openbare of niet-openbare

procedure enkel onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen mocht ontvangen. In dat geval kan de aanbestedende dienst gebruikmaken van de mededingingsprocedure met onderhandelingen.

Afhankelijk van de inschrijvers die de aanbestedende dienst uitnodigt om deel te nemen aan de mededingingsprocedure met onderhandelingen, dient de aanbestedende dienst al dan niet een aankondiging van de opdracht te publiceren. Wanneer de aanbestedende dienst ervoor kiest om uitsluitend alle inschrijvers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, toe te laten tot de mededingingsprocedure met onderhandelingen, dient zij de opdracht niet aan te kondigen.⁴⁹ De voorwaarden waaraan deze inschrijvers dienen te voldoen, zijn tweeledig. Enerzijds moeten zij voldoen aan de criteria van de artikelen 57 tot en met 64 van de Richtlijn.⁵⁰ Het betreft hier de artikelen inzake de kwalitatieve selectie (uitsluitingsgronden en selectiecriteria). Anderzijds moeten de inschrijvers gedurende de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure inschrijvingen hebben ingediend die aan de formele eisen van de aanbestedingsprocedure voldeden.⁵¹

De Europese wetgever heeft daarbij, net zoals onder Richtlijn 2004/18/EG, evenwel niet aangegeven wat hij verstaat onder de formele eisen van de aanbestedingsprocedure. Ook in de rechtspraak van het Hof van Justitie kan men nog geen uitlegging hierover terugvinden.

Daarentegen heeft de Europese wetgever wel de begrippen ‘onregelmatige inschrijving’ en ‘onaanvaardbare inschrijving’ gedefinieerd. Een ‘onregelmatige inschrijving’ is een inschrijving die niet voldoet aan de vereisten in de aanbestedingsstukken, die te laat is binnengekomen bij de aanbestedende dienst, waarbij er aantoonbaar sprake is van ongeoorloofde afspraken of corruptie, of die door de aanbestedende dienst als abnormaal laag is beoordeeld.⁵² Er is sprake van een ‘onaanvaardbare inschrijving’ wanneer zij afkomstig is van een inschrijver die niet over de vereiste kwalificaties beschikt alsook wanneer de prijs het door de aanbestedende dienst begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure, overschrijdt.⁵³ Op dit punt is Richtlijn 2014/24/EU vernieuwend ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG. Laatst vermelde Richtlijn gaf geen definitie van een onregelmatige inschrijving, noch van een onaanvaardbare inschrijving.

4.2.2. Belgisch kader

22. Zoals hierboven reeds kort aangegeven, zijn de lidstaten verplicht geweest om de mededingingsprocedure met onderhandeling te voorzien in hun nationale rechtssysteem in de gevallen opgesomd in artikel 26, vierde lid van Richtlijn 2014/24/EU. Deze verplichting volgt uit de eerste paragraaf van voormeld artikel.

⁴⁵ BURNETT, “The New Rules for Competitive Dialogue and the Competitive Procedure with Negotiation in Directive 2014/24 – What Might They Mean for PPP?”, *EPPPL* 2015, 68.

⁴⁶ Art. 26, vierde lid, a, ii van Richtlijn 2014/24/EU.

⁴⁷ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, Londen, Sweet & Maxwell, 2014, 880.

⁴⁸ Art. 26, vierde lid, a, ii van Richtlijn 2014/24/EU.

⁴⁹ Art. 26, vierde lid, b, eerste paragraaf van Richtlijn 2014/24/EU.

⁵⁰ Art. 26, vierde lid, b, eerste paragraaf van Richtlijn 2014/24/EU.

⁵¹ Art. 26, vierde lid, b, eerste paragraaf van Richtlijn 2014/24/EU.

⁵² Art. 26, vierde lid, b, tweede paragraaf van Richtlijn 2014/24/EU.

⁵³ Art. 26, vierde lid, b, tweede paragraaf van Richtlijn 2014/24/EU.



Wij wijzen er wel op dat de Nederlandstalige versie van Richtlijn 2014/24/EU op dit punt een minder goede vertaling is. Meer concreet lijkt er in de Nederlandstalige versie, in tegenstelling tot de Engelstalige en de Franstalige versie, geen sprake te zijn van een dergelijke verplichting. De zinsnede “Lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten in de volgende gevallen gebruik kunnen maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling” lijkt eerder aan te geven dat de Europese regelgever aan de lidstaten de vrije keuze laat om te voorzien in de mededingingsprocedure met onderhandeling alsook de vrije keuze laat tussen de toepassingsgevallen die zij zullen omzetten in hun nationale rechtssysteem.

Evenwel, uit een lezing van de Franstalige en de Engelstalige versie van de richtlijn lijkt er helemaal geen sprake te zijn van een dergelijke keuzevrijheid in hoofde van de lidstaten en zijn zij verplicht om te voorzien in de mededingingsprocedure met onderhandeling alsook om de toepassingsgevallen om te zetten in hun nationale rechtssysteem: “*Les États membres prévoient que les pouvoirs adjudicateurs peuvent appliquer une procédure concurrentielle avec négociation*” en “*Member States shall provide that contracting authorities may apply a competitive procedure with negotiation*”. De Franstalige en de Engelstalige versie van de richtlijn bepalen op gebiedende, en niet op een vrijblijvende wijze dat de lidstaten artikel 26, vierde lid van de richtlijn volledig omzetten in hun nationale rechtssysteem.

23. De Belgische wetgever heeft artikel 26, vierde lid van de Richtlijn integraal omgezet en dit meer concreet in artikel 38, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet 2016. Net zoals Richtlijn 2014/24/EU, maakt de Overheidsopdrachtenwet 2016 geen onderscheid tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. De voorziene toepassingsgevallen gelden voor alle drie.

Naast de vijf toepassingsgevallen, omgezet uit Richtlijn 2014/24/EU⁵⁴, heeft de wetgever twee bijkomende toepassingsgevallen voorzien. Zo hebben de aanbestedende diensten de mogelijkheid om gebruik te maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling wanneer de toegang tot de opdracht voorbehouden is overeenkomstig artikel 15 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 en het geraamde bedrag van de opdracht zonder btw lager is dan de voor Europese bekendmaking bepaalde drempel⁵⁵ en wanneer het geraamde bedrag van de opdracht zonder btw lager is dan de bedragen bepaald door de Koning.⁵⁶ Deze twee bijkomende door de Belgische wetgever voorziene toepassingsgevallen zijn niet nieuw. Ook de Overheidsopdrachtenwet 2006 voorzorg in deze twee aanvullende toepassingsgevallen, meer concreet in artikel 26, § 2, 1°, c en d. De grensbedragen zijn opgetrokken ten opzichte van de vorige regelgeving.

De Belgische wetgever heeft een nuance aangebracht aan gaande de situatie waarin naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure inschrijvers enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes hebben ingediend. De Belgische wet-

gever voorziet een bijkomende mogelijkheid wanneer de opdracht niet onderworpen is aan de Europese bekendmaking en wanneer de aanbestedende dienst de mededinging wenst te verruimen.⁵⁷ In dat specifieke geval kan de aanbestedende dienst tevens ondernemers raadplegen die volgens haar in staat zijn om te voldoen aan de eisen inzake selectie en dit ongeacht of zij al dan niet een regelmatige offerte hebben ingediend of geen enkele offerte hebben ingediend in het kader van de eerste procedure. Ook in dat geval is de aanbestedende dienst niet verplicht een aankondiging van de opdracht te publiceren. Impliciet lijkt de Belgische wetgever aldus een bijkomend geval van onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking te creëren.

24. Twee toepassingsgevallen zijn geschrapt ten opzichte van de Overheidsopdrachtenwet 2006. Het gaat enerzijds om de situatie waarin de aard van de werken, leveringen of diensten of de onzekere omstandigheden verhinderen om op voorhand een globale prijs vast te stellen.⁵⁸ Ook de toepassingsgrond inzake overheidsopdrachten voor werken die men uitsluitend uitvoert ten behoeve van onderzoek, proefneming of ontwikkeling, en niet met het doel winst te maken of de kosten van onderzoek en ontwikkeling te dekken, valt weg.⁵⁹ Mogelijk kan de aanbestedende overheid in die gevallen een beroep doen op één van de andere toepassingsgevallen uit artikel 38, § 1, 1° van de Overheidsopdrachtenwet 2016, zodat in die specifieke gevallen de aanbestedende dienst allicht wel nog een beroep kan doen op de mededingingsprocedure met onderhandelingsprocedure, ook al zijn zij niet uitdrukkelijk voorzien als toepassingsgevallen.⁶⁰

4.3. De vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking

25. Deze plaatsingsprocedure is niet voorzien in Richtlijn 2014/24/EU en vormt zodoende een eigen creatie van de Belgische wetgever.

Deze plaatsingsprocedure kan men gebruiken in alle situaties op voorwaarde dat het geraamde bedrag wat betreft overheidsopdrachten voor werken lager ligt dan 750.000 euro en wat betreft overheidsopdrachten voor leveringen en diensten lager ligt dan de betreffende drempel voor de Europese bekendmaking. Wat betreft overheidsopdrachten voor leveringen en diensten, gaat het om 135.000 euro voor federale overheden en 209.000 euro voor decentrale overheden.⁶¹

26. Deze plaatsingsprocedure is niet geheel nieuw en was voorheen voorzien in artikel 26, § 2, 1°, d van de Overheidsopdrachtenwet 2006, dat betrekking had op de onderhandelingsprocedure met bekendmaking.⁶²

⁵⁴ Art. 38, § 1° en 2° Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁵⁵ Art. 38, § 1, 1°, e Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁵⁶ Art. 38, § 1, 1°, f Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁵⁷ Art. 38, § 1, 2°, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁵⁸ Art. 26, § 2, 1°, b Overheidsopdrachtenwet 2006.

⁵⁹ Art. 26, § 2, 2° Overheidsopdrachtenwet 2006.

⁶⁰ Parl.St. Kamer, DOC 54, nr. 1541/001, 74.

⁶¹ Art. 11 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klas-sie sectoren.

⁶² Parl.St. Kamer, DOC 54, nr. 1541/001, 82.



4.4. De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

4.4.1. Europees kader

27. De Europese wetgever heeft aan de lidstaten de mogelijkheid gegeven om te voorzien in een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking en dit uitsluitend in welbepaalde specifieke gevallen.⁶³ In tegenstelling tot de mededingingsprocedure met onderhandelingen, gaat het hier om een keuzevrijheid in hoofde van de lidstaat.

De specifieke gevallen waarin de lidstaten, wat betreft overheidsopdrachten boven de Europese drempelbedragen, kunnen voorzien in het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, zijn limitatief opgesomd in artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU. Met betrekking tot deze toepassingsgevallen beschikken de lidstaten opnieuw over de keuzevrijheid om deze al dan niet om te zetten in hun nationale wetgeving.

28. Net zoals onder Richtlijn 2004/18/EG, beschouwt de Europese wetgever deze plaatsingsprocedure nog steeds als een uitzonderingsprocedure, die een aanbestedende overheid slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden mag gebruiken, gelet op de concurrentieschade. Dit volgt ondubbelzinnig uit overweging 50 van Richtlijn 2014/24/EU. Onrechtstreeks kan men dit ook verklaren vanuit het feit dat het Hof van Justitie de transparantieplicht meer en meer beschouwt als een algemeen beginsel van het EU-recht.⁶⁴

Zo zullen de aanbestedende diensten, wanneer zij gebruik willen maken van deze plaatsingsprocedure, onder meer moeten motiveren waarom er geen goede alternatieven of vervangmiddelen beschikbaar zijn.

29. De toepassingsgevallen voorzien in artikel 32 van Richtlijn 2014/24/EU voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking stemmen quasi geheel overeen met de toepassingsgevallen voorzien in artikel 31 van Richtlijn 2004/18/EG.

Men voegt geen nieuwe toepassingsgevallen toe ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG. Men schrapt er wel één. Het gaat meer concreet om een toepassingsgrond die gold voor overheidsopdrachten voor werken en diensten, voorzien in artikel 31, vierde lid, a van Richtlijn 2004/18/EG. Aanbestedende diensten konden gebruikmaken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer het aanvullende werken of diensten betrof (max. 50% van het bedrag van de hoofdopdracht) die noch in het aanvankelijk gegunde ontwerp noch in de oorspronkelijke overeenkomst waren opgenomen, doch die door onvoorziene omstandigheden voor de uitvoering van het werk of de dienst noodzakelijk zijn geworden, mits zij worden gegund aan de ondernemer die het werk of de

dienst uitvoert. Deze aanvullende werken of diensten dienen evenwel vanuit technisch of economisch oogpunt niet los van de oorspronkelijke opdracht te kunnen worden uitgevoerd zonder overwegende bezwaren voor de aanbestedende dienst of dienen voor de vervolmaking van de oorspronkelijke opdracht strikt noodzakelijk te zijn wanneer zij wel kunnen worden gescheiden van de uitvoering van de oorspronkelijke opdracht.

Wanneer het gaat om aanvullende opdrachten, laat Richtlijn 2014/24/EU het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking nu enkel toe in geval van een overheidsopdracht voor leveringen.⁶⁵ In dat kader moeten we echter verwijzen naar artikel 72 van Richtlijn 2014/24/EU. Een aanbestedende overheid kan zonder nieuwe plaatsingsprocedure aanvullende werken, leveringen en diensten bestellen indien een aantal voorwaarden vervuld zijn en wanneer de prijsverhoging niet hoger ligt dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Dit houdt eigenlijk eerder een versoepeling in wat betreft die specifieke situatie. Het Hof van Justitie had in zijn rechtspraak reeds impliciet die mogelijkheid aangekondigd.⁶⁶

4.4.2. Belgisch kader

30. De limitatief opgesomde toepassingsgronden voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zijn voorzien in artikel 42, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet 2016.

Deze limitatieve opsomming stemt grotendeels overeen met artikel 26, § 1 van de Overheidsopdrachtenwet 2006. Een aantal toepassingsgevallen komen evenwel in een gewijzigde vorm voor en een aantal toepassingsgevallen heeft de Belgische wetgever geschrapt.⁶⁷

31. De situatie waarbij een aanbestedende dienst een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wenst te plaatsen waarbij de goed te keuren uitgave zonder btw lager is dan de bedragen bepaald door de Koning, is geen nieuwe toepassingsgrond en herneemt de mogelijkheid zoals voorzien in artikel 26, § 1, 1°, a van de Overheidsopdrachtenwet 2006. Hetzelfde geldt voor het toepassingsgeval inzake de dwingende spoed, dat een herneming is van de mogelijkheid zoals voorzien in artikel 26, § 1, 1°, c van de Overheidsopdrachtenwet 2006.

32. Een aantal toepassingsgronden heeft de wetgever evenwel verduidelijkt of inhoudelijk gewijzigd.

Dit is onder meer het geval voor de hypothese waarin de aanbestedende dienst geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte mocht ontvangen ingevolge een openbare of niet-openbare procedure. Deze mogelijkheid is niet nieuw en was reeds voorzien in artikel 26, § 1, 1°, d van de Overheidsopdrachtenwet 2006.⁶⁸ De wetgever heeft evenwel

⁶³ Art. 26, lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU.

⁶⁴ R. ORTLEP en R. WIDDERSHOVEN, "European Administrative Law" in R. SEERDEN (ed.), *Comparative Administrative Law*, Antwerpen, Intersentia, 2018, 315-316.

⁶⁵ Art. 32, derde lid, b van Richtlijn 2014/24/EU.

⁶⁶ HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/08, *Presstext Nachrichtenagentur*, 36.

⁶⁷ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 83.

⁶⁸ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 83.



verduidelijkt wat hij verstaat onder 'geen geschikte aanvraag tot deelneming' en 'geen geschikte offerte'.⁶⁹ Onder een niet geschikte aanvraag tot deelneming moet men verstaan een aanvraag uitgaande van een ondernemer die een aanbestedende overheid overeenkomstig de artikelen 67 tot 70 moet of kan uitsluiten of die niet voldoet aan de vastgelegde selectiecriteria.⁷⁰ Er is sprake van een ongeschikte offerte wanneer de aanbestedende overheid haar irrelevant bevindt voor de opdracht omdat zij, behoudens wezenlijke wijzigingen, niet voorziet in de in de opdrachtdocumenten omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst.⁷¹

De hypothese waarin de werken, leveringen of diensten enkel door een bepaalde onderneming kunnen worden verricht, heeft de Belgische wetgever eveneens overgenomen uit de Overheidsopdrachtenwet 2006⁷², doch in gewijzigde vorm, waarbij hij hoofdzakelijk het uitzonderlijk karakter in de verf heeft gezet.⁷³ Zo bepaalt de Overheidsopdrachtenwet 2016 dat wanneer slechts een welbepaalde ondernemer de gevraagde werken, leveringen of diensten kan verrichten vanwege technische redenen of uitsluitende rechten die moeten worden beschermd, dit enkel kan als er geen redelijk alternatief of substituuut bestaat en het ontbreken van de mededinging niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht.⁷⁴

De mogelijkheid om nieuwe werken of diensten, bestaande uit een herhaling van soortgelijke werken of diensten, te gunnen aan de opdrachtnemer van de oorspronkelijke opdracht is evenmin nieuw.⁷⁵ Artikel 42, § 1, 2° van de Overheidsopdrachtenwet 2016 voorziet echter een soepeler versie.⁷⁶ Voorheen kon een aanbestedende overheid enkel gebruikmaken van deze plaatsingsprocedure wanneer de oorspronkelijke opdracht was gegund bij openbare of niet-openbare procedure. Deze beperking geldt nu niet meer. De oorspronkelijke opdracht mag enkel niet geplaatst geweest zijn middels de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Alle andere plaatsingsprocedures behoren wel tot de mogelijkheden.⁷⁷

De hypothese waarin het gaat om de aankoop tegen bijzonder gunstige voorwaarden, hetzij bij een onderneming die definitief haar handelsactiviteiten stopzet, hetzij bij curatoren, de met een overdracht onder gerechtelijk gezag gelaste mandatarissen of vereffenaars van een faillissement, een gerechtelijke reorganisatie of een in de nationale wetgevingen of reglementering bestaande procedure van dezelfde aard, is evenmin nieuw en was voorzien in artikel 26, § 1, 3°, e van de Overheidsopdrachtenwet 2006. Dit toepassingsgeval is evenwel uitgebreid naar diensten en geldt zodoende niet enkel meer voor leveringen.⁷⁸

⁶⁹ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 83.

⁷⁰ Art. 42, § 1, 1°, c, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁷¹ Art. 42, § 1, 1°, c, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁷² Art. 26, § 1, 1°, f Overheidsopdrachtenwet 2006.

⁷³ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 83.

⁷⁴ Art. 42, § 1, 1°, d, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁷⁵ Art. 26, § 1, 2°, b Overheidsopdrachtenwet 2006.

⁷⁶ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 84.

⁷⁷ Art. 26, § 1, 2°, b Overheidsopdrachtenwet 2006.

⁷⁸ Art. 42, § 1, 3° Overheidsopdrachtenwet 2016 en *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 84-85.

33. Naast het verduidelijken en aanpassen van een aantal toepassingsgronden, heeft de Belgische wetgever er een aantal geschrapt ten opzichte van de Overheidsopdrachtenwet 2006.

De hypothese van aanvullende werken, leveringen of diensten ten gevolge van onvoorziene omstandigheden komt niet meer voor als een toepassingsgrond voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Deze situatie is evenwel niet verdwenen uit de Overheidsopdrachtenwet 2016 en wordt nu geregeld in artikel 9, tweede lid, 2° van de Overheidsopdrachtenwet 2016⁷⁹ en verder concreet uitgewerkt in artikel 38/2 van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten.

De situatie waarin een aanbestedende dienst, naar aanleiding van een eerdere procedure, enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes mocht ontvangen, komt eveneens niet meer voor als een toepassingsgrond voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Wanneer deze situatie zich voordoet, kan de aanbestedende dienst enkel nog kiezen om gebruik te maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling.

Ten slotte vermeldt de Overheidsopdrachtenwet 2016 niet meer de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om gebruik te maken van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wanneer zij een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten wensen te plaatsen die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering gepaard dient te gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen. Immers, in een dergelijke hypothese is de Overheidsopdrachtenwet 2016, volgens artikel 33 van voormelde wet, niet van toepassing, zodat deze hypothese dan ook logischerwijze niet meer kan voorkomen als een toepassingsgrond: "§ 3. Wanneer de plaatsing en de uitvoering van de overheidsopdracht geheim zijn verklaard of, overeenkomstig de in het Rijk geldende wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen, gepaard moeten gaan met bijzondere veiligheidsmaatregelen, is deze wet, niet van toepassing, voor zover vastgesteld werd dat de bescherming van de essentiële belangen niet kan worden gewaarborgd door minder ingrijpende maatregelen, zoals deze bedoeld in paragraaf 2, eerste lid".

5. Onderhandelingen

34. Een fundamentele wijziging ten aanzien van het democratisch gehalte van de nieuwe wetgeving is dat de wet nu zelf een aantal bepalingen bevat aangaande de regels toepasselijk bij het verloop van de plaatsingsprocedure. In de vorige wetgeving vond men deze regels terug in een koninklijk besluit. Wanneer men dan bovendien de regels uit de nieuwe wet combineert met de regels voorzien in het koninklijk besluit van 18 april 2017, is er sprake van een meer uitgewerkt kader inzake het verloop van de besproken plaatsingsprocedures.

⁷⁹ *Parl.St.* Kamer, nr. 1541/001, 85.



5.1. Verloop van de onderhandelingsprocedure

35. De wetgever heeft voor de drie verschillende onderhandelingsprocedures een eigen uniek verloop uitgetekend.

36. De mededingingsprocedure met onderhandeling verloopt in drie fases: het indienen van een aanvraag tot deelneming, het indienen van een offerte en de onderhandelingen.

Iedere geïnteresseerde ondernemer kan in principe naar aanleiding van een aankondiging een aanvraag tot deelneming indienen waarin de gevraagde informatie voor de selectie wordt meegedeeld.⁸⁰

Enkel de ondernemers die de aanbestedende overheden uitnodigen, mogen vervolgens een eerste offerte indienen, die de basis van de onderhandelingen vormt.⁸¹ Het staat de aanbestedende overheid vrij om het aantal kandidaten die zij zal uitnodigen, te beperken tot een minimum van drie kandidaten, op voorwaarde dat dit volstaat om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen.⁸² Deze beperking dient, wat betreft overheidsopdrachten die gelijk zijn aan of hoger zijn dan de Europese drempelbedragen, evenwel te zijn voorzien in de aankondiging.⁸³

37. De vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking verloopt in één fase, waarin iedere belangstellende ondernemer naar aanleiding van de aankondiging een offerte kan indienen. De belanghebbende ondernemer dient de gevraagde informatie voor de selectie op te nemen in zijn offerte. Er wordt zodoende niet gewerkt met een aanvraag tot deelneming en zodoende kan iedere belanghebbende ondernemer een aanbod formuleren, in tegenstelling tot in de mededingingsprocedure met onderhandeling. De aanbestedende overheid heeft dan nog de keuze om effectief te onderhandelen.

38. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is het uitgangspunt verschillend. De aanbestedende overheid dient de opdracht niet aan te kondigen en dient de opdracht te plaatsen, indien mogelijk, na raadpleging van meerdere ondernemers.⁸⁴ Deze procedure verloopt eveneens in één fase. De aanbestedende overheid heeft de keuze om eventueel te onderhandelen.

Voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag onder de Europese drempelbedragen ligt, dienen de inschrijvers bij hun offerte geen informatie te verschaffen over de facultatieve uitsluitingsgronden en de selectiecriteria, tenzij de opdrachtdocumenten anders bepalen.⁸⁵ De facultatieve uitsluitingsgronden en de selectiecriteria zijn immers in beginsel niet van toepassing.⁸⁶

De regelgeving bepaalt nergens hoeveel ondernemers de aanbestedende overheid minstens moet contacteren. Het Ver-

slag aan de Koning geeft als algemene maatstaf dat de aanbestedende overheid best minstens drie ondernemers contacteert.⁸⁷

Wat nieuw is ten opzichte van de oude regelgeving, is de bepaling inzake spontane offertes. De vorige regelgeving bepaalde hieromtrent niets. Spontane offertes, zijnde offertes van ondernemers die de aanbestedende overheid niet geraadpleegd heeft, mag zij in beginsel niet aanvaarden.⁸⁸ De aanbestedende overheden kunnen spontane offertes slechts aanvaarden bij uitdrukkelijk gemotiveerde andersluidende beslissing.⁸⁹ Wanneer de aanbestedende overheid zodoende een spontane offerte niet aanvaardt, dient zij niet te motiveren waarom ze dat niet doet.⁹⁰ Enkel wanneer de aanbestedende overheid de spontane offerte wel aanvaardt, zal zij dit moeten motiveren. Deze situatie is de uitzondering en de aanbestedende overheid zou ze restrictief moeten toepassen.

De regelgever was zich ervan bewust dat de bepaling inzake de spontane offerte afwijkt van de rechtspraak van de Raad van State ter zake.⁹¹ De achterliggende reden van artikel 93, lid 1 van het KB Plaatsing vindt men nergens terug in het Verslag aan de Koning.

Niettemin lijkt voormeld artikel 93, lid 1 van het KB Plaatsing 2017 in strijd met de fundamentele beginselen inzake het overheidsopdrachtenrecht. In arrest nr. 227.909 heeft de Franstalige kamer van de Raad van State in een zaak ten gronde geoordeeld dat het fundamentele beginsel van toegang tot de mededinging (*le principe fondamental d'ouverture à la concurrence*) verbiedt dat een aanbestedende overheid een spontane offerte zou weigeren in het raam van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.⁹² Dit is het arrest waarnaar het Verslag aan de Koning verwijst.

Niet enkel de Franstalige kamer heeft reeds de mogelijkheid gehad om zich uit te spreken over een spontane offerte en de motivering bij aanvaarding van een dergelijke offerte, ook al is dit wel het enige arrest waarnaar wordt verwezen in het Verslag aan de Koning. In de zaak waarover de Nederlandstalige kamer was gevat, was de opdracht toegewezen aan een inschrijver die, in het kader van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking, niet was uitgenodigd om een offerte in te dienen. De gunningsbeslissing werd onder meer op dit punt aangevallen. De Raad van State oordeelde in een arrest van 29 september 2016 dat het algemene beginsel van de mededinging verantwoordde waarom de overheid de spontane offerte

⁸⁰ Art. 38, § 2 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸¹ Art. 38, § 4 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸² Art. 79, § 2, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸³ Art. 79, §§ 2 en 3 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸⁴ Art. 42, § 1 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸⁵ Art. 42, § 3 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸⁶ Art. 42, § 3 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁸⁷ Verslag aan de Koning bij artikel 94 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁸⁸ Art. 93, lid 1 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁸⁹ Art. 93, lid 1 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁹⁰ Verslag aan de Koning bij artikel 93, lid 1 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁹¹ Verslag aan de Koning bij artikel 93, lid 1 van het Koninklijk besluit van 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁹² RvS 26 juni 2014, nr. 227.909, SPRL BMA.



niet diende te negeren en dat een bijzondere motivering om de offerte te aanvaarden vanwege dat beginsel niet vereist was.⁹³

Het fundamentele beginsel van toegang tot de mededinging werd door de Belgische wetgever geïncorporeerd in de artikelen 4 en 5 van de Overheidsopdrachtenwet 2016. Het beginsel van de mededinging is trouwens in België sinds 1846 een beginsel dat inherent is aan de gunning van overheidsopdrachten. Daarnaast heeft het Hof van Justitie zowel voor overheidsopdrachten boven als onder de grenzen reeds geoordeeld dat men de doelstelling van de openstelling van een onvervals- te mededinging enkel kan bereiken als aanbestedende overheden de geïnteresseerde ondernemingen gelijk behandelen.⁹⁴

Welnu, het lijkt erop dat artikel 93, lid 1 net ingaat tegen dit fundamentele beginsel van toegang tot de mededinging, aangezien geïnteresseerde ondernemers die niet werden geraadpleegd, in beginsel geen toegang zullen hebben tot de overheidsopdracht. Een dergelijke bepaling lijkt de mededinging op een kunstmatige wijze te beperken, aangezien zij als doel heeft bepaalde ondernemers ten onrechte te bevoordelen, nl. deze ondernemers die door de aanbestedende overheid werden geraadpleegd. Welnu, artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 verbiedt aanbestedende overheden om de mededinging op een dergelijke kunstmatige wijze te beperken.⁹⁵ Artikel 93, eerste lid van het KB Plaatsing 2017 lijkt dan ook in strijd te zijn met voormeld artikel uit de Overheidsopdrachtenwet 2016.

39. Geheel vernieuwend is de regelgeving inzake de regelmatigheid van de offertes bij een onderhandelingsprocedure. De regelgeving is op dit punt vernieuwend om twee redenen.

In de eerste plaats omdat de regelgever de aanbestedende overheid niet verplichtte om de regelmatigheid van de offertes na te gaan bij de onderhandelingsprocedures. Deze verplichting gold enkel voor de gunning bij aanbesteding en offerte-aanvraag. Met het KB Plaatsing 2017 wordt het regelmatigheidsonderzoek nu eveneens een verplichting voor de aanbestedende overheden die een opdracht gunnen bij een onderhandelingsprocedure en dit ongeacht welke onderhandelingsprocedure. De verplichting tot het doorvoeren van een regelmatigheidsonderzoek geldt nu dus voor alle plaatsingsprocedures en wordt geregeld bij artikel 76 van het KB Plaatsing 2017. Uit de rechtspraak van de Raad van State vloeide echter voort dat ook bij onderhandelingsprocedures de aanbestedende overheid de regelmatigheid van de offertes moest onderzoeken. De Raad van State leidde een dergelijke plicht af uit het zorgvuldigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel.⁹⁶

De regelgeving is vanwege een tweede punt eveneens vernieuwend, aangezien het voor Europese overheidsopdrachten niet meer toegestaan is om middels onderhandelingen onvolledige of niet bestekconforme offertes te regulariseren (in be-

paalde gevallen), terwijl daarvoor de Raad van State, gelet op het toen geldende regelgevend kader, geen bezwaar zag tegen deze werkwijze.⁹⁷

In het kader van het regelmatigheidsonderzoek wordt er wat betreft de onderhandelingsprocedures, een onderscheid gemaakt tussen overheidsopdrachten gelijk aan of boven de Europese drempelbedragen en overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen.

40. Wat betreft overheidsopdrachten gelijk aan of hoger dan de Europese drempelbedragen, zijn de sanctie en de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheden verschillend naargelang de omstandigheden.

Zo maakt de regelgeving een onderscheid tussen enerzijds substantiële onregelmatigheden en meerdere niet-substantiële onregelmatigheden, die van dien aard zijn dat zij de inschrijver een discriminerend voordeel bieden, leiden tot concurrentievervalsing, de objectieve beoordeling of vergelijking met andere offertes verhinderen of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, nvolledig of onzeker maken, en anderzijds niet-substantiële onregelmatigheden. Tevens maakt men een onderscheid tussen niet-finale offertes en finale offertes.

Wanneer het gaat om een niet-finale offerte die aangetast is door een substantiële onregelmatigheid, dient de aanbestedende overheid deze offerte nietig te verklaren, tenzij de opdrachtdocumenten anders bepalen.⁹⁸ De aanbestedende overheden hebben zodoende de vrijheid om hiervan af te wijken in de opdrachtdocumenten en om te voorzien dat substantiële onregelmatigheden kunnen worden geregulariseerd. Indien de opdrachtdocumenten in deze mogelijkheid zouden voorzien, dan dient deze regularisatie plaats te vinden vóór de onderhandelingen, tenzij de opdrachtdocumenten zouden bepalen dat ten aanzien van de betreffende onregelmatigheid er geen regularisatiemogelijkheid is.⁹⁹ Indien de niet-finale offerte daarentegen aangetast is door meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die samen genomen een impact hebben op de gelijkheid van de inschrijvers of de zekerheid van de verbintenis van de inschrijver, dan moet de aanbestedende overheid de mogelijkheid geven aan de inschrijver om zijn offerte te regulariseren en dit opnieuw vóór de onderhandelingen.¹⁰⁰ Ook hier geldt zodoende dat een dergelijke offerte die aangetast is door meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die evenwel een impact hebben op de gelijkheid van de inschrijvers of de zekerheid van de verbintenis van de inschrijver, niet tot de onderhandelingen mag worden toegelaten.

Indien het daarentegen gaat om een finale offerte, is de aanbestedende overheid verplicht om de offertes die aangetast zijn door een substantiële onregelmatigheid of meerdere niet-

⁹³ RvS 29 september 2016, nr. 235.903, *NV Topfloor*.

⁹⁴ HvJ 19 juni 2008, nr. C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur*, overw. 31 en 32.

⁹⁵ Art. 5, § 1 Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁹⁶ RvS 17 maart 2015, nr. 230.550, *Algemene ondernemingen Himpe*; RvS 7 mei 2015, nr. 231.142, *Smeba-Fire*; RvS 3 februari 2017, nr. 237.283, *SA CFE Bâtiment Brabant Wallonie*; RvS 14 maart 2017, nr. 237.647, *IVU traffic technologies AG*.

⁹⁷ RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, *NV Alpha Classical Cleaning* en RvS 10 april 2012, nr. 218.841, *BVBA De Gendt*.

⁹⁸ Art. 76, § 4, derde lid KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

⁹⁹ Art. 76, § 4, derde lid KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

¹⁰⁰ Art. 76, § 4, tweede lid KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.



substantiële onregelmatigheden die een impact hebben op de gelijkheid tussen de inschrijvers of de zekerheid van de verbintenis van de inschrijver, nietig te verklaren.¹⁰¹ Ter zake beschikt de aanbestedende overheid over geen enkele beoordelingsvrijheid en betreft het een gebonden bevoegdheid. Wanneer het zodoende gaat om finale offertes, wordt er geen onderscheid gemaakt tussen beide soorten onregelmatigheden en dit in tegenstelling tot de niet-finale offertes.

41. Het onderscheid tussen finale offertes en niet-finale offertes wordt niet gemaakt bij overheidsopdrachten onder de Europese drempelbedragen. Ook is er geen verschillende behandeling tussen offertes aangetast door substantiële onregelmatigheden en offertes aangetast door meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die een impact hebben op de gelijkheid tussen de inschrijvers of de zekerheid van de verbintenis van de inschrijver.

In beide gevallen komt het aan de aanbestedende overheid toe om te beslissen of zij de offerte nietig zal verklaren dan wel de mogelijkheid zal bieden om deze te regulariseren.¹⁰² Het gaat hier zodoende om een discretionaire bevoegdheid en de aanbestedende overheid zal haar beslissing dan ook moeten steunen op draagkrachtige en deugdelijke motieven.

Een tweede verschil met de overheidsopdrachten gelijk aan of boven de Europese drempelbedragen is dat deze regularisatie niet dient plaats te vinden vóór de onderhandelingen. Deze verplichting is immers niet voorzien door de regelgever.

In haar geheel genomen, lijkt de Belgische wetgever de leer inzake regelmatigheden meer conform te maken met het evenredigheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel heeft het Hof van Justitie al meermaals geoordeeld dat een aanbestedende overheid niet zomaar inschrijvers (en dus ook inschrijvingen) kan 'uitsluiten'.¹⁰³

5.2. Verplicht onderhandelen?

42. Onderhandelen heeft tot doel de inhoud van de offertes te verbeteren, teneinde het algemeen belang zo goed mogelijk te dienen. Gezien deze laatste doelstelling, kan een administratieve overheid niet op eenzelfde wijze onderhandelingen voeren als een particulier of een onderneming.

Sedert 2004 lijkt er sprake van een onderhandelingsplicht. Dit zou men kunnen afleiden uit artikel 30, tweede lid van Richtlijn 2014/18/EG: "In de in lid 1 bedoelde gevallen onderhandelen de aanbestedende diensten met de inschrijvers over de door de inschrijvers ingediende inschrijvingen, teneinde deze aan te passen aan de eisen die zij in de aankondiging van de opdracht, het bestek en de eventuele aanvullen documenten hebben gesteld, en teneinde het beste bod in de zin van artikel 54, lid 1, te zoeken." De vraag rijst evenwel of er effectief

sprake was van een verplichting tot onderhandelen. Er lijkt geen uniform antwoord te zijn wat betreft de drie verschillende onderhandelingsprocedures.

Uit artikel 109, § 3 van het KB Plaatsing 2011 had men, wat betreft Europese overheidsopdrachten geplaatst middels de onderhandelingsprocedure met bekendmaking, een werkelijke plicht tot onderhandelen kunnen afleiden. Voormeld artikel had het immers over de "offertes waarover onderhandeld moet worden". Uit de rechtspraak van de Raad van State volgt evenwel dat er geen daadwerkelijke plicht tot onderhandelen bleek te zijn, tenzij de opdrachtdocumenten dit zouden bepalen.¹⁰⁴ De onderhandelingsplicht zou in dat geval voortvloeien uit het bestek en zodoende uit de *patere legem quam ipse fecit*-plicht.¹⁰⁵

In tegenstelling tot bij de andere plaatsingsprocedures, is er bij de onderhandelingsprocedure ruimte voor overleg, waarbij dit overleg kadert in de beoordelingsfase van de offertes. Men omschrijft dit als een fase waar afstemming omtrent de inhoud van de offerte op de wensen van het bestuur "eventueel mogelijk zou zijn".¹⁰⁶ Een plicht tot onderhandelen, nl. het afstellen van de offerte op de wensen van het bestuur, kan men niet distilleren uit de rechtspraak. De Raad van State lijkt wel van oordeel te zijn dat inschrijvers de kans moeten krijgen om hun offerte verder te optimaliseren.¹⁰⁷

¹⁰⁴ RvS 28 september 2010, nr. 207.681, CVBA *De Meuter & Corstjens* (schorsing UDN) "Verzoekende partij toont voorts niet aan waarom artikel 17, § 3, wel daadwerkelijke onderhandelingen vereist, minstens niet waarom uit de afwezigheid daarvan blijkt dat verwerende partij ten onrechte van oordeel was dat niet vooraf voldoende nauwkeurige specificaties voor de opdracht van diensten bepaald kon worden om een toewijzing middels aanbesteding of offerte-aanvraag mogelijk te maken." De Raad van State bevestigde haar standpunt in het latere arrest omtrent de vordering tot nietigverklaring – RvS 18 november 2014, nr. 229.188, CVBA *De Meuter & Corstjens*.

¹⁰⁵ RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, BVBA *iChoosr*: "De principiële onderhandelingsvrijheid bij de gekozen gunningsprocedure wordt te dezen bijgevolg beperkt door het aangehaalde bestekvoorschrift, regel door de aanbestedende overheid zelf gesteld. Bij een onderhandelingsprocedure is weliswaar ruimte voor overleg zoals verwerende partij aangeeft in haar nota. Dit overleg lijkt echter de fase van de beoordeling van de offertes te betreffen, waar een afstemming wat betreft de inhoud van de offerte op de wensen van het bestuur eventueel mogelijk zou zijn, maar het lijkt op het eerste gezicht geen betrekking te hebben op de selectie van de inschrijvers, zoals door het bestuur zelf geregeld in een bestek".

¹⁰⁶ RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, BVBA *iChoosr*. Aangehaald in de arresten: RvS 3 februari 2015, nr. 230.079, CVBA *Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a.* en RvS 3 februari 2015, nr. 230.080, CVBA *Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a.* Zie in eenzelfde zin: RvS 27 februari 2015, nr. 230.360, CVBA *Inno.com*.

¹⁰⁷ RvS 23 januari 2014, BVBA *Gerechtsdeurwaarderskantoor Vergauwen en Avontroodt e.a.*: "Los van het antwoord op de vraag of een aanbestedende overheid daadwerkelijk onderhandelingen dient te voeren onder vigour van de op de opdracht toepasselijke regelgeving, dient te worden vastgesteld dat iedere inschrijver een demonstratie heeft mogen geven van zijn softwarepakket en hierbij tegelijk de vragen van het beoordelingsteam heeft kunnen beantwoorden; ook heeft iedere inschrijver op 3 juni 2010 een aantal schriftelijke vragen gekregen tot aanvulling en verduidelijking van de offerte; aldus hebben de inschrijvers de kans gekregen hun of-

¹⁰¹ Art. 76, § 3 juncto art. 76, § 4, eerste lid KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

¹⁰² Art. 76, § 5 KB 18 april 2017 plaatsing overheidsopdrachten in klassieke sectoren.

¹⁰³ Zie hierover K. WAUTERS en J. GHYSELS, "Le principe de proportionnalité et l'attribution de contrats publics" in *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Brussel, Larcier, 2015, 1107-1120.



Het begrip ‘onderhandelingen’ moest men bovendien ruim interpreteren. Het stellen van vragen door aanbestedende besturen aan de inschrijvers (een vragenronde), die hierop zouden kunnen antwoorden met een aangepaste offerte, lijkt zodoende ook onder het begrip ‘onderhandelingen’ te vallen.¹⁰⁸

43. De wetgever heeft aan deze onduidelijkheid een einde gemaakt en heeft de ‘onderhandelingsplicht’ nu uitdrukkelijk geregeld. De inhoud van de ‘onderhandelingsplicht’ is afhankelijk van de gekozen plaatsingsprocedure.

Voor de mededingingsprocedure met onderhandeling geldt als uitgangspunt dat de aanbestedende overheid effectief onderhandelt en dat de inschrijvers zodoende de mogelijkheid krijgen om meerdere offertes in te dienen, opdat de uiteindelijke offerte het nauwst zou aansluiten bij de wensen van de aanbestedende overheid.¹⁰⁹ Niettemin staat het de aanbestedende overheid vrij om zich het recht voor te behouden om geen onderhandelingen te voeren, waarbij zodoende de initiële offerte zal gelden als de definitieve offerte, met dien verstande dat dit voorbehoud vermeld moet zijn in de aankondiging van de opdracht.¹¹⁰ De situatie waarin een aanbestedende overheid niet onderhandelt, is de uitzondering in de nieuwe wetgeving. Wanneer de overheid deze beslissing neemt, moet zij dit bijzonder motiveren.

Wat betreft de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, ligt dit anders. Daar geldt als uitgangspunt dat de keuze toekomt aan de aanbestedende overheid, ook wanneer zij dienaangaande niets gestipuleerd heeft in de aankondiging. Waar bij de mededingingsprocedure met onderhandeling de plicht tot onderhandelen als uitgangspunt geldt, geldt voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking en de onderhandelingsprocedure de keuzevrijheid in hoofd van de aanbestedende overheid als uitgangspunt. Zo voorziet de wetgever voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking uitdrukkelijk de mogelijkheid om niet te onderhandelen, waarbij de initiële offerte dan geldt als de definitieve offerte.¹¹¹

Wat betreft de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, wordt dit minder uitdrukkelijk gestipuleerd. De wetgever stelt wat betreft deze plaatsingsprocedure dat de aanbestedende overheid *kan* onderhandelen en niet dat zij *moet* onderhandelen.¹¹²

ferte verder te optimaliseren, element dat de eigenheid van de onderhandelingsprocedure betreft.”

¹⁰⁸ RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, NV Alpha Classical Cleaning.

¹⁰⁹ Art. 38, § 8, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹¹⁰ Art. 38, § 8, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹¹¹ Art. 38, § 5 Overheidsopdrachtenwet 2016: “Met het oog op de verbetering van hun inhoud onderhandelt de aanbestedende overheid met de inschrijvers over de initiële offerte en alle volgende offertes die door hen werden ingediend, met uitzondering van de definitieve offertes.”

¹¹² Art. 42, § 2 Overheidsopdrachtenwet 2016: “De aanbestedende overheid kan met de inschrijvers over de initiële offerte en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend onderhandelen met het oog op de verbetering van de inhoud ervan.”

De vorm die de onderhandelingen kunnen aannemen, bv. een vragenronde, is nog steeds niet wettelijk noch reglementair bepaald, zodat de aanbestedende overheden hier nog steeds over een zekere mate van vrijheid beschikken.

5.3. Waarover kunnen partijen onderhandelen?

44. Tot 2016 was het niet duidelijk waarover de aanbestedende overheid mocht of kon onderhandelen. Het wetgevend en regelgevend kader ter zake bracht daarin geen duidelijkheid. De regelgeving stipuleerde nergens uitdrukkelijk over welke elementen de aanbestedende overheid mocht onderhandelen.

Het waren de aanbestedende overheden zelf die per overheidsopdracht het verloop en de inhoud van de onderhandelingen uittekenden in de opdrachtdocumenten. Niettemin verduidelikten het Hof van Justitie en de Raad van State in hun rechtspraak dat de onderhandelingen betrekking dienden te hebben op de beoordeling van de offertes en zodoende niet op de selectie van de inschrijvers.¹¹³

Het gelijkheids-, het non-discriminatie- en het transparantiebeginsel bepalen ook mee de onderhandelingsmarge van een aanbestedende overheid. Zo heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat, gelet op voormelde beginselen en het doel om elk risico van favoritisme en willekeur te vermijden, het de aanbestedende overheden verboden is te onderhandelen met inschrijvers waarvan de offertes afwijken van de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht.¹¹⁴ Onderhandelingen kunnen dus geen betrekking hebben op de dwingende eisen van de technische specificaties van de opdracht. Wanneer de ingediende offerte hiervan afwijkt, kan hieraan niet worden geredigeerd middels de onderhandelingen.

45. De regelgever voorzag vóór 2016 geen verplichting in hoofd van de aanbestedende overheden om de regelmatigheid na te gaan van de offertes van de inschrijvers die voldeden aan de voorwaarden inzake het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie.¹¹⁵ Deze verplichting bestond enkel wanneer de opdracht werd geplaatst middels gunning bij aanbesteding of offerteaanvraag.¹¹⁶ Dit nam evenwel niet weg dat de aanbestedende overheden zelf een aantal regelmatigheidsvereisten konden opnemen in de bestekken. Ingeval er afgeweken werd

¹¹³ RvS 2 mei 2013, nr. 223.362, BVBA iChoosr. Aangehaald in de arresten: RvS 3 februari 2015, nr. 230.079, CVBA Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a. en RvS 3 februari 2015, nr. 230.080, CVBA Modero Gerechtsdeurwaarders Antwerpen e.a. Zie in eenzelfde zin: RvS 27 februari 2015, nr. 230.360, CVBA Inno.com.

¹¹⁴ HvJ 5 december 2013, nr. C-561/12, Nodecon AS – Ramboll Eesti AS/Rahandusministerium. Zie ook N. KIEKENS, “Verloop van de flexibele gunningswijzen” in D. D’HOOGHE en N. KIEKENS (eds.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Brugge, die Keure, 2016, (811) 818 en A.L. DURVIAUX en K. WAUTERS, “Europees Unierecht inzake de gunning van overheidsopdrachten en overheids-overeenkomsten (1 januari 2013 – 31 december 2013)”, OoO 2014, afl. 3, 287-288.

¹¹⁵ RvS 17 maart 2015, nr. 230.550, NV Algemene Ondernemingen Kimpe e.a.; RvS 6 september 2017, nr. 239.019, NV Youston.

¹¹⁶ Art. 95 KB 15 juli 2011 plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren.



van deze regelmatigheidsvereisten, konden aanbestedende overheden zodoende besluiten om niet te onderhandelen en de offertes te sanctioneren met een nietigheid.¹¹⁷ Dit is zeker het geval wanneer de afwijking een impact zou hebben op de vergelijkbaarheid van de offertes omdat de gelijkheid tussen de inschrijvers anders in het gedrag zou komen.

Er bestaat evenwel geen verbod om middels onderhandelingen onvolledige of niet aan het bestek conforme offertes te regulariseren.¹¹⁸ Het is immers eigen aan de onderhandelingsprocedure dat er meer ruimte is om offertes aan te passen.¹¹⁹ Dit evenwel met dien verstande dat de onvolledigheid of de afwijking geen betrekking heeft op een in het bestek voorkomende bepaling waarvan de niet-naleving uitdrukkelijk wordt gesanctioneerd met een onregelmatigheid of nietigheid.¹²⁰ In voorkomend geval zal de aanbestedende overheid de onvolledige of niet-conforme offerte moeten sanctioneren zoals voorzien in het bestek en dit gelet op het *patere legem quam ipse fecisti*-beginsel en navolgend het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

46. Met de nieuwe regelgeving is er op dit punt duidelijkheid gekomen en wordt er veel minder overgelaten aan de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende overheid bij het uittekenen van de procedure en *in concreto* het bestek. Zoals bij de onderhandelingsplicht, heeft ook hier de wetgever een eigen systeem uitgetekend per onderhandelingsprocedure.

47. Bij de mededingingsprocedure met onderhandeling kan de aanbestedende overheid niet onderhandelen over de gunningscriteria, de minimumeisen uit het bestek of de definitieve offertes.¹²¹ Wat betreft de minimumeisen, worden de aanbestedende overheden verplicht om in de opdrachtdocumenten de kenmerken van de werken, leveringen of diensten vast te leggen, waarbij zij aangeven welke elementen gelden als minimumeisen waaraan alle offertes dienen te voldoen.¹²² Met andere woorden, technische specificaties die niet omschreven worden als minimumeisen, zijn onderhandelbaar. Dat er niet kan worden onderhandeld over de gunningscriteria is niet nieuw en vormt onder meer een codificatie van de rechtspraak van de Raad van State ter zake. Het is aanbestedende overheden enkel toegelaten een inhoudelijke beoordeling van de offertes uit te voeren op basis van de gunningscriteria die opgenomen zijn in de opdrachtdocumenten.¹²³ Dit houdt dan ook ondubbelzinnig in dat over gunningscriteria, aangezien hun

inhoud niet mag worden gewijzigd, niet kan worden onderhandeld.

Daarnaast wordt tevens uitdrukkelijk bepaald dat de aanbestedende overheden niet meer kunnen onderhandelen over de definitieve offertes.¹²⁴ Deze mogelijkheid leek vóór 2016 wel te bestaan op voorwaarde dat de aanbestedende overheid dit had voorzien in het bestek, minstens dat het in overeenstemming was met de inhoud van het bestek.¹²⁵ Deze onderhandelingen mogen zelfs leiden tot de wijziging van de definitieve offerte (BAFO), zelfs wanneer het gaat om prijzen.¹²⁶

Indien tijdens de onderhandelingen wijzigingen worden aangebracht in de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij de minimumeisen worden vastgelegd, dient de aanbestedende overheid iedereen hiervan in te lichten.¹²⁷ Tevens dient de aanbestedende overheid de inschrijvers afdoende de tijd te geven om hun offertes indien nodig aan te passen en opnieuw in te dienen.¹²⁸ Over technische specificaties die geen minimumeisen vormen, kan er zodoende worden onderhandeld.

48. Dit systeem geldt evenzeer voor de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking.¹²⁹ Ook in dat geval kunnen de aanbestedende overheden niet onderhandelen over de gunningscriteria, de minimumeisen uit het bestek en de definitieve offertes. Op dit punt verschillen beide plaatsingsprocedures zodoende niet. Hetzelfde geldt voor het wijzigen van de technische specificaties of andere opdrachtdocumenten dan die waarbij minimumeisen worden vastgesteld.¹³⁰

49. Bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking ligt dit evenwel anders, met uitzondering van de gunningscriteria. Ongeacht de waarde van de opdracht kan er niet onderhandeld worden over de gunningscriteria.¹³¹

Wat betreft de minimumcriteria, is het antwoord afhankelijk van de waarde van de opdracht. Voor overheidsopdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger ligt dan de Europese drempelbedragen, kan er niet worden onderhandeld

¹¹⁷ RvS 17 maart 2015, nr. 230.550, *NV Algemene Ondernemingen Kimpe e.a.* In casu werd de inschrijver uitgesloten van verdere deelname aan de onderhandelingsprocedure.

¹¹⁸ RvS 27 oktober 2011, nr. 216.091, *NV Alpha Classical Cleaning* en RvS 10 april 2012, nr. 218.841, *BVBA De Gendt*.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ Art. 38, § 5, laatste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹²² Art. 38, § 3, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹²³ RvS 14 januari 2016, nr. 233.469, *CVBA RSM Interaudit*; RvS 29 augustus 2013, nr. 224.527, *NV Ondernemingen Jan De Nul e.a.* en RvS 2 juli 2013, nr. 224.222, *Strabag Real Estate GmBH e.a.*

¹²⁴ Art. 38, § 5, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹²⁵ RvS 20 november 2013, nr. 225.539, *NV VDL Bus Roeselare*: “Op grond van deze vergelijking heft de verwerende partij vervolgens met de eerst gerangschikte inschrijver na het beoordelen van de BAFO’s nog finale onderhandelingen gevoerd teneinde “de contractvoorwaarden te optimaliseren” alvorens over te gaan tot het nemen van de formele beslissing tot gunning van de opdracht. Deze werkwijze lijkt op het eerste gezicht niet in strijd te zijn met de bepalingen van het bestek. (...Het lijkt aldus op het eerste gezicht niet onzorgvuldig van de verwerende partij om in deze fase van de procedure en eindrangschikking op te stellen en vervolgens enkel met de eerst gerangschikte inschrijver nog finale onderhandelingen ter optimalisering van de contractvoorwaarden te voeren.”

¹²⁶ RvS 20 november 2013, nr. 225.539, *NV VDL Bus Roeselare*.

¹²⁷ Art. 38, § 6, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹²⁸ Art. 38, § 6, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹²⁹ Art. 41, § 3 Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹³⁰ Art. 41, § 4, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹³¹ Art. 42, § 2, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.



over de minimumcriteria.¹³² Voor overheidsopdrachten onder deze drempelbedragen staat de wetgever toe dat er kan worden onderhandeld over de minimumeisen op voorwaarde dat de opdrachtdocumenten dit niet zouden uitsluiten.¹³³

Over de definitieve offertes kan steeds worden onderhandeld, ongeacht de waarde van de opdracht. Aanbestedende overheden wordt immers de mogelijkheid gegeven om over zowel de initiële offertes als alle volgende offertes te onderhandelen en dus met andere woorden ook over de definitieve offertes.¹³⁴

Op welke wijze de aanbestedende overheden dienen te handelen wanneer technische specificaties en andere opdrachtdocumenten dan die waarbij minimumeisen worden vastgesteld, wijzigen, wordt niet geregeld of bepaald voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Dit is op zich verwonderlijk, aangezien ook bij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking de aanbestedende overheden op grond van artikel 53 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 verplicht zijn om de technische specificaties van het werk, de levering of de dienst op te nemen in de opdrachtdocumenten. De aanbestedende overheden beschikken zodoende over een grote keuzevrijheid. Niettemin is deze vrijheid beperkt door het gelijkheids- en transparantiebeginsel, zodat het lijkt dat de aanbestedende overheden op eenzelfde wijze zullen dienen te handelen zoals geldt voor de twee andere onderhandelingsprocedures.

6. Besluit

50. Huidige bijdrage maakte duidelijk dat de Europese en de Belgische regelgever meer en meer de voorkeur geven aan procedures waar onderhandelingen mogelijk zijn. Dit veruitwendigt zich in het feit dat in meer situaties de aanbestedende overheid voor de mededingingsprocedure met onderhandeling kan kiezen. Aldus vlakt de regelgever het wantrouwen ten aanzien van deze procedure enigszins af. In de klassieke sectoren heeft de regelgever echter de mededingingsprocedure met onderhandeling niet verheven tot een standaardprocedure. De rechtsleer lijkt ook in dat kader een kentering waar te nemen en lijkt de mogelijkheid niet uit te sluiten dat het Hof van Justitie minstens deze procedure met een minder restrictieve bril bekijkt. Wij hebben hierbij echter vraagtekens geplaatst en stellen voor om de rechtspraak van het Hof van Justitie ter zake af te wachten.

Het wantrouwen van de regelgever stak dan wel terug de kop op bij het omkaderen van het voeren van de procedure zelf. Dienaangaande vindt men meer en concretere regels terug. Het houdt een zekere codificering in van de reeds bestaande rechtspraak. Dit brengt echter niet noodzakelijkerwijze vereenvoudiging. Dit toont bijvoorbeeld de regeling aan inzake het toetsen van de regelmatigheid van de offertes.

De nieuwe regelgeving brengt zeker niet de paradigmaverschuiving die sommigen hadden verwacht. Eerder kan men de regelgeving beschouwen als een grotere stap richting de genoemde paradigmaverschuiving.

¹³² Art. 42, § 2, tweede lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹³³ Art. 42, § 2, derde lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹³⁴ Art. 42, § 2, eerste lid Overheidsopdrachtenwet 2016.

