

**OPLOSSEN VAN UW
GESCHIL MET EEN
AANBESTEDER:**

**BEMIDDELEN MET DE
OVERHEID EN IN
OVERHEIDSOPDRACHTEN**



Confederatie Bouw
Provincie Antwerpen

Bouw, energie & milieu

I. KADER

Bemiddelen is een vorm van minnelijke oplossing van geschillen en is de voorbije jaren in opmars. In 2005 werd een kader voor bemiddeling in het Gerechtelijk Wetboek ingeschreven. Met de Wet van 18 juni 2018 werd het wetgevend kader nog versterkt met als voornaamste doelstelling het promoten van bemiddeling in elke fase van het geschil.

Het toepassingsgebied van artikel 1724 Ger. W., dat de bemiddelbare geschillen definieert, is ruim. In principe komen alle vormen van conflict in aanmerking voor bemiddeling, ook publieke aangelegenheden zoals een overheidsopdracht. Alle zaken die de openbare orde en de goede zeden niet schenden, zijn vatbaar voor bemiddeling. In principe wilt dit zeggen dat alle mogelijke conflicten die u heeft met anderen, kunnen aangepakt worden via bemiddeling. Op dit principe bestaan uitzonderingen, zoals strafrechtelijke zaken.

In een eerdere bijdrage werden de algemene principes van bemiddeling reeds toegelicht. Het doel van deze bijdrage is om een antwoord te geven op de vraag of u kan bemiddelen met de overheid en in overheidsopdrachten.



INHOUD:

- I. IS BEMIDDELEN MET DE OVERHEID MOGELIJK?
 - A) ARGUMENTEN 'PRO'
 - B) RAAD VAN STATE
 - C) RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

- II. AANDACHTSPUNTEN BIJ BEMIDDELING MET DE OVERHEID
 - A) VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID
 - B) VERTROUWELIJKHEID VERSUS OPENBAARHEID VAN BESTUUR
 - C) IMPACT POSITIE OVERHEID OP SLAAGKANS BEMIDDELING
 - D) ALGEMENE BEPERKINGEN

- III. BEMIDDELING BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN
 - A) KB PLAATSING
 - I. DE BEPERKINGEN
 - II. DE MOGELIJKHEDEN
 - B) KB UITVOERING

- IV. AANBEVELINGEN



I. IS BEMIDDELEN MET DE OVERHEID MOGELIJK?

In principe is het mogelijk om te bemiddelen met de overheid. Deze mogelijkheid is relatief recent en dateert van 2018. Het hierboven aangehaalde artikel 1724 Ger. W. bevestigt dit uitdrukkelijk:

Elk al dan niet grensoverschrijdend geschil van vermogensrechtelijke aard, met inbegrip van een geschil waar een publiekrechtelijke rechtspersoon is bij betrokken, kan het voorwerp van een bemiddeling uitmaken. Niet-vermogensrechtelijke geschillen die vatbaar zijn voor dading, evenals de geschillen bedoeld in artikel 572bis, 3°, 4°, 6° tot 10° en 12° tot 15° en de geschillen voortvloeiend uit de feitelijke samenwoning kunnen eveneens het voorwerp van een bemiddeling uitmaken.

Het bovenstaande betekent dat elk geschil van vermogensrechtelijke aard met de overheid kan worden opgelost via bemiddeling. Maar ook geschillen van niet-vermogensrechtelijke aard zijn bemiddelbaar, zolang het geschil maar vatbaar is voor dading. Met dit laatste bedoelt men opnieuw dat zaken die de openbare orde en goede zeden niet schenden, alsook bepaalde zaken met een strafrechtelijk karakter.

A) ARGUMENTEN 'PRO'

Op 27 januari 2021 werd de beleidsverklaring 2.0 van de Minister van Justitie voorgesteld. Over alternatieve geschillenbeslechting staat daarin het volgende opgenomen:

"Niet elk conflict moet door een rechter beslecht worden. Wat we kunnen weghouden van de rechtbanken wordt via alternatieve vormen van geschillenbeslechting opgelost. We zullen deze alternatieven, waaronder de bemiddeling, verder aanmoedigen.

We zetten meer in op een alternatieve oplossing van geschillen, zoals bemiddeling en arbitrage. Het helpt ons in de strijd tegen de gerechtelijke achterstand, wat leidt tot sneller recht. Bovendien voelen partijen zich bij een onderhandelde oplossing ook vaak beter dan wanneer de rechter voor hen beslist."

Deze verklaring dient ter harte te worden genomen door eenieder, dus ook door de aanbesteders.

Daarenboven is het oplossen van een geschil te aanzien als een beginsel van behoorlijk bestuur. Beginselen van behoorlijk bestuur zijn algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de manier waarop een overheid zou moeten optreden. Het recht op behoorlijk bestuur is intussen zelfs erkend als een fundamenteel recht en werd opgenomen in artikel 41 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Wanneer een overheid pertinent weigert om open te staan voor een bemiddelingstraject, terwijl het een bemiddelbaar geschil betreft, kan worden geargumenteed dat zij niet zorgvuldig of redelijk handelt.



B) RAAD VAN STATE

Er zijn ook zaken die met de overheid niet bemiddelbaar zijn, zoals objectieve beroepen voor de Raad van State. Een beroep tot nietigverklaring van een selectie- of gunningsbeslissing is een voorbeeld van een objectief beroep voor de Raad van State.

In tegenstelling tot zaken die voor de burgerlijke rechtbank worden gebracht, kan de Raad van State geen bemiddeling bevelen wanneer de zaak voor haar aanhangig wordt gemaakt. Dit betekent niet dat partijen niet kunnen overgaan tot een vrijwillige bemiddeling over hun geschil dat voor de Raad van State werd gebracht.

In dit licht is het voor u belangrijk om te weten dat een eventuele bemiddeling met de overheid de beroepstermijn voor de Raad van State niet schorst. Wanneer u vernietiging vraagt van een onwettige gunningsbeslissing, weet u dat u 60 dagen tijd heeft om beroep in te stellen bij de Raad van State. Een bemiddeling dient in voorkomend geval opgestart en afgerond te zijn binnen de 60 dagen. U begrijpt dat het speelveld voor bemiddeling in dergelijke omstandigheden wel zeer klein is.

Op het principe dat de beroepstermijn voor de Raad van State niet wordt geschorst, bestaat slechts één uitzondering: de termijn van 60 dagen om een vernietigingsberoep in te stellen bij de Raad van State wordt opgeschort vanaf de indieningsdatum van uw klacht bij de federale Ombudsman. Deze termijn begint opnieuw te lopen vanaf de beslissing van de federale Ombudsman of ten laatste vier maanden na indiening van uw klacht. Maar het hoeft geen betoog dat het indienen van een klacht bij de federale Ombudsman niet meteen de ideale start van een bemiddelingstraject betekent.

Op het principe dat objectieve beroepen voor de Raad van State niet bemiddelbaar zijn, bestaat een uitzondering. Wanneer u meerdere geschilpunten met de overheid heeft en het objectief beroep er maar één van is, kan u wel overeenkomen dat er afstand wordt gedaan van het geding dat hangende is voor de Raad van State. Uiteraard kan dit maar in de hypothese dat de andere geschilpunten het voorwerp kunnen uitmaken van bemiddeling.

C) RAAD VOOR VERGUNNINGSBETWISTINGEN

Een ander administratief rechtscollege, de Raad voor Vergunningsbetwistingen, heeft wel de bevoegdheid om een bemiddeling te bevelen. Zij kan dit doen op gezamenlijk verzoek van de partijen of op eigen initiatief maar met akkoord van de partijen met een tussenuitspraak, en dit zolang het beroep niet in beraad is genomen (art. 42 decreet van 4 april 2014 betreffende de organisatie en de rechtspleging van sommige Vlaamse bestuursrechtcolleges (gerechtelijke bemiddeling)).



II. AANDACHTSPUNTEN BIJ BEMIDDELING MET DE OVERHEID

A) VERTEGENWOORDIGINGSBEVOEGDHEID

Het eerste waar u voor moet opletten, is dat u bemiddelt met een persoon die de overheid rechtsgeldig kan en mag vertegenwoordigen. Met andere woorden: met wie zit u aan tafel? Doorgaans is het niet de minister of burgemeester waarmee u onderhandelt.

Vandaar dat u zeker moet zijn dat de persoon waarmee u aan tafel zit wel over een onderhandelingsmandaat beschikt en de bevoegde beslissingsinstantie (minister, college van burgemeester en schepenen, raad van bestuur, ...) wel mag vertegenwoordigen in een bemiddeling.

B) VERTROUWELIJKHEID VERSUS OPENBAARHEID VAN BESTUUR

Het bemiddelingstraject is vertrouwelijk: de documenten opgemaakt en de mededelingen gedaan in de loop van en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure zijn vertrouwelijk. Zij mogen niet worden aangevoerd in enige gerechtelijke, administratieve of arbitrale procedure of in enige andere procedure van conflicten en zijn niet toelaatbaar als bewijs, zelfs niet als buitengerechtelijke bekentenis.

Daartegenover staat het principe van de openbaarheid van bestuur. Overheidsdiensten moeten voldoende en duidelijk informeren over hun beleid, regelgeving en dienstverlening. Dat is het principe van actieve openbaarheid. Elke burger heeft daarnaast het recht om een bestuursinstantie te vragen om inzage, uitleg of een afschrift te bezorgen van bestuursdocumenten. Dat is het principe van passieve openbaarheid.

Beide principes staan op gespannen voet met elkaar maar zijn niet onverzoenbaar. De overheid kan de openbaarheid van bestuur in concrete gevallen inperken door zich te beroepen op een van de mogelijke uitzonderingsgronden. Daarom is het aan te raden dit aspect maximaal te regelen in het op te stellen bemiddelingsprotocol voorafgaand aan de opstart van de effectieve bemiddeling.

Het dient te worden benadrukt dat ongeacht de openbaarheid van bestuur, de regel overeind blijft dat documenten en mededelingen gedaan in de loop en ten behoeve van een bemiddelingsprocedure vertrouwelijk zijn en dus niet kunnen gebruikt worden als bewijs in enige andere procedure.



C) IMPACT POSITIE OVERHEID OP SLAAGKANS BEMIDDELING

De overheid heeft een doelstelling van algemeen belang en heeft gebonden bevoegdheden. Daarnaast heeft de overheid een eenzijdige beslissingsbevoegdheid waardoor zij eenzijdig bepaalde zaken aan u kan opleggen (zoals een boete of een bevel om uw onderaannemer te vervangen). Een derde element dat kan wegen op de slaagkans van de bemiddeling is de timing en de budgettaire ruimte die de overheid nog heeft.

Bovenstaande elementen staan niet in de weg van bemiddeling, maar u dient ze wel in het achterhoofd te houden wanneer u bemiddelt met een overheid. Want misschien is het bemiddelen met de overheid helemaal niet opportuun wanneer u weet dat de overheid zich wenst te profileren omdat het project een bepaald electoraal belang heeft. Of nog: dat u onder tijdsdruk staat om gevolg te geven aan een eenzijdig bevel?

D) ALGEMENE BEPERKINGEN

Ten eerste zal een overheid enkel toezeggingen kunnen doen waartoe een overheid zich rechtsgeldig kan verbinden en per definitie met betrekking tot zaken die tot haar bevoegdheden behoren (legaliteitsbeginsel).

Daarnaast kan een overheid zich in principe niet engageren over het resultaat van de uitoefening van een discretionaire publiekrechtelijke bevoegdheid, zoals bijvoorbeeld het afleveren van een vergunning.

Evenmin kan een overheid zich in bemiddeling engageren over rechten die vergen dat daartoe een specifieke procedure wordt gevolgd, zoals bijvoorbeeld het geval is bij de gunning van een overheidsopdracht.



III. BEMIDDELING BIJ OVERHEIDSOPDRACHTEN

In het eerste deel van deze uiteenzetting werd u duidelijk gemaakt dat bemiddelen met de overheid mogelijk is en u dient op te letten voor een aantal wolfjzers en schietgeweren. Nu rijst de concrete vraag of bemiddeling een interessante piste is wanneer het gaat om een overheidsopdracht. Elke overheidsopdracht wordt gekenmerkt door twee fases: de plaatsing duurt tot aan de gunning van de opdracht, met aansluitend de uitvoering. Beide fases worden hierna behandeld.

A) KB PLAATSING

Wanneer een overheidsopdracht zich in de plaatsingsfase bevindt, zullen de discussies zich vaak beperken tot de interpretatie van selectie- en gunningscriteria in de opdrachtdocumenten. Deze discussie zal zich bijgevolg vaak voordoen wanneer er sprake is van een niet-selectie of niet-gunning.

I. DE BEPERKINGEN

De vraag rijst of bemiddeling in de plaatsingsfase wel interessant is. Laat duidelijk zijn dat de marge om te bemiddelen eerder beperkt is.

Er zijn namelijk korte termijnen om tegen beslissingen op te komen (schorsing: 15 dagen; vernietiging: 60 dagen). In de wetgeving is geen uitdrukkelijke mogelijkheid voorzien om voormelde termijnen op te schorten wanneer een bemiddelingstraject wordt opgestart. Met uitzondering van de klacht bij de federale Ombudsman die reeds eerder in deze bijdrage aan bod is gekomen.

Daarnaast zijn er in deze fase van een overheidsopdracht quasi altijd andere ondernemingen waarmee men rekening dient te houden. Een aanbesteder zal dwingende wetgeving en de daarin vervatte algemene beginselen moeten naleven, zoals het gelijkheidsbeginsel om er maar één te noemen. Het zal alleszins niet gemakkelijk zijn voor de aanbesteder om het evenwicht te vinden tussen de eigen belangen van de overheid, die van de onderneming die claimt slachtoffer te zijn, die van de andere ondernemingen die hebben ingeschreven op de overheidsopdracht én de dwingende wettelijke bepalingen dienaangaande.

Bovendien zal de aanbesteder er over moeten waken dat zij in het kader van een bemiddelings-traject niet méér informatie aan de betrokken onderneming bezorgt, dan waarover de andere inschrijvers beschikken. Hierdoor ontstaat de valkuil voor een succesvolle bemiddeling dat mogelijk niet alle informatie wordt gedeeld of op een ongelijke manier wordt verdeeld.

Een oplossing hiervoor zou zijn dat de aanbesteder de beslissing die zij genomen heeft, kan intrekken. Het nadeel hiervan is dat dergelijke intrekingsbeslissing opnieuw een aanvechtbare rechtshandeling uitmaakt waardoor andere ondernemingen die zich door de intrekking gegriefd voelen, deze kunnen betwisten.



II. DE MOGELIJKHEDEN

Op het eerste zicht bestaat er voor u als aannemer één nuttige mogelijkheid om bemiddeling voor te stellen aan de aanbesteder in de plaatsingsfase, met name wanneer u het slachtoffer bent van een onwettige selectie- of gunningsbeslissing. In dergelijk geval kan u een vergoeding claimen van de aanbesteder. In zulke situatie kan de piste van bemiddeling worden bewandeld in plaats van de gerechtelijke weg te kiezen. U heeft namelijk een verjaringstermijn van 5 jaar om de schadevergoeding te claimen voor de bevoegde rechtbank.

Daarnaast zijn er een aantal bemiddelingstechnieken die voor de aanbesteder interessant zijn ter preventie van juridische en niet-juridische geschillen. Vandaar dat men als aanbesteder er belang bij heeft om de bemiddelingstechnieken te integreren in haar plaatsingsprocedures. Hierna volgt een overzicht van de mogelijkheden waarop een aanbesteder bemiddeling kan integreren in de plaatsingsfase van een overheidsopdracht:

- **Focus op transparantie en mogelijkheid tot dialoog en duiding**

Men heeft er als aanbesteder baat bij om de focus te leggen op transparantie en duiding van het verloop van de procedure. De aanbesteder zal, telkens zij beroep doet op een overheidsopdracht, een plaatsingsprocedure moeten kiezen.

Dankzij de wetswijziging van 2017 beschikt de aanbesteder over meer marge om in te spelen op transparantie en duiding dankzij flexibele procedures zoals de mededingingsprocedure met onderhandeling en concurrentiegerichte dialoog. In dat soort plaatsingsprocedures zal de aanbesteder namelijk meer in dialoog kunnen treden met de inschrijvers waardoor bepaalde bezorgdheden of onregelmatigheden sneller kunnen worden ontdekt. Een aanbesteder zou er goed aan doen om in de opdrachtdocumenten een vragen- en antwoordenronde te voorzien, evenals toelichtingsmomenten.

- **Ruimte voorzien voor toelichting bij selectie- en gunningsbeslissing**

Een aanbesteder is eveneens gebaat bij het voorzien van ruimte voor toelichting aan ondernemingen die niet geselecteerd zijn of aan wie de opdracht niet gegund wordt, en dit telkens wanneer zij zulke beslissing neemt. Op dergelijke wijze zouden bepaalde onduidelijkheden, frustraties of vragen kunnen weggewerkt worden en doet de aanbesteder aan conflictpreventie. Hoewel deze suggestie haar verdienste heeft, stoot zij op haar limieten van de strikte procedurele termijnen (schorsing: 15 dagen; vernietiging: 60 dagen) die gevolgd moeten worden en door het huidige wetgevend kader niet kunnen worden geschorst. Vandaar dat de wetgever het voor de aanbesteder mogelijk zou moeten maken om de procedurele termijnen tijdelijk op te schorten wanneer de aanbesteder dergelijk toelichtingsmoment heeft ingepland. Het zou alleszins veel procedures kunnen vermijden en zou in die optiek getuigen van behoorlijk bestuur.



- **Ruimte voor feedback in het kader van de aanbestedingsstrategie**

Eveneens interessant voor zowel aanbesteders als voor inschrijvers op overheidsopdrachten, is om open te staan voor feedback over de aanbestedingsstrategie. Zo kan een onderneming aan een aanbesteder laten weten dat de door haar gehanteerde technische specificaties niet meer up-to-date zijn. Of nog: dat de selectie- en gunningscriteria te streng zijn waardoor bekwame kmo's dreigen uitgesloten te worden.

Al deze punten zouden door de aanbesteder kunnen genoteerd worden om de aanbestedingsstrategie in de toekomst aan te passen aan de werkelijkheid. Meer concreet zou de aanbesteder de opdrachtdocumenten voor toekomstige overheidsopdrachten kunnen verfijnen zodat de mededinging volledig kan spelen. Dit heeft een voordeel voor de aanbesteder dat zij in zee kan gaan met de meest bewaamde inschrijver tegen de meest concurrentiële prijs. Maar ook voor de inschrijvers biedt deze handelswijze enkel voordelen omdat zij zich kunnen baseren op heldere opdrachtdocumenten die op maat van de specifieke overheidsopdracht zijn gemaakt.

A) KB UITVOERING

De uitvoering van een overheidsopdracht leidt vaak tot conflicten. Zo kan bijvoorbeeld een geschil rijzen bij volgende onderwerpen: aanvangsbevel, termijnoverschrijding, oplevering, betalingsachterstand, wijzigingen in de opdracht, onvoorziene omstandigheden, keuring, controle, problemen met de onderaannemer, ... om er maar een paar te noemen.

Met het oog op de aard van de mogelijke geschillen is er meer marge om een buitengerechtelijk of vrijwillig bemiddelingstraject op te starten tijdens de uitvoeringsfase dan tijdens de plaatsingsfase. Vandaar dat aanbesteders best op deze mogelijkheid inspelen door in de opdrachtdocumenten een bemiddelingstraject te voorzien.

Uiteraard is de mogelijkheid tot bemiddelen ook hier beperkt door de toepasselijke regelgeving en beginselen. Een aanbesteder vermag in bemiddeling namelijk niet méér dan wat hij buiten bemiddeling mag.

Zo is het belangrijk om de verjarings- en vervaltermijnen van het KB Uitvoering te respecteren ongeacht de opstart van bemiddeling. Daarnaast kan een aanbesteder via bemiddeling geen essentiële wijziging aan de opdracht aanbrengen (zie rechtspraak Hof van Justitie inzake Pressetext en Finn Frogne) of een nieuwe overheidsopdracht onderhands toekennen. Tot slot is de bevoegdheid van de aanbesteder gebonden aan de eigen opdrachtdocumenten (patere legem).



IV. AANBEVELING

Inventariseer de huidige geschillen en bekijk de voor- en nadelen van de gevolgde gerechtelijke procedure. Het kan lonen om aan te duiden welke geschillen volgens u geschikt zijn voor bemiddeling en effectief te overwegen om bemiddeling op te starten.

Toekomstgericht loont het voor uw onderneming om interne richtlijnen uit te werken over een algemene aanpak of afwegingskader waarbij u inspeelt op de hiervoor aangehaalde aandachtspunten (bevoegdheid, vertrouwelijkheid, positie overheid, algemene beperkingen).

Tot slot verdient het aanbeveling om uw contractuele voorzorgen te nemen en uw overeenkomsten te voorzien van een degelijke bemiddelingsclausule.



MEER VRAGEN OVER BEMIDDELEN MET DE OVERHEID EN IN OVERHEIDSOPDRACHTEN?



Maarten De Voeght
Juridisch adviseur bouwrecht
T 03 203 44 03
E Maarten.devoeght@confederatiebouw.be



Confederatie Bouw
Provincie Antwerpen
Bouw, energie & milieu