



Vlaanderen
is mobiliteit &
openbare werken

Leidraad Overheidsopdrachten

tweede uitgave

DEPARTEMENT
MOBILITEIT & OPENBARE WERKEN

Depotnummer:

D/2021/3241/073

ISBN:

9789040304309

Auteurs:

Annelies Deygers

Bart Gheysens

Yanis Ingelberts

Nick Landuyt

Vincent Toch

Sarah Van Haegendoren

Met ondersteuning van:

Lise Van Achter, deskundige rechtspraktijk

Onder leiding van:

Nick Landuyt, afdelingshoofd a.i. ATO

Beste lezer,

Met trots mag ik deze leidraad overheidsopdrachten inleiden. Dit is inmiddels de tweede versie van deze leidraad die zowel in een gedrukte als een digitale versie ter beschikking wordt gesteld.

Als departement MOW focussen we op het ontwikkelen van kenniscentra. Kenniscentra die hun expertise aanbieden aan onze klanten, in eerste instantie de agentschappen van het beleidsdomein Mobiliteit en Openbare Werken. Sedert eind 2016 bundelden we de ondersteuning overheidsopdrachten daarom binnen één afdeling, de afdeling Algemene Technische Ondersteuning. Zo brengen we de juridische, prijstechnische en digitale expertise in het kader van overheidsopdrachten samen binnen één kenniscentrum. Op die manier beschikken we over een unieke synergie van expertises.

De juridische dienstverlening geeft daarbij invulling aan de tweedelijns-ondersteuning overheidsopdrachten voor het beleidsdomein MOW. Eén van de opdrachten van deze dienstverlening is om instrumenten uit te werken, als hulpmiddel in de dagelijkse werking van de aanbestedende afdelingen. Deze leidraad heeft als voornaamste bedoeling om een praktisch bruikbare gids te zijn voor eenieder op het terrein die te maken heeft met overheidsopdrachten.

De herwerkte versie van deze leidraad is aangepast aan de meest recente regelgeving op het moment van publicatie en wil bijkomend de aandacht vestigen op het 'verduurzamen' en 'innoveren' van onze overheidsopdrachten. We willen immers de mobiliteit en infrastructuur van de toekomst realiseren en onze economie stimuleren.

We hopen dat deze leidraad een nuttig en zelfs onmisbaar naslagwerk wordt bij het uitvoeren van uw job en wensen u veel lees- en werkplezier.

ir. Filip Boelaert

secretaris-generaal
departement MOW

Inhoud

1.	Inleiding	13
1.1.	Van waar de noodzaak voor een wetgeving overheidsopdrachten?	13
1.2.	Ontstaan en evolutie	13
1.3.	Doel	14
2.	Doelstellingen en beginselen	17
2.1.	Europees Unierecht	17
2.1.1.	Doelstellingen	17
2.1.2.	Beginselen	19
2.1.2.1.	Beginsel van gelijke behandeling	19
2.1.2.2.	Transparantiebeginsel	20
2.1.2.3.	Evenredigheidsbeginsel	20
2.2.	Het Belgisch recht	21
2.2.1.	Het beginsel van de mededinging	21
2.2.2.	Het forfaitair beginsel	22
3.	Wanneer is er sprake van een overheidsopdracht?	25
3.2.	Beroep op één of meer ondernemers	26
3.3.	Aanbesteders	28
3.4.	Uitvoering van werken, het leveren van producten en het verlenen van diensten	30
3.4.1.	Werken	30
3.4.2.	Leveringen	32
3.4.3.	Diensten	32
3.5.	Gemengde overheidsopdracht	36
3.6.	Overheidsopdrachtenwet 2016 en aanverwante wetgeving	37
4.	Hoe begin je aan een overheidsopdracht?	39
4.1.	Behoefteomschrijving	39
4.2.	Marktverkenning	41
4.3.	Raming	42
5.	Keuze van de plaatsingsprocedure	43
5.1.	Algemene procedures: de openbare en de niet-openbare procedure.	43
5.2.	Uitzonderingsprocedures	44
5.2.1.	Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking	45

5.2.1.1.	Overheidsopdrachten onder een bepaalde drempel (W/L/D)	45
5.2.1.2.	Dwingende spoed overheidsopdrachten (W/L/D)	46
5.2.1.3.	Geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte (W/L/D)	47
5.2.1.4.	Monopolie (W/L/D)	48
5.2.1.5.	Herhalingsopdracht (W/D)	49
5.2.1.6.	Andere gevallen	51
5.2.2.	Mededingingsprocedure met onderhandeling	51
5.2.2.1.	Geen onmiddellijk beschikbare oplossingen (W/L/D)	52
5.2.2.2.	Ontwerpen innovatieve oplossingen (W/L/D)	52
5.2.2.3.	Noodzaak aan voorafgaande onderhandelingen (W/L/D)	53
5.2.2.4.	Geen nauwkeurige technische specificaties (W/L/D)	54
5.2.2.5.	Overheidsopdrachten onder een bepaalde drempel (W/L/D)	55
5.2.2.6.	Enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes (W/L/D)	55
5.2.2.7.	Andere gevallen	57
5.2.2.8.	Over het gebruik van de MPMO	57
5.2.3.	Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking	58
5.2.4.	Overheidsopdrachten van beperkte waarde – aanvaarde factuur	59
6.	Opmaak van het bestek	61
6.1.	Het bestek	61
6.2.	Algemene structuur van het bestek	64
6.3.	Algemene bepalingen	66
6.3.1.	De aanbestedende overheid	66
6.3.2.	De identificatie van de overheidsopdracht	68
6.3.3.	De toepasselijke bepalingen	68
6.3.4.	De overige bepalingen	69
6.4.	Bepalingen inzake de plaatsing van de overheidsopdracht	70
6.4.1.	Regels betreffende de communicatiemiddelen	70
6.4.2.	De plaatsingsprocedure	71
6.4.3.	De raamovereenkomst	72
6.4.4.	Technische specificaties en normen	73
6.4.5.	Varianten	75
6.4.6.	Opties	77
6.4.7.	Vaste en voorwaardelijke gedeelten	78
6.4.8.	Percelen	79
6.4.9.	Selectiecriteria	82
6.4.9.1.	De uitsluitingscriteria (toegangsrecht)	82

6.4.9.2.	De kwalitatieve selectiecriteria	90
6.4.10.	Gunningscriterium of -criteria	100
6.4.10.1.	Plaatsing op basis van de prijs	100
6.4.10.2.	Plaatsing op basis van de kosten	101
6.4.10.3.	Plaatsing op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding	102
6.4.11.	Prijsopgave	108
6.4.12.	Prijsvaststelling	108
6.4.13.	Heffingen en de BTW	110
6.4.14.	Keurings- en opleveringskosten	110
6.4.15.	Inbegrepen prijselementen	111
6.4.16.	Prijs- of kostenonderzoek	112
6.4.17.	Abnormale totaalprijzen	113
6.4.18.	Taalgebruik	114
6.4.19.	Verbintenistermijn	114
6.4.20.	Onderaannemers	115
6.4.21.	Vorm en inhoud van de offerte	116
6.4.22.	Samenvattende opmeting en inventaris	117
6.4.23.	Voorrangsorte van de documenten	119
6.4.24.	Indiening van de offertes	119
6.5.	Bepalingen inzake de uitvoering van de overheidsopdracht	121
6.5.1.	KB Uitvoering 2017	121
6.5.2.	Afwijkingen van het KB Uitvoering 2017	122
6.5.3.	Gemeenschappelijke en specifieke bepalingen	125
6.5.3.1.	Gemeenschappelijke bepalingen voor alle soorten overheidsopdrachten	125
6.5.3.1.1.	Gebruik elektronische middelen	125
6.5.3.1.2.	Leiding en toezicht	125
6.5.3.1.3.	Onderaannemers	127
6.5.3.1.4.	Intellectuele rechten resultaten	129
6.5.3.1.5.	Intellectuele rechten methodes en knowhow	130
6.5.3.1.6.	Verzekeringen	130
6.5.3.1.7.	Borgtocht	131
6.5.3.1.7.1.	Principe	131
6.5.3.1.7.2.	Bedrag	132
6.5.3.1.7.3.	Aard	133
6.5.3.1.8.	Plannen en documenten	134
6.5.3.1.9.	Wijzigingen aan de overheidsopdracht	135
6.5.3.1.9.1.	Prijsherziening	135

6.5.3.1.9.2.	Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer	137
6.5.3.1.9.3.	Schorsingen op bevel van de aanbestedende overheid en incidenten bij de uitvoering	138
6.5.3.1.9.4.	Nazicht boekhoudkundige stukken	139
6.5.3.1.10.	Keuringen	140
6.5.3.1.11.	Straffen	141
6.5.3.1.12.	Vertragingsboetes	143
6.5.3.1.12.1.	Principe	143
6.5.3.1.12.2.	Overheidsopdrachten voor werken	143
6.5.3.1.12.3.	Overheidsopdrachten voor leveringen	144
6.5.3.1.12.4.	Overheidsopdrachten voor diensten	145
6.5.3.1.13.	Algemene betalingsvoorwaarden	145
6.5.3.1.13.1.	Principe	145
6.5.3.1.13.2.	Voorschotten	146
6.5.3.1.13.3.	Intresten voor laattijdige betalingen	147
6.5.3.1.13.4.	Betalingsmodaliteiten	148
6.5.3.1.14.	Rechtsvorderingen	149
6.5.3.2.	Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor werken	150
6.5.3.2.1.	Uitvoeringstermijn	150
6.5.3.2.2.	Organisatie van de bouwplaats	151
6.5.3.2.3.	Controlemiddelen keuringen	152
6.5.3.2.4.	Dagboek der werken	153
6.5.3.2.5.	Vondsten	153
6.5.3.3.	Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor leveringen	154
6.5.3.3.1.	Uitvoeringstermijnen	154
6.5.3.3.2.	Te leveren hoeveelheden	154
6.5.3.3.3.	Leveringsmodaliteiten	155
6.5.3.3.4.	Oplevering	155
6.5.3.4.	Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor diensten	156
6.5.3.4.1.	Uitvoeringsmodaliteiten ¹⁷⁰ en modaliteiten inzake de prestaties	156
6.5.3.4.2.	Uitvoeringstermijnen	156
6.5.3.4.3.	Diensten met vaste hoeveelheden of minimaal te verlenen diensten	157
6.5.3.4.4.	Aansprakelijkheid dienstverlener	157
6.5.3.4.5.	Oplevering	158

6.5.4.	Technisch-inhoudelijke bepalingen, offerteformulier en opmeting	158
6.5.4.1.	Technisch-inhoudelijke bepalingen	158
6.5.4.2.	Offerteformulier	160
6.5.4.3.	Samenvattende opmeting of inventaris	160
7.	Goedkeuring bestek	161
7.1.	Advies Inspecteur van Financiën	161
7.2.	Beslissingsbevoegdheid	162
8.	Bekendmaking	165
8.1.	Raming van de overheidsopdracht	166
8.1.1.	Algemene regels	166
8.1.2.	Raming van een overheidsopdracht van werken	167
8.1.3.	Raming van een overheidsopdracht van leveringen	167
8.1.4.	Raming van een overheidsopdracht van diensten	168
8.2.	De aankondiging van de overheidsopdracht	169
8.2.1.	Overheidsopdrachten vanaf de Europese drempels	169
8.2.1.1.	Algemene principes	169
8.2.1.2.	Voor aankondiging	171
8.2.1.3.	Publicatie van de gegunde opdracht	172
8.2.2.	Overheidsopdrachten lager dan de Europese drempels	172
8.3.	Ontvangsttermijnen	172
8.3.1.	Openbare procedures	174
8.3.2.	Niet-openbare procedures	175
8.3.3.	Mededingingsprocedures met onderhandeling	176
8.3.4.	Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking	177
8.4.	Vragen of aanpassingen na de publicatie	178
9.	Opening van de offertes	181
10.	Onderzoek van de offertes	183
10.1.	Selectie	184
10.1.1.	Uitsluitingscriteria	184
10.1.2.	Kwalitatieve selectie	184
10.2.	Regelmatigheid	184
10.2.1.	Algemeen	184
10.2.2.	Bespreking van een aantal vaak voorkomende onregelmatigheden	187
10.2.2.1.	Taal van de offerte	188

10.2.2.2.	Eén offerte per inschrijver	188
10.2.2.3.	Model van de offerte	189
10.2.2.4.	Verplichte vermeldingen	190
10.2.2.5.	Ondertekening van de offerte	190
10.2.2.6.	Tijdstip en wijze van indiening offertes	191
10.2.2.7.	Voorbehoud	192
10.2.2.8.	Materiële fouten en rekenfouten	192
10.2.2.9.	Verbetering van hoeveelheden en leemtes	193
10.2.2.10.	Abnormale prijzen	194
10.3.	Gunningsfase	198
11.	Goedkeuring gunningsbeslissing	201
11.1.	Advies IF	201
11.2.	Beslissingsbevoegdheid	202
	Minister	202
	Secretaris-generaal / administrateur-generaal	202
12.	Informatie – wachttermijn – sluiting	203
12.1.	Informatie	203
12.1.1.	Algemene regeling	203
12.1.2.	Overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag dat niet meer bedraagt dan 139.000 euro	205
12.1.3.	Overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag boven 139.000 euro	207
12.1.4.	Overheidsopdrachten waar onderhandelingen mogelijk zijn	209
12.2.	Wachttermijn	209
12.3.	Sluiting	211
12.3.1.	Binnen de verbintenistermijn	211
12.3.2.	Buiten de verbintenistermijn	212
13.	Uitvoeringsfase	215
13.1.	Inleiding	215
13.2.	Opstart van de overheidsopdracht	215
13.2.1.	Verzekeringen	215
13.2.2.	Aanvangsbevel	216
13.2.3.	Borgtocht	218
13.2.3.1.	Borgstelling	218
13.2.3.2.	Verzuim van borgstelling	218
13.2.3.3.	Overdracht van de borgtocht	219
13.2.3.4.	Rechten van de aanbestedende overheid op de borgtocht	219
13.2.3.5.	Vrijgave van de borgtocht	220

13.3.	Onderaanneming	221
13.4.	Dagboek der werken	225
13.5.	Wijzigingen van de opdracht	226
13.5.1.	Vormvoorschriften	226
13.5.2.	Prijzen en termijnen	227
13.5.3.	Mogelijke wijzigingen	228
13.5.3.1.	Contractuele herzieningsclausule	228
13.5.3.2.	Aanvullende opdrachten	229
13.5.3.3.	Onvoorzienbare omstandigheden	230
13.5.3.4.	Vervanging van de opdrachtnemer	231
13.5.3.5.	De “de minimis”-regel	232
13.5.3.6.	De niet-wezenlijke wijziging	232
13.5.4.	De kwalificatie van de voorgenomen wijziging	233
13.5.5.	Wat bij een wezenlijke wijziging?	234
13.5.6.	Publicatieverplichting	234
13.6.	Incidenten bij de uitvoering van de overheidsopdracht	235
13.6.1.	Indieningsvereisten	235
13.6.1.1.	Meldingsplicht	235
13.6.1.2.	Becijferde rechtvaardiging	236
13.6.2.	Rechtsgronden	237
13.6.2.1.	Tekortkomingen van de aanbestedende overheid	237
13.6.2.1.1.	Principe	237
13.6.2.1.2.	Compensatie	238
13.6.2.1.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarden	238
13.6.2.2.	Schorsing van de uitvoering op bevel van de aanbestedende overheid	239
13.6.2.2.1.	Principe	239
13.6.2.2.2.	Compensatie	240
13.6.2.2.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarden	241
13.6.2.3.	Onvoorzienbare omstandigheden	241
13.6.2.3.1.	Wat zijn onvoorzienbare omstandigheden?	241
13.6.2.3.2.	Compensatie	242
13.6.2.3.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarden	243
13.6.2.4.	Tekortkoming van de opdrachtnemer	244
13.6.2.4.1.	Principe	244
13.6.2.4.2.	Compensatie	244
13.6.2.4.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarde	244
13.6.2.5.	Herziening van de overheidsopdracht wegens een zeer belangrijk voordeel	245

13.6.2.5.1.	Principe	245
13.6.2.5.2.	Compensatie	245
13.6.2.5.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarde	245
13.6.2.6.	Verbreking van de overheidsopdracht	246
13.6.2.6.1.	Gemeenrechtelijke verbreking van de overheidsopdracht	246
13.6.2.6.1.1.	Principe	246
13.6.2.6.1.2.	Compensatie	246
13.6.2.6.1.3.	Ontvankelijkheidsvoorwaarden	246
13.6.2.6.2.	Verbrekingsmogelijkheden in het KB Uitvoering 2017	247
13.6.2.6.2.1.	Overlijden van de opdrachtnemer	247
13.6.2.6.2.2.	Perikelen in verband met de persoonlijke situatie van de opdrachtnemer	248
13.7.	Actiemiddelen van de aanbestedende overheid	249
13.7.1.	Vertragingsboetes	249
13.7.2.	Vaststellingen bij proces-verbaal	250
13.7.3.	Straffen	251
13.7.4.	Ambtshalve maatregelen	252
13.8.	De oplevering en waarborgtermijn	253
13.8.1.	Principe	253
13.8.2.	Voorlopige oplevering	254
13.8.3.	Waarborgtermijn	256
13.8.4.	Definitieve oplevering	257
13.9.	Betalingen	258
13.9.1.	Verificatietermijn	258
13.9.2.	Betalingstermijn	260
14.	Duurzaamheid	261
14.1.	Duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten	262
14.1.1.	Inleiding	262
14.1.2.	Types duurzaamheid	262
14.1.2.1.	Milieuduurzaamheid	262
14.1.2.2.	Sociaal-ethische duurzaamheid	263
14.1.3.	Het vergroenen van een overheidsopdracht	263
14.1.3.1.	Behoefteschrijving en marktverkenning	264
14.1.3.2.	Keuze van de plaatsingsprocedure	266
14.1.3.3.	Toegangsrecht	268
14.1.3.4.	Kwalitatieve selectie	269
14.1.3.5.	Gunningscriteria	271
14.1.3.5.1.	Algemeen	271

14.1.3.5.2.	Praktijkvoorbeelden van duurzame gunningscriteria	272
14.1.3.5.2.1.	Levenscycluskosten (LCK)	272
14.1.3.5.2.2.	MKI-waarde en DuboCalc	273
14.1.3.5.2.3.	CO ₂ -prestatieladder	274
14.1.3.5.2.4.	Andere toepassingen van fictieve kortingen wegens duurzaamheidsinspanningen	275
14.1.3.5.2.5.	Duurzaamheidsscore	275
14.1.3.5.3.	Besluit	276
14.1.3.6.	Technische specificaties	277
15.	Innovatie	279
15.1.	Inleiding	279
15.1.1.	Soorten innovatie	279
15.1.1.1.	Productinnovatie	279
15.1.1.2.	Procesinnovatie	280
15.1.1.3.	Organisatie- of diensteninnovatie	280
15.1.1.4.	Aankoopinnovatie	281
15.1.1.5.	Contractinnovatie	281
15.1.2.	Aantal belangrijke concepten	282
15.1.2.1.	PCP en PPI	282
15.1.2.2.	POC	282
15.1.2.3.	Principe van Hackaton	283
15.1.3.	Plaatsingsprocedures	283
15.1.3.1.	Innovatiepartnerschap	283
15.1.3.1.1.	Vorbereiding	284
15.1.3.1.2.	Verloop procedure	285
15.1.3.1.3.	Voordelen innovatiepartnerschap	288
15.1.3.1.4.	Kanttekeningen en tips	289
15.1.3.2.	Concurrentiegerichte dialoog	291
15.1.3.2.1.	Verloop procedure	292
15.1.3.2.2.	Kanttekening	293
15.1.3.3.	Mededingingsprocedure met onderhandeling (MPMO)	294
15.1.3.4.	Onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten	294
15.2.	Conclusie	296

1. Inleiding

1.1. Van waar de noodzaak voor een wetgeving overheidsopdrachten?

Een overheid verricht taken van algemeen belang. Om die taken goed te kunnen uitvoeren, heeft zij middelen nodig. Die middelen kunnen zijn: gebouwen, goederen, mensen... Gezien de complexiteit van de samenleving is de overheid niet meer in staat die middelen volledig zelf te realiseren.

Overheden moeten dan ook beroep doen op derden, privépersonen (meestal ondernemers) of andere overheden om zich de middelen te verschaffen die nodig zijn voor het uitvoeren van haar taken van algemeen belang. Daarvoor zal zij overeenkomsten sluiten met partners. De belangrijkste van die overeenkomsten is de overheidsopdracht. In het raam van dergelijke overeenkomst zal, eenvoudig gezegd, een derde een opdracht uitvoeren voor de overheid.

1.2. Ontstaan en evolutie

Een embryonale regelgeving bestond in België reeds in 1846. Het economisch belang van overheidsopdrachten nam echter, zeker na de Tweede Wereldoorlog, enorm toe. Het maakte deel uit van de wederopstanding van Europa na 5 jaar van totale ravage. Gezien het toenemend belang groeide steeds meer de noodzaak aan een gedetailleerde wetgeving, die er uiteindelijk kwam in 1963.

Als gevolg van de Europese Economische Gemeenschap werd de invloed van de overheidsopdrachten aanzienlijk uitgebreid. De Europese Economische Gemeenschap vond het begin jaren '70 noodzakelijk om in het raam van de realisatie van de gemeenschappelijke markt gedetailleerde richtlijnen te voorzien. Sindsdien wordt de Belgische regelgeving hoofdzakelijk beïnvloed vanuit Europa.

Niet enkel de richtlijnen hebben de evolutie van deze reglementering bepaald, maar zeker ook het Hof van Justitie¹. Via haar rechtspraak gaf het Hof een ruime interpretatie aan de bepalingen van de richtlijnen en hanteerde daarbij de doelstellingen van de Europese Unie om de bepalingen uit te leggen.

Op *Europees niveau* maakt men heden een onderscheid tussen twee richtlijnen² inzake de plaatsing van een overheidsopdracht: de richtlijn toepasselijk in de 'klassieke sector' 2014/24/EU en deze toepasselijk in de 'speciale sectoren' 2014/25/EU. Op *Belgisch niveau* heeft men beide reglementeringen geïntegreerd in de Overheidsopdrachtenwet 2016³ en de bijhorende uitvoeringsbesluiten, met name het KB Plaatsing 2017⁴ en het KB tot wijziging van het KB Uitvoering (hierna: KB Uitvoering 2017).^{5,6}

De Europese Unie heeft het noodzakelijk geacht om niet alleen richtlijnen goed te keuren inzake de plaatsing⁷, maar ook richtlijnen te voorzien inzake rechtsbescherming. In essentie bevatten deze richtlijnen een aantal waarborgen en tools voor de ondernemers om hun rechten (die hen door de wetgeving overheidsopdrachten zijn toegekend) af te dwingen. De Belgische wetgever heeft deze richtlijnen inzake rechtsbescherming omgezet via de wet van 17 juni 2013 (verder: de wet rechtsbescherming) Deze wet voorziet in een volledig kader inzake rechtsbescherming, zowel voor Europese als niet-Europese overheidsopdrachten.

1 Het Hof van Justitie is een apart rechtscollege dat vooral als taak heeft om het Europees Unierecht uit te leggen.

2 Een derde richtlijn, 2014/23/EU betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, blijft in deze leidraad buiten beschouwing.

3 Wet inzake overheidsopdrachten 17 juni 2016, BS 14 juli 2016.

4 Koninklijk Besluit plaatsing overheidsopdrachten in de klassieke sectoren van 18 april 2017, BS 9 mei 2017.

5 Koninklijk Besluit van 22 juni 2017 tot wijziging van het koninklijk besluit van 14 januari 2013 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en concessies voor openbare werken en tot bepaling van de datum van inwerkingtreding van de wet van 16 februari 2017 tot wijziging van de wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten, BS 27 juni 2017 (KB Uitvoering 2017).

6 Enkel de bepalingen inzake de wijzigingen tijdens de uitvoeringsfase (zie punten 6.5.3.1.9. en 13.5.) worden door de Europese richtlijnen behandeld.

7 Wet van 17 juni 2013 betreffende de motivering, de informatie en de rechtsmiddelen inzake overheidsopdrachten, bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten en concessies (hierna Wet Rechtsbescherming).

1.3. Doel

Deze leidraad heeft als bedoeling om de regelgeving overheidsopdrachten op een beknopte en leesbare manier te ontsluiten voor elke Vlaamse ambtenaar en in het bijzonder de ambtenaren van het Ministerie Mobiliteit en Openbare Werken. Het lezen van deze tekst zou ertoe moeten leiden dat men zich de gehele 'procesflow' van een overheidsopdracht op een aangename en vlotte manier eigen kan maken.

Er wordt dan ook gekozen voor een praktische invalshoek waarbij verwijzingen naar rechtspraak of wetenschappelijke literatuur worden weggelaten. Gelet op de doelgroep wordt bovendien enkel de regelgeving van de klassieke sectoren besproken.

2. Doelstellingen en beginselen

De beginselen, zoals de beginselen van de gelijke behandeling en de forfaitaire prijs, zijn het alfa en het omega van de overheidsopdrachtenregelgeving. Ze waren reeds van bij het ontstaan van de regelgeving overheidsopdrachten de rode draad en zijn dat nog steeds bij elke nieuwe regelgeving. Deze mogen niet gezien worden als louter theoretische begrippen. Integendeel, ze vormen een cruciaal element bij elke overheidsopdracht: enerzijds als achterliggende gedachte voor de concrete regelgeving die erop van toepassing is en anderzijds als terugvalbasis bij de juridische beoordeling wanneer de regelgeving hetzij onduidelijk is hetzij geen concrete bepalingen bevat.

Ondanks de grote invloed van het Europees Unierecht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten, bevat het Belgisch recht eigen accenten. In het raam van dit hoofdstuk over de beginselen is het nuttig een onderscheid te maken tussen de beginselen, die hun oorsprong vinden in het Europees Unierecht, en zij die hun oorsprong hebben in het Belgisch recht.

2.1. Europees Unierecht

Het Hof van Justitie heeft in haar rechtspraak op grond van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, meer bepaald de doelstellingen die daarin vervat liggen, een aantal beginselen erkend. Hieronder komen eerst de doelstellingen aan bod, vervolgens worden de beginselen behandeld.

2.1.1. Doelstellingen

De beginselen, die heden vooral het plaatsen van overheidsopdrachten beheersen, zijn gesteund op de doelstellingen, die primair zijn in het raam van het Europees Unierecht en meer specifiek in de richtlijnen overheidsopdrachten. In richtlijn 71/305/EEC waren vooral de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten de primaire doelstellingen bij het openen van de markt van de overheidsopdrachten. De opstellers van deze richtlijn schreven echter ook volgend doel in: *“de ontwikkeling van een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten”*.

In haar eerste arresten benadrukt het Hof van Justitie vooral de doelstellingen inzake het realiseren van de gemeenschappelijke markt, namelijk de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten, teneinde de regelgeving inzake de plaatsing van overheidsopdrachten uit te leggen. In latere arresten lijkt het Hof van Justitie het realiseren van de vrije markt als een doel te zien om een effectieve mededinging te verkrijgen en om de activiteiten van ondernemingen te vergemakkelijken. In elk geval staan het realiseren van de interne markt en het bekomen van een effectieve mededinging nu als doelstellingen naast elkaar in het raam van de richtlijnen overheidsopdrachten.

Het Hof van Justitie heeft het doel van de richtlijnen overheidsopdrachten als volgt omschreven: *“dat de richtlijn [...] beoogt de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten op het gebied van overheidsopdrachten op te heffen, teneinde de opdrachten voor een daadwerkelijke mededinging open te stellen”*. De richtlijnen willen een einde maken aan *“praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen wil beperken, door de toegang van de dienstverleners tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken”*. Men wil met andere woorden tegen elke prijs favoritisme vermijden.

In de meest recente richtlijnen werden de bovenvermelde doelstellingen opnieuw bevestigd, maar werden een aantal nieuwe doelstellingen toegevoegd. Zo volstaat het niet meer dat de ondernemers op een “gelijke en niet-discriminatoire manier” worden behandeld, maar ook de uitvoering van de overheidsopdracht moet op een dergelijke manier gebeuren dat de toepasselijke regels inzake het milieu-, sociaal en arbeidsrecht worden gerespecteerd. Verder dienen de overheidsopdrachten als instrument voor de verwezenlijking van de in de 2020-strategie vastgestelde doelstellingen. Deze 2020-strategie beoogt een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken, wat impliceert dat overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk worden ingezet. Anders gezegd, via de richtlijnen wordt gestreefd naar meer efficiënte en duurzame overheidsopdrachten. Deze nieuwe doelstellingen, die ook de bevordering van de toegang van KMO's tot overheidsopdrachten omvatten, worden meestal aangeduid met de term “horizontaal beleid”.

2.1.2. Beginselen

Onder invloed van de rechtspraak van het Hof van Justitie beheersen twee beginselen het plaatsen van een overheidsopdracht: het beginsel van de gelijke behandeling en het transparantiebeginsel. Daarbij staat het beginsel van de gelijke behandeling centraal in de regelgeving overheidsopdrachten.

Meer recent betreft het Hof van Justitie ook meer en meer een derde beginsel, met name het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel, bij de uitlegging van de richtlijnen overheidsopdrachten. Dit derde beginsel werd nu ook expliciet in de wetgeving verankerd.⁸

2.1.2.1. Beginsel van gelijke behandeling

In het algemeen mogen, op grond van het gelijkheidsbeginsel, vergelijkbare situaties niet ongelijk worden behandeld en mogen onvergelijkbare situaties niet gelijk worden behandeld. Dit beginsel vindt men op verschillende plaatsen terug, onder meer in de Belgische Grondwet en in het Europees Unierecht.

Het Hof van Justitie heeft ook in het raam van de plaatsing van overheidsopdrachten een dergelijk beginsel erkend. Ondernemers, die wensen deel te nemen aan een plaatsingsprocedure voor een overheidsopdracht of die hieraan deelnemen, moeten zeker gedurende de volledige plaatsingsprocedure gelijk behandeld worden. De inschrijvers moeten zich in een gelijke positie bevinden, zowel in de fase van voorbereiding van de offertes als bij de beoordeling ervan door de aanbestedende overheid. Teneinde deze gelijkheid te waarborgen moet een aanbestedende overheid zorgen voor een objectief kader en voor een objectieve beoordeling.

De meeste bepalingen in de wetgeving overheidsopdrachten zijn geïnspireerd door het beginsel van de gelijke behandeling. Zo mag een aanbestedende overheid enkel offertes vergelijken, die voldoen aan de minimumvereisten van het bestek. De aanbestedende overheid mag geen wijzigingen van de offertes vragen of aanvaarden. Dit houdt in dat in het raam van een openbare of niet-openbare procedure, de aanbestedende overheid niet kan

onderhandelen met de inschrijvers. De aanbestedende overheid moet, bij de plaatsing van een overheidsopdracht, strikt de regels toepassen zoals voorafgaand bekendgemaakt.

2.1.2.2. Transparantiebeginsel

Volgens het Hof van Justitie vloeit uit het beginsel van gelijke behandeling ook een beginsel van doorzichtigheid (transparantie) voort. De transparantie van de procedure waarborgt de kandidaten dat zij effectief kunnen nagaan of zij al dan niet gelijk werden behandeld. De doorzichtigheid dient in het raam van de plaatsingsprocedure van een overheidsopdracht hoofdzakelijk op twee wijzen gewaarborgd te worden: een afdoende bekendmaking en een transparante plaatsing.

Wat is een afdoende bekendmaking? Het betekent dat ondernemers voldoende en dezelfde informatie krijgen, opdat ze op een nuttige wijze kunnen kiezen of zij een offerte zullen indienen. Daarbij dient het voorwerp en de omvang van de overheidsopdracht voorafgaand bekend te zijn. Tenslotte dienen alle ondernemers voorafgaand alle spelregels te kennen op grond waarvan zij en hun offerte zullen worden beoordeeld.

Wat is een transparante plaatsing? De transparantie vereist ook dat de aanbestedende overheid de vooraf bekendgemaakte criteria en elementen niet alleen te kennen geeft maar ze ook effectief gebruikt om ondernemer en offerte te beoordelen. Het betekent echter ook dat de kandidaten en/of de inschrijvers weten waarom bepaalde beslissingen worden genomen. Een aanbestedende overheid heeft de plicht om de motieven van een bepaalde beslissing mee te delen. Daarbij moeten deze motieven afdoende zijn. Bij het eerbiedigen van de transparantieplicht moet een aanbestedende overheid echter ook rekening houden met het vertrouwelijk karakter van bepaalde informatie.

2.1.2.3. Evenredigheidsbeginsel

Het evenredigheidsbeginsel betekent dat een aanbestedende overheid evenredig (of billijk) moet zijn bij onder meer de bepaling van de eisen in

het bestek en het beoordelen van de aanvragen tot deelneming en offertes. De beslissing van de aanbestedende overheid om bijvoorbeeld een bepaalde bestekseis op te nemen moet in verhouding staan tot het doel dat via deze eis wordt nagestreefd.

Enkele toepassingen van dit beginsel:

- bij het bepalen van de selectiecriteria mag de aanbestedende overheid enkel eisen opnemen die in verhouding staan tot het voorwerp van de overheidsopdracht. Bij de economische en financiële draagkracht mag de aanbestedende overheid een verklaring inzake de totale omzet eisen, maar de geëiste jaarlijkse minimumomzet mag – behalve in behoorlijke gemotiveerde gevallen – maximaal tweemaal de geraamde waarde van de overheidsopdracht bedragen.⁹
- bij het bepalen van de bijzondere straffen mag de aanbestedende overheid geen straffen voorzien die niet in verhouding staan tot de ernst van de inbreuk en de financiële waarde van de beschouwde overheidsopdracht.¹⁰

2.2. Het Belgisch recht

Op grond van het Belgisch recht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten kunnen aan de (hier net besproken) Europese beginselen nog twee ‘beginselen’ toegevoegd worden: het beginsel van de mededinging en het beginsel van de forfaitaire prijs. Die twee beginselen beheersen het Belgisch recht inzake de plaatsing van overheidsopdrachten al sinds 1846.

2.2.1. Het beginsel van de mededinging

Artikel 5 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 stelt dat de overheidsopdrachten niet mogen worden opgesteld met het doel om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. Anders gezegd, de wetgeving overheidsopdrachten heeft tot doel te streven naar een eerlijke concurrentie tussen de diverse geïnteresseerde ondernemers. Deze laatste bepaling figureert onder het hoofdstuk ‘Algemene beginselen’. In die zin kan men inderdaad spreken van een beginsel van mededinging.

⁹ Artikel 67, §3, tweede lid, KB Plaatsing 2017.

¹⁰ Zie punt 6.5.3.1.11.

Men wenste fraude en favoritisme te vermijden en men wou de aanbestedende overheid een zo goedkoop mogelijke oplossing verzekeren. Een aantal specifieke bepalingen in de wetgeving overheidsopdrachten pakken de fraude-problematiek en het favoritisme aan. Aldus mogen ambtenaren niet tussenkomen in een plaatsingsprocedure ten voordele van een bepaalde kandidaat of inschrijver.¹¹ Kandidaten of inschrijvers mogen geen afspraken maken waardoor elke mededinging wordt uitgesloten of vertekend.¹² Ondernemingen, die deelnamen aan de voorbereiding van een overheidsopdracht, kunnen in bepaalde omstandigheden niet meer deelnemen aan de plaatsingsprocedure van diezelfde overheidsopdracht.¹³ Technische normen in een bestek mogen niet worden geschreven op maat van een bepaalde ondernemer.¹⁴

Via de mededinging beoogt de aanbestedende overheid de economisch meest voordelige offerte te bekomen. De economisch meest voordelige offerte kan worden bepaald op basis van de prijs, de kosten of de beste prijs-kwaliteitsverhouding. In dit laatste geval betracht de aanbestedende overheid een optimale kwaliteit te verkrijgen tegen het meest voordelige tarief.

2.2.2. Het forfaitair beginsel

De aanbestedende overheden plaatsen overheidsopdrachten op forfaitaire basis. Dit principe houdt in dat aanbestedende overheden overeenkomsten sluiten tegen een vaste prijs en dat deze prijs in de loop van de overeenkomst niet wezenlijk wijzigt.

Het forfaitair beginsel van de vaste prijs kan op twee manieren worden vertaald in het bestek: ofwel wordt een forfaitaire prijs gevraagd voor het geheel (een overheidsopdracht tegen globale prijs, in de samenvattende opmeting of inventaris afgekort met “GP” of “FH”) ofwel wordt een forfaitaire prijs gevraagd per eenheid (een overheidsopdracht tegen prijslijst, de samenvattende opmeting of inventaris afgekort met “EP” of “VH”) (zie punt 6.4.12.).

11 Artikel 6 Overheidsopdrachtenwet 2016.

12 Artikel 5 Overheidsopdrachtenwet 2016.

13 Artikel 52 Overheidsopdrachtenwet 2016.

14 Artikel 53, §2. Overheidsopdrachtenwet 2016.

Een rechtvaardiging van het forfaitair beginsel is reeds terug te vinden in de voorbereidende werken van de eerste Belgische regelgeving inzake overheidsopdrachten, met name de wet van 15 mei 1846: *“het volstaat niet dat de Regering ertoe verplicht wordt een beroep te doen op de mededinging (en over te gaan tot openbaarmaking), maar bovendien is vereist dat degenen die de werken of de leveringen uitvoeren, de kans lopen zowel verlies als winst te boeken en dat het bestuur niet van de bedongen aanbestedingsvoorwaarden mag afwijken”*. Uit de voorbereidende werken bij de latere wet van 4 maart 1963 blijkt echter dat de strikte toepassing van het forfait moet worden genuanceerd. Een wijziging van de contractsbepalingen moet mogelijk zijn in geval van overmacht, toeval of buitengewone omstandigheden.

Het forfaitair beginsel belet niet dat de prijzen tijdens de uitvoering kunnen worden herzien. Een aanpassing van de prijs door gebruik te maken van de prijsherziening, waarvan de modaliteiten duidelijk in het bestek werden bepaald, kan worden aanzien als een verzachting van het forfaitair beginsel (zie punt 6.5.3.1.9.1.).

De aanwezigheid van een aantal bepalingen in de bestaande regelgeving en de praktijk laten toe te besluiten dat het begrip ‘vaste prijs’ in het raam van de wetgeving overheidsopdrachten minder strikt wordt geïnterpreteerd dan in het gemene recht. De eigenheid van de overheidsovereenkomsten en de beginselen van de openbare diensten maken dat de toepassing van het forfait niet absoluut is bij overheidsopdrachten. Ter zake zou men kunnen verwijzen naar het beginsel van de veranderlijkheid van de openbare dienst. Het algemeen belang is er in bepaalde omstandigheden niet mee gediend dat een afgesproken voorwaarde behouden blijft.

Het voorbeeld bij uitstek aangaande het afwijken van de forfaitaire grondslag is de regeling bij onvoorzienbare omstandigheden tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht. Artikel 38/9 KB Uitvoering 2017 bevat de verplichting een contractuele wijzigingsclausule in het bestek op te nemen die de gevolgen van onvoorzienbare omstandigheden moet opvangen. De opdrachtnemer kan zich op de toepassing van deze wijzigingsclausule beroepen *“indien hij kan aantonen dat de herziening noodzakelijk is geworden door omstandigheden die redelijkerwijze niet*

voorzienbaar waren bij de indiening van zijn offerte, die niet konden worden ontweken en waarvan de gevolgen niet konden worden verholpen niettegenstaande hij al het nodige daartoe heeft gedaan”.

Uit het principe van de forfaitaire prijs vloeit tevens voort dat de aanbestedende overheid slechts tot betaling overgaat nadat de prestaties werden verstrekt en aanvaard. Bijgevolg is de betaling van voorschotten slechts in uitzonderlijke gevallen toegestaan. (zie punt 6.5.3.1.13.2.)

3. Wanneer is er sprake van een overheidsopdracht?

Niet elke overeenkomst die de overheid aangaat, is onderworpen aan de regels omtrent de overheidsopdrachten (zijnde de Overheidsopdrachtenwet 2016, het KB Plaatsing 2017, het KB Uitvoering 2017...).

Juridisch vertaalt het voorgaande zich als de vraag naar 'het toepassingsgebied' van de regelgeving overheidsopdrachten. Er is sprake van een 'overheidsopdracht', in de zin van de regelgeving, wanneer het gaat om:

“een overeenkomst onder bezwarende titel (1) die wordt gesloten tussen één of meer ondernemers (2) en één of meer aanbesteders (3) en die betrekking heeft op het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten (4) [...]”¹⁵

Hierna worden de verschillende aspecten van deze definitie toegelicht.

3.1. De overeenkomst onder bezwarende titel

Een overeenkomst vereist uiteraard dat er minstens twee partijen moeten zijn en dat er invulmarge bestaat omtrent de prestaties. Er kan alleszins geen sprake zijn van een overeenkomst wanneer de aanbestedende overheid aan de ondernemer eenzijdig verplichtingen oplegt zonder enige marge te laten voor die ondernemer om haar eigen werkzaamheden of tarieven te bepalen, dan wel om de overheidsopdracht al dan niet uit te voeren.

Het allerbelangrijkste is evenwel dat een overheidsopdracht wordt uitgevoerd tegen een prestatie vanwege de aanbestedende overheid. De tegenprestatie van de aanbestedende overheid is in de meeste gevallen de betaling van een geldsom maar kan ook bestaan uit andere voordelen (rechtstreeks of onrechtstreeks) die men verkrijgt door de uitvoering van de overheidsopdracht.

Voorbeelden:

- de aanbestedende overheid wenst een dam te laten bouwen. De opdrachtnemer zal hiertoe geen bepaalde som ontvangen maar mag, in ruil voor het bouwen van de dam, het grondoverschot van zijn werven gebruiken voor deze dam. Op het eerste zicht lijkt dit geen voordeel, maar dat is het wel als men weet dat de opdrachtnemer anders had moeten betalen om dat overtollige grond ergens te laten stockeren op een bepaalde stortplaats, terwijl hij dit nu kwijt kan zonder verdere kosten. Er is bijgevolg sprake van een prestatie en een tegenprestatie.
- de aanbestedende overheid wenst haar archief in te krimpen en zoekt een opdrachtnemer om het papier te komen ophalen. Gegeven dat het papier een zekere waarde heeft, in functie van de recyclage, is het mogelijk dat kosten voor het ophalen en verwerken van het papier lager zijn dan de recyclagewaarde. Ook in dergelijk geval is er sprake van een prestatie en een tegenprestatie en zal het ophalen van het papier via een overheidsopdracht moeten worden aanbesteed.

3.2. Beroep op één of meer ondernemers

Volgens de definitie is er pas sprake van een overheidsopdracht als er een beroep gedaan wordt op één of meer ondernemers. De vraag stelt zich wie onder die categorie kan begrepen worden.

Een ondernemer wordt in de Overheidsopdrachtenwet 2016 omschreven als *“elke natuurlijke persoon, elke privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon of elke combinatie van deze personen, met inbegrip van alle tijdelijke samenwerkingsverbanden van ondernemingen, die werken, een werk in de zin van de bepaling onder 19°, leveringen of diensten op de markt aanbiedt. Het betreft, naargelang het geval, een aannemer, leverancier of dienstverlener”*.¹⁶

Een aannemer, leverancier of dienstverlener dient begrepen te worden als een van de aanbestedende overheid afgescheiden rechtssubject (=natuurlijke persoon/rechtspersoon). Het al dan niet tot doel hebben om winst te maken speelt daarbij geen rol. Overheidsfinanciering of staatsteun,

die een instelling in een bevoorrechte positie brengt, hebben evenmin een invloed op de kwalificatie als aannemer, leverancier of dienstverlener.

De regelgeving overheidsopdrachten moet niet toegepast worden als de (aanbestedende) overheid de overheidsopdracht zelf uitvoert. Dat lijkt een evidentie te zijn maar is niet zo eenvoudig wanneer men een overheidsopdracht wil laten uitvoeren door een andere overheid. In dat geval is de regelgeving in principe van toepassing, tenzij aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- de aanbestedende overheid oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op haar eigen diensten. Zij moet een beslissende invloed uitoefenen zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon;
- meer dan 80% van de activiteiten van deze gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend voor de controlerende aanbestedende overheid of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende overheid worden gecontroleerd;
- er is geen directe deelneming van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van deelnemingen die geen controle of blokkerende macht opleveren en die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Het voldoen aan deze voorwaarden kwalificeert deze overheidsopdracht als "in house". Dit is eveneens het geval in de omgekeerde hypothese namelijk wanneer de aanbestedende overheid gecontroleerd wordt en een overheidsopdracht gunt aan haar controlerende entiteit, mits er geen privé-deelneming is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund met uitzondering van deelnemingen die geen controle of blokkerende macht opleveren en die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon. Met andere woorden, de moeder mag rechtstreeks beroep doen op de dochter, en omgekeerd mag de dochter rechtstreeks beroep doen op de moeder.

Tenslotte kan een aanbestedende overheid (A), die door een andere aanbestedende overheid (B) wordt gecontroleerd, ook rechtstreeks beroep doen op een derde aanbestedende overheid (C) die eveneens door de

aanbestedende overheid (B) wordt gecontroleerd. Anders gezegd, een dochter mag beroep doen op een andere dochter van dezelfde moeder.

Voorbeeld:

- in house:
Departement MOW ⇔ De Lijn;
De Vlaamse Waterweg NV ⇔ De Lijn.
- geen in house:
Departement MOW (Gewest) ⇔ Flanders Hydraulics (Eigen Vermogen).

3.3. Aanbesteders

Het begrip “aanbesteder” is een verzamelbegrip en omvat enerzijds de aanbestedende overheden en anderzijds de aanbestedende entiteiten.

- Het begrip “aanbestedende overheid” is verder uitgelegd in de wetgeving zelf en onder andere het Vlaamse Gewest (Departement, IVA AWV, IVA MDK) maar ook de EVA's (zoals De Vlaamse Waterweg NV en De Lijn) kunnen gecatalogeerd worden als aanbestedende overheden¹⁷.
- Voor de volledigheid vermelden we de verschillende categorieën die worden begrepen onder het begrip aanbestedende overheid, zoals zij voortvloeien uit de regelgeving overheidsopdrachten:
 - 1) de Staat (Federale overheid);
 - 2) de Gewesten, de Gemeenschappen en de lokale overheidsinstanties;
 - 3) publiekrechtelijke instellingen en de personen die, ongeacht hun vorm en aard, op de datum van de beslissing om tot een opdracht over te gaan:
 - opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, en;
 - rechtspersoonlijkheid hebben, en;

- op een van de volgende wijzen afhangen van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, de lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt 3)
 - * ofwel worden hun werkzaamheden in hoofdzaak gefinancierd door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt 3);
 - * ofwel is het beheer onderworpen aan het toezicht van de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt 3);
 - * ofwel zijn meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevende of toezichthoudende orgaan aangewezen door de Staat, de Gewesten, de Gemeenschappen, lokale overheidsinstanties of andere instellingen of personen die ressorteren onder dit punt 3);

Deze laatste categorie is vooral van belang wanneer het Vlaamse Gewest in het raam van haar beleid rechtspersonen opricht (bv. De Werkvennootschap).

- 4) de verenigingen bestaande uit één of meer aanbestedende overheden zoals bedoeld in punten 1), 2) en 3).
- Het begrip “aanbestedende entiteit” is eveneens een verzamelbegrip en omvat de aanbestedende overheden die een activiteit uitoefenen zoals bedoeld in de artikelen 96 t.e.m. 102 van de Overheidsopdrachtenwet 2016, de overheidsbedrijven en de personen die van bijzondere of exclusieve rechten genieten. Gegeven dat de aanbestedende entiteiten onderworpen zijn aan de regeling inzake de speciale sectoren, wordt in deze leidraad niet verder op dit begrip ingegaan.

Gegeven dat deze leidraad zich richt tot de diverse entiteiten van het Beleidsdomein MOW wordt in deze leidraad steeds gesproken van de “aanbestedende overheid”.

3.4. Uitvoering van werken, het leveren van producten en het verlenen van diensten

Van een overheidsopdracht is er slechts sprake als het voorwerp van de overeenkomst de uitvoering van werken, het leveren van producten of het verlenen van diensten betreft. Het gaat hier om drie aparte categorieën met afzonderlijke rechtsregels.

3.4.1. Werken

In de volgende situaties is er sprake van een overheidsopdracht voor werken:

1° Vooreerst kan het gaan om de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van de werkzaamheden vermeld in bijlage I bij de Overheidsopdrachtenwet 2016.

Voorbeeld: wegmarkeringen en waterbouwkundige werken

2° Ten tweede als het gaat om de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk. Een werk wordt omschreven als het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

Voorbeeld: de bouw van een stuk autosnelweg met alle voorzieningen (verlichting, markeringen, dienstzones, ...) dat voor het verkeer bruikbaar is, is bijvoorbeeld een werk dat ertoe bestemd is een technische functie te vervullen.

Let op: een overheidsopdracht waarbij een bedrijf verhindert dat slib zich op de bodem vastzet (slibslipen), heeft **niet** als resultaat een onroerend goed of wordt ook **niet** in een onroerend goed verwerkt. Aldus vervult het resultaat **geen** economische of technische functie en spreken we hier **niet** over een werk.

3° Ten slotte als het gaat om het laten uitvoeren, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen vastgesteld door de aanbestedende overheid. Als in het dossier geen enkel document is terug te vinden met daarin de kwalitatieve en kwantitatieve vereisten voor de uitvoering van de werken, kan er geen sprake zijn van een overheidsopdracht van werken. De eisen, die een aanbestedende overheid oplegt, gaan veel verder dan degene die een huurder gewoonlijk aan een nieuw gebouw stelt.

Voorbeeld: het kiezen van een privé-partner bij de oprichting van een rechtspersoon die nadien zou instaan voor het bouwen en het exploiteren van een verbrandingsoven ten voordele van de aanbestedende overheid. De keuze van de privé-partner is te beschouwen als een overheidsopdracht voor werken.

Verschillende uitvoeringswijzen kunnen dus tot de vaststelling leiden dat het gaat om een overheidsopdracht voor werken: uitvoeren, ontwerpen en uitvoeren, laten uitvoeren met welke middelen dan ook.

Op grond van het begrip 'laten uitvoeren met welke middelen dan ook' komt men tot het besluit dat de persoon, die de overeenkomst sluit met de aanbestedende overheid, niet met zijn eigen middelen de overeenkomst hoeft uit te voeren. Hij kan hierbij beroep doen op derden, voor zover hij daadwerkelijk kan beschikken over de middelen van de derde die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de overheidsopdracht. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om onderaannemers.

Tip: bij twijfelgevallen kan in principe worden teruggevallen op de CPV-code. Zo zijn overheidsopdrachten waarvan de code start met “45...” te beschouwen als een overheidsopdracht voor werken. Zo zal een overheidsopdracht voor gevelreiniging moeten worden beschouwd als een overheidsopdracht voor werken (code 45452100-1). Het schoonmaken van een gebouw zal daarentegen als een dienst worden beschouwd (code 90911000).

3.4.2. Leveringen

Overheidsopdrachten van leveringen hebben betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten. Gezien het gebruik van de term ‘producten’ doelt men met overheidsopdrachten van leveringen enkel op roerende goederen.

Uit de omschrijving van het begrip ‘overheidsopdracht van leveringen’ blijkt ook dat het product niet noodzakelijkerwijze eigendom moet worden van de aanbestedende overheid maar het voldoende is dat er enig economisch belang uit wordt gehaald.

Men maakt geen onderscheid of het daarbij gaat om standaardproducten dan wel producten op maat (= volgens de concrete wensen van de cliënt). In die zin bevat het begrip ‘product’ ook het vervaardigingsprocedé, ongeacht of het betrokken product reeds afgewerkt is of nog moet worden vervaardigd, volgens de eisen van de aanbestedende overheid.

3.4.3. Diensten

Overheidsopdrachten voor diensten worden in de wet negatief omschreven als zijnde de overheidsopdrachten die betrekking hebben op andere diensten dan degene die deel uitmaken van de omschrijving van de overheidsopdrachten voor werken. Er is aldus geen specifieke definitie van het begrip ‘overheidsopdracht voor diensten’. Diensten zijn de restcategorie in die mate dat als een overheidsopdracht niet als een ‘werk’ of een ‘levering’ kan worden gekwalificeerd, de kwalificatie ‘dienst’ toepasselijk is.

Zoals hoger werd aangegeven (zie punt 3.4.1.), zijn overheidsopdrachten voor werken niet beperkt tot het louter uitvoeren van een werk of een werkzaamheid uit bijlage I van de Overheidsopdrachtenwet 2016, maar wordt ook de combinatie van het ontwerp (wat de facto een dienst is) en de uitvoering van een werk of een werkzaamheid als een overheidsopdracht voor werken beschouwd.

Sommige diensten hebben heel wat weg van een overheidsopdracht voor werken, maar zijn het daarom niet. Bij de kwalificatie van de overheidsopdracht mag men dan ook niet puur intuïtief te werk gaan, aangezien de juridisch correcte kwalificatie wel eens durft te verschillen van wat men logisch gezien zou verwachten.

Voorbeeld: het beplanten en onderhouden van groengebieden (CPV-code 77310000-6) kan gezien worden als prestaties aan onroerende goederen, maar wordt in de wetgeving overheidsopdrachten wel als een dienst gekwalificeerd.

In de Overheidsopdrachtenwet 2016 wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de diensten die volledig aan de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten zijn onderworpen en anderzijds de sociale en andere diensten¹⁸ die aan een soepeler regime zijn onderworpen.¹⁹

Voorbeeld: gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening, hotels en restaurants, opsporings- en beveiligingsdiensten, juridische dienstverlening...

18 Diensten uit bijlage III bij de Overheidsopdrachtenwet 2016.

19 Het vroegere onderscheid tussen de prioritaire en de niet-prioritaire diensten (waarvan de wetgever uitging dat de geen grensoverschrijdend belang hadden en aldus niet Europees dienden te worden bekendgemaakt ongeacht hun geraamde waarde) werd aldus verlaten.

In de Overheidsopdrachtenwet 2016 wordt daarenboven een hele reeks overheidsopdrachten voor diensten expliciet uitgesloten van het toepassingsgebied. *In concreto* gaat het om de volgende overheidsopdrachten:

- de verwerving of de huur, ongeacht de financiële voorwaarden ervan, van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende goederen of betreffende rechten hierop;
- de aankoop, ontwikkeling, productie of coproductie van programma-materiaal bestemd voor audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, die worden geplaatst door aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten, of opdrachten betreffende zendtijd of betreffende de levering van programma's die worden gegund aan aanbieders van audiovisuele mediadiensten of radio-omroepdiensten;
- arbitrage- en bemiddelingsdiensten;
- een van de volgende juridische diensten:
 - bijstand van een advocaat in het kader van de geschillenbeslechting of geschillenpreventie;
 - het waarmerken en voor echt verklaren van documenten door een notaris;
 - juridische dienstverlening door bewindvoerders of aangewezen voogden, en andere juridische dienstverlening waarvan de aanbieders door een rechterlijke instantie van de betrokken lidstaat, of van rechtswege, aangewezen zijn om specifieke taken te verrichten onder toezicht van die rechterlijke instanties;
 - andere juridische diensten die al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag.
- financiële diensten betreffende de uitgifte, aankoop, verkoop en overdracht van effecten of andere financiële instrumenten alsmede bepaalde door de centrale banken verleende diensten en activiteiten;
- leningen al dan niet in samenhang met de uitgifte, de aankoop, de verkoop of overdracht van effecten of andere financiële instrumenten;
- arbeidsovereenkomsten;
- bepaalde diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en –verenigingen;

- bepaalde diensten inzake openbaar personenvervoer per trein of per metro;
- bepaalde diensten inzake politieke campagnes;
- de overheidsopdrachten voor diensten die geplaatst worden door een aanbestedende overheid bij een andere aanbestedende overheid of bij een vereniging van aanbestedende overheden op basis van een alleenrecht dat ze genieten krachtens bekendgemaakte wettelijke, reglementaire of administratieve bepalingen die verenigbaar zijn met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;
- overheidsopdrachten die betrekking hebben op diensten van onderzoek en ontwikkeling vallen in principe niet onder de Overheidsopdrachtenwet 2016. De Overheidsopdrachtenwet 2016 is daarentegen wel toepasselijk op de opdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling die onder de CPV-codes 73000000-2 tot 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 en 73430000-5 vallen, mits aan de beide volgende voorwaarden is voldaan:
 - de baten komen uitsluitend toe aan de aanbestedende overheid voor gebruik ervan in de uitoefening van haar eigen werkzaamheden; en
 - de verleende dienst wordt volledig door de aanbestedende overheid betaald.

Bij deze uitgesloten overheidsopdrachten kunnen de volgende bedenkingen worden geformuleerd:

- als een uitgesloten overheidsopdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, dan zal de plaatsing van deze overheidsopdracht onderworpen zijn aan de algemene beginselen uit het EU-recht. Deze overheidsopdrachten zullen evenzeer op een transparante, eerlijke en onpartijdige manier moeten worden geplaatst.
- inzake de overheidsopdrachten tot aanstelling van een advocaat in het kader van een vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure wordt in het KB Plaatsing 2017²⁰ expliciet vermeld dat deze overheidsopdrachten onderworpen zijn aan de beginselen vervat in Titel 1 van de Overheidsopdrachtenwet 2016, met uitzondering

van de artikelen 12 en 14 van de Overheidsopdrachtenwet 2016.²¹ Deze overheidsopdrachten worden geplaatst na raadpleging, indien mogelijk, van de voorwaarden van meerdere advocaten maar zonder dat om de indiening van offertes moet worden verzocht. Het bewijs van die raadpleging moet door de aanbestedende overheid geleverd kunnen worden. Dergelijke overheidsopdrachten mogen ook niet tot stand komen via een aanvaarde factuur, tenzij hun geraamde bedrag lager ligt dan 30.000 euro.

- gegeven dat de uitgesloten overheidsopdrachten moeten worden beschouwd als een uitzondering op de regel, moeten deze overheidsopdrachten en hun toepassingsvoorwaarden restrictief worden geïnterpreteerd.

3.5. Gemengde overheidsopdracht

Aangezien de rechtsregels verschillen naargelang de categorie, zal een overheidsopdracht in één (en slechts één) categorie ingedeeld moeten worden. Als men geconfronteerd wordt met een overheidsopdracht waarvan het voorwerp onder meerdere categorieën lijkt te vallen, past men volgende werkwijze toe:

i. Werk-dienst/werk-levering

In dit geval is de regel dat de bijzaak de kwalificatie van de hoofdzaak dient te volgen.

Voorbeeld: een overheidsopdracht die betrekking heeft op het leveren van producten en in ondergeschikte orde op plaatsings- en installatiewerkzaamheden wordt als een overheidsopdracht voor leveringen beschouwd.

ii. Levering-dienst

Hier geldt het principe dat er dient gekeken te worden naar de waarde van de onderscheiden delen om te kunnen bepalen binnen welke categorie de overheidsopdracht valt. Het deel met de hoogste waarde bepaalt dan de kwalificatie van de overheidsopdracht.

²¹ Artikel 12 Overheidsopdrachtenwet 2016 bevat het beginsel van de betaling voor verstrekte en aanvaarde prestaties en artikel 14 Overheidsopdrachtenwet 2016 omvat de regels betreffende de communicatiemiddelen.

Dezelfde regel is van toepassing bij een combinatie tussen “gewone” diensten en de sociale en andere diensten.

Voorbeeld: bij de aanschaf van apparatuur die gepaard gaat met het ontwerpen en beheren van dit systeem, dient men na te gaan welk deel de hoogste waarde heeft.

3.6. Overheidsopdrachtenwet 2016 en aanverwante wetgeving

De Overheidsopdrachtenwet 2016 bevat het rechtskader voor de overheidsopdrachten die in de klassieke sectoren en de speciale sectoren worden geplaatst. Deze wet omvat echter niet alle gevallen waar een aanbestedende overheid beroep doet op een private opdrachtnemer. Meer in concreto moet worden gewezen op:

- de wetgeving inzake de concessies.

Een concessie voor werken of diensten onderscheidt zich van een overheidsopdracht voor werken of diensten door de tegenprestatie waarop de opdrachtnemer aanspraak kan maken. Waar de tegenprestatie van de aanbestedende overheid bij een overheidsopdracht in principe bestaat uit de betaling van een som geld, bestaat de tegenprestatie bij een concessie uit het recht om de gerealiseerde werken of diensten te exploiteren. Dit exploitatierecht is het wezenskenmerk van een concessie, wat echter niet hoeft te betekenen dat het exploitatierecht niet kan worden gecombineerd met een vorm van betaling.

Voor de concessies voor werken of diensten is een specifieke wet en een specifiek uitvoeringsbesluit van toepassing.²²

22 De wet van 17 juni 2016 betreffende de concessieovereenkomsten (BS 14 juli 2016) en het KB van 25 juni 2017 betreffende de plaatsing en de algemene uitvoeringsregels van de concessieovereenkomsten (BS 29 juni 2017).

Bij een gemengde overheidsopdracht die deels onder de wetgeving overheidsopdrachten klassieke sector en deels onder de wetgeving concessies valt, moet de vraag worden gesteld of de overheidsopdracht objectief deelbaar is. Als de overheidsopdracht niet objectief deelbaar is, moet in functie van het toepasselijke rechtskader worden gezien naar het hoofdvoorwerp van de overheidsopdracht. Als de overheidsopdracht wel objectief deelbaar is, dan kan de overheidsopdracht worden opgedeeld en volgt elk onderdeel de wetgeving die op het specifieke onderdeel toepasselijk is. Als de aanbestedende overheid evenwel beslist toch één overheidsopdracht te plaatsen, dan moet de overheidsopdracht in principe worden geplaatst conform de wetgeving overheidsopdrachten klassieke sector.²³

- De wetgeving in de defensie- en veiligheidssector.

Voor de volledigheid wordt erop gewezen dat voor de overheidsopdrachten die onder de zogenaamde defensie- en veiligheidssector vallen, een apart (en aanzienlijk soepeler) wetgevend kader van toepassing is.²⁴ Gegeven dat MOW zelden of nooit met deze wetgeving te maken zal hebben, wordt niet op deze wetgeving.

²³ Artikel 21 Overheidsopdrachtenwet 2016.

²⁴ De wet van 13 augustus 2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied (BS 1 februari 2012) en het KB plaatsing overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied van 23 januari 2012 (BS 1 februari 2012). Voor de uitvoering van deze opdracht is het KB Uitvoering van toepassing.

4. Hoe begin je aan een overheidsopdracht?

4.1. Behoefteschrijving

Een aanbestedende overheid dient voor zichzelf duidelijk uit te maken wat ze nodig heeft om een bepaalde behoefte in te vullen. Daarbij kan ook nagegaan worden wat de markt ter zake aanbiedt.

Dit lijkt op het eerste zicht een puur technische kwestie maar heeft wel degelijk verregaande juridische implicaties (delegaties, drempelbedragen, keuze plaatsingsprocedure...). Een onjuiste behoefteschrijving of onvoldoende kennis van de markt kan de overheidsopdracht, zowel tijdens de plaatsing als tijdens de uitvoering, ernstig hypothekeren.

Voorbeeld: de aankoop van wagens waar in de oorspronkelijke overheidsopdracht niet is voorzien in het bijhorende onderhoud, zorgt voor problemen wanneer men dit onderhoud na de aankoop alsnog wenst te laten uitvoeren door dezelfde leverancier teneinde zo compatibel mogelijk te werken.

Voorbeeld: onvoldoende marktonderzoek voor de aankoop van tablets kan ertoe leiden dat men ten onrechte meent dat slechts één bepaalde fabrikant de tablets kan aanleveren en men bijgevolg te maken heeft met een monopolie, waardoor enkel mét die ene fabrikant onderhandeld wordt. Terwijl er voor de gewenste specificaties voldoende alternatieven bestaan.

Elke aanbestedende overheid vervult een taak van algemeen belang. Om die taak in te vullen, heeft ze verschillende behoeften.

Voor Mobiliteit en Openbare Werken gaat het voornamelijk om de behoefte tot het aanleggen van wegen, het bouwen van sluizen, het aankopen van pc's voor haar personeel, de verdediging van haar belangen voor de rechtbank...

In het raam van een overheidsopdracht betreft het enkel behoeften die in de eerste plaats overeenstemmen met een bepaald werk, een bepaald product of een bepaalde dienst te leveren door een derde. De aanbestedende overheid moet op een gedetailleerde wijze deze behoefte omschrijven, opdat de derde een voldoende concreet aanbod kan doen.

Een behoefteomschrijving vraagt in de eerste plaats denkwerk door het gespecialiseerde personeel aanwezig binnen de overheidsdienst. In de tweede plaats moet dit denkwerk omgezet worden in duidelijke en concrete teksten. Deze teksten geven een kwalitatieve, technische, kwantitatieve en soms esthetische omschrijving van het werk, het product of de dienst. Deze teksten zullen deel uitmaken van het op te stellen bestek, wat één van de belangrijkste opdrachtdocumenten is.

Bij het opstellen van haar behoefte zal de aanbestedende overheid ook rekening moeten houden met het budget dat zij ter beschikking heeft. Als er niet voldoende budget beschikbaar is, zal misschien voor een methode van alternatieve financiering (zoals een promotieopdracht, een DBFM of PPS) moeten worden geopteerd. Zij zal bovendien in het oog moeten houden wanneer zij de behoefte dient ingevuld te zien. Prijs en uitvoeringstermijn bepalen mee wat een aanbestedende overheid kan vragen.

Voorbeeld: als de aanbestedende overheid op korte termijn behoefte heeft aan een nieuwe software, zal zij eerder moeten opteren voor de aankoop van een standaard softwarepakket. De ontwikkeling van volledig nieuwe software zal immers heel wat meer tijd in beslag nemen en in principe ook substantieel hogere kosten met zich meebrengen.

4.2. Marktverkenning

Om tot een concrete behoefteomschrijving te komen, heeft een aanbestedende overheid, zeker in de huidige complexe samenleving, niet steeds de juiste knowhow in huis. Zij dient dan de mogelijkheid te hebben om na te gaan wat de markt te bieden heeft om een bepaalde behoefte in te vullen.

De regelgeving overheidsopdrachten voorziet expliciet deze mogelijkheid tot marktverkenning.²⁵ De aanbestedende overheid kan de markt verkennen, alvorens zij effectief het bestek begint op te stellen. In beginsel zal zij dan handelen als elke andere privépersoon, die een werk, dienst of product nodig heeft. Zij zal een gesprek aangaan met ondernemers om na te gaan wat zij kunnen bieden om een behoefte in te vullen. Deze ondernemers worden om advies gevraagd omtrent de gepaste oplossing voor een bepaald probleem. Ten slotte kan de aanbestedende overheid ook vragen naar het prijskaartje dat aan een bepaalde oplossing verbonden is of polsen naar de mogelijke alternatieve oplossingen. De geraadpleegde ondernemer wordt echter niet betaald voor haar diensten in dit stadium.

Dergelijke verkenning kan de overheid ook een idee geven aangaande de interesse van de markt om een bepaalde overheidsopdracht uit te voeren. Er kan daaruit een keuze volgen om al dan niet in gescheiden (plaatsings-) fases te werken, zijnde eerst te selecteren wie geschikt zou zijn en pas dan aan de geselecteerden het bestek over te maken. Op grond van deze marktverkenning zal de aanbestedende overheid een evaluatie maken over de sterke en zwakke punten van de verschillende aangereikte oplossingen. Zij zal aldus komen tot een concrete behoefteomschrijving rekening houdend met het beschikbare budget en de timing.

De marktverkenning mag er niet toe leiden dat de mededinging wordt verstoord. Dit houdt in dat een ondernemer of bepaalde ondernemers geen voordeel mogen halen uit deze marktverkenning bij de plaatsing van de overheidsopdracht. Zo dient een aanbestedende overheid erop toe te zien dat zij haar bestek, op grond van de ingewonnen informatie, niet zodanig gaat opstellen dat slechts één of enkele ondernemers de kans hebben om de overheidsopdracht binnen te halen.

²⁵ Artikel 51 Overheidsopdrachtenwet 2016.

Let op: neem nooit zonder meer de technische specificaties over die een onderneming heeft bezorgd in het kader van de marktverkenning, hoe bruikbaar dit ook mag lijken.

Tijdens de marktverkenning dient de aanbestedende overheid ook de geraadpleegde ondernemers dezelfde informatie te geven betreffende de concrete behoefte.

Ten slotte is het in sommige gevallen aan te raden dat de aanbestedende overheid bekendmaakt dat zij overgaat tot een marktverkenning. In die zin kunnen sommige geïnteresseerde ondernemers zelf contact zoeken of krijgen zij hiertoe minstens de kans.

4.3. Raming

Na de marktverkenning is het van belang om een raming van de overheidsopdracht te maken. Die zal bepalen welke regels van toepassing zijn, welke bekendmakingsverplichtingen dienen te worden vervuld, wie bevoegd is om beslissingen te nemen, of de overheidsopdracht aan advies van de Inspectie van Financiën dient te worden voorgelegd...

Voor de verdere regels met betrekking tot de raming wordt verwezen naar punt 8.1.

5. Keuze van de plaatsingsprocedure

Een plaatsingsprocedure kan worden omschreven als de manier waarop de aanbestedende overheid de opdrachtnemer zal kiezen die met de uitvoering van de overheidsopdracht zal worden belast.

De regelgeving overheidsopdrachten voorziet verschillende soorten plaatsingsprocedures. Traditioneel deelt men de plaatsingsprocedures op in twee categorieën: de algemene procedures en de uitzonderingsprocedures. Zoals uit de gebruikte terminologie al kan worden afgeleid, kan de aanbestedende overheid steeds beroep doen op een algemene procedure maar zal men slechts in welbepaalde gevallen kunnen terugvallen op een uitzonderingsprocedure.

In dit hoofdstuk zal er enkel ingegaan worden op de meest gebruikte en voor MOW meest relevante plaatsingsprocedures.

5.1. Algemene procedures: de openbare en de niet-openbare procedure.²⁶

Binnen de algemene procedures maakt de regelgeving een onderscheid naargelang welke ondernemers toegelaten worden om een offerte in te dienen.

Bij een openbare procedure zullen alle geïnteresseerde ondernemers een offerte kunnen indienen. De overheidsopdracht wordt gegund in één en dezelfde fase. Dit houdt in dat de aanbestedende overheid in één gemotiveerde beslissing zowel de geschiktheid van de ondernemer (selectie) als de kwaliteit van de offerte (regelmatigheid en gunning) beoordeelt.

²⁶ Sinds de Overheidsopdrachtenwet 2016 zijn de termen “aanbesteding” (zijnde een plaatsing louter op basis van de prijs) en “offerteaanvraag” (zijnde een plaatsing op basis van meerdere criteria) verlaten. De wetgeving kent nu enkel openbare en niet-openbare, zijnde wat onder de vroegere wetgeving een open of beperkte aanbesteding/offerteaanvraag werd genoemd.

In een niet-openbare procedure zullen niet alle geïnteresseerde ondernemers de kans krijgen om een offerte in te dienen. De overheidsopdracht wordt in twee fasen opgedeeld. In een eerste fase wordt de geschiktheid van de geïnteresseerden onderzocht (selectiebeslissing). De geselecteerde ondernemers zullen vervolgens worden uitgenodigd om een offerte in te dienen. In een tweede beweging wordt vervolgens de kwaliteit van de ingediende offertes beoordeeld (gunningsbeslissing). De aanbestedende overheid kan er eventueel voor kiezen om het maximaal aantal geselecteerde ondernemers, die een offerte mogen indienen, te beperken.

De aanbestedende overheid is vrij in haar keuze voor een openbare of een niet-openbare procedure. De keuze tussen beide procedures is onder meer afhankelijk van:

- het aantal potentieel geïnteresseerden: als er vrij weinig marktspelers zijn, ligt een openbare procedure voor de hand. Als er heel veel inschrijvers zijn, die kwalitatief sterk van elkaar verschillen, kan een niet-openbare procedure aangewezen zijn.
- de kosten voor de opmaak van de offerte: als de offerte neerkomt op maatwerk en voor de geïnteresseerden heel wat kosten met zich meebrengt, kan een niet-openbare procedure aangewezen zijn. Door een voorafgaande selectie kan het aantal marktpartijen dat de offertekosten moet maken immers worden beperkt.

Andere elementen die bij de keuze een rol kunnen spelen, zijn onder andere de omvang en gevoeligheid van het bestek, de aard van de overheidsopdracht en het dringend karakter van de overheidsopdracht.

5.2. Uitzonderingsprocedures

Een uitzonderingsprocedure kan enkel worden gekozen in de gevallen en binnen de voorwaarden die de regelgeving voorziet. Om de transparantie en de mededinging zo ruim mogelijk te houden, moeten deze voorwaarden bovendien strikt worden geïnterpreteerd.

Binnen de uitzonderingsprocedures wordt een verder onderscheid gemaakt tussen:

- de onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking (OPZB). (zie punt 5.2.1.);
- de mededingingsprocedure met onderhandeling (MPMO). (zie punt 5.2.2.);
- de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (VOMB). (zie punt 5.2.3.);
- de overheidsopdrachten met een beperkte waarde die via een aanvaarde factuur tot stand (kunnen) komen. (zie punt 5.2.4.).

5.2.1. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

In een limitatief opgesomd aantal gevallen mag een aanbestedende overheid beroep doen op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (hierna: OPZB). In het raam van deze procedure raadpleegt de aanbestedende overheid, voor zover mogelijk, rechtstreeks een aantal mogelijk geïnteresseerde ondernemers. In het kader van de OPZB is er geen verplichting om effectief over de ingediende offertes te gaan onderhandelen.

Hieronder worden de wettelijk voorziene gevallen kort overlopen, waarbij wordt aangeduid of deze voor werken (W), leveringen (L) of diensten (D) van toepassing zijn. Voor de volledigheid worden alle gevallen vermeld, maar enkel diegene die in de praktijk het meest voorkomen, zullen uitgebreider worden besproken.

5.2.1.1. Overheidsopdrachten onder een bepaalde drempel (W/L/D)²⁷

Wanneer de goed te keuren uitgave voor de uitvoering van een overheidsopdracht slechts een gering bedrag vertegenwoordigt, is een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk.

Concreet betekent dit dat, wanneer het bedrag van de uit te voeren overheidsopdracht lager ligt dan 139.000 euro²⁸ (excl. BTW)²⁹, een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toegelaten is. Het vermelde bedrag is niet de geraamde waarde maar wel de werkelijke uitgave, zoals ze goedgekeurd wordt na de gunningsbeslissing. Een overheidsopdracht die onder de 139.000 euro werd geraamd, maar de regelmatige economisch meest voordelige offerte boven dit bedrag uitkomt, zal dan ook moeten worden stopgezet en via een andere plaatsingsprocedure worden heraanbesteed.

5.2.1.2. Dwingende spoed overheidsopdrachten (W/L/D)³⁰

Een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is mogelijk, wanneer een overheidsopdracht dringend moet worden uitgevoerd.

Van dwingende spoed zal sprake zijn als de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- de dwingende spoed moet het gevolg zijn van een onvoorzienbare gebeurtenis;

Voorbeeld: een brug die, na een uiterst zware aanrijding, op instorten staat.

28 Voor opdrachten voor bepaalde diensten (met name inzake arbeidsbemiddeling, vervoersondersteunende diensten en bepaalde diensten op vlak van onderzoek en ontwikkeling) is dit bedrag niet 139.000 euro maar wel het Europese drempelbedrag (momenteel 214.000 euro).

29 Opgelet: gegeven dat de 139.000 euro de facto een verwijzing is naar het Europese drempelbedrag van toepassing voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die door federale overheden worden geplaatst, gaat het hier om een herzienbaar bedrag!

30 Artikel 42, §1, 1°, b), Overheidsopdrachtenwet 2016.

- de dwingende spoed wordt beoordeeld aan de hand van de (eventueel ingekorte) toepasselijke publicatietermijnen voor de algemene procedures;

Voorbeeld: als we het voorgaande voorbeeld nemen van de brug kunnen we zeggen dat het gevaar niet dermate hoeft te zijn dat het de dag van de aanrijding al zou instorten maar minstens dat de brug kan instorten vooraleer een openbare of niet-openbare procedure zou afgerond zijn.

- de gebeurtenis, die aan de oorzaak van de dwingende spoed ligt, mag niet aan de aanbestedende overheid te wijten zijn.

Voorbeeld: een bestek is een aantal maanden blijven liggen...

Tenslotte is het van belang om in het achterhoofd te houden dat slechts gebruik gemaakt kan worden van deze hypothese in de mate dat daarmee de dwingende spoed verholpen is. Een structurele oplossing kan niet op deze basis, maar moet via een algemene procedure worden geplaatst.

Voorbeeld: een extreem strenge winterprik in februari doet een tekort aan strooizout ontstaan. Om de wegen voldoende veilig te houden voor de resterend winterperiode kan snel zout bijgekocht worden op basis van de hypothese van de dringendheid. Deze aankoop mag echter niet uitgebreid worden tot het aanleggen van een zoutvoorraad voor meerdere winters.

5.2.1.3. Geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte (W/L/D)³¹

Dit betreft de hypothese waarbij i.h.k.v. een openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte aanvraag tot deelneming of offerte werd ingediend. In dat geval kan men gebruik maken van de

31 Artikel 42, §1, 1^o, c), Overheidsopdrachtenwet 2016.

onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

Van een niet geschikte aanvraag tot deelneming of offerte is sprake wanneer:

- de betrokken ondernemer zich in een geval van verplichte of facultatieve uitsluiting bevindt;
- de betrokken ondernemer niet voldoet aan de kwalitatieve selectiecriteria die in de selectieleidraad of het bestek werden vermeld;
- de ingediende offerte niet relevant is voor de overheidsopdracht omdat in de offerte ingrijpende wijzigingen moeten worden aangebracht om te kunnen voldoen aan de behoeften en de eisen van de aanbestedende overheid.

Aangezien de voorwaarden, zoals vervat in het bestek van de oorspronkelijke overheidsopdracht, niet wezenlijk mogen worden aangepast in het bestek dat voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking zal worden gebruikt, zal deze hypothese in de praktijk zeer weinig kunnen worden toegepast. Het valt niet goed in te zien hoe een geringe (of niet-wezenlijke) aanpassing van het bestek plots wel op interesse kan rekenen of tot geschikte offertes zal leiden.

5.2.1.4. Monopolie (W/L/D)³²

Als een overheidsopdracht wegens haar technische of artistieke specificiteit of wegens de bescherming van exclusieve rechten (intellectuele rechten) slechts aan één bepaalde uitvoerder kan worden toevertrouwd, is een beroep op de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogelijk.

Let op: het volstaat niet dat de opdrachtnemer de enige marktspeler is. De aanbestedende overheid zal tevens moeten aantonen dat er voor het werk, de levering of de dienst in kwestie geen gelijkwaardig alternatief bestaat waar er wel meerdere marktspelers zijn en waar de mededinging bijgevolg wel volwaardig kan spelen.

Hierbij dient uiteraard nog eens het belang te worden onderstreept van een goede marktverkenning die is afgestemd op de behoeften van de aanbestedende overheid. Hoewel het op het eerste zicht kan lijken dat een monopoliesituatie voorhanden is, moet worden vastgesteld dat deze situatie in de praktijk niet vaak voorkomt. Soms is het zelfs een kwestie van zich niet te beperken tot de Belgische markt maar ook de Europese markt in beschouwing te nemen.

Voorbeeld: slechts één bepaalde onderneming kan een type vangrail in een bepaalde legering aanleveren en plaatsen. Op het eerste zicht is dit dus een monopolie. Als we echter de behoefte van de aanbestedende overheid nagaan, is de legering van de vangrail niet cruciaal maar dient er enkel een vangrail aangeleverd te worden die voldoet aan bepaalde normen of kwaliteitseisen. Marktverkenning toont aan dat meerdere ondernemingen vangrails met een iets andere legering kunnen leveren die nog steeds voldoen aan de gevraagde normen of kwaliteitseisen. In dergelijk geval kan dan ook geen beroep worden gedaan op de monopoliehypothese.

5.2.1.5. Herhalingsopdracht (W/D)³³

Een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is mogelijk in geval van nieuwe werken of diensten die bestaan uit de herhaling van soortgelijke werken of diensten.

Voorwaarden zijn dat:

- de overheidsopdracht door dezelfde aanbestedende overheid wordt gegund aan degene die de oorspronkelijke overheidsopdracht uitvoert;
- de werken of diensten overeenstemmen met het basisproject. De herhaalde werken of diensten hoeven bijgevolg niet identiek te zijn aan de oorspronkelijke werken of diensten, maar kunnen er in beperkte mate van afwijken;
- het basisproject, dat het voorwerp uitmaakte van de oorspronkelijke overheidsopdracht, geplaatst werd na een procedure waarbij een aankondiging van de overheidsopdracht werd bekendgemaakt.

33 Artikel 42, §1, 2^o. Overheidsopdrachtenwet 2016.

Let op: de voorgaande procedure moet aldus niet noodzakelijk een openbare of niet-openbare procedure zijn geweest. Ook een overheidsopdracht die via een MPMO, een concurrentiegerichte dialoog, een innovatiepartnerschap of VOMB werd geplaatst, kan worden herhaald.

- de mogelijkheid om de procedure aan te wenden, is vermeld bij de bekendmaking van de oorspronkelijke overheidsopdracht, met name in de aankondiging of in het bestek;
- de gunning gebeurt binnen drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke overheidsopdracht.

Men moet wel een onderscheid maken tussen de herhaling en de verlenging (zie punt 6.3.4.) van een overheidsopdracht. In het kader van een herhaling gaat het om een nieuwe overheidsopdracht, waarvan het voorwerp wordt herhaald. Bij de verlenging wordt de oorspronkelijke overheidsopdracht voor een bepaalde periode verdergezet.

Voorbeeld: er werd een oorspronkelijk overheidsopdracht gelosten om de ramen van het Ferrarisgebouw schoon te maken. In die opdracht, die gesloten werd voor een initiële termijn van één jaar, is zowel een mogelijkheid tot herhaling als een mogelijkheid tot verlenging voorzien. Een herhaling van die overheidsopdracht zou betekenen dat het opnieuw schoonmaken van de ramen betreft maar ditmaal van het Consiencegebouw. Het langer verderzetten van de schoonmaakopdracht in het Ferrarisgebouw voor een bepaalde periode, is daarentegen te beschouwen als een verlenging van de overheidsopdracht.

5.2.1.6. Andere gevallen

- Producten uitsluitend vervaardigd voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling (L)³⁴: kort en bondig kan gesteld worden dat het gaat om een prototype dat moet ontwikkeld worden;
- Aanvullende leveringen (L)³⁵: het gaat hier om leveringen die bestemd zijn voor de gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties dan wel om de uitbreiding van bestaande leveringen of installaties. Deze aanvullende leveringen zijn enkel mogelijk wanneer een verandering van leverancier de aanbestedende overheid ertoe zou verplichten leveringen te verwerven met andere technische eigenschappen, zodat een onverenigbaarheid zou ontstaan of zich bij het gebruik en het onderhoud onevenredige technische moeilijkheden zouden voordoen. De looptijd van deze opdrachten en nabestellingen mag in de regel niet langer zijn dan drie jaar;
- Op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte leveringen (L);³⁶
- Aankoop van leveringen of diensten tegen bijzonder voordelige voorwaarden bij stopzetting, faillissement... (L/D);³⁷
- Diensten voortvloeiend uit een prijsvraag (D)³⁸: enkel voor zover naar aanleiding van de prijsvraag is bepaald dat de gunning moet gebeuren aan de winnaar of één van de winnaars.

5.2.2. Mededingingsprocedure met onderhandeling

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking wordt bij een mededingingsprocedure met onderhandeling, op een enkele uitzondering na, de transparantie gegarandeerd door de publicatie van de overheidsopdracht via de officiële kanalen.

In tegenstelling tot de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gaat de wetgever er bij een mededingingsprocedure met onderhandeling (hierna: MPMO) van uit dat de aanbestedende overheid

34 Artikel 42, §1, 4^o, a), Overheidsopdrachtenwet 2016.

35 Artikel 42, §1, 4^o, b), Overheidsopdrachtenwet 2016.

36 Artikel 42, §1, 4^o, c), Overheidsopdrachtenwet 2016.

37 Artikel 42, §1, 3^o, Overheidsopdrachtenwet 2016.

38 Artikel 42, §1, 5^o, Overheidsopdrachtenwet 2016.

effectief met een of meer inschrijvers zal onderhandelen over de ingediende offertes. Als de aanbestedende overheid de overheidsopdracht toch wenst te gunnen op basis van de initiële offertes, en dus zonder onderhandelingen te voeren, zal zij daartoe een uitdrukkelijke bepaling moeten voorzien in de aankondiging van de overheidsopdracht.³⁹ Dergelijke bepaling zal evenzeer nodig zijn als de aanbestedende overheid de onderhandelingen in verschillende fases wenst te laten verlopen. Dergelijke fasering kan nuttig zijn om het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld te beperken.

Hieronder worden de wettelijk voorziene gevallen overlopen waarbij het gebruik van een MPMO wordt toegelaten.

5.2.2.1. Geen onmiddellijk beschikbare oplossingen (W/L/D)⁴⁰

Eén van de voornaamste nieuwigheden uit de wetgeving van 2016 betreft de verruiming van de toepassingsmogelijkheden van de mededingingsprocedure met onderhandeling. De MPMO is met name steeds toe te passen als de aanbestedende overheid een behoefte heeft waarvoor er op de beschouwde markt eigenlijk geen pasklare oplossing voorhanden is. Gegeven het gebrek aan onmiddellijk beschikbare oplossingen, dient de aanbestedende overheid over de mogelijkheid te beschikken om over de inhoud van de ingediende offertes te onderhandelen en dit om de aangeboden oplossing zo nauw mogelijk te laten aansluiten bij haar behoefte.

5.2.2.2. Ontwerpen innovatieve oplossingen (W/L/D)⁴¹

Deze hypothese bouwt verder op de bovenstaande hypothese, maar vormt op zich wel een afzonderlijke grond voor een MPMO. De hypothese die onder punt 5.2.2.1. werd vermeld, impliceert dat het mogelijk is om de op

52 | 39 Artikel 38, §5, Overheidsopdrachtenwet 2016.

40 Artikel 38, §1, 1^o, a), Overheidsopdrachtenwet 2016.

41 Artikel 38, §1, 1^o, b), Overheidsopdrachtenwet 2016.

de markt bestaande oplossingen na onderhandelingen aan te passen tot een passende oplossing. Er zijn echter situaties denkbaar waar de oplossing voor de behoefte van de aanbestedende overheid nog niet bestaat maar nog dient te worden ontwikkeld. Met andere woorden, in deze hypothese is de gevraagde mate van innovatie vanwege de markspelers nog een stuk groter: de oplossing voor de behoefte van de aanbestedende overheid bestaat niet uit het aanpassen van bestaande oplossingen maar wel uit een nog nieuw te ontwikkelen oplossing.

5.2.2.3. Noodzaak aan voorafgaande onderhandelingen (W/L/D)⁴²

Een variant op de twee bovenvermelde hypothesen, betreft de overheidsopdrachten die niet kunnen worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen en dit omwille van specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische of financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's.

Voorbeeld: het raamcontract voor de ICT-dienstverlening binnen de Vlaamse overheid alsook de bouw van een nieuwe verkeerscomputer voor de verkeersregelingen in de regio Antwerpen werden op basis van deze hypothese geplaatst.

5.2.2.4. Geen nauwkeurige technische specificaties (W/L/D)⁴³

Als de technische specificaties door de aanbestedende overheid niet nauwkeurig genoeg kunnen worden vastgesteld, kan eveneens op een MPMO beroep worden gedaan. Deze hypothese impliceert een gebrek aan:

- een toepasselijke norm.
Het begrip “norm” omvat zowel de internationale, de Europese als nationale normen. Het gebrek aan een toepasselijke norm kan te wijten zijn aan o.m. het langdurige proces om tot een goedgekeurde nationale of internationale norm te komen. Dit tijdsverloop kan er, zeker in sectoren die aan een snelle technologische evolutie onderhevig zijn, toe leiden dat een norm *de facto* al achterhaald is op het moment van de goedkeuring
- Europese technische beoordelingen.
Een Europese Technische Beoordeling (European Technical Approval of ETA) kan worden omschreven als een document dat informatie bevat over de prestaties van een bouwproduct, met betrekking tot de essentiële kenmerken daarvan, overeenkomstig het desbetreffende Europese beoordelingsdocument.⁴⁴
- een gemeenschappelijke technische specificatie.
Dit begrip heeft dan weer betrekking op de technische specificaties op het gebied van ICT die zijn opgesteld overeenkomstig de artikelen 13 en 14 van Verordening nr. 1025/2012 van 25 oktober 2012 betreffende de Europese normalisatie.
- een technisch referentiekader.
Met een technisch referentiekader wordt ieder ander document bedoeld dan een Europese norm dat door Europese normalisatie-instellingen is opgesteld volgens de procedures die aan de ontwikkeling van de markt zijn aangepast.

⁴³ Artikel 38, §1, 1°, d), Overheidsopdrachtenwet 2016.

⁴⁴ Artikel 2, eerste lid, 13°, van de verordening nr. 305/2011 van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 2011 tot vaststelling van geharmoniseerde voorwaarden voor het verhandelen van bouwproducten en tot intrekking van richtlijn 89/106/EEG van de Raad, Pb.L. 1998, afl. 88, 5.

5.2.2.5. Overheidsopdrachten onder een bepaalde drempel (W/L/D)⁴⁵

Als het geraamde bedrag van de overheidsopdracht zonder BTW de door de Koning bepaalde bedragen niet bereikt, die alleszins lager moeten zijn dan de bedragen voor de Europese bekendmaking, is een MPMO mogelijk.

Vanaf 1 januari 2020 liggen deze bedragen op 750.000 euro voor werken en op 214.000 euro voor leveringen en diensten.

Aldus kan er tot 139.000 euro steeds gebruik worden gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (zie punt 5.2.1.1).

Komt men boven dit bedrag uit, maar blijft men bij een overheidsopdracht voor werken onder de 750.000 euro en bij een overheidsopdracht voor leveringen of diensten onder het Europese drempelbedrag⁴⁶, kan er steeds gebruik gemaakt worden van een MPMO.

Let wel: het bedrag voor het gebruik van een OPZB heeft betrekking op het goed te keuren offertebedrag, terwijl het bedrag voor het gebruik van een MPMO betrekking heeft op de geraamde waarde.

5.2.2.6. Enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes (W/L/D)⁴⁷

Dit betreft de hypothese waarbij i.h.k.v. een openbare of niet-openbare procedure enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend.

Onder deze hypothese gaan drie mogelijkheden schuil:

- ofwel betreft het een overheidsopdracht die de Europese bekendmakingsdrempels bereikt of overschrijdt en waarbij de aanbestedende overheid ervoor kiest om voor de plaatsing van de MPMO enkel de inschrijvers te consulteren die aan de selectiecriteria uit de

45 Artikel 38, §1, 1^o, f), Overheidsopdrachtenwet 2016.

46 Momenteel bedraagt dit Europese drempelbedrag 214.000 euro.

47 Artikel 38, §1, 2^o Overheidsopdrachtenwet 2016.

voorgaande overheidsopdracht voldoen en die naar aanleiding van deze overheidsopdracht een offerte hebben ingediend die aan de formele eisen van de initiële plaatsingsprocedure voldeden.⁴⁸ De aanbestedende overheid is in dat geval niet verplicht een nieuwe bekendmaking te organiseren;

- ofwel betreft het een overheidsopdracht die de Europese bekendmakingsdrempels bereikt of overschrijdt en waarbij de aanbestedende overheid ervoor kiest om niet al de inschrijvers toe te laten die aan de selectiecriteria uit de voorgaande overheidsopdracht voldoen en die naar aanleiding van deze overheidsopdracht een offerte hebben ingediend die aan de formele eisen van de initiële plaatsingsprocedure voldeden. In dat geval zal zij er echter toe gehouden zijn een aankondiging van de opdracht bekend te maken.
- ofwel betreft het een overheidsopdracht die de Europese bekendmakingsdrempels niet bereikt. De aanbestedende overheid kan in dat geval alle inschrijvers raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de selectievoorwaarden zonder dat een nieuwe aankondiging vereist is. De aanbestedende overheid kan hier aldus inschrijvers raadplegen die naar aanleiding van de voorgaande procedure geen offerte hebben ingediend dan wel een (onregelmatige) offerte hebben ingediend.

Van een onregelmatige offerte is bijvoorbeeld sprake wanneer de offerte niet voldeed aan een vereiste uit het bestek of wanneer de offerte op basis van abnormaal lage prijzen werd geweerd. Men spreekt van een onaanvaardbare offerte bijvoorbeeld wanneer de offerte niet relevant is voor de overheidsopdracht en er ingrijpende wijzigingen nodig zijn om de offerte te laten aansluiten bij de behoeften en eisen van de aanbestedende overheid.

Hoewel in de Overheidsopdrachtenwet 2016 niet meer uitdrukkelijk werd vermeld dat de oorspronkelijke voorwaarden van de overheidsopdracht niet wezenlijk gewijzigd mogen worden, moet toch voorzichtig worden omgegaan met wijzigingen aan het bestek. Als de overheidsopdracht ten gevolge van de wijzigingen een fundamenteel ander uitzicht krijgt, is het resultaat van de voorafgaande openbare of niet-openbare procedure mogelijk niet meer relevant en dient eerder voor een nieuw openbare of niet-openbare procedure te worden gekozen.

5.2.2.7. Andere gevallen

In deze leidraad wordt de hypothese uit artikel 38, §1, 1^o, e), Overheidsopdrachtenwet 2016 die betrekking heeft op opdrachten die worden voorbehouden aan bijvoorbeeld sociale werkplaatsen, niet in detail besproken aangezien deze hypothese binnen het Beleidsdomein MOW zelden of nooit voorvalt.

5.2.2.8. Over het gebruik van de MPMO

De ruime formulering van de hypothesen die onder punten 5.2.2.1 tot en met 5.2.2.4 werd besproken, biedt de aanbestedende overheden heel wat mogelijkheden om een MPMO als plaatsingsprocedure aan te wenden. Niettemin, moet met de aanwending van deze procedure toch voorzichtig worden omgegaan. Bij overheidsopdrachten voor werken kan men de MPMO bijvoorbeeld aanwenden voor werken die geen standaardwerken zijn, maar ook ontwerpen en innovatieve oplossingen omvatten. Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten kan de MPMO dan weer nuttig zijn in geval van complexe aankopen zoals geavanceerde producten en intellectuele diensten, zoals bepaalde consultancy-, architectuur- of ingenieursdiensten of grote ICT-projecten. Voor standaardleveringen of – diensten die door veel verschillende spelers op de markt kunnen worden aangeboden, wordt best geen gebruik gemaakt van de MPMO.

5.2.3. Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking⁴⁹

De vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (VOMB) kan worden gebruikt voor overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde onder een bepaalde drempel blijft. Voor overheidsopdrachten voor werken gaat het om een (vaste) drempel van 750.000 euro en bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten gaat het om de (herzienbare) drempel voor de Europese bekendmaking.⁵⁰

Bij een VOMB kan de aanbestedende overheid met de inschrijvers onderhandelen over de inhoud van hun offertes, maar kan zij evengoed beslissen de overheidsopdracht te gunnen op basis van de initiële offertes en dit zonder dat hiertoe een uitdrukkelijke bepaling nodig is in de aankondiging van de overheidsopdracht. Dergelijke uitdrukkelijke bepaling zal wel nodig zijn als de aanbestedende overheid de onderhandelingen in verschillende fases wenst te laten verlopen. Dergelijke fasering kan nuttig zijn om het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld te beperken.

49 Artikel 41 Overheidsopdrachtenwet 2016.

50 Momenteel bedraagt dit drempelbedrag 221.000 euro.

5.2.4. Overheidsopdrachten van beperkte waarde – aanvaarde factuur⁵¹

Overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro kunnen via een aanvaarde factuur tot stand komen. Deze overheidsopdrachten worden, op een enkele vermelding na, niet behandeld in deze leidraad. Deze overheidsopdrachten zijn immers slechts in zeer beperkte mate aan de wetgeving overheidsopdrachten onderworpen. *In concreto* zijn enkel de bepalingen uit Titel I van de Overheidsopdrachtenwet 2016 op deze overheidsopdrachten van toepassing. In deze titel zijn onder meer de algemene beginselen van gelijke behandeling, transparantie en evenredigheid opgenomen wat impliceert dat de aanbestedende overheden ook bij deze overheidsopdrachten met een beperkte waarde er principieel toe gehouden zijn meerdere geïnteresseerden te consulteren. Voor de volledigheid geven we mee dat bij dergelijke overheidsopdrachten met een beperkte waarde voorschotten toegestaan zijn en er geen verplicht gebruik is van elektronische communicatiemiddelen bij de plaatsing.⁵²

51 Artikel 92 Overheidsopdrachtenwet 2016.

52 Artikel 92 Overheidsopdrachtenwet 2016 waarbij artikelen 12 en 14 Overheidsopdrachtenwet 2016 uitdrukkelijk op deze opdrachten niet van toepassing worden verklaard.

6. Opmaak van het bestek

6.1. Het bestek

Het bestek of “lastenboek” bevat de bijzondere bepalingen en voorwaarden die de overheidsopdracht beheersen. Het vormt het basisdocument van iedere overheidsopdracht en is richtinggevend, zowel voor de aanbestedende overheid bij het uitschrijven van de overheidsopdracht, als voor de inschrijver bij het opmaken van zijn offerte. Meer zelfs, het zogenaamde “patere legem”-beginsel brengt met zich mee dat de aanbestedende overheid gebonden is door haar eigen besteksbepalingen. Zo zal de aanbestedende overheid verplicht een offerte moeten werven als deze offerte niet beantwoordt aan een bestekseis die op straffe van nietigheid werd voorgeschreven, zelfs al is de aanbestedende overheid van oordeel dat het om een inhoudelijk heel goede offerte gaat. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor de subgunningscriteria die in het bestek werden opgenomen. Elke regelmatige offerte zal op elk subgunningscriterium moeten worden afgewogen, zelfs al is de aanbestedende overheid van oordeel dat een bepaald subgunningscriterium eigenlijk niet toelaat de offertes van elkaar te onderscheiden.

Voorbeeld: indien het gunningscriterium “kwaliteit” volgens het bestek zal worden beoordeeld op basis van twee subgunningscriteria, met name “het plan van aanpak” en “de ervaring van de voorgestelde consultants”, kan men niet zomaar het subgunningscriterium “het plan van aanpak” buiten beschouwing laten indien men van oordeel is dat alle ontvangen offertes zich op dit subgunningscriterium niet van elkaar onderscheiden.

Het bestek moet de inschrijver een duidelijk zicht geven op de voorwaarden en de criteria op grond waarvan de plaatsing zal plaatsvinden. Daarnaast dient het bestek eveneens de voorwaarden te bevatten voor de uitvoering van de overheidsopdracht, en dient het technische bepalingen te bevatten die het voorwerp van de overheidsopdracht voldoende duidelijk specificeren.

Het opmaken van een bestek is in principe verplicht bij elke plaatsingsprocedure. Enkel als een bestek geen meerwaarde biedt, zou eventueel van deze verplichting kunnen worden afgeweken.

Voorbeeld: overheidsopdrachten waarbij slechts met één enkele inschrijver kan onderhandeld worden, zoals de overheidsopdrachten op grond van een monopolie (art 42, §1, 1^o, d), van de Overheidsopdrachtenwet 2016), hebben geen bestek nodig aangezien alle contractuele voorwaarden rechtstreeks met één onderneming worden besproken zonder dat de gelijkheid geschonden kan worden.

Niettemin wordt aangeraden om ook voor die overheidsopdrachten een kort bestek op te maken.

Overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro, kunnen worden gesloten met een aanvaarde factuur. Ook voor dit soort overheidsopdrachten wordt traditioneel geen bestek opgemaakt. De aanbestedende overheid wordt wel aangeraden een bestelbon op te maken waarbij onder meer de betalingsvoorwaarden uit het KB Uitvoering 2017 van toepassing worden verklaard⁵³.

Bij het opstellen van een bestek is het steeds van groot belang dat de bepalingen zo goed mogelijk aansluiten bij de mogelijkheden van de inschrijvers, evenwel zonder de gelijkheid van de inschrijvers te schenden. Daarom kan het aangewezen zijn om vooraf een goede marktverkenning te organiseren.

Het opstellen van een bestek volgens de regels van de kunst is geen eenvoudige opdracht. Het kan nuttig zijn om gebruik te maken van één of meer van onderstaande standaardbestekken, standaardteksten of modelbestekken die via de besteksbewerker, <http://edeltabestek.vlaanderen.be/beheer>, alsook via volgende websites beschikbaar zijn:

- 1) De standaardbestekken 250 (Wegenwerken) en 270 (Elektromechanische uitrustingen) zijn terug te vinden op de website van het Agentschap

- Wegen en Verkeer (AWV), www.wegenenverkeer.be;
- 2) Het overkoepelende standaardbestek administratieve bepalingen en de technische bepalingen van het standaardbestek 260 (Kunstwerken en waterbouw) zijn respectievelijk terug te vinden op:
de website van de afdeling Expertise Beton en Staal (EBS), <http://www.expertisebetonenstaal.be/> standaardbestekken, voor de technische bepalingen;
de portaalwebsite van MOW, <https://departement-mowvlaanderen.be/nl/standaardbestek-administratieve-bepalingen>, voor de administratieve bepalingen;
 - 3) Het modelbestek diensten (MODDIE) en het modelbestek leveringen (MODLEV) zijn terug te vinden op de SharePoint van de afdeling Algemene Technische Ondersteuning (ATO), https://vlaamseoverheid.sharepoint.com/sites/dmow/Afdelingen/Algemene-Technische-Ondersteuning/Paginas/Detail/JOO_Modellen.aspx.

Een standaardbestek heeft een andere inhoud dan een modelbestek.

Voor de meeste overheidsopdrachten voor werken zullen er meerdere bestekteksten van toepassing zijn. Enerzijds zal er een standaardbestek van toepassing worden verklaard. Anderzijds zal er door de aanbestedende overheid een bestek worden opgemaakt waarin de concrete overheidsopdracht nader wordt omschreven. Aangezien de tekst van het standaardbestek zelf niet door de aanbestedende overheid kan worden aangepast, bevat het bestek doorgaans ook aanvullingen of wijzigingen op het toepasselijke standaardbestek. Als hulpmiddel bij het opmaken van dit bestek wordt een standaardtekst ter beschikking gesteld, die in feite fungeert als een modelbestek voor overheidsopdrachten voor werken.

Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten zijn er geen standaardbestek. Aldus zijn de toepasselijke bepalingen vervat in één enkele bestektekst. Als hulpmiddel bij het opmaken van dit bestek worden de zogenaamde modelbestekken leveringen en diensten ter beschikking gesteld.

De modelbestekken zijn voor ieder type van overheidsopdracht volgens een bepaald stramien opgebouwd en moeten, voor wat de overheidsopdrachten voor werken betreft, steeds in combinatie gelezen worden

met het toepasselijke standaardbestek. De kleurencodes helpen de auteur tijdens de opmaak van het bestek voor een concrete overheidsopdracht. De kleurencodes werken als volgt:

- zwart: aan die tekst hoeft in principe niets te wijzigen;
- groen: de standaardtekst voorziet enkele opties waarvan de auteur er een moet kiezen;
- rood: hier moet iets worden ingevuld;
- blauw: optionele stukken tekst waarbij de auteur de keuze heeft om ze te gebruiken of niet;
- grijze kaders: uitleg bij de verschillende bepalingen van de standaardtekst.

6.2. Algemene structuur van het bestek

De algemene structuur van het bestek is niet wettelijk geregeld. Dit heeft tot gevolg dat de verdeling van het bestek in hoofdstukken in de praktijk op uiteenlopende manieren gebeurt.

In de standaardtekmodelbestekken van MOW kunnen in de meeste gevallen 5 grote onderdelen worden onderscheiden:

(i) De algemene bepalingen.

Dit onderdeel omvat onder meer de identificatie van de aanbestedende overheid, een korte omschrijving van de opdracht, de gekozen plaatsingsprocedure en de eventuele afwijkingen van de uitvoeringsregels uit het KB Uitvoering 2017⁵⁴.

(ii) De bepalingen inzake de plaatsing van de overheidsopdracht.

Het gaat hier om administratief-juridische bepalingen die geïnteresseerde ondernemingen moet toelaten om te achterhalen op welke wijze de overheidsopdracht geplaatst zal worden. In de praktijk wordt voor de opbouw van dit hoofdstuk vaak de structuur gevolgd van de Overheidsopdrachtenwet 2016 en het KB Plaatsing 2017.

Dit onderdeel omvat onder meer de selectie- en gunningscriteria, de wijze van prijsopgave, de wijze waarop offertes mogen worden ingediend, de plaats en het tijdstip voor indiening van de offertes en de toepasselijke verbintenistermijn.

(iii) De bepalingen inzake de uitvoering van de overheidsopdracht.

Het gaat hier om de administratief-juridische bepalingen die de uitvoering van de overheidsopdracht beheersen. Voor de opbouw van dit hoofdstuk wordt vaak de structuur van het KB Uitvoering 2017 gevolgd.

In dit onderdeel dient met name onder meer informatie te worden meegedeeld over de borgtocht, de betalingsmodaliteiten, de prijs-herziening, de straffen en boetes, de keuringen en de opleveringen.

(iv) De technische-inhoudelijke bepalingen.

Dit onderdeel vermeldt op gedetailleerde wijze de technische specificaties en normen waaraan de uitvoering van de overheidsopdracht onderworpen is. Onder de technische specificaties vallen de technische voorschriften die de vereiste kenmerken omschrijven van de te gebruiken methode of materialen of van de te presteren diensten. Technische normen zijn technische specificaties met een permanent karakter die door een erkende normaliseringsinstelling zijn goedgekeurd. In principe zijn Europese normen, goedkeuringen en specificaties van toepassing.

(v) Het offerteformulier en de samenvattende opmeting of inventaris.

Het 'offerteformulier' is de formele verbintenis van de inschrijver om de overheidsopdracht waarvoor hij heeft ingeschreven uit te voeren in overeenstemming met de voorwaarden van het bestek en voor het totaalbedrag zoals dat is vastgesteld in de samenvattende opmeting of inventaris.

Het bestek bevat vaak een samenvattende opmeting (in geval van overheidsopdrachten voor werken) of inventaris (bij overheidsopdrachten voor leveringen of diensten). Het betreft een tabel die een overzicht geeft van de uit te voeren werken, leveringen of diensten, onderverdeeld in een aantal posten waarvoor de aanbestedende overheid forfaitaire of vermoedelijke hoeveelheden vooropstelt. De inschrijvers dienen in deze tabellen hun prijzen te vermelden.

In onderstaande hoofdstukken zal stap voor stap worden besproken welke elementen de aanbestedende overheid in het bestek dient te vermelden. Hierbij wordt de structuur gevolgd van de standaardbestekken en modelbestekken die gehanteerd worden binnen MOW.

6.3. Algemene bepalingen

6.3.1. De aanbestedende overheid

In dit onderdeel van het bestek wordt de informatie verschaft over de aanbestedende overheid. Deze informatie laat de geïnteresseerde ondernemingen enerzijds toe te weten met wie men, als men gekozen wordt, zal contracteren en anderzijds weet men bij wie men tijdens de plaatsingsprocedure terecht kan om vragen te stellen over het bestek⁵⁵.

Het bestek bevat verder een standaardbepaling inzake de aflevering van deurwaardersexploten, die respectievelijk aan de Kanselarij van de Vlaamse Regering moeten worden gestuurd voor alle aanbestedende overheden van het Ministerie en aan de maatschappelijke zetel voor de extern verzelfstandigde agentschappen (EVA's). Dit om te vermijden dat vorderingen onontvankelijk worden ingesteld. De overige communicatie moet worden verstuurd aan de aanbestedende overheid (of nog “de administratieve entiteit die belast is met de opvolging van de opdracht”).

Onder dit punt moeten ook de medecontractanten worden vermeld. Het begrip “medecontractanten” dekt meerdere ladingen. Het kan hier gaan om de medefinanciers in het kader van een occasionele gezamenlijke opdracht⁵⁶, maar ook om aanbestedende overheden die in het kader van een aankoopcentrale prestaties wensen af te nemen van een overheidsopdracht of raamovereenkomst die door een andere aanbestedende overheid werd geplaatst⁵⁷.

55 Zie hoofdstuk 8.4.

56 Artikel 48 Overheidsopdrachtenwet 2016.

57 Artikel 2, 6°, Overheidsopdrachtenwet 2016.

De vermelding van de medecontractanten laat de inschrijvers toe een correct beeld te vormen inzake de omvang van de overheidsopdracht en is dan ook relevant in het kader van vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie die zich ertegen verzet dat de overheidsopdracht tijdens de uitvoeringsfase (wezenlijk) wordt uitgebreid met opdrachtgevers die aanvankelijk niet als medecontractanten waren vermeld.

De vermelding van de medecontractanten hoeft, zeker bij een raamovereenkomst, niet nominatief alle afnemende entiteiten te vermelden. Een meer algemene omschrijving kan volstaan, althans indien deze omschrijving richting de inschrijvers toe een voldoende duidelijk beeld biedt inzake de scope van de overheidsopdracht. Vage omschrijvingen volstaan echter niet.

Voorbeeld:

wel: “alle intern en extern verzelfstandigde agentschappen van het Beleidsdomein MOW”

niet: “alle entiteiten van de Vlaamse Overheid”

6.3.2. De identificatie van de overheidsopdracht

Onder deze titel wordt in eerste instantie een korte omschrijving opgenomen van wat de aanbestedende overheid wenst te bereiken in de uitvoering van de overheidsopdracht. Doorgaans worden hier ook de CPV-codes vermeld.

CPV staat voor “Common Procurement Vocabulary” en is een internationaal classificatiesysteem voor alle soorten overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten. Door aan elke overheidsopdracht de CPV-code (bestaande uit 9 cijfers) te koppelen die het nauwst bij de overheidsopdracht aansluit, worden taalbarrières vermeden en kunnen ook buitenlandse ondernemingen makkelijker deelnemen aan overheidsopdrachten van MOW. Als geen enkele CPV-code volledig geschikt lijkt of als de opdracht meerdere ladingen dekt, mogen meerdere codes worden gebruikt⁵⁸.

Let op:

- (1) de CPV-code is in eerste instantie van belang als vermelding in de aankondiging. Een bijkomende vermelding in het bestek is echter aan te raden;
- (2) de CPV-code heeft uiteraard geen nut bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

6.3.3. De toepasselijke bepalingen

In het bestek wordt meestal ook een lijst opgenomen van de wettelijke en reglementaire bepalingen die van toepassing zijn op de beschouwde overheidsopdracht. Het betreft hier in eerste instantie de wetgeving overheidsopdrachten in de strikte betekenis van het woord, met name de Overheidsopdrachtenwet 2016 en de twee uitvoeringsbesluiten (KB Plaatsing 2017 en KB Uitvoering 2017). In tweede instantie worden hier ook het toepasselijke standaardbestek en meestal ook een hele reeks van omzendbrieven en dienstorders vermeld.

Let op: een dienstorder of een omzendbrief heeft in principe geen bindende kracht ten opzichte van de opdrachtnemer. Het is dan ook aangewezen de omzendbrief of dienstorder een contractueel karakter te geven door deze uitdrukkelijk te vermelden in het bestek of nog beter, door de relevante passages uit de omzendbrief of dienstorder woordelijk over te nemen in het bestek. Als niet wordt geopteerd voor een woordelijke opname van de bepalingen uit een omzendbrief of dienstorder, dient wel steeds de vindplaats van de tekst te worden vermeld zodat de inschrijvers de inhoud ervan op voorhand kunnen nagaan.

6.3.4. De overige bepalingen

Bij de algemene bepalingen wordt normaliter ook de duur van de overeenkomst vermeld. Inzake de duur van de overheidsopdracht is de vuistregel dat de aanbestedende overheid op regelmatige basis de markt moet raadplegen (zie punt 2.1.2.1.). In principe is een overheidsopdracht voor onbepaalde duur dan ook uitgesloten. Vraag is uiteraard wat moet worden verstaan onder “op regelmatige basis”? De wetgever lijkt hier te zijn uitgegaan van een maximale duur van vier jaar.⁵⁹ Let wel, het gaat hier om een principiële en geen absolute regel. Indien de bouw van een sluis bijvoorbeeld wordt geraamd op 6 jaar kan deze overheidsopdracht perfect in één beweging worden aanbesteed. De principiële beperking tot 4 jaar lijkt dan ook eerder bedoeld voor overheidsopdrachten die een bundeling zijn van terugkerende prestaties, waarbij met een raamovereenkomst of een overheidsopdracht met verlengingen wordt gewerkt. Vooral bij deze opdrachten lijkt een regelmatige raadpleging van de markt aangewezen.

Onder dit puntje van het bestek dient ook de mogelijkheid tot verlenging of herhaling van de overheidsopdracht te worden vermeld.

Specifiek inzake de verlenging, dienen de modaliteiten van de verlenging in het bestek te worden opgenomen. *In concreto* wordt het onderscheid gemaakt tussen een stilzwijgende verlenging en een uitdrukkelijke verlenging. In het eerste geval loopt de overheidsopdracht gewoon verder tenzij de aanbestedende overheid beslist ermee te stoppen. In het

tweede geval stopt de overheidsopdracht na de initiële periode tenzij de aanbestedende overheid beslist de overheidsopdracht te verlengen.

Let op: de beslissing inzake het al dan niet stopzetten of verlengen van de overheidsopdracht, betreft een eenzijdige keuze van de aanbestedende overheid. De inschrijvers hebben zich immers door het indienen van hun offerte impliciet akkoord verklaard met het idee dat de overheidsopdracht langer kan doorlopen dan de initiële periode en kunnen tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht niet op dit akkoord terugkomen. Er wordt dan ook expliciet afgeraden in het bestek de verlenging afhankelijk te maken van het voorafgaandelijke akkoord van de opdrachtnemer.

6.4. Bepalingen inzake de plaatsing van de overheidsopdracht

6.4.1. Regels betreffende de communicatiemiddelen⁶⁰

Tijdens het onderzoek van de offerte zullen er in bepaalde gevallen contacten zijn tussen de aanbestedende overheid en één of meerdere inschrijvers. Denk maar aan de vragen tot toelichting van de prijzen of kosten⁶¹ of vragen tot verduidelijking of aanvulling van de offerte⁶².

In artikel 14 van de Overheidsopdrachtenwet 2016 wordt voorzien dat alle communicatie tussen de aanbestedende overheid en de inschrijvers tijdens de plaatsingsfase in principe elektronisch verloopt. De inschrijvers moeten hier niet uitdrukkelijk mee instemmen. Voor de overheidsopdrachten onder de Europese drempels, die via een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking worden geplaatst, kan van het verplicht gebruik van de elektronische communicatiemiddelen worden afgeweken.

60 Artikel 14 Overheidsopdrachtenwet 2016.

61 Artikel 35 KB Plaatsing 2017.

62 Artikel 34, §2, tweede lid, KB Plaatsing 2017.

Daarnaast zijn er in het voormelde artikel nog uitzonderingen voorzien waarbij het gebruik van elektronische communicatiemiddelen niet verplicht is (bijv. fysieke of schaalmodellen die moeten ingediend worden) maar hierbij dient, voor overheidsopdrachten boven de Europese drempels, de motivering opgenomen te worden in het administratief dossier⁶³.

Om deze contacten vlot te laten verlopen, kan de aanbestedende overheid in het bestek het e-mailadres aangeven, waarop de inschrijver de gevraagde informatie kan bezorgen.

6.4.2. De plaatsingsprocedure

In dit onderdeel dient de aanbestedende overheid de gekozen plaatsingsprocedure (zie hoofdstuk 5) aan te geven. Indien gebruik wordt gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking of een mededingingsprocedure met onderhandeling wordt aangeraden ook de juridische grondslag te vermelden. Gegeven dat het gebruik van dergelijke procedures steeds de uitzondering moet blijven, dient in het administratief dossier ook een gemotiveerde beslissing aanwezig te zijn waarin de motieven voor het gebruik van de gekozen plaatsingsprocedure werden opgenomen.⁶⁴

Let op: een raamovereenkomst is geen afzonderlijke plaatsingsprocedure. De aanbestedende overheid zal dus ook hier de keuze moeten maken tussen een algemene procedure (openbaar of niet-openbaar) of, indien de toepassingsvoorwaarden zijn vervuld, van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, een mededingingsprocedure met onderhandeling of een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking.

63 Artikel 164, §1, Overheidsopdrachtenwet 2016.

64 Artikel 4 Wet Rechtsbescherming.

6.4.3. De raamovereenkomst⁶⁵

De raamovereenkomst (soms ook “bestellingsopdracht” of “open opdracht” genoemd) is een bundeling van kleine “overheidsopdrachten” (courant voorkomende prestaties) die gezamenlijk aanbesteed worden, maar waarvan de omvang en/of de uitvoering op het moment van gunning van de raamovereenkomst nog niet vaststaat.

Een raamovereenkomst kan nuttig zijn voor elk type overheidsopdracht:

- Typische leveringsopdrachten (zoals papier, computers, bedrijfswagens...);
- Bepaalde overheidsopdrachten voor werken (zoals wegenonderhoud);
- Zelfs dienstopdrachten (zoals groenonderhoud, communicatieopdrachten, opdrachten voor veiligheidscoördinatie, behandeling van juridische geschillen...).

Een raamovereenkomst biedt een aantal voordelen ten opzichte van een klassieke overheidsopdracht.

In de eerste plaats laat een raamovereenkomst toe om samen te werken met meerdere opdrachtnemers. In dergelijk geval zal de plaatsing in twee stappen verlopen. In een eerste stap wordt de overkoepelende raamovereenkomst gegund en in een tweede stap worden de concrete opdrachten (of bestellingen) gegund aan één van de overblijvende opdrachtnemers.

Voor de plaatsing van de concrete opdrachten zijn er, in geval van een raamovereenkomst met meerdere opdrachtnemers, twee mogelijkheden. Ofwel kan de plaatsing in het bestek zijn beschreven, bijvoorbeeld via een beurtroolsysteem. Ofwel worden de overblijvende opdrachtnemers via een soort van procedure zonder bekendmaking (de zogenaamde ‘minicompetitie’) uitgenodigd een offerte in te dienen. De concrete opdracht zal vervolgens worden gegund aan de opdrachtnemer met de meest voordelige offerte.

Bij de plaatsing van de concrete opdrachten mag de aanbestedende overheid andere gunningscriteria gebruiken dan de criteria die werden aangewend voor de plaatsing van de raamovereenkomst. Deze gunningscriteria dienen echter in het bestek van de bovenliggende raamovereenkomst te zijn bepaald. De gunningscriteria en andere besteksvoorwaarden die in het bestek werden voorzien, mogen niet wezenlijk worden gewijzigd.

Doordat bij de plaatsing van de concrete opdrachten de mededinging opnieuw kan spelen, laat het gebruik van een raamovereenkomst toe dat tijdens de uitvoering ervan betere producten en/of scherpere voorwaarden worden aangeboden. Zeker in snel evoluerende sectoren kan een raamovereenkomst dan ook bijzonder nuttig zijn.

Voorbeeld: een overheidsopdracht voor de levering van smartphones. Bij de raamovereenkomst worden de drie beste inschrijvers gekozen op basis van hun meest recente toestel. Bij de plaatsing van de concrete opdracht kan worden toegelaten dat men het initieel aangeboden toestel mag vervangen door een recenter model.

6.4.4. Technische specificaties en normen⁶⁶

Inzake de technische specificaties beschikt de aanbestedende overheid eigenlijk over twee mogelijkheden: ofwel wordt verwezen naar een bepaalde norm ofwel worden de technische specificaties gevat in prestatie-eisen of functionele eisen:

- Een norm: deze term kan worden gedefinieerd als een technische specificatie waarvan de deugdelijkheid is bewezen en werd bevestigd door een officiële instelling.
- Een prestatie-eis of een functionele eis: dit is een technische specificatie waarbij de aanbestedende overheid omschrijft welke resultaten een bepaald product moet behalen of welke functies het bewuste product moet kunnen vervullen.

De keuze voor een norm dan wel een prestatie-eis of een functionele eis behoort tot de discretionaire bevoegdheden van de aanbestedende overheid.

Deze keuze zal onder meer afhankelijk zijn van het al dan niet beschikbaar zijn van een geschikte norm alsook van het voorwerp van de overheidsopdracht. Zo neemt de goedkeuring van een bepaalde norm heel wat tijd in beslag, wat het gebruik van normen bemoeilijkt in sectoren die aan een snelle technologische evolutie onderhevig zijn.

Als wordt geopteerd voor een norm, heeft de wetgever voorzien in een cascadesysteem. Helemaal bovenaan staan de nationale normen die de omzetting vormen van een Europese norm ("NBN EN..."). Vervolgens komen de Europese technische beoordelingen, de gemeenschappelijke technische specificaties, internationale normen en andere door Europese normalisatie-instellingen opgestelde technische referentiesystemen. Enkel bij ontstentenis van Europese of internationale normen of specificaties mag worden verwezen naar een puur interne (Belgische) norm. Elke verwijzing naar een norm, zelfs een verwijzing naar een NBN EN-norm, moet worden vergezeld van de woorden "of gelijkwaardig". Het is steeds de inschrijver die de gelijkwaardigheid moet bewijzen en het komt de aanbestedende overheid toe het al dan niet gelijkwaardig karakter te beoordelen.

Als wordt geopteerd voor een prestatie-eis of een functionele eis dienen deze eisen zo nauwkeurig mogelijk te worden omschreven zodat de inschrijvers het voorwerp van de overheidsopdracht kunnen bepalen en zodat de aanbestedende overheid een correcte toetsing van de offertes aan de eisen kan doorvoeren.

Bij de omschrijving van de technische specificaties mag in principe niet worden verwezen naar een bepaald merk, een bepaalde herkomst, een bepaalde productie enz. Dergelijke bepalingen doen immers afbreuk aan de gelijkheid der inschrijvers. Dergelijke vermelding is bij wijze van uitzondering enkel toegestaan wanneer er anders geen voldoende nauwkeurig en begrijpelijke omschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht mogelijk zou zijn en indien dit door het voorwerp van de overheidsopdracht is gerechtvaardigd. Ook in dergelijk geval moet de

vermelding worden aangevuld met de woorden “of gelijkwaardig”.⁶⁷ In geen geval mag men de technische specificaties dermate omschrijven dat er slechts één opdrachtnemer in aanmerking komt.

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht voor het aanbrengen van thermoplastische markeringen mag men geen bepaald merk eisen, maar mag men evenmin dit verbod omzeilen door een aantal technische kenmerken van dit merk over te nemen in het bestek, bijvoorbeeld door een dikte te eisen van 5,13 mm. Dit laatste kan enkel indien dit redelijk te verantwoorden is en met andere woorden kan worden aangetoond dat dunnere en dikkere markeringen aanmerkelijk slechter zijn.

6.4.5. Varianten⁶⁸

Een variant kan worden omschreven als een alternatieve uitvoeringswijze die betrekking heeft op het geheel of op een essentieel onderdeel van de overheidsopdracht.

Voorbeeld: bij de aankoop van een voertuig wordt als basisoplossing een uitvoering met een benzinemotor gevraagd en als variant een uitvoering met een dieselmotor.

In de wetgeving worden drie types van varianten omschreven:

1) de vereiste variant.

Zoals de term al aangeeft, dient de inschrijver in dergelijk geval sowieso een voorstel in te dienen voor de variant. De aanbestedende overheid dient in de aankondiging te vermelden of zij varianten vereist. In het bestek moet enerzijds het voorwerp, de aard en de draagwijdte van de variant worden omschreven en moet anderzijds ook worden aangegeven of een voorstel voor de basisoplossing moet worden ingediend. Het werken met vereiste varianten is mogelijk bij elke plaatsingsprocedure, ongeacht de gunningscriteria.

67 Artikel 53, §4, tweede lid, Overheidsopdrachtenwet 2016.

68 Artikel 56 Overheidsopdrachtenwet 2016.

2) de toegestane variant.

In dit geval heeft de inschrijver de keuze of hij al dan niet een voorstel wenst in te dienen voor de variant. Ook hier dient de aanbestedende overheid in de aankondiging te vermelden of zij varianten toestaat. Zonder een dergelijke vermelding zijn geen varianten toegestaan. In het bestek moet enerzijds het voorwerp, de aard en de draagwijdte van de variant worden omschreven en moet anderzijds ook worden aangegeven of een voorstel van de basisoplossing moet worden ingediend. Het werken met toegestane varianten is mogelijk bij elke plaatsingsprocedure, ongeacht de gunningscriteria.

3) de vrije variant.

Dit is een variant die vrijelijk door de inschrijvers kan worden aangeboden. Het werken met vrije varianten is mogelijk bij elke plaatsingsprocedure, ongeacht de gunningscriteria. Het indienen van een vrije variant is, in tegenstelling tot de vereiste en toegestane varianten, echter enkel mogelijk bij overheidsopdrachten onder de Europese drempels en dit op voorwaarde dat het indienen van vrije varianten niet uitdrukkelijk werd verboden in het bestek.

Voor de vrije varianten is er geen verplichting tot het vermelden van de minimumeisen waaraan deze moeten voldoen en moeten er evenmin bepalingen worden opgenomen inzake de wijze van indiening. Het ontbreken van minimale voorwaarden kan evenwel tot ernstige moeilijkheden leiden bij de vergelijking van de offertes. Zowel de basisoplossingen als de verschillende varianten, inclusief de vrije varianten die de aanbestedende overheid in aanmerking neemt, dienen immers in één enkele rangschikking te worden opgenomen⁶⁹. Vandaar dat wordt aangeraden het indienen van vrije varianten uitdrukkelijk te verbieden.

6.4.6. Opties⁷⁰

Een optie is te omschrijven als een bijkomend element dat niet strikt noodzakelijk is voor de uitvoering van de overheidsopdracht.

Voorbeeld: de aankoop van een voertuig met lederen zetels in plaats van de basisuitvoering met stoffen zetels.

Aangezien een optie steeds een bijkomend element is, kan een optie nooit apart worden ingediend, maar maakt het aanbod voor de optie steeds een afzonderlijk deel uit van een (basis)offerte of een variant.

In de wetgeving worden drie types van opties omschreven:

1) De vereiste optie.

Zoals de term al aangeeft, dient de inschrijver in dergelijk geval een voorstel voor de optie aan te bieden. De aanbestedende overheid dient in de aankondiging aan te geven of zij opties vereist en in het bestek moeten de minimumeisen waaraan deze opties moeten voldoen, alsook de eisen inzake de wijze van indiening, worden omschreven. Een verplichte optie is mogelijk bij elke plaatsingsprocedure.

2) De toegestane optie.

Zoals de term al aangeeft, dient de inschrijver niet noodzakelijk een voorstel voor de optie aan te bieden. De aanbestedende overheid dient ook hier in de aankondiging aan te geven of ze opties toestaat en in het bestek moeten de minimumeisen waaraan deze opties moeten voldoen, alsook de eisen inzake de wijze van indiening, worden onderschreven. Een toegestane optie is evenzeer mogelijk bij elke plaatsingsprocedure.

3) De vrije optie.

Dit is een optie die vrijelijk door de inschrijvers kan worden aangeboden. Net zoals de vrije variant, is een vrije optie enkel mogelijk voor overheidsopdrachten onder de Europese drempels en dit op voorwaarde

70 Artikel 56 Overheidsopdrachtenwet 2016.

dat het indienen van vrije opties niet uitdrukkelijk werd verboden in het bestek. Een vrije optie is – theoretisch gezien – mogelijk bij elke plaatsingsprocedure. Aangezien een inschrijver in dergelijk geval geen meerprijs of een andere tegenprestatie aan deze optie mag verbinden, zal in de praktijk een vrije optie zelden of nooit voorkomen bij een overheidsopdracht die enkel op grond van de prijs of de kosten wordt geplaatst. Voor de vrije opties is er geen verplichting tot het vermelden van de minimumeisen waaraan deze moeten voldoen.

6.4.7. Vaste en voorwaardelijke gedeelten⁷¹

Als de uitvoering van een bepaald gedeelte van de overheidsopdracht om bepaalde redenen onzeker is bij het uitschrijven van de overheidsopdracht, kan de aanbestedende overheid de overheidsopdracht opdelen in één of meerdere vaste en één of meerdere voorwaardelijke gedeelten (soms ook “deelcontracten” genoemd).

Voorbeeld: onzekerheid over budget van het tweede en de daaropvolgende jaren van een overheidsopdracht; de uitvoering van de werken is afhankelijk van het resultaat van een voorafgaande studie; ...

In tegenstelling tot een overheidsopdracht in percelen dient een inschrijver in geval van vaste en voorwaardelijke gedeelten steeds een offerte in te dienen voor de volledige overheidsopdracht en dienen alle vaste gedeelten en voorwaardelijke gedeelten ook aan dezelfde inschrijver te worden gegund. Aangezien de vaste en voorwaardelijke gedeelten in de fase van de plaatsing als één geheel moeten worden behandeld, is het aldus evenmin mogelijk het vaste gedeelte wel te gunnen en een voorwaardelijk gedeelte stop te zetten en te heraanbesteden. Bijgevolg wordt dan ook aangeraden zowel de vaste als de voorwaardelijke gedeelten mee te nemen bij de toetsing aan de gunningcriteria.

De techniek van de vaste en voorwaardelijke gedeelten heeft voor de aanbestedende overheid als voordeel dat ze bij de sluiting van de overheidsopdracht enkel gebonden is voor het vaste gedeelte. De gekozen inschrijver is daarentegen voor het geheel (vaste en voorwaardelijke gedeelten) gebonden.

De uitvoering van de voorwaardelijke gedeelten zal evenwel pas kunnen aanvangen nadat de aanbestedende overheid daartoe een uitdrukkelijke beslissing heeft genomen en die beslissing aan de opdrachtnemer kenbaar heeft gemaakt. Hoewel hierover wettelijk niets is bepaald, wordt er aangeraden de beslissing tot uitvoering van het voorwaardelijke gedeelte binnen een redelijke termijn na de sluiting van de overheidsopdracht te nemen. Zo niet zal de betrokken opdrachtnemer eventueel aanspraak kunnen maken op een vorm van schadevergoeding.

Conform artikel 57, eerste lid van de Overheidsopdrachtenwet 2016 mag de aanbestedende overheid slechts gebruik maken van een overheidsopdracht in vaste en voorwaardelijke gedeelten als men de noodzaak daartoe aantoonst. Het is dan ook aangewezen de motivatie voor het gebruik van deze methode op te nemen in het administratief dossier bijvoorbeeld in de nota die aan de delegatiehouder of de inspecteur van financiën wordt voorgelegd.

Door vaste en voorwaardelijke gedeelten te gebruiken kan een aanbestedende overheid een zekere mate van flexibiliteit in de uitvoering van de overheidsopdracht behouden en op die manier inspelen op mogelijks gewijzigde omstandigheden. Aangezien de inschrijvers echter zowel voor de vaste als voor de voorwaardelijke gedeelten een prijs (of kosten) moeten kunnen opgeven in hun offertes is het van groot belang dat alle gedeelten in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige bewoordingen omschreven kunnen worden. Dat beperkt uiteraard de mogelijkheid om in te spelen op wijzigende omstandigheden. Enkel omstandigheden die op het ogenblik van opmaak van het bestek voorzienbaar zijn, zullen voldoende nauwkeurig ingeschat kunnen worden.

6.4.8. Percelen⁷²

Als een overheidsopdracht uit meerdere functioneel samenhangende delen bestaat, die normaal afzonderlijk geplaatst zouden worden, kan deze in percelen (soms ook “loten” genoemd) worden ingedeeld. Meer zelfs, voor overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde minstens 139.000

72 Artikel 58 Overheidsopdrachtenwet 2016 artikelen 49 en 50 KB Plaatsing 2017.

euro⁷³ bedraagt, is de aanbestedende overheid er principieel toe gehouden de overheidsopdracht in percelen te verdelen. Als zij daar niet toe wenst over te gaan, moeten de motieven voor deze beslissing in het bestek worden vermeld.

De indeling in percelen laat toe de overheidsopdracht in één beweging te plaatsen terwijl de verschillende percelen toch aan verschillende inschrijvers kunnen worden toegewezen. Het is ook mogelijk slechts bepaalde percelen te gunnen en de procedure voor de andere percelen stop te zetten en eventueel te heraanbesteden.

Inschrijvers van hun kant hebben in principe de keuze om voor één of meerdere percelen in te schrijven. De aanbestedende overheid kan dit principiële recht op twee manieren inperken:

- de aanbestedende overheid kan in de aankondiging vermelden of de inschrijvers voor slechts één of voor een beperkt aantal percelen een offerte mogen indienen. Deze beperking wordt uitdrukkelijk afgeraden, aangezien dit ertoe kan leiden dat enkel offertes voor de meest aantrekkelijke percelen worden ontvangen.
- de aanbestedende overheid kan in de aankondiging vermelden dat de inschrijvers voor alle percelen een offerte mogen indienen, maar tegelijk het maximaal aantal percelen dat per inschrijver kan worden gegund, beperken. In dergelijk geval zal een inschrijver van wie de offerte initieel niet als meest voordelige werd gerangschikt alsnog een aantal percelen gegund kunnen krijgen. De regels die voor de beperking van het aantal percelen worden gehanteerd, en dus dienen te bepalen welke percelen aan de voordeligste inschrijver worden gegund en welke aan de overige inschrijvers worden gegund (en op welke manier dit gebeurt), moeten in het bestek worden vermeld.

Er wordt aangeraden om slechts in uitzonderlijke gevallen een beperking inzake het maximaal aantal percelen op te nemen, bijvoorbeeld wanneer er op de markt een monopolie dreigt te ontstaan. Door het maximaal aantal

73 Deze drempel is van toepassing voor opdrachten voor werken, leveringen en diensten. Het bedrag van 139.000 euro is niet willekeurig gekozen, maar betreft de drempel vanaf dewelke federale aanbestedende overheden hun opdrachten voor leveringen en diensten Europees moeten bekend maken (artikel 11, eerste lid, 3° KB Plaatsing 2017). Het gaat hier om een herzienbare drempel.

percelen dat aan één inschrijver kan worden gegund te beperken, doet de aanbestedende overheid immers aan een vorm van actieve marktverdeling, wat niet de bedoeling kan zijn.

Als inschrijvers ervoor kiezen om voor meerdere percelen in te schrijven laat de wetgeving bovendien toe om kortingen of verbetervoorstellen toe te staan in geval ze voor meerdere percelen als beste uit de bus zouden komen. De mogelijkheid om kortingen of verbetervoorstellen in te dienen kan in het bestek worden verboden. In de praktijk worden prijskortingen doorgaans toegestaan, aangezien dit tot een scherpere prijszetting en dus tot een daling van de uitgaven leidt. Het indienen van verbetervoorstellen wordt doorgaans verboden, aangezien de vergelijking van de offertes hierdoor ontzettend complex wordt.

Bij een overheidsopdracht in percelen heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om zowel selectiecriteria per perceel te bepalen alsook (verzwaarde) selectiecriteria wanneer een ondernemer voor meerdere percelen in aanmerking wenst te komen. In dergelijk geval is het niet ondenkbaar dat een bepaalde ondernemer voor twee of meer percelen als beste uit de bus komt maar enkel voldoet aan de selectiecriteria voor één perceel en niet aan de verzwaarde selectiecriteria. In dat geval stelt zich de vraag welk perceel men aan deze ondernemer moet toevertrouwen. Om dat probleem te vermijden, moet de ondernemer zijn voorkeurvulgorde opgeven.

Voorbeeld: AWV West-Vlaanderen schrijft een overheidsopdracht uit voor het uitvoeren van takelingen op de autosnelwegen. Perceel 1 heeft betrekking op de E40 en perceel 2 op de E17. Inzake de technische bekwaamheid wordt voor elk perceel vereist dat men over twee takelwagens met kraan beschikt. Als men voor beide percelen in aanmerking wenst te komen, moet men over vier takelwagens met kraan beschikken.

Voor deze overheidsopdracht wordt een offerte ontvangen van inschrijver A die over drie takelwagens met kraan beschikt en deze inschrijver komt voor beide percelen als beste uit de bus. Toch zal deze inschrijver A slechts

één perceel kunnen toegewezen krijgen en zal het andere perceel naar de als tweede gerangschikte inschrijver moeten gaan. Om te bepalen welk van de twee percelen aan inschrijver A wordt toegewezen, moet rekening worden gehouden met de voorkeurvulgorde in de offerte waarbij hij moet aangeven of zijn voorkeur uitgaat naar perceel 1 (E40) dan wel naar perceel 2 (E17).

6.4.9. Selectiecriteria⁷⁴

Vooraleer dieper in te gaan op de diverse selectiecriteria, dient het onderscheid tussen de selectiecriteria en de gunningscriteria te worden verduidelijkt. Selectiecriteria dienen ter beoordeling van de ondernemer (de “aanbieder”) terwijl gunningscriteria worden gebruikt ter beoordeling van de offerte (het “aanbod”).

Selectiecriteria en gunningscriteria mogen in principe niet door elkaar of dubbel gebruikt worden.

Voorbeeld: zo wordt de kwalificatie en de ervaring van het personeel uitdrukkelijk vermeld als onderdeel van de beoordeling van de offertes op grond van de beste prijs-kwaliteitsverhouding maar dan enkel wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de overheidsopdracht. Als de ervaring van het personeel onderdeel vormt van de gunningscriteria, dan mag de ervaring niet als selectie criterium worden gebruikt.

6.4.9.1. De uitsluitingscriteria (toegangsrecht)

Binnen de categorie van de selectiecriteria wordt een onderscheid gemaakt tussen enerzijds de uitsluitingscriteria en anderzijds de kwalitatieve selectiecriteria.

De uitsluitingscriteria zijn een limitatieve lijst van situaties die ertoe leiden dat de inschrijvers, die zich in dergelijke situatie bevinden, van de verdere deelname aan de overheidsopdracht moeten of kunnen worden uitgesloten:

- men spreekt van *verplichte uitsluitingscriteria* wanneer de aanbestedende

overheid geen keuzevrijheid heeft en ertoe verplicht is de betrokken inschrijver uit de verdere plaatsingsprocedure te weren.

In concreto gaat het om inschrijvers die werden veroordeeld voor volgende strafrechtelijke inbreuken:

- deelname aan een criminele organisatie⁷⁵;
- omkoping⁷⁶;
- fraude⁷⁷;
- terroristische misdrijven of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten, dan wel uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit⁷⁸;
- witwassen van geld of de financiering van terrorisme⁷⁹;
- kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel⁸⁰;
- het tewerkstellen van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen⁸¹.

75 Artikel 324bis Strafwetboek of in artikel 2 van Kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van georganiseerde criminaliteit

76 Artikel 246 en 250 Strafwetboek of in artikel 3 van de Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn of in artikel 2.1, van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de privésector.

77 Artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap, goedgekeurd via de wet van 17 februari 2002.

78 Artikel 137 Strafwetboek of in de zin van artikelen 1 of 3 van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2002 inzake terrorismebestrijding dan wel uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit als bedoeld in artikel 4 van genoemd kaderbesluit.

79 Artikel 5 van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme of in de zin van artikel 1 van Richtlijn 2005/60/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 oktober 2005 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme.

80 Artikel 433quinquies Strafwetboek of in de zin van artikel 2 van Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad.

81 Artikel 35/7 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werk nemers of in de zin van de wet van 30 april 1999 betreffende de tewerkstelling van vreemde arbeiders.

Let op: het moet hier gaan om definitieve veroordelingen. Dat wil zeggen dat het om veroordelingen moet gaan waartegen geen hoger beroep meer kan worden aangetekend. Een voorziening in cassatie kan eventueel wel nog mogelijk zijn. De bovenvermelde uitsluitingscriteria moeten bij overheidsopdrachten die Europees werden bekendgemaakt zowel in hoofde van de rechtspersoon als in hoofde van alle bestuurders van de rechtspersoon worden gecontroleerd. Bij overheidsopdrachten onder de Europese drempels moet deze controle enkel worden verricht in hoofde van de rechtspersoon en niet bij de bestuurders.

Nieuw in de huidige wetgeving is ook dat de uitsluiting in de tijd werd beperkt. Een definitieve veroordeling voor één van de bovenvermelde misdrijven kan slechts als uitsluitingsgrond worden gebruikt gedurende een periode van vijf jaar te rekenen vanaf de datum van de definitieve veroordeling.

Enkel als er “dwingende redenen van algemeen belang” kunnen worden aangetoond, kan van deze verplichte uitsluiting worden afgeweken.

Voorbeeld: indien er voor een bepaalde overheidsopdracht slechts één ondernemer in aanmerking komt, kan met deze inschrijver toch een overeenkomst worden afgesloten zelfs al bevindt deze inschrijver zich in een geval van verplichte uitsluiting.

- De aanbestedende overheid zal verder ook moeten nagaan of de inschrijver heeft voldaan aan zijn verplichtingen *inzake de betaling van de sociale zekerheidsbijdragen en van de fiscale schulden*. Deze uitsluitingsgrond wordt evenzeer als een verplichte uitsluitingsgrond beschouwd, waardoor er enkel van kan afgeweken worden in geval van “dwingende redenen van algemeen belang”, maar ook hier gelden een aantal uitzonderingen. Zo mag er niet tot uitsluiting worden besloten indien de betrokken inschrijver zich in één van onderstaande gevallen bevindt:
 - geen schuld heeft van meer dan 3.000 euro;
 - voor de schuld uitstel van betaling heeft gekregen en het afbetalingsplan daarvan strikt naleeft;
 - op een aanbestedende overheid of een overheidsbedrijf één of

- meerdere schuldvorderingen bezit die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis ten opzichte van derden zijn en waarvan de omvang, op 3.000 euro na, minstens even groot is als zijn openstaande schuld;
- zijn schulden eenmalig regulariseert;
 - toch de overheidsopdracht toegewezen moet worden omwille van dwingende redenen van algemeen belang.
- Men spreekt van *facultatieve uitsluitingscriteria* wanneer de aanbestedende overheid wel een zekere keuzevrijheid heeft en in uitzonderlijke gevallen de betrokken inschrijver toch kan meenemen in de verdere procedure. De keuzevrijheid van de aanbestedende overheid is aldus zeker niet onbepaald. De beginselen van behoorlijk bestuur vereisen immers dat een aanbestedende overheid zich niet met dergelijke inschrijvers inlaat, behalve indien er geen andere optie is. Enkel in uitzonderlijke gevallen zal de aanbestedende overheid, mits motivering, met dergelijke inschrijvers kunnen handelen.

Voorbeeld: een inschrijver die zich in een monopoliesituatie bevindt.

Meer bepaald gaat het om inschrijvers die zich in één van onderstaande gevallen bevinden:

- schending van de toepasselijke verplichtingen op vlak van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht;
- faillissement, vereffening, zijn werkzaamheden heeft gestaakt, gerechtelijke reorganisatie of een gelijkaardige toestand;
- aangifte heeft gedaan van zijn faillissement, voor wie een procedure van vereffening aanhangig is, een gerechtelijke reorganisatie ondergaat of voorwerp is van een gelijkaardige procedure;
- in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;
- handelingen heeft gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt die gericht zijn op de vervalsing van de mededinging;
- wanneer een belangenconflict niet kan worden verholpen met minder ingrijpende maatregelen;

- wegens een eerdere betrokkenheid bij de voorbereiding van de plaatsingsprocedure een vervalsing van de mededinging niet kan worden voorkomen met minder ingrijpende maatregelen;
- wegens aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere overheidsopdracht met een aanbestedder of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot ambtshalve maatregelen, schadevergoedingen of andere vergelijkbare sancties;
- zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan het afleggen van valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van uitsluitingsgronden of de naleving van de selectiecriteria, of hij informatie heeft achtergehouden, of niet in staat was de ondersteunende documenten die vereist zijn voor de controle van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument over te leggen;
- wanneer de kandidaat of inschrijver heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende overheid onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de plaatsingsprocedure kan bezorgen, of om verwijtbaar misleidende informatie te verstrekken die een belangrijke invloed kan hebben op beslissingen inzake uitsluiting, selectie en gunning.

De facultatieve uitsluitingsgrond waarbij de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, is een zeer ruime uitsluitingsgrond die kan worden bewezen op grond van elk middel dat de aanbestedende overheid aannemelijk kan maken.

Voorbeeld: een nog lopend strafonderzoek (waar dus nog geen definitieve uitspraak is), omwille van zware inbreuken of ernstige contractuele tekortkomingen in voorgaande overheidsopdrachten, kan een motivering zijn voor een ernstige fout bij de uitoefening van zijn beroep.

De aanbestedende overheid kan steeds een bepaalde inschrijver weren die zich in een uitsluitingssituatie bevindt, zelfs al werd de toepasselijke

uitsluitingsgrond niet expliciet in het bestek opgenomen. Meer zelfs, de uitsluitingscriteria kunnen tijdens de volledige duur van de gunningsfase worden toegepast.

Voorbeeld: bij een niet-openbare procedure werd de selectie afgerond en werden vijf inschrijvers gevraagd hun offerte in te dienen. Na ontvangst van de offertes blijkt de persoonlijke situatie van één van de vijf inschrijvers dermate verslechterd dat deze in een uitsluitingssituatie is terechtgekomen. De aanbestedende overheid kan hier nog steeds tot uitsluiting overgaan, zelfs al is de selectiefase al geruime tijd afgesloten.

Om de administratieve last voor de inschrijvers te verminderen bij het aantonen dat men zich niet in een uitsluitingssituatie bevindt, werden twee verschillende mogelijkheden voorzien in de wetgeving.

- Het zogenaamde Uniform Europees Aanbestedingsdocument is een vorm van expliciete verklaring vanwege de inschrijver waarin de inschrijver aangeeft of hij al dan niet voldoet aan de selectiecriteria die op de overheidsopdracht toepasselijk zijn. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument slaat aldus op de volledige selectiefase en is niet beperkt tot de uitsluitingscriteria. Op dit document moet de inschrijver ook expliciet de eventuele corrigerende maatregelen aangeven die hij heeft genomen om een geval van uitsluiting te verhelpen.

Voorbeeld: een bestuurder van een bepaalde opdrachtnemer werd strafrechtelijk veroordeeld voor één van de misdrijven die in de Overheidsopdrachtenwet 2016 werden vermeld. De opdrachtnemer meldt echter dat deze bestuurder werd ontslagen en beroept zich aldus op een corrigerende maatregel om alsnog voor selectie in aanmerking te komen.

Bij gebrek aan een vermelding van corrigerende maatregelen, mag de aanbestedende overheid ervan uitgaan dat geen dergelijke maatregelen werden genomen.

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet verplicht worden gebruikt voor de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt of overstijgt en dit via de zogenaamde UEA-tool.⁸² De aanbestedende overheid moet deel I van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument zelf invullen en dit ingevulde document samen met het bestek bekendmaken via e-notification. Voor de overheidsopdrachten onder de Europese drempels mag het Uniform Europees Aanbestedingsdocument niet door de overheid worden opgelegd, maar een ondernemer mag in dergelijke gevallen wel op eigen initiatief een Uniform Europees Aanbestedingsdocument indienen.

- Een tweede mogelijkheid is de impliciete verklaring op erewoord. Deze verklaring komt erop neer dat elke inschrijver door het louter indienen van een offerte wordt geacht te verklaren dat hij zich niet in een uitsluitingssituatie bevindt. Bijgevolg moeten de inschrijvers bij hun offerte geen bewijsstukken voegen die aantonen dat men zich niet in dergelijke situatie bevindt. De impliciete verklaring op erewoord heeft, in tegenstelling tot het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, geen betrekking op de kwalitatieve selectiecriteria. Bijgevolg mag de aanbestedende overheid in het bestek wel nog steeds vereisen dat de bewijzen voor het voldoen aan selectiecriteria bij de offerte worden gevoegd. Indien een inschrijver zich op corrigerende maatregelen wenst te beroepen, slaat de impliciete verklaring niet op de betrokken uitsluitingsgrond en moeten de genomen corrigerende maatregelen schriftelijk worden meegegeven in de offerte.

De impliciete verklaring op erewoord kan enkel worden gebruikt voor overheidsopdrachten onder de Europese drempels en voor de onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking (boven of onder de Europese drempel) die worden bedoeld in de volgende gevallen:

- artikel 42, §1, 1^o, b), Overheidsopdrachtenwet 2016: dwingende spoed;
- artikel 42, §1, 1^o, d), Overheidsopdrachtenwet 2016: monopolie;
- artikel 42, §1, 2^o, Overheidsopdrachtenwet 2016: herhalingsopdracht;

- artikel 42, §1, 3°, Overheidsopdrachtenwet 2016: aankoop leveringen en diensten tegen bijzonder gunstige voorwaarden;
- artikel 42, §1, 4°, b), Overheidsopdrachtenwet 2016: aanvullende leveringen;
- artikel 42, §1, 4°, c), Overheidsopdrachtenwet 2016: leveringen aangekocht op grondstoffenmarkt.

Noch het Uniform Europees Aanbestedingsdocument, noch de impliciete verklaring op erewoord houden in dat er geen controle over de uitsluitingscriteria moet worden uitgevoerd. De uitsluitingscriteria zullen echter in principe enkel worden gecontroleerd in hoofde van de inschrijver die naderhand als goedkoopste of meest voordelige inschrijver uit de rangschikking is gekomen. Met andere woorden, slechts één inschrijver zal net voor de gunning⁸³ worden gevraagd te bewijzen dat zijn Uniform Europees Aanbestedingsdocument of impliciete verklaring met de werkelijkheid overeenstemt.

Om de administratieve last voor de inschrijvers te verminderen, zal de aanbestedende overheid bepaalde documenten zelf moeten opzoeken, met name alle documenten die via de applicatie Telemarc⁸⁴ ter beschikking worden gesteld. Momenteel kunnen o.a. de erkenning, het RSZ-attest, het attest fiscale schulden en het attest niet-faillissement of soortgelijke situaties via deze applicatie worden opgevraagd.

Indien twee of meerdere bedrijven op zichzelf beschouwd niet in staat zijn om de uitvoering van een bepaalde overheidsopdracht te kunnen verzekeren, kunnen zij zich verenigen in een combinatie van ondernemingen en gezamenlijk een offerte indienen. Wanneer de aanbestedende overheid met een dergelijke inschrijver te maken heeft, moet elke partner van de combinatie voldoen aan de uitsluitingscriteria. Hetzelfde geldt voor alle derden op wiens draagkracht beroep wordt gedaan. Dit houdt eveneens in dat voor elke partner van de combinatie en voor alle derden op wiens draagkracht beroep wordt gedaan een Uniform Europees Aanbestedingsdocument wordt ingediend.

83 Let wel, voor sommige procedures zal de controle toch in een vroeger stadium moeten gebeuren, zie de omzendbrief BZ-OVO-07-01 van 31 mei 2007, www.bestuurszaken.be.

84 <http://telemarx.belgium.be>.

6.4.9.2. De kwalitatieve selectiecriteria

De kwalitatieve selectiecriteria zijn op te delen in drie categorieën.

In eerste instantie kan de aanbestedende overheid het nodig achten de geschiktheid om een bepaalde beroepsactiviteit uit te oefenen te controleren. Meer specifiek kan de aanbestedende overheid van de ondernemers eisen dat zij ingeschreven zijn in het toepasselijke beroeps- of handelsregister.⁸⁵ Bij overheidsopdrachten voor diensten kan de aanbestedende overheid nog een stapje verder gaan en navragen of de ondernemers al dan niet beschikken over de nodige vergunningen of lid zijn van een beroepsvereniging⁸⁶.

Voorbeeld: bij een architectuuropdracht kan de aanbestedende overheid vereisen dat de dienstverlener een architect moet zijn (of moet voorstellen) die ingeschreven is bij de orde van architecten (of gelijkaardig, afhankelijk van het land van herkomst).

In tweede instantie kan de aanbestedende overheid één of meerdere criteria opnemen ter controle van de financiële en economische draagkracht van een onderneming. De verschillende mogelijke criteria werden opgesomd in artikel 67 KB Plaatsing 2017. Hierbij gaat het om:

- 1) een passende bankverklaring of een bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's:

een passende bankverklaring wordt door aanbestedende overheden vaak gevraagd. Het nut van dergelijke verklaring is echter zeer betwistbaar. De bankverklaring moet immers worden opgesteld volgens een verplicht model⁸⁷ waarin de bank enkel bevestigt dat de betrokken inschrijver, een klant is bij de bank en naar hun mening over de nodige financiële en economische draagkracht beschikt om de bewuste overheidsopdracht te

85 Artikel 66 KB Plaatsing 2017.

86 Artikel 66, tweede lid KB Plaatsing spreekt meer specifiek van "[het] moeten beschikken over een bepaalde vergunning of lid moeten zijn van een bepaalde organisatie om in hun land van herkomst de betrokken dienst te verlenen".

87 Bijlage 11 van het KB Plaatsing 2017.

kunnen uitvoeren. Deze bevestiging houdt echter geen engagement van de bank in om de betrokken inschrijver desgevallend de nodige financiële middelen ter beschikking te stellen. Daarenboven bevat dit document ook geen concrete cijfergegevens, wat tot gevolg heeft dat het niet mogelijk is een gepast niveau te bepalen.⁸⁸ De aanbestedende overheid zal er bijgevolg toe gehouden zijn om naast de bankverklaring een tweede criterium inzake de financiële en economische draagkracht op te nemen. Het gebruik van een passende bankverklaring wordt dan ook afgeraden.

Het vragen van een verzekering tegen beroepsrisico's kan voor bepaalde overheidsopdrachten wel zijn nut hebben en dan vooral bij overheidsopdrachten voor diensten zoals de aanstelling van een architect, een advocaat of een veiligheidscoördinator. Als een dergelijke verzekering wordt gevraagd, dient de aanbestedende overheid⁸⁹ duidelijk de eisen te omschrijven waaraan deze verzekering moet voldoen. Zo dienen onder meer de aard van de verzekerde risico's, het (maximaal) verzekerde bedrag en de hoogte van het eigen risico van de verzekeringsnemer (de franchise) te worden omschreven. Bij het omschrijven van deze vereisten wordt aangeraden niet verder te gaan dan de voorwaarden die in de betrokken sector gebruikelijk zijn en dienstig zijn voor de concrete overheidsopdracht.

Voorbeeld: voor wat betreft de aanstelling van een veiligheidscoördinator kan bijvoorbeeld inspiratie worden gehaald bij de verzekeringspolissen (en de voorwaarden uit deze polissen) die te consulteren zijn op de website van de Vlaamse Beroepsvereniging voor Veiligheidscoördinatoren (www.vbvc.be).

2) de jaarrekeningen of uittreksels uit de jaarrekeningen:

het onderzoek van de jaarrekeningen kan bijzonder nuttig zijn. Zo kan de aanbestedende overheid de verhouding tussen de activa en de passiva van de onderneming nagaan. Spijtig genoeg wordt van deze mogelijkheid

88 Artikel 65, tweede lid KB Plaatsing 2017.

89 Artikel 65 KB Plaatsing 2017.

zeer weinig gebruik gemaakt en dit wegens het ontbreken van de nodige expertise om dergelijk onderzoek grondig te kunnen uitvoeren. Niettemin kan de aanbestedende overheid zich ook in dit geval laten bijstaan door een externe partner (bijvoorbeeld een bedrijfsrevisor). Het spreekt voor zich dat deze externe partner eveneens conform de wetgeving overheidsopdrachten moet worden aangeduid.

Let op: het onderzoek van de jaarrekeningen hoeft zich niet te beperken tot de laatste drie beschikbare boekjaren. De jaarrekeningen zijn te consulteren via Telemarc.

3) een verklaring inzake de omzet:

een verklaring van de totale omzet en, in voorkomend geval, de omzet in de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht uitmaakt, is eveneens een nuttig instrument. Ook hier dient de aanbestedende overheid drempels te bepalen, waarbij er een zeker evenwicht dient te zijn tussen de vereiste omzet en de waarde van de beschouwde overheidsopdracht. De jaarlijkse minimumomzet mag, behalve in naar behoren gemotiveerde gevallen, maximaal twee keer de geraamde waarde van de overheidsopdracht bedragen. In de wetgeving is ook duidelijk sprake van ten hoogste de laatste drie *beschikbare* boekjaren. De term “beschikbare” moet toelaten dat onder meer nieuwe bedrijven, die nog geen drie jaar actief zijn, kunnen deelnemen aan overheidsopdrachten.

De bovenvermelde lijst van criteria inzake de economische en financiële draagkracht wordt geacht een niet-limitatieve lijst te zijn. Met andere woorden niets belet de aanbestedende overheid andere criteria op te nemen, die nuttig kunnen zijn voor de beoordeling van de financiële gezondheid van de inschrijvers. Niettemin moet met het “verzinnen” van bijkomende criteria zorgvuldig worden omgegaan, aangezien elk criterium de mededinging kan beperken.

In derde instantie kan de aanbestedende overheid ook de technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver controleren. Bij deze controle kan de aanbestedende overheid volgende bewijsmiddelen vragen:

1) een referentielijst:

Bij overheidsopdrachten voor werken kan een lijst worden gevraagd van de werken die de afgelopen periode van maximaal vijf jaar werden verricht. De termijn van vijf jaar moet worden berekend vanaf de datum van bekendmaking van de overheidsopdracht (≠ kalenderjaren). Hoewel het KB Plaatsing 2017 expliciet toelaat een langere termijn dan vijf jaar te voorzien, wordt toch aangeraden deze termijn van vijf jaar slechts in uitzonderlijke gevallen aan te passen. Het uitbreiden van deze termijn kan discussies uitlokken. Indien de termijn wordt verlengd, wordt men met concurrenten geconfronteerd die normaal gezien niet mochten worden meegenomen. De referenties moeten worden vergezeld van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren werden uitgevoerd. In de publieke sector komen die certificaten typisch voor onder de vorm van attesten van goede uitvoering.

Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten kan een lijst worden gevraagd van de voornaamste leveringen of diensten die de afgelopen drie jaar werden verricht. Ook hier moet deze periode van drie jaar worden berekend vanaf de bekendmaking van de overheidsopdracht en wordt ook hier aangeraden om de wettelijk voorziene mogelijkheid om referenties die ouder zijn dan drie jaar toe te laten, slechts uitzonderlijk toe te passen. Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten is in de huidige wetgeving geen sprake meer dat deze door attesten van goede uitvoering moeten worden gedragen. Wel moet voor elke referentie het bedrag, de datum en de instantie worden vermeld voor wie de leveringen of diensten werden verricht.

- 2) de lijst van technici of technische organen, in het bijzonder deze die verantwoordelijk zijn voor de kwaliteitscontrole. In het geval van overheidsopdrachten voor werken kan worden gevraagd de technici te vermelden welke de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;

Voorbeeld: bij de aankoop van jodiumtabletten zou de aanbestedende overheid kunnen vereisen dat de verantwoordelijke voor de productie moet beschikken over een master of een doctoraat in de farmacologie en minstens 10 jaar ervaring heeft in de productie van jodiumtabletten.

- 3) een beschrijving van de technische uitrusting, de maatregelen om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden van de onderneming op vlak van studie en onderzoek;
- 4) de vermelding van de systemen voor het beheer van de toeleveringsketen en de traceersystemen die de inschrijver kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht;
- 5) bij complexe overheidsopdrachten voor leveringen of diensten dan wel overheidsopdrachten voor leveringen of diensten die, bij wijze van uitzondering aan een bijzonder doel moeten beantwoorden: een controle van de productiecapaciteit van de inschrijver of, waar noodzakelijk, van de mogelijkheden inzake studie en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;
- 6) bij overheidsopdrachten voor werken en diensten; studie- en beroeps-kwalificaties van de dienstverlener of de aannemer of die van het leidinggevend personeel van de onderneming mits zij niet als gunningscriteria worden gehanteerd;

Voorbeeld: bij baggerwerkzaamheden zou de aanbestedende overheid kunnen eisen dat degene die namens de opdrachtnemer toezicht uitvoert op de werkzaamheden moet beschikken over een diploma burgerlijk ingenieur bouwkunde en minstens 10 jaar ervaring moet hebben met baggerwerken in een maritiem milieu.

- 7) een vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de opdrachtnemer kan toepassen bij de uitvoering van de overheidsopdracht;
- 8) bij overheidsopdrachten voor werken en diensten: een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de dienstverlener of de aannemer en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;
- 9) bij overheidsopdrachten voor werken en diensten: een verklaring welke de werktuigen, het materieel en de technische uitrusting vermeldt waarover de dienstverlener of de aannemer voor het realiseren van de overheidsopdracht beschikt;

Voorbeelden:

- bij baggerwerkzaamheden zou de aanbestedende overheid kunnen eisen dat de opdrachtnemer beschikt over x aantal sleephopperzuigers van het type 3000 en x aantal sleephopperzuigers van het type 6000.
- voor het wegtakelen van personenauto's kan worden bepaald dat de inschrijvers beschikken over minimaal x aantal takelvoertuigen met een kraan.

- 10) een omschrijving van het gedeelte van de overheidsopdracht dat de inschrijver eventueel in onderaanneming wil geven;

Met deze mogelijkheid moet worden opgepast. Om voor dit criterium een minimaal niveau te bepalen, zal de aanbestedende overheid bijvoorbeeld moeten bepalen welk maximaal gedeelte in onderaanneming mag worden gegeven. Het bepalen van dergelijk percentage staat echter op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

- 11) bij overheidsopdrachten die de levering van producten omvat, kunnen ook monsters, beschrijvingen en foto's geëist worden, waarvan de echtheid wordt aangetoond op verzoek van de aanbestedende overheid;

Voorbeeld: voor de levering van strooizout kan worden gevraagd dat de inschrijvers bij hun offerte een staal voegen dat vervolgens onder meer op zuiverheid (het stofgehalte) zal worden getest.

- 12) bij overheidsopdrachten die de levering van producten omvat: attesten die door officieel erkende instituten of diensten voor kwaliteitscontrole zijn opgesteld en waarin de overeenstemming van goed geïdentificeerde producten wordt bevestigd door middel van referenties naar technische specificaties of normen.

Indien de inschrijver, in functie van de technische selectie, wordt gevraagd te bewijzen dat hij voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen en bepaalde systemen of normen inzake milieubeheer, kan de aanbestedende overheid de overlegging eisen van een door een onafhankelijke instantie opgestelde verklaring. In deze verklaring wordt vermeld dat de inschrijver voldoet aan bepaalde kwaliteitsnormen, met inbegrip van normen inzake toegankelijkheid voor gehandicapten.

Als de aanbestedende overheid de overlegging eist van een door een onafhankelijke instantie opgestelde verklaring dat de inschrijver voldoet aan bepaalde systemen of normen inzake milieubeheer, verwijst zij naar het communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS) van de Europese Unie of enig ander milieubeheersysteem,⁹⁰ of andere normen inzake milieubeheer op basis van de toepasselijke Europese of internationale normen die door geaccrediteerde instanties zijn gecertificeerd. Zij erkent gelijkwaardige certificaten van in andere lidstaten gevestigde instellingen.

Het gaat hier onder meer over de kwaliteitsbewakingsregelingen die op de Europese normenreeks EN ISO 9000 zijn gebaseerd. De ISO 9000 normenreeks (zoals de ISO 9001:2015) is een typisch selectie criterium aangezien dit een bevestiging vormt dat het bedrijf op een gestructureerde manier aan kwaliteitsmanagement doet, maar biedt geen garantie voor een kwalitatief goed product.

Als een inschrijver, om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, aantoonbaar geen toegang had tot de certificaten of niet de mogelijkheid had deze binnen de gestelde termijnen te verwerven, aanvaardt de aanbestedende overheid andere passende bewijzen van gelijkwaardige maatregelen inzake milieubeheer, mits de inschrijver aantoont dat deze maatregelen gelijkwaardig zijn aan die welke krachtens het toepasselijke milieubeheersysteem of de norm vereist zijn.

De bovenvermelde lijst met de selectiecriteria inzake de technische bekwaamheid wordt beschouwd als een limitatieve opsomming. Met andere woorden, de aanbestedende overheid kan hieraan geen bijkomende criteria toevoegen. Het limitatieve karakter van deze opsomming moet wel ten dele worden genuanceerd.

90 Als erkend overeenkomstig artikel 45 van Verordening (EG) nr. 1221/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 inzake de vrijwillige deelneming van organisaties aan een communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS), tot intrekking van Verordening (EG) nr. 761/2001 en van de Beschikkingen 2001/681/EG en 2006/193/EG van de Commissie.

Bij overheidsopdrachten (ongeacht of de geraamde waarde van de overheidsopdracht de Europese drempels bereikt of niet) voor werken, voor leveringen waar plaatsings- en installatiewerkzaamheden nodig zijn of voor diensten, kan men enerzijds bijkomende criteria opnemen die verband houden met de knowhow, de efficiëntie, de ervaring en de betrouwbaarheid van de inschrijver. Anderzijds kan men rechtspersonen verplichten de namen en de beroepskwalificaties te vermelden van de personen die belast zijn met de uitvoering van de overheidsopdracht.

Gelet op de ruime mogelijkheden die reeds in de wetgeving worden geboden en gegeven dat elk nieuw selectie criterium tot discussie aanleiding kan geven, wordt aangeraden om in de mate van het mogelijke binnen het wettelijk kader te blijven.

Het belang van de selectiecriteria mag niet worden onderschat. Er moet dan ook voldoende aandacht aan worden besteed bij de opmaak van het bestek en er mogen enkel criteria worden gekozen die nuttig zijn vanuit de bijzondere vereisten van de overheidsopdracht en die ook daadwerkelijk te controleren zijn. Zo heeft het weinig nut de voorlegging van de jaarrekeningen te eisen indien men niet over de nodige (interne of externe) expertise beschikt om deze jaarrekeningen grondig te onderzoeken. Daarbij moet ook steeds een (minimale) drempel bij elk selectie criterium worden bepaald. Zo niet wordt het criterium eigenlijk onbruikbaar. Zo heeft het geen nut om een verklaring van de omzet te vragen, zonder te bepalen hoe hoog die omzet minstens moet zijn om te worden geselecteerd. Hetzelfde kan gezegd worden over het vragen van een verzekering.

Bij de overheidsopdrachten voor werken moet bijkomend rekening worden gehouden met de wetgeving inzake de erkenning van de aannemers. Overheidsopdrachten voor werken mogen slechts worden toegekend aan ondernemingen die op het ogenblik van de sluiting ofwel beschikken over de gepaste erkenning dan wel de nodige bewijzen hebben geleverd dat zij voldoen aan de toepasselijke erkenningsvoorwaarden. In dat laatste geval wordt aangeraden de inschrijver te verzoeken zijn bewijsstukken bij de offerte te voegen. De aanbestedende overheid mag echter zelf geen uitspraak doen over het al dan niet voldoen van de betrokken inschrijver. De stukken dienen te worden overgemaakt aan de Commissie voor de

erkenning der aannemers, die aan de bevoegde minister een advies zal verlenen over het al dan niet toekennen van de erkenning. Ook de gevallen waarbij een inschrijver beweert te beschikken over een gelijkaardige buitenlandse erkenning, dienen aan de Commissie te worden voorgelegd.

Let op:

- de erkenning moet nog niet aanwezig zijn op het moment van de gunning. Conform vaste rechtspraak van de Raad van State kan deze nog tussen het moment van de gunning en de sluiting worden aangeleverd.
- de erkenning moet worden beschouwd als de minimale vereiste inzake de kwalitatieve selectie bij overheidsopdrachten voor werken. Niets belet echter dat de aanbestedende overheid bovenop de erkenning ook één of meerdere criteria inzake financiële en economische draagkracht en/of de technische bekwaamheid opneemt in het bestek.
- de verschillende erkenningen waarover een inschrijver beschikt, kunnen worden gecontroleerd via Telemarc.
- voor combinaties van ondernemingen geldt een bijzondere regeling. Bij dergelijke constructies volstaat het dat de erkenningsvereisten door één van de vennoten worden vervuld. Meer zelfs, het vormen van een combinatie kan in bepaalde gevallen aanleiding geven tot een zogenaamde klasseverhoging. Zo zal men via een combinatie met twee vennoten waar beiden erkend zijn in de gevraagde categorie en in een klasse die net onder de in het bestek gevraagde klasse ligt, toch aan de bewuste overheidsopdracht kunnen deelnemen.
- als de aanbestedende overheid de selectiecriteria beperkt tot het louter vereisen van een passende erkenning, moeten de ondernemingen die over deze erkenning beschikken in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument enkel de velden invullen die hierop betrekking hebben. De delen III tot V moeten niet worden ingevuld, tenzij er naast de erkenning andere selectie-eisen worden gesteld.

Tot slot kunnen inschrijvers of kandidaten voor de kwalitatieve selectie gebruik maken van het zogenaamde “beroep op de draagkracht van derden”. Als een bepaalde inschrijver zelf niet (volledig) kan voldoen aan de kwalitatieve selectie-eisen, zoals gevraagd in het bestek, kan deze om zijn selectie alsnog te verzekeren, verwijzen naar derde ondernemingen waarmee deze een (contractuele) band heeft om aan de kwalitatieve selectie te voldoen. Het begrip “derden” heeft een ruime betekenis.

Voorbeeld: een onderaannemer of een moeder- of dochtermaatschappij waartoe de inschrijver behoort.

Om op een geldige manier beroep te kunnen doen op de draagkracht van een derde is wel vereist dat bij de offerte een schriftelijke verbintenis (al dan niet onder opschortende voorwaarde) wordt gevoegd, waarin deze derde bevestigt de nodige middelen ter beschikking te stellen met oog op uitvoering van de betrokken overheidsopdracht.

6.4.10. Gunningscriterium of -criteria⁹¹

De gunningscriteria kunnen worden omschreven als criteria die het mogelijk maken de verschillende offertes ten opzichte van elkaar af te wegen en te quoteren. Zoals hoger aangegeven in punt 6.4.9 dienen de gunningscriteria voor de beoordeling van het aanbod en onderscheiden ze zich van de selectiecriteria die dienen voor de beoordeling van de ondernemer.

6.4.10.1. Plaatsing op basis van de prijs

Als de economisch meest voordelige offerte louter op basis van de prijs wordt bepaald, zal de overheidsopdracht worden gesloten met de inschrijver die de laagste regelmatige offerte heeft ingediend.

In beginsel zal een aanbestedende overheid de overheidsopdracht enkel op basis van de prijs plaatsen indien het gaat om een gestandaardiseerde overheidsopdracht, meer bepaald een overheidsopdracht waarbij de technische specificaties gedetailleerd kunnen worden omschreven waardoor de aanbestedende overheid een grote mate van zekerheid heeft omtrent de inhoud (de “kwaliteit” in de ruime betekenis van het woord) van de ontvangen offertes.

Voorbeeld:

- de aankoop van courante goederen zoals papier, bureaumateriaal...
- de uitvoering van onderhoudswerken aan de gewestwegen.

6.4.10.2. Plaatsing op basis van de kosten

Als de economisch meest voordelige offerte enkel op basis van de prijs wordt bepaald, zonder rekening te houden met bijvoorbeeld de onderhoudskosten, de levensduur, de recuperatiewaarde enz. van het werk, de levering of de dienst, is het niet ondenkbaar dat de goedkoopste offerte op het moment van de gunning op langere termijn toch niet de goedkoopste keuze blijkt te zijn. In dergelijke gevallen is het aangewezen de economisch meest voordelige offerte te kiezen op basis van de kosten.

Voor de overheidsopdrachten waar de economisch meest voordelige offerte op basis van de kosten wordt bepaald, zal de overheidsopdracht worden gesloten met de inschrijver die de (regelmatige) offerte heeft ingediend waaraan de laagste kosten verbonden zijn.

Als de overheidsopdracht wordt geplaatst op basis van de kosten, heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid rekening te houden met de levenscycluskosten. De levenscycluskosten omvatten in eerste instantie de kosten die door de aanbestedende overheid worden gedragen, met name de verwervings- of aankoopkosten vermeerderd met de kosten voor het gebruik (zoals de energiekosten), de kosten voor het onderhoud en de kosten volgend uit het einde van de levenscyclus (zoals de recyclagekosten).

In tweede instantie omvatten de levenscycluskosten ook kosten die niet door de aanbestedende overheid worden gedragen, met name de kosten toegeschreven aan externe milieueffecten.

Met het oog op de transparantie richting de inschrijvers, moet de aanbestedende overheid de methodiek die zal worden gebruikt om de levenscycluskosten te berekenen, worden opgenomen in het bestek. Deze methode moet gebaseerd zijn op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria, moet toegankelijk zijn voor alle geïnteresseerde ondernemers en de aan te leveren gegevens moeten met een redelijke inspanning kunnen worden verstrekt door normaal zorgvuldige ondernemers. Gelet op de strikte voorwaarden die aan het gebruik van levenscycluskosten worden verbonden, is het aangewezen voorzichtig te zijn bij het gebruik van deze gunningswijze. Actueel lijkt deze methode zich enkel te lenen voor een aantal overheidsopdrachten voor leveringen, zoals (vracht)wagens, waar al een zekere traditie bestaat bij het berekenen van onder meer de CO₂-uitstoot.

Voorbeeld: de aankoop van voertuigen.

6.4.10.3. Plaatsing op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding

Als de overheidsopdracht wordt geplaatst op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding, beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid bij het bepalen van de gunningscriteria. Hoewel dit niet wettelijk verplicht is, zijn de prijs of de kosten nagenoeg steeds één van de criteria aangevuld met één of meerdere andere criteria die in essentie de kwaliteit van de offerte zullen beoordelen. Met sommige gunningscriteria moet echter voorzichtig worden omgesprongen. Zo kan een gunningscriterium inzake de uitvoeringstermijn inschrijvers ertoe aanzetten onrealistisch korte uitvoeringstermijnen op te geven om op die manier een hoge score te halen.

Als de economisch meest voordelige offerte op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding wordt bepaald, gebeurt de keuze van de opdrachtnemer aan de hand van verschillende kwantitatieve (prijs of de kosten, uitvoeringstermijn) en kwalitatieve (technische specificaties, esthetiek, milieu- of sociale overwegingen) criteria. De inschrijver die over de verschillende criteria heen de meest voordelige (regelmatige) offerte heeft ingediend, moet als opdrachtnemer worden gekozen.

In beginsel zal een aanbestedende overheid ervoor kiezen de overheidsopdracht op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding te plaatsen in geval het niet meteen om een standaardopdracht gaat en de beschrijving van de technische specificaties de aanbestedende overheid onvoldoende zekerheid biedt omtrent de inhoud (de “kwaliteit” in de ruime betekenis van het woord) van de ontvangen offertes. Dit kan onder andere het geval zijn als het aanbod van de marktspelers in dat bepaald segment sterk uiteenloopt en dat een kwalitatieve vergelijking van hun aanbod noodzakelijk is.

Voorbeeld: wanneer het bijvoorbeeld van belang is dat een overheidsopdracht binnen een bepaalde specifieke termijn wordt uitgevoerd, dan zal het invoegen van een gunningscriterium dat hier betrekking op heeft, essentieel zijn.

Bij overheidsopdrachten die boven de Europese drempels uitkomen, moet de aanbestedende overheid in principe een weging toekennen aan elk gunningscriterium. De meest gekende vorm van een weging is een weging in punten of percentages. Niettemin zijn ook andere wegingen, zoals een weging met schalen (“heel belangrijk”, “belangrijk”, “minder belangrijk” of “AAA”, “AA”, “A”), mogelijk. Bij overheidsopdrachten die onder de Europese drempels blijven, is het opnemen van een weging niet verplicht maar wordt dit wel aangeraden. Indien geen weging wordt voorzien, kan de aanbestedende overheid bijvoorbeeld werken met een (dalende) volgorde van belangrijkheid.

Let wel:

- inzake de weging is er geen enkele wettelijke verplichting die stelt dat aan de prijs of de kosten een minimale score (van bijvoorbeeld 50%) moet worden gegeven. Binnen het Beleidsdomein MOW is het echter gebruikelijk de prijs of de kosten voor 40 à 50% te laten doorwegen bij de bepaling van de meest voordelige offerte. In dergelijk geval loopt de aanbestedende overheid het risico de opdracht te moeten gunnen aan een inschrijver die weliswaar een lage prijs of lage kosten heeft aangeboden, maar waar er twijfels zijn omtrent de aangeboden kwaliteit. Om dit probleem te counteren, kan de aanbestedende overheid voor de gunningscriteria die betrekking hebben op de kwaliteit een minimaal te behalen score eisen. Deze minimale score wordt best bepaald tussen de 50 à 60% van het beschouwde criterium;

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht worden drie criteria gehanteerd: de prijs (50pt), de kwaliteit (40pt) en de leveringstermijn (10pt). Er worden drie offertes ontvangen waaraan volgende scores worden toegekend:

- Offerte A: $50\text{pt} + 15\text{pt} + 10\text{pt} = 75\text{pt}$.
- Offerte B: $25\text{pt} + 30\text{pt} + 9\text{pt} = 64\text{pt}$.
- Offerte C: $40\text{pt} + 25\text{pt} + 8\text{pt} = 73\text{pt}$.

Op basis van de totaalscores is het duidelijk dat inschrijver A de overheidsopdracht dient te krijgen. Er moet echter worden vastgesteld dat deze offerte weliswaar zeer goedkoop is, maar minder dan de helft van de punten behaalt op vlak van de kwaliteit. Anders gezegd, door de dermate hoge weging van het prijscriterium is het zeer moeilijk om deze overheidsopdracht nog aan een kwalitatief hoogstaande inschrijver toe te vertrouwen. Om dergelijk negatieve uitwassen te voorkomen, zou de aanbestedende overheid het behalen van een minimale score op kwaliteit kunnen vereisen. Indien bijvoorbeeld een minimale score van 20pt wordt vereist, komen enkel nog offertes B en C in aanmerking.

- de verplichting om in bepaalde gevallen een weging op te nemen, betekent niet dat de aanbestedende overheid ook de achterliggende wegingsmethodiek moet vrijgeven. Het feit dat de overheid de wegingsmethodiek niet moet vrijgeven, belet niet dat deze methodiek in principe op voorhand al moet vaststaan;
- qua beoordelingsmethode wordt doorgaans met een lineaire formule (de regel van drie) gewerkt, zeker voor het gunningscriterium prijs. Via dergelijke formule krijgt de goedkoopste offerte het maximum van de punten en krijgen de andere offertes minder punten afhankelijk van hoeveel duurder men is ten opzichte van de goedkoopste offerte. Niettemin zijn ook andere methodes denkbaar. De aanbestedende overheid heeft, voor zover dat op een redelijke manier te motiveren is, een ruime discretionaire bevoegdheid bij het bepalen van de wegingsmethodiek, maar moet er wel op letten dat de verschillen tussen de offertes zich in min of meer even grote verschillen in scores vertalen. Het kan immers niet de bedoeling zijn dat objectieve verschillen tussen de offertes ten gevolge van de wegingsmethodiek worden afgevlakt of uitvergroot.

Voorbeeld: in bovenvermelde overheidsopdracht worden de volgende prijzen aangeboden: 100.000 euro (offerte A), 200.000 euro (offerte B) en 125.000 euro (offerte C).

Via een lineaire formule worden deze prijzen in volgende scores vertaald: 50pt (offerte A), 25pt (offerte B) en 40pt (offerte C).

De aanbestedende overheid zou echter ook met een soort van klassen kunnen werken, bijvoorbeeld

- De goedkoopste offerte: 50pt;
- Offertes tussen de 0 en 10% duurder: 40 pt;
- Offertes tussen de 10 en 20% duurder: 30 pt;
- Offertes tussen de 20% en 30% duurder: 20 pt;
- Offertes die meer dan 30% duurder zijn: 10 pt.

Het moge duidelijk zijn dat deze laatste puntenverdeling nog meer in het voordeel zal spelen van de goedkoopste offerte, aangezien de puntenscore op het prijs criterium er als volgt zal uitzien: 50pt (offerte A), 10pt (offerte B) en 20 pt (offerte C).

Als met meerdere gunningscriteria wordt gewerkt, kunnen de gunningscriteria worden opgedeeld in subgunningscriteria of kortweg subcriteria. Men spreekt van subcriteria wanneer het gaat om vooraf bedachte gegevens waaraan alle offertes min of meer stelselmatig worden afgetoetst. Als de aanbestedende overheid subcriteria opneemt, moet men er zich van bewust zijn dat ook deze subcriteria in principe een voorafgaande weging (in het bestek) moeten krijgen, althans voor overheidsopdrachten die boven de Europese drempels uitkomen. Enkel als volgende voorwaarden zijn vervuld, kan de weging van subcriteria achteraf worden toegekend:

- de weging van de subcriteria leidt niet tot een wijziging van de gunningscriteria;
- de weging van de subcriteria bevat geen elementen die de inhoud van de offertes had kunnen beïnvloeden;
- de weging van de subcriteria mag niet discriminerend zijn ten opzichte van één van de inschrijvers.

Het moge duidelijk zijn dat deze twee laatste voorwaarden dermate streng zijn, dat het achteraf toekennen van een weging aan subcriteria enkel mogelijk zal zijn indien elk criterium dezelfde weging krijgt.

Een alternatief voor subcriteria kan gevonden worden in beoordelingselementen. Het onderscheid met subcriteria ligt hierin dat bij een subcriterium elke offerte stelselmatig aan elk subcriterium moet worden afgetoetst terwijl de aanbestedende overheid bij een beoordelingselement over een veel grotere vrijheid beschikt en de mogelijkheid heeft om ofwel een bepaald beoordelingselement (dat in het bestek werd vermeld) buiten beschouwing te laten als de offertes zich op basis van dat element niet van elkaar onderscheiden dan wel bijkomende beoordelingselementen (die niet in het bestek werden vermeld) kan

gebruiken als die relevant zijn om de offertes ten opzichte van elkaar af te wegen.

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht voor het opmaken van een website worden drie gunningscriteria vermeld, met name de prijs, de kwaliteit en de uitvoeringstermijn. Bij de kwaliteit vermeld het bestek dat dit criterium zal worden beoordeeld onder meer op grond van de ervaring van de ingezette ontwikkelaars, het plan van aanpak, een voorbeeld van homepagina...

Bij de beoordeling van de offertes blijkt er een duidelijk verschil tussen de ontvangen offertes op grond van de zogenaamde “look & feel” van de website waarbij sommigen aandacht hebben gehad voor de blinden en slechtzienden (AnySurfer label) en de huisstijl van de aanbestedende overheid.

Het feit dat bij het criterium “kwaliteit” geen subcriteria werden aangegeven, maar enkel een niet-limitatieve opsomming van mogelijke beoordelingselementen, laat toe dat de aanbestedende overheid bij de beoordeling van de offertes alsnog rekening houdt met de “look & feel” van de voorgestelde websites.

6.4.11. Prijsopgave⁹²

In principe moeten de prijzen of de kosten uit de offerte enkel in cijfers worden opgegeven. Enige uitzondering hierop is het totaalbedrag van de offerte dat zowel in letters als in cijfers moet worden vermeld. In het bestek kan ook worden gevraagd dat ook de eenheidsprijzen voluit worden geschreven.

De prijzen of kosten dienen in euro te worden opgegeven.

Verder wordt in het bestek ook een bepaling opgenomen inzake de afrondingen en de cijfers na de komma. In principe wordt tot twee cijfers na de komma gewerkt. Het bestek kan evenwel een andere afronding voorschrijven.

Voorbeeld: bij baggerwerken wordt soms met heel kleine eenheidsprijzen gewerkt en wordt toegestaan dat de eenheidsprijzen tot 4 cijfers na de komma kunnen worden opgegeven.

6.4.12. Prijsvaststelling⁹³

Inzake de prijsvaststelling zijn er, wettelijk gezien, vier mogelijkheden:

- 1) ofwel zijn de hoeveelheden van de verschillende posten gekend. In dergelijk geval kan de aanbestedende overheid de inschrijvers verzoeken een globale prijs (GP) te bieden voor de uitvoering van deze forfaitaire hoeveelheid (FH).

Wettelijk gezien zijn de begrippen “globale prijs” en “forfaitaire hoeveelheid” met elkaar gelinkt. Binnen het beleidsdomein MOW worden beide begrippen echter uit elkaar getrokken. Zo spreekt men van een post tegen “globale prijs” indien de post geen echte hoeveelheid heeft (zoals de post voor de ABR-verzekering), maar waar de aanbestedende overheid toch een prijs voor wenst te krijgen. Het begrip “forfaitaire hoeveelheid” wordt dan weer gebruikt voor posten waar men wel een zicht heeft op de hoeveelheden. Indien een overheidsopdracht volledig bestaat uit posten

92 Artikel 25 KB Plaatsing 2017.

93 Artikel 26 KB Plaatsing 2017.

met forfaitaire hoeveelheden, spreekt men van een overheidsopdracht tegen globale prijs.

FH of GP betekent dat de totale prijs vast ligt bij gunning. Indien men tijdens de uitvoering schommelingen in de hoeveelheden vaststelt, hebben die, behoudens in geval van een schadevergoedingseis, geen invloed op de prijs. Het risico van lagere hoeveelheden ligt met andere woorden bij de aanbestedende overheid en het risico op hogere hoeveelheden bij de opdrachtnemer.

- 2) ofwel zijn de hoeveelheden van de verschillende posten onvoldoende gekend en kunnen deze hoeveelheden enkel worden geraamd. Omdat ook in dergelijke gevallen het basisprincipe van de vaste prijs (zie punt 2.2.2.) moet worden gerespecteerd, zullen de inschrijvers ertoe gehouden zijn een prijs per eenheid op te geven. Wettelijk gezien zijn de begrippen “vermoedelijke hoeveelheid” (VH) en “eenheidsprijs” (EP) dan ook met elkaar gelinkt. Indien een overheidsopdracht volledig bestaat uit posten met vermoedelijke hoeveelheden, spreekt men van een overheidsopdracht tegen prijslijst.

De totale prijs varieert volgens de effectief uitgevoerde hoeveelheden. Het risico bij een stijging van de hoeveelheden ligt hier volledig bij de aanbestedende overheid.

- 3) slechts in uitzonderlijke gevallen kan de aanbestedende overheid werken met posten tegen terugbetaling. Dergelijke posten zijn immers een uitzondering op het basisprincipe van de vaste prijs aangezien de prijs voor dergelijke post niet op voorhand, bij de indiening van de offerte, wordt afgesproken maar pas tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht zelf. Let wel, in dergelijke gevallen moet in het bestek worden bepaald hoe de prijzen die de opdrachtnemer wenst aan te rekenen, zullen worden gecontroleerd. Typevoorbeeld binnen MOW van een post tegen terugbetaling is de zogenaamde voorbehouden som (VS-post). De modaliteiten voor de betaling van dergelijke post worden geregeld door de dienstorder MOW/MIN/2018/03 van 17 juli 2018⁹⁴.

94 https://vlaamseoverheid.sharepoint.com/sites/dmow/Afdelingen/Algemene-Technische-Ondersteuning/Gedeelde%20%20documenten/MOW_MIN_2018_03.pdf

- 4) ofwel spreekt men van een gemengde overheidsopdracht indien deze bestaat uit posten die niet allen onder één bepaalde categorie kunnen worden ondergebracht. Gelet op het frequent gebruik van VS-posten, zijn de meeste overheidsopdrachten van het beleidsdomein MOW dan ook niet te beschouwen als overheidsopdrachten tegen prijslijst, maar als gemengde overheidsopdrachten.

6.4.13. Heffingen en de BTW⁹⁵

Inzake de BTW moet de aanbestedende overheid in het bestek bepalen hoe de inschrijvers deze moeten vermelden: ofwel door het totaalbedrag van de BTW onderaan de samenvattende opmeting of inventaris te vermelden ofwel door de vermelding van de toepasselijke aanslagvoet. In de praktijk wordt enkel voor deze laatste methode gekozen indien de overheidsopdracht uit meerdere delen bestaat die aan afzonderlijke BTW-percentages zijn onderworpen.

6.4.14. Keurings- en opleveringskosten⁹⁶

Als er aan de keuring en/of de oplevering bepaalde kosten zijn verbonden, moet in het bestek duidelijkheid worden verschaft over de berekening van deze kosten. Op die manier kunnen de inschrijvers er rekening mee houden bij de opmaak van hun offerte en worden deze geacht te zijn begrepen in de globale prijzen en eenheidsprijzen van de offerte. Indien geen duidelijke besteksbeplating werd opgenomen, komen deze kosten ten laste van de aanbestedende overheid.

De keurings- en opleveringskosten hebben hoofdzakelijk betrekking op de reis- en verblijfkosten van het met de keuring of oplevering belaste personeel. Voor de Vlaamse overheid wordt daarbij doorgaans verwezen naar de toepasselijke bepalingen inzake de (reis- en dag)vergoedingen voor de binnenlandse en buitenlandse reizen.

6.4.15. Inbegrepen prijselementen⁹⁷

In artikel 32 KB Plaatsing 2017 is een uitgebreide lijst opgenomen van prijselementen die geacht worden inbegrepen te zijn in de globale prijzen en de eenheidsprijzen van de offerte. In het bestek kan deze lijst worden uitgebreid of ingeperkt.

1) Overheidsopdrachten voor werken:

Bij overheidsopdrachten voor werken dient te worden opgemerkt dat bijvoorbeeld de kosten voor de eventuele ABR-verzekering en de verzekering voor tienjarige aansprakelijkheid niet zijn opgenomen in het lijstje uit artikel 32, §1 KB Plaatsing 2017. Indien dergelijke verzekering wordt geëist, beschikt de aanbestedende overheid over twee mogelijkheden:

- ofwel kan men de kostprijs voor deze verzekeringen alsnog in de lijst opnemen, en dan maken deze kosten *de facto* deel uit van de zogenaamde algemene kosten en winst (AKW).
- ofwel kan men een aparte bestekpost opnemen per gevraagde verzekering. Doorgaans wordt in de bestekken van het beleidsdomein MOW voor deze tweede optie gekozen, aangezien deze optie ook toelaat om bij het onderzoek van de offertes het realistisch karakter van de kostprijs voor deze verzekering na te gaan.

Het belang van dit artikel mag niet worden onderschat, aangezien een onduidelijkheid in dit artikel aanleiding kan geven tot belangrijke verrekeningen en schadevergoedingseisen. Er wordt onder meer aandacht gevraagd voor volgende zaken, die niet uitdrukkelijk in artikel 32 KB Plaatsing 2017 werden opgesomd:

- de kosten die moeten worden gemaakt inzake de organisatie van de bouwplaats, zoals de inrichting van een werfkeet.⁹⁸

97 Artikel 32 KB Plaatsing 2017.

98 Artikel 79 KB Uitvoering 2017.

- de bijdragen die verschuldigd zijn aan respectievelijk het Opzoekingscentrum voor de Wegenbouw (OCW) en het Wetenschappelijk en Technisch Centrum van het Bouwbedrijf (WTCB).
- in artikel 32, §1 KB Plaatsing 2017 wordt de kostprijs voor het vervoeren en wegbrengen van graafspecie geacht inbegrepen te zijn, maar kan er twijfel bestaan of de kosten die verbonden zijn aan de tijdelijke stockage van de bodem binnen of buiten de werf evenzeer inbegrepen is. Bijgevolg werd dergelijke bepaling in de respectievelijke standaardbestekken opgenomen om alle twijfel hieromtrent weg te nemen.

2) Overheidsopdrachten voor leveringen en diensten:

Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten zijn in de meeste gevallen geen bijkomende verzekeringen nodig, naast de wettelijk verankerde verzekeringen voor arbeidsongevallen en de burgerrechtelijke aansprakelijkheid⁹⁹. De kostprijs voor de laatstvermelde verzekeringen is in principe inbegrepen in de algemene kosten en winst.

6.4.16. Prijs- of kostenonderzoek¹⁰⁰

Bij elke overheidsopdracht, ongeacht het type overheidsopdracht en ongeacht de plaatsingsprocedure, is de aanbestedende overheid verplicht de prijzen of kosten uit de verschillende offertes te onderzoeken.

Omdat het ontdekken van abnormaliteiten in de offerteprijzen of -kosten niet steeds eenvoudig is, kan de aanbestedende overheid bij de betrokken inschrijver een boekhoudkundig onderzoek uitvoeren ten einde vast te stellen of de informatie die de inschrijver heeft verstrekt tijdens het prijs- of kostenonderzoek wel correct is. Voor dit boekhoudkundig onderzoek is, in tegenstelling tot de vorige wetgeving, geen bepaling in het bestek vereist.

Bij het onderzoek van de boekhouding kan de aanbestedende overheid zich desnoods laten bijstaan door een externe partner. Het spreekt voor zich dat deze externe partner eveneens via een overheidsopdracht moet worden aangeduid.

⁹⁹ Artikel 24 KB Uitvoering 2017.

¹⁰⁰ Artikelen 35, 36 en 37 KB Plaatsing 2017.

Voorbeeld: het boekhoudkundig onderzoek wordt uitgevoerd door een onafhankelijke bedrijfsrevisor die via een afzonderlijke overheidsopdracht werd aangesteld.

6.4.17. Abnormale totaalprijzen¹⁰¹

Bij een overheidsopdracht voor werken of een overheidsopdracht voor diensten in een fraudegevoelige sector¹⁰² die via een openbare of niet-openbare procedure wordt geplaatst, waarbij de economisch meest voordelige offerte wordt bepaald op basis van de prijs, wordt bij het onderzoek van de offertes (zie punt 10.2.2.10) een gemiddelde offerteprijs berekend. Alle offertes waarvan het totaalbedrag minstens 15% onder dit gemiddelde bedrag ligt, worden behept met een vermoeden van abnormaliteit en zullen nader moeten worden onderzocht door de aanbestedende overheid.

Deze regel is in ieder geval van toepassing op bovenvermelde overheidsopdrachten alsook voor opdrachten voor werken of diensten in de fraudegevoelige sectoren via een openbare of niet-openbare procedure worden geplaatst en waar de economische meest voordelige offerte wordt bepaalde op basis van de kosten of op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waar de prijs voor ten minste 50% doorweegt. In deze gevallen kan de aanbestedende overheid de bovenvermelde drempel van 15% verhogen. Bij dergelijke verhoging moet rekening worden gehouden met het gewicht van de prijs ten opzichte van de overige gunningscriteria. Hoe minder de prijs doorweegt, hoe hoger het percentage kan worden opgetrokken. Een percentage van 30% is weliswaar niet strikt verboden, maar moet toch als een soort van impliciete bovengrens worden beschouwd. Hogere percentages hebben het risico het vermoeden in belangrijke mate uit te hollen.

¹⁰¹ Artikel 36, §4, KB Plaatsing 2017.

¹⁰² Onder deze sector vallen onder meer de overheidsopdrachten uit de volgende sectoren: transport, bewaking en toezicht, wegvervoer, elektriciteit, houtbewerking, schoonmaak, tuinbouw... Het gaat om alle diensten die worden bedoeld in artikel 35/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers.

Via een bepaling in het bestek kan de bovenstaande regeling ook toepasselijk worden gemaakt voor overheidsopdrachten voor leveringen of diensten uit de niet-fraudegevoelige sectoren waarbij de economisch meest voordelige offerte enkel wordt geëvalueerd op basis van de prijs. Dergelijke uitbreiding wordt echter niet aangeraden.

6.4.18. Taalgebruik¹⁰³

De wetgeving rond het taalgebruik in bestuurszaken is van toepassing op de documenten die de aanbestedende overheid zelf ter beschikking stelt. In concreto betekent dit dat zowel de aankondiging, het bestek als alle bijlagen van het bestek in principe in het Nederlands moeten worden bekendgemaakt.

Op de documenten die de inschrijver indient, is de taalwetgeving in bestuurszaken niet van toepassing. In principe is de inschrijver dan ook vrij om, binnen bepaalde grenzen (zie punt 10.2.2.1.), zelf te bepalen in welke taal hij zijn offerte indient. Het nuttig zijn dat de aanbestedende overheid in het bestek een bepaling opneemt waarbij offertes in specifieke talen worden toegelaten, zeker in een markt waar alleen buitenlandse ondernemingen actief zijn.

Naast het toelaten dat een offerte in een ander taal wordt ingediend, kan de aanbestedende overheid een vertaling vragen van de bijlagen van de offerte die in een andere taal werden ingediend. Het is aangewezen (1) in het bestek aan te geven dat deze vertaling gebeurt op kosten van de inschrijver en (2) dat het vertaalde document het enige rechtsgeldige document is waarop de beoordeling van de offerte gebeurt en dat de aanbestedende overheid niet aansprakelijk kan worden gesteld voor eventuele vertaalfouten.

6.4.19. Verbintenistermijn¹⁰⁴

De verbintenistermijn is de termijn gedurende dewelke de inschrijvers gebonden zijn door hun offerte. In principe bedraagt deze termijn 90 kalenderdagen, maar in het bestek kan deze termijn worden

opgetrokken. Zo werd in het standaardbestek SB250 en het overkoepelend standaardbestek een termijn van 120 kalenderdagen voorzien. Het is mogelijk om in het bestek nog langere termijnen te voorzien, maar al te lange termijnen (bijvoorbeeld 270 of 360 dagen) worden afgeraden¹⁰⁵. Een onredelijk lange verbintenistermijn kan inschrijvers er immers van weerhouden een offerte in te dienen of kan ertoe leiden dat de prijzen aanzienlijk worden verhoogd omdat men zich zal willen indekken voor eventuele prijschommelingen tijdens de verbintenistermijn.

De start van de verbintenistermijn is de eerste dag volgend op de uiterste datum voor ontvangst van de offertes.

6.4.20. Onderaannemers¹⁰⁶

In het bestek kan gevraagd worden dat de inschrijver in zijn offerte aangeeft welk gedeelte van de overheidsopdracht men voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers men daartoe voorstelt.

Onderaanneming kan in principe niet worden verboden, aangezien dergelijke bepaling een concurrentiebeperkend effect heeft. Een onderaannemer kan beroep doen op een onderaannemer en dit binnen de contouren van artikel 12/3 KB Uitvoering 2017 (zie punt 13.3.).

Bij de indiening van de offerte heeft een inschrijver niet altijd zicht op het gedeelte dat hij in onderaanneming wenst te geven, laat staan de identiteit van de onderaannemers. Zo is het niet ongebruikelijk dat de gekozen inschrijver een gedeelte van de overheidsopdracht naderhand laat uitvoeren door één van zijn concurrenten uit de initiële procedure.

Bij overheidsopdrachten voor werken moet de aanbestedende overheid eisen dat de ingezette onderaannemer over een erkenning beschikt die overeenstemt met het gedeelte van de werken dat aan hem wordt toevertrouwd en dit ongeacht de plaats van de onderaannemer in de onderaannemingsketen (zie punt 13.3.).

¹⁰⁵ Interne richtlijnen binnen MOW vereisen dat het vaststellen van een verbintenistermijn van meer dan 120 kalenderdagen uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd in het administratief dossier.

¹⁰⁶ Artikel 74 KB Plaatsing 2017.

Let op: soms is de inschrijver verplicht in zijn offerte aan te geven welk gedeelte van de overheidsopdracht hij in onderaanneming zal geven. Dit is met name het geval wanneer de inschrijver met het oog op zijn selectie beroep moest doen op de draagkracht van een derde, zoals voorzien in artikel 73, §2, KB Plaatsing 2017.

6.4.21. Vorm en inhoud van de offerte¹⁰⁷

Onder deze rubriek vermeldt het bestek doorgaans dat de offerte moet worden ingediend op de modelformulieren (offerteformulier en de samenvattende opmeting of inventaris) die als bijlage aan het bestek werden gevoegd. De inschrijver is evenwel niet verplicht om dat formulier te gebruiken. Hij kan ook zijn eigen formulieren gebruiken. In dat geval hoeft hij niet expliciet te verklaren dat deze documenten conform zijn aan de formulieren die de aanbestedende overheid ter beschikking heeft gesteld. De inschrijver dient er wel zorg voor te dragen dat zijn eigen formulier de nodige info bevat om een vergelijking met de offertes van andere inschrijvers mogelijk te maken.

Indien uitzonderlijk nog papieren offertes worden toegestaan, kan onder deze rubriek ook het aantal originelen worden vermeld die van de offerte moeten worden ingediend. Het spreekt voor zich dat dergelijke vermelding geen nut heeft voor offertes die elektronisch bijvoorbeeld via e-Tendering of per e-mail worden ingediend.

Verder bevat het bestek ook doorgaans een opsomming van alle documenten die bij de offerte moeten worden gevoegd. Belangrijk hierbij is dat deze opsomming **niet** wordt vergezeld van de woorden “op straffe van nietigheid” (of gelijkaardige termen zoals “verplicht bij te voegen” of “deze documenten zijn essentieel voor de beoordeling van de offerte”). Als dergelijke formulering toch wordt opgenomen, heeft de aanbestedende overheid haar beoordelingsmarge immers zodanig ingeperkt dat zij elke offerte waar dergelijk document niet werd bijgevoegd verplicht onregelmatig zal moeten verklaren (zie punt 6.1.).

6.4.22. Samenvattende opmeting en inventaris¹⁰⁸

Wat betreft de afkortingen voor de hoeveelheden die worden gebruikt bij de posten van de samenvattende opmeting of de inventaris wordt verwezen naar punt 6.4.12.

Als wordt gewerkt met somposten (VS, GS en AS) dient expliciet een bepaling te worden opgenomen waarin wordt gesteld dat de opdrachtnemer door de sluiting van de overheidsopdracht niet automatisch het recht heeft deze post te mogen uitvoeren. De uitvoering van dergelijke post is immers gekoppeld aan het al dan niet voorhanden zijn van niet te voorziene prestaties.

Als een inschrijver fouten of leemten in de samenvattende opmeting of inventaris ontdekt, mag hij deze onder bepaalde voorwaarden corrigeren

- Van een fout in de samenvattende opmeting of inventaris is sprake wanneer de inschrijver bij de opmaak van zijn offerte vaststelt dat een bepaalde hoeveelheid uit de samenvattende opmeting of inventaris niet correct is. Indien de fout betrekking heeft op een post met een forfaitaire hoeveelheid, mag men steeds een correctie van deze hoeveelheid voorstellen. Indien het een post met een vermoedelijke hoeveelheid betreft, mag men slechts een correctie voorstellen onder de dubbele voorwaarde dat deze correctie expliciet in het bestek werd toegestaan en de voorgestelde verbetering minstens 10% in min of in meer van de voorziene hoeveelheid bedraagt.

Gelet op de problemen die in het verleden zijn gerezen met de voorgestelde correcties aan de vermoedelijke hoeveelheden, wordt afgeraden om in het bestek correcties aan de vermoedelijke hoeveelheden toe te staan. De correctie van de vermoedelijke hoeveelheden werd immers misbruikt om zichzelf een concurrentieel voordeel te kopen ten opzichte van inschrijvers die de fout niet hadden gezien.

Voorbeeld: een post van 100m² in 25 cm dik schraal beton werd op basis van de plannen geschrapt (en dus met 25% of meer gecorrigeerd) en een nieuwe post van 100m² in 28 cm dik schraal beton werd toegevoegd (en zou via de leemteformule moeten worden meegenomen naar de andere offertes). De scheeftrekking van de eerlijke mededinging bestond erin dat de overige inschrijvers niet van de vermindering van de oorspronkelijke post konden genieten, maar wel via de leemteformule een extra post kregen aangerekend (en aldus hun prijs voor één prestatie twee maal meegeteld kregen).

- Van een leemte in de samenvattende opmeting of inventaris is sprake wanneer de inschrijver bij de opmaak van zijn offerte vaststelt dat een bepaalde post ontbreekt in de samenvattende opmeting of inventaris. Leemtes mogen steeds worden gesignaleerd.

Elke correctie of leemte dient te worden gedragen door een verantwoordingsnota. Naar de letter van de wet mogen de correcties of leemten worden aangebracht op de eigenlijke samenvattende opmeting of inventaris. Omdat dergelijke correcties soms tot heel wat verwarring kunnen leiden, werd in de diverse standaarden modelbestekken echter bepaald dat de correcties op een apart document moeten worden vermeld. Dat betekent dat de inschrijver aldus op het eigenlijke offerteformulier een prijs moet aangeven voor de initiële hoeveelheid en in de verantwoordingsnota een prijs voor de gecorrigeerde hoeveelheid. Die werkwijze laat toe dat de aanbestedende overheid, indien de voorgestelde correctie naderhand als niet terecht wordt beschouwd, toch nog over een prijs beschikt voor de initiële hoeveelheid.

Op te merken valt dat in de offerte slechts de minder cruciale fouten en leemten mogen worden gecorrigeerd. Fouten en leemten die van aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, moeten immers onmiddellijk en dus voor de opening van de offertes aan de aanbestedende overheid worden gemeld¹⁰⁹ zodat de fout of leemte via een terechtwijzend bericht kan worden gecorrigeerd.

6.4.23. Voorrangsorte van de documenten¹¹⁰

Als de diverse opdrachtdocumenten elkaar zouden tegenspreken, is er een wettelijke voorrangsorte bepaald. In principe primeren de plannen op het bestek en primeert het bestek op zijn beurt op de samenvattende opmeting of inventaris. Bij een genormaliseerde post¹¹¹ wordt deze volgorde echter gewijzigd. In dergelijk gevallen blijven de plannen nog steeds primeren op de andere documenten, maar krijgt de samenvattende opmeting of inventaris wel voorrang op de bestektekst. Bij de niet-genormaliseerde post blijft de wettelijke volgorde behouden.

In heel wat overheidsopdrachten voor werken van het beleidsdomein MOW zal de samenvattende opmeting niet als een eenvoudige inlichting gelden. Bij een genormaliseerde post heeft dit document immers voorrang op een daarmee strijdige bestektekst. Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten zijn er momenteel geen genormaliseerde posten beschikbaar. Bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten zullen de plannen en de bestektekst in geval van tegenstrijdigheden steeds primeren op de inventaris. Om alle discussie uit te sluiten kan de aanbestedende overheid, ongeacht het type overheidsopdracht, in het bestek bepalen dat de inventaris enkel als eenvoudige inlichting geldt.

6.4.24. Indiening van de offertes¹¹²

In principe dienen de offertes en de aanvragen tot deelneming bij een openbare of niet-openbare procedure via elektronische weg (via e-Tendering) te worden ingediend.

Voor bepaalde onderhandelingsprocedures geldt de verplichting om elektronisch de offerte in te dienen momenteel nog niet. Zo zijn de onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking waarvan de geraamde waarde lager is dan de drempel voor Europese bekendmaking immers niet onderworpen aan het verplicht gebruik van elektronische

¹¹⁰ Artikel 80 KB Plaatsing 2017.

¹¹¹ Genormaliseerde posten zijn posten die in de catalogus voorkomen. Zij omvatten steeds één bewerking en/of levering. Elke genormaliseerde post heeft (1) een codenummer, (2) een omschrijving van de prestatie en (3) een verwijzing naar de overeenkomstige bepaling in het standaardbestek.

¹¹² Artikelen 84 en 85 KB Plaatsing 2017.

communicatiemiddelen.¹¹³ Voor deze procedures moeten evenzeer de indieningsmodaliteiten worden bepaald.

Inzake de indiening via e-Tendering wordt normaliter een vrij uitgebreide bepaling opgenomen in het bestek waarbij onder meer wordt bepaald in welk formaat de offerte moet worden ingediend, wat de maximale omvang van elk document is, hoe de offerte elektronisch kan worden ondertekend en een bepaling inzake de indiening van monsters, maquettes en modelstukken.

Inzake de indiening op papier dient evenzeer een uitgebreide bestekbepaling te worden voorzien met onder meer de indieningsmodaliteiten voor het opsturen met de post en de verplichte vermeldingen die op de omslag(en) moeten staan (o.a. de vermelding “niet openen” om een vroegtijdige opening van de offerte te vermijden). Bij de overmaking via de post is een aangetekende zending in principe niet verplicht.

6.5. Bepalingen inzake de uitvoering van de overheidsopdracht

6.5.1. KB Uitvoering 2017

Bij de opmaak van een bestek, en in het bijzonder wat de bepalingen inzake de uitvoering betreft, is het van belang om te bepalen of het KB Uitvoering 2017¹¹⁴ van toepassing is op de overheidsopdracht. Het KB Uitvoering 2017 bevat de algemene regels die van toepassing zijn op de uitvoering van overheidsopdrachten en vormt als het ware de algemene voorwaarden waarbinnen een aanbestedende overheid overeenkomsten aangaat met derden.

Of deze regels van het KB Uitvoering 2017 daadwerkelijk dienen te worden toegepast, hangt af van de geraamde waarde van de overheidsopdracht. In grote lijnen kan het volgende onderscheid worden gemaakt:

- overheidsopdrachten waarvan het geraamd bedrag het bedrag van 30.000 euro niet bereikt: de regels uit het KB Uitvoering 2017 zijn in principe niet van toepassing;
- overheidsopdrachten waarvan het geraamd bedrag minstens 30.000 euro bedraagt: alle regels van het KB Uitvoering 2017 zijn in principe van toepassing.

Daarnaast zijn de bepalingen van het KB Uitvoering 2017, behoudens enkele uitzonderingen (onder meer de regels inzake de betalingstermijnen), ongeacht de waarde van de overheidsopdracht, niet van toepassing:

- in enkele gevallen waarbij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan worden toegepast¹¹⁵;

114 Het KB Uitvoering is in werking getreden vanaf 1 juli 2013 en komt in de plaats van het KB van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en van de algemene aannemingsvoorwaarden (hierna 'AAV') die als bijlage bij dit KB waren gevoegd.

115 Artikel 6, §1, 1^o, KB Uitvoering 2017. Het gaat hier met name om leveringen en diensten die tegen bijzonder gunstige voorwaarden kunnen worden aangekocht en leveringen die op een grondstoffenmarkt worden aangekocht.

- in het geval van een aantal specifieke in artikel 6 van het KB Uitvoering 2017 opgesomde overheidsopdrachten¹¹⁶.

Let op: de overheidsopdrachten die via artikel 6 van de toepassing van het KB Uitvoering 2017 worden onttrokken, zijn voor wat betreft de regels inzake de betaling wel aan het KB Uitvoering 2017 onderworpen. De voorvermelde overheidsopdrachten zijn eveneens aan een aantal regels op vlak van de onderaanneming en de wijzigingen aan de overheidsopdracht onderworpen. Overheidsopdrachten voor de aanstelling van een bedrijfsrevisor, zijn dan weer enkel onderworpen aan de voorvermelde regels op vlak van de onderaanneming en de wijzigingen aan de overheidsopdracht.¹¹⁷

6.5.2. Afwijkingen van het KB Uitvoering 2017¹¹⁸

Een afwijking van de algemene uitvoeringsregels betekent dat een regel uit het KB Uitvoering 2017 wordt gewijzigd of buiten toepassing wordt gelaten. Bepalingen die het KB Uitvoering 2017 verduidelijken of louter invulling geven aan de marge die in het KB Uitvoering 2017 wordt gelaten, zijn echter geen afwijkingen.

Voorbeeld:

- bijzondere straffen in een bestek moeten niet als een afwijking worden gekwalificeerd, maar als een invulling, aangezien artikel 45, §1 KB Uitvoering 2017 uitdrukkelijk bepaalt dat bijzondere straffen mogelijk zijn.
- het afsluiten van een ABR-polis als voorwaarde opnemen in het bestek voor de uitvoering van de overheidsopdracht is geen afwijking, maar een invulling aangezien artikel 24 KB Uitvoering 2017 melding maakt van “alle andere verzekeringen die opgelegd zijn door de opdrachtdocumenten”.
- bij overheidsopdrachten voor werken bepalen dat de tegenproef steeds door twee afzonderlijke laboratoria, een voor iedere partij, en op twee stalen moet gebeuren, is geen afwijking, maar een toevoeging van artikel 82 KB Uitvoering 2017. Indien echter wordt bepaald dat de tegenproef

¹¹⁶ Het betreft onder meer opdrachten voor juridische diensten, gezondheids- en sociale diensten enz. (zie artikel 6, §1, 2° t.e.m. 8°, KB Uitvoering 2017).

¹¹⁷ Artikel 6, §2, tweede lid, KB Uitvoering 2017.

¹¹⁸ Artikel 9 KB Uitvoering 2017.

zich zal uitstrekken over alle resultaten van de initiële proef, zelfs al leverde de initiële proef voor bepaalde eigenschappen een positief resultaat op, dan is er wel sprake van een afwijking aangezien in artikel 82, §2 KB Uitvoering 2017 wordt bepaald dat enkel de eigenschappen die een negatief resultaat opleverden opnieuw worden beproefd.

Afwijkingen zijn onderworpen aan zeer strikte regels. De basisregel is dat enkel mag worden afgeweken van de bedoelde regels wanneer 'de bijzondere eisen' van de overheidsopdracht dit noodzakelijk maken¹¹⁹. Daarenboven moeten de bepalingen waarvan wordt afgeweken uitdrukkelijk vooraan in het bestek worden opgesomd.

Van sommige bepalingen mag bovendien enkel worden afgeweken wanneer dit uitdrukkelijk wordt gemotiveerd in het bestek. Dit zijn de zgn. 'essentiële' bepalingen¹²⁰. Als deze motivering ontbreekt, worden de afwijkingen voor niet geschreven gehouden, behalve indien er na de toewijzing van de overheidsopdracht een overeenkomst wordt gesloten die door beide partijen wordt ondertekend, waarin deze afwijkingen worden geregulariseerd.

Van andere artikelen mag dan weer in het geheel niet afgeweken worden. Als dat toch gebeurt, dienen deze afwijkingen sowieso voor ongeschreven gehouden te worden. Dit is onder meer het geval voor afwijkingen ten aanzien van een aantal bepalingen met betrekking tot de wijzigingen van de overheidsopdracht gedurende de uitvoering, het toestaan van voorschotten en verwijlinteressen en invorderingskosten¹²¹. Daarnaast kan in principe¹²² ook niet worden afgeweken van de bepalingen waarin de

119 Artikel 9 §, 4, KB Uitvoering 2017.

120 Het betreft met name de artikelen 10 (gebruik elektronische middelen), 12 en 13 (onderaannemers), 18 (vertrouwelijkheid), 25 tot 30 (borgtocht), 38/9, §§1 tot 3 (zeer belangrijk nadeel), 38/10, §§1 tot 3 (zeer belangrijk voordeel), 44 tot 63 (actiemiddelen aanbestedende overheden, incidenten bij de uitvoering, einde van de opdracht), 66 (betalingsvoorwaarden), 68 en 70 tot 73 (betalingsvoorwaarden, rechtsvorderingen), 78 tot 81 (voorwaarden betreffende personeel, organisatie van de bouwplaats, wijzigingen aan de opdracht, vermoedelijke hoeveelheden), 84 (aansprakelijkheid aannemer), 86 (vertragingsboetes werken), 121 (wijzigingen leveringen), 123 (vertragingsboetes leveringen), 151 (wijzigingen diensten) en 154 (vertragingsboetes diensten) KB Uitvoering 2017.

121 Het betreft meer bepaald de artikelen 37, 38, 67 en 69 KB Uitvoering 2017.

122 Een afwijking is toch mogelijk indien is voldaan aan de strikte voorwaarden die worden vermeld in artikel 9, § 2, tweede lid, KB Uitvoering 2017.

betalingstermijn en/of de verificatietermijn wordt verlengd. Ten slotte zullen ook 'kennelijk onbillijke bepalingen' als ongeschreven moeten worden beschouwd, voor zover zij betrekking hebben op de betalingstermijnen, de interestvoet voor betalingsachterstand en de vergoeding van de invorderingskosten¹²³. De regelgever heeft weliswaar niet nader gespecificeerd wat 'kennelijk onbillijk' is.

Bij raamovereenkomsten voorziet artikel 7 KB Uitvoering 2017 dat het KB Uitvoering 2017, op een aantal essentiële bepalingen na¹²⁴, niet van toepassing is op de bovenliggende raamovereenkomst. Anderzijds is het KB Uitvoering 2017 wel volledig van toepassing op de onderliggende bestellingen. Niettemin, is het de aanbestedende overheden toegelaten om bij de uitvoering van de concrete opdrachten (bestellingen), bepalingen op te nemen die afwijken van nagenoeg¹²⁵ alle bepalingen van het KB Uitvoering 2017 en dit zonder gebonden te zijn door de strikte regeling uit artikel 9 van hetzelfde KB.

123 Artikel 9 §, 3, KB Uitvoering 2017.

124 In concreto gaat het om de artikelen 1 t.e.m. 9, 12, §4 (rechtstreekse vordering onderaannemer), de artikelen 37 t.e.m. 38/19 (wijzigingen aan de opdracht), 61 en 63 (verbreking van de opdracht) KB Uitvoering 2017.

125 In concreto gaat het om de bepalingen inzake de betalingsregeling (artikel 9, §§2 en 3, en artikel 69 KB Uitvoering 2017), een bepaling inzake de transparantie over de onderaannemers (artikel 12/1 KB Uitvoering 2017), een aantal artikelen inzake de wijzigingen aan de opdracht (artikelen 37 tot 38/6, 38/8, 38/9, § 4, 38/10, § 4, 38/11 tot 38/19 KB Uitvoering 2017) en aantal artikelen inzake de verbreking van de opdracht (artikel 62, eerste lid, 1° en tweede lid, en 62/1 KB Uitvoering 2017).

6.5.3. Gemeenschappelijke en specifieke bepalingen

Bij de opmaak van het KB Uitvoering 2017 heeft men getracht zoveel mogelijk gemeenschappelijke bepalingen op te nemen die van toepassing zijn op alle types overheidsopdrachten. Die doelstelling is echter slechts deels geslaagd. Op ieder type overheidsopdrachten blijven dan ook specifieke regels van toepassing. Hieronder zal eerst worden ingegaan op de gemeenschappelijke bepalingen om nadien per type overheidsopdracht de specifieke bepalingen te overlopen.

6.5.3.1. Gemeenschappelijke bepalingen voor alle soorten overheidsopdrachten

6.5.3.1.1. Gebruik elektronische middelen¹²⁶

De aanbestedende overheid kan het gebruik van elektronische middelen tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht toestaan dan wel opleggen. Dit kan door het opnemen van een bepaling in het bestek, maar kan in principe ook tijdens de uitvoering van de opdracht worden opgelegd of toegestaan. Het akkoord van de opdrachtnemer is in principe niet vereist.

6.5.3.1.2. Leiding en toezicht¹²⁷

Voor iedere overheidsopdracht moet de aanbestedende overheid, uiterlijk bij de sluiting van de overheidsopdracht, een leidend ambtenaar aanduiden. De leidend ambtenaar staat in voor de dagelijkse leiding over en het toezicht op de uitvoering van de overheidsopdracht. In principe is de leidend ambtenaar het enige aanspreekpunt voor de opdrachtnemer en is hij/zij diegene die de opdrachtnemer aanstuurt (o.a. door het geven van bevelen).

De leidend ambtenaar kan een ambtenaar of personeelslid van de aanbestedende overheid zelf zijn, in dat geval spreekt men van een intern leidend ambtenaar, maar kan evengoed een persoon van buiten de diensten

¹²⁶ Artikel 10 KB Uitvoering 2017.

¹²⁷ Artikel 11 KB Uitvoering 2017.

van de aanbestedende overheid zijn, in dat geval is er sprake van een extern leidend ambtenaar.

Voorbeeld: een studiebureau dat tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht voor werken aangesteld wordt om de controle en het toezicht op de werken uit te voeren, treedt op als een extern leidend ambtenaar.

- In geval van een interne leidend ambtenaar gaat het KB Uitvoering 2017 uit van de volheid van bevoegdheid. Dat houdt in dat de leidend ambtenaar bevoegd is om, met uitzondering van de taken die het KB Uitvoering 2017 uitdrukkelijk aan een andere instantie toewijst, alle handelingen te stellen die binnen zijn taak liggen.
- Bij een extern leidend ambtenaar gaat het KB Uitvoering 2017 uit van de omgekeerde situatie. In dat geval heeft de leidend ambtenaar een beperkt mandaat en kan hij enkel de handelingen stellen die hem uitdrukkelijk werden toegewezen.

De grenzen van het mandaat van de leidend ambtenaar moeten aan de opdrachtnemer worden bekendgemaakt uiterlijk op het moment van de sluiting van de overheidsopdracht. Het valt echter aan te raden om het mandaat van de leidend ambtenaar in het bestek af te lijnen.

Voor iedere overheidsopdracht wordt aangeraden slechts één leidend ambtenaar aan te duiden. Dat geldt ook voor occasioneel gezamenlijke opdrachten. Opdat de andere partners in de overheidsopdracht toezicht kunnen houden op de werken die te hunnen laste vallen, wordt in dergelijke gevallen best gewerkt met gemandateerde toezichters. Deze toezichters geven geen instructies aan de opdrachtnemer, maar maken hun bedenkingen over aan de leidend ambtenaar die de bedenking onderzoekt en indien nodig doorgeeft aan de opdrachtnemer.

6.5.3.13. Onderaannemers¹²⁸

In principe is de opdrachtnemer vrij in de keuze van zijn onderaannemers. In bepaalde gevallen kan de aanbestedende overheid de opdrachtnemer echter verplichten beroep te doen op een bepaalde onderaannemer. Dat is meer bepaald het geval als:

- de opdrachtnemer voor de kwalitatieve selectie beroep heeft gedaan op een derde (zie punt 6.4.9);
- de aanbestedende overheid zelf een onderaannemer heeft aangeduid, de zogenaamde nominated subcontractors. Let wel, ook die nominated subcontractor moet uiteraard aangewezen zijn conform de wetgeving overheidsopdrachten en wordt vermeld in het bestek;
- de opdrachtnemer in zijn offerte aanduidt welk gedeelte van de overheidsopdracht men voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers men daartoe voorstelt (zie punt 6.4.20).

In de bovenvermelde gevallen is de opdrachtnemer verplicht een beroep te doen op de desbetreffende onderaannemer(s). Als de opdrachtnemer toch beroep zou willen doen op een andere onderaannemer heeft hij steeds de uitdrukkelijke toestemming van de aanbestedende overheid nodig.

Let op: het wijzigen van een verplichte onderaannemer kan een essentiële wijziging uitmaken waardoor de gelijkheid der inschrijvers wordt geschonden (zie punt 13.5.3.4.). Wees dan ook steeds voorzichtig met het toestaan van andere onderaannemers.

Een volgende verplichting die in artikel 12, §4, KB Uitvoering 2017 werd vervat, betreft de verplichting om bij overheidsopdrachten voor werken expliciet te verwijzen naar artikel 1798 BW dat handelt over de rechtstreekse vordering van de onderaannemer. Zonder op de details van dit artikel in te gaan, laat artikel 1798 BW toe dat de onderaannemer, die nochtans geen contractuele band met de aanbestedende overheid heeft, onder bepaalde voorwaarden toch de aanbestedende overheid kan aanspreken voor de

betaling van de prestaties die hij in opdracht van de hoofdaannemer heeft verricht.

Als de aanbestedende overheid een rechtstreekse vordering van de onderaannemer ontvangt, kan er niet meer bevrijdend betaald worden aan de opdrachtnemer, maar moet hiervoor contact opgenomen worden met de Dienst Derdengeschillen van het departement Financiën & Begroting. Deze dienst staat in voor het beheer en de behandeling van de rechtstreekse vorderingen.

In het kader van de strijd tegen de sociale fraude werden in het KB Uitvoering 2017 een aantal nieuwe maatregelen ingeschreven. Zo voorziet artikel 12/1 KB Uitvoering 2017 in een verplichting tot transparantie inzake de ingezette onderaannemers en dit voor overheidsopdrachten in de fraudegevoelige sector¹²⁹. De fraudegevoelige sector omvat enerzijds alle overheidsopdrachten voor werken en anderzijds een aantal dienstenopdrachten, zoals schoonmaak- en bewakingsopdrachten.

In concreto zal de opdrachtnemer de naam, de contactgegevens en de wettelijke vertegenwoordiger van alle onderaannemers moeten doorgeven. In het standaardbestek werd voorzien dat deze gegevens minstens 15 dagen voor de aanvang van het betrokken gedeelte van de overheidsopdracht moeten worden meegedeeld.

De opdrachtnemer is vrij in de manier waarop deze informatie wordt meegedeeld. Voor Europese overheidsopdrachten voorziet de wetgeving weliswaar in de mogelijkheid om deze informatie via een Uniform Europees Aanbestedingsdocument aan te leveren. Gelet op de complexiteit die gepaard gaat met de invulling van en de controle op het Uniform Europees Aanbestedingsdocument wordt aangeraden slechts uitzonderlijk van deze mogelijkheid gebruik te maken. Ook in de standaardbestekken van MOW wordt niet voor deze optie gekozen.

Een bijkomende maatregel in het kader van de strijd tegen de sociale fraude is de verplichting voor de aanbestedende overheden om in hoofde van de rechtstreekse onderaannemers te gaan controleren of deze zich niet in een situatie van de uitsluiting bevinden. Deze controle moet worden uitgevoerd zodra de informatie bedoeld in artikel 12/1 KB

Uitvoering 2017 werd ontvangen en is verplicht bij overheidsopdrachten in de fraudegevoelige sector waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt of overschrijdt. De aanbestedende overheid zou de beschreven controle kunnen uitbreiden naar de onderaannemers verderop de onderaannemingsketen (in de tweede of derde graad). In de standaardbestekken van MOW wordt van deze mogelijkheid echter geen gebruik gemaakt.

Een volgende maatregel in het kader van de strijd tegen de sociale dumping is de mogelijkheid waarover de aanbestedende overheid beschikt om in het bestek te eisen dat de ingezette onderaannemers, in verhouding tot het gedeelte van de overheidsopdracht dat hen wordt toegekend, moeten voldoen aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid zoals deze in de aankondiging of het bestek werden gevraagd. Gegeven dat bij overheidsopdrachten voor werken vaak geen extra selectiecriteria bovenop de erkenning worden gevraagd, en gelet op de tijd die de controle van alle onderaannemers in beslag zal nemen, wordt in de standaardbestekken van MOW aangeraden voorzichtig om te gaan met het opleggen van dergelijke bestekseis.

6.5.3.1.4. Intellectuele rechten resultaten¹³⁰

In de regel verkrijgt de aanbestedende overheid niet de intellectuele eigendommen die ontstaan, ontwikkeld of gebruikt worden bij de uitvoering van de overheidsopdracht. De aanbestedende overheid verkrijgt enkel een gebruiksrecht. De intellectuele rechten blijven in principe eigendom van de opdrachtnemer.

De wetgeving heeft echter enkele uitzonderingen voorzien. Zo verkrijgt de aanbestedende overheid wel de intellectuele eigendom als het voorwerp van de overheidsopdracht de creatie, fabricage of ontwikkeling van tekeningen en modellen, alsook van emblemen omvat. Als de overheidsopdracht met andere woorden tot doel heeft om auteursrechtelijke zaken te creëren, zal de aanbestedende overheid niet enkel het gebruiksrecht, maar ook de intellectuele eigendom verwerven. Ook domeinnamen die aangemaakt worden in het kader van een overheidsopdracht, kan de aanbestedende overheid laten registreren en

130 Artikel 19 KB Uitvoering 2017.

beschermen.

Bovendien voorziet het KB Uitvoering 2017, zowel bij de algemene regel als bij de bovenvermelde uitzonderingen, in de mogelijkheid om in het bestek een andersluidende bepaling op te nemen. Dergelijke andersluidende bepalingen moeten niet als een afwijking op het KB Uitvoering 2017 worden gekwalificeerd.

6.5.3.1.5. Intellectuele rechten methodes en knowhow¹³¹

Het bovenvermelde artikel 19 KB Uitvoering 2017 handelt over de intellectuele rechten die kunnen worden geacht deel uit te maken van de resultaten van de overheidsopdracht. Naar aanleiding van de uitvoering van de overheidsopdracht kan de opdrachtnemer ook methodes en knowhow ontwikkelen die niet kunnen worden geacht tot de resultaten van de overheidsopdracht te behoren. In artikel 20 KB Uitvoering 2017 wordt bepaald dat de aanbestedende overheid niet de intellectuele rechten op deze methodes en knowhow verkrijgt. Ook hier is echter een andersluidende bepaling in het bestek mogelijk.

Let op: het valt niet aan te raden om in het bestek de eigendom te eisen van methodes en knowhow die tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht enkel gebruikt worden en niet noodzakelijk zijn om het resultaat te kunnen gebruiken. Dergelijke bepalingen zullen enkel onnodige kosten voor de aanbestedende overheid genereren aangezien de inschrijvers de kosten hiervan zullen doorrekenen. Meer zelfs, deze bepaling zou ertoe kunnen leiden dat sommige geïnteresseerden volledig afzien van deelname aan de overheidsopdracht.

6.5.3.1.6. Verzekeringen¹³²

Voor de uitvoering van een overheidsopdracht is de opdrachtnemer steeds verplicht een aantal verzekeringen af te sluiten, meer bepaald een verzekering inzake arbeidsongevallen, alsook een verzekering burgerlijke aansprakelijkheid ten aanzien van derden. Deze verplichting geldt niet enkel voor overheidsopdrachten voor werken, maar ook voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten.

131 Artikel 20 KB Uitvoering 2017.

132 Artikel 24 KB Uitvoering 2017.

Het KB Uitvoering 2017 voorziet daarnaast dat in het bestek andere verzekeringen verplicht kunnen worden opgelegd. Door het inschrijven van die mogelijkheid in het KB Uitvoering 2017 moeten bijkomende verzekeringen niet als een afwijking op het KB Uitvoering 2017 worden beschouwd.

Voorbeeld: een verzekering voor tienjarige aansprakelijkheid of een verzekering “alle bouwplaatsrisico’s” (ABR-polis) bij overheidsopdrachten voor werken.

Om de gelijkheid der inschrijvers te garanderen is het van belang dat het bestek duidelijk de minimumvereisten (gedekte risico’s, bedrag van de dekking, franchise, ...) van de verschillende verzekeringen omschrijft, niet alleen voor de toegevoegde verzekeringen, maar ook voor de verplichte verzekeringen. Zo niet, kunnen inschrijvers zeer uiteenlopende verzekeringen aanbieden waardoor de offertes onvergelijkbaar kunnen worden. In het slechtste geval is het mogelijk dat de verzekering nutteloos blijkt eenmaal ze nodig is.

Als in het bestek naast de wettelijk voorziene verzekeringen bijvoorbeeld een ABR-polis of een verzekering voor tienjarige aansprakelijkheid wordt vereist, is het binnen het Beleidsdomein MOW gebruikelijk hiertoe aparte posten te voorzien in de samenvattende opmeting of inventaris. Dit laat onder meer toe een controle uit te voeren op de prijszetting voor deze verzekeringen.

6.5.3.1.7. Borgtocht¹³³

6.5.3.1.7.1. Principe

Tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht geldt de borgtocht als onderpand voor de correcte uitvoering van de verplichtingen van de opdrachtnemer. De aanbestedende overheid kan er ambtshalve de sommen van afhouden die haar toekomen, zoals vertragingsboetes, straffen, e.d.

In principe is een borgtocht verplicht voor alle overheidsopdrachten met uitzondering van:

- overheidsopdrachten met een bedrag kleiner dan 50.000 euro;
- overheidsopdrachten voor leveringen en diensten met een maximale uitvoeringstermijn van 45 dagen;
- sommige dienstenopdrachten.¹³⁴

De aanbestedende overheid kan in het bestek een andersluidende bepaling opnemen en voor die overheidsopdrachten toch een borgtocht eisen. In bepaalde gevallen, bijvoorbeeld informaticaopdrachten, valt dat zelfs aan te raden aangezien het als stok achter de deur voor de aanbestedende overheid kan dienen. Een dergelijke bepaling in het bestek maakt geen afwijking uit op het KB Uitvoering 2017 en hoeft dan ook niet uitdrukkelijk gemotiveerd worden of opgenomen worden in de lijst van artikelen waarvan wordt afgeweken in het bestek.

6.5.3.1.7.2. Bedrag

De borgtocht bedraagt 5% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag, maar moet wel afgerond worden naar het hoger tiental euro.

De borgtocht wordt berekend op het totale inschrijvingsbedrag. Geraamde sommen en voorbehouden sommen maken deel uit van het opdrachtbedrag en moeten dan ook mee in rekening worden gebracht voor het bepalen van de borgtocht. Voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die geen totale prijs vermelden, wordt de borgtocht bepaald op basis van het geraamde maandelijkse bedrag van de overheidsopdracht vermenigvuldigd met zes.

Voor overheidsopdrachten waarbij in bijzondere modaliteiten werd voorzien, gelden specifieke regels voor het berekenen van de borgtocht.

134 Met name: diensten voor luchtvervoer van passagiers en vracht, postvervoer te land en door de lucht, vervoer per spoor, juridische dienstverlening, diensten inzake onderwijs, verzekeringsdiensten, informaticadiensten en aanverwante diensten alsook onderzoeks- en ontwikkelingswerk. Deze diensten worden expliciet gekoppeld aan een aantal CPV-codes (zie artikel 25, §1, KB Uitvoering 2017).

- Zo wordt de borgtocht bij een raamovereenkomst die aan meerdere inschrijvers wordt gegund, in principe gesteld per effectief gesloten opdracht of bestelling. Bij een raamovereenkomst met één enkele inschrijver kan de aanbestedende overheid echter een globale borgtocht opleggen. In dit laatste geval dient de berekeningswijze van de borgtocht in het bestek te worden vermeld.
- Bij overheidsopdrachten in vaste en voorwaardelijke gedeelten wordt de borgtocht dan weer gesteld per toegekend gedeelte. Dat houdt in dat bij sluiting van de overheidsopdracht de borgtocht in eerste instantie wordt berekend op het vaste gedeelte en later wordt bijgestort per voorwaardelijk gedeelte dat wordt besteld.

Zo nodig moet de borgtocht aangepast worden in de loop van de uitvoering van de overheidsopdracht. Dit dient met name te gebeuren wanneer de oorspronkelijke opdrachtsom in de loop van de uitvoering met meer dan 20 procent toeneemt (bv. door de uitvoering van meerwerken) of afneemt.

In uitzonderlijke gevallen kan de aanbestedende overheid een hogere borgtocht wensen. Bepalingen hieromtrent moeten beschouwd worden als een afwijking op het KB Uitvoering 2017, die bovendien uitdrukkelijk in het bestek moet worden gemotiveerd op basis van de bijzondere eisen van de overheidsopdracht.

6.5.3.1.7.3. Aard

De borgtocht kan worden gesteld in speciën, publieke fondsen, via een gezamenlijke borgtocht of via een waarborg vanwege een kredietinstelling. De opdrachtnemer heeft de vrije keuze om te bepalen op welke manier hij aan de waarborgverplichting voldoet.

Let op:

- Een borgtocht via publieke fondsen is niet gelijk aan een borgtocht in aandelen. Publieke fondsen vertegenwoordigen een vaste waarde die in principe niet fluctueert in de tijd. Aandelen zijn echter onderhevig aan beurskoersen waardoor ze drastisch in waarde kunnen dalen, hetgeen zou betekenen dat een deel van de borgtocht verloren gaat buiten de wil van de aanbestedende overheid om.
- Als de borgtocht via een bank- of kredietinstelling wordt gesteld, is het van belang om onder meer de duur van deze borgtocht te verifiëren.

Voorbeeld: in sommige gevallen worden de borgtochten door de kredietinstellingen of verzekeringsmaatschappijen slechts voor een beperkte periode toegekend. Als die periode te kort is of als de overheidsopdracht vertraging oploopt kan deze tijdens de uitvoering komen te vervallen en heeft de aanbestedende overheid geen borgtocht meer om eventuele bedragen op in te houden. Dergelijke borgtocht is dan ook onaanvaardbaar.

6.5.3.1.8. Plannen en documenten¹³⁵

Als de opdrachtnemer dit vraagt, is de aanbestedende overheid verplicht een kopie van de plannen, die als basis voor de plaatsing van de overheidsopdracht hebben gediend, kosteloos ter beschikking te stellen van de opdrachtnemer. Bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking kan de opdrachtnemer, naast een kopie van de plannen, ook een kopie van de andere opdrachtdocumenten vragen. Deze documenten moeten kosteloos, en indien mogelijk op elektronische wijze, ter beschikking worden gesteld.

De opdrachtnemer zal tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht ook vaak zelf detail- en werktekeningen moeten maken, zeker in het geval van opdrachten voor werken. Dat gebeurt op zijn kosten. Het bestek kan echter vastleggen dat bepaalde tekeningen eerst ter goedkeuring aan de aanbestedende overheid zullen moeten worden voorgelegd. Die beschikt daarvoor over een termijn van dertig dagen (of vijftien dagen in geval van het opnieuw voorleggen van afgekeurde tekeningen). Het bestek dient

eveneens te bepalen onder welke vorm en op hoeveel exemplaren deze plannen en documenten ter beschikking moeten worden gesteld.

Let op: iedere overschrijding van de goedkeuringstermijnen geeft de opdrachtnemer in principe recht op een evenredige verlenging van de uitvoeringstermijn. Als de aanbestedende overheid hiermee problemen verwacht, zou een andere regeling in het bestek kunnen worden voorzien. Dergelijke aanpassing is een afwijking van het KB Uitvoering 2017 die echter niet in het bestek uitdrukkelijk dient te worden gemotiveerd.

Voorbeeld: bij een grote opdracht dient de opdrachtnemer een groot aantal werktekeningen ter goedkeuring voor te leggen aan de aanbestedende overheid. In praktijk gebeurt het dat de opdrachtnemer meerdere tekeningen tegelijk ter goedkeuring voorlegt, waardoor het voor de aanbestedende overheid niet haalbaar is om de voorziene termijnen ter goedkeuring te halen.

6.5.3.1.9. Wijzigingen aan de overheidsopdracht¹³⁶

De rode draad bij wijzigingen aan een overheidsopdracht is dat de aanbestedende overheid zoveel mogelijk moet proberen te anticiperen op mogelijke aanpassingen aan de overheidsopdracht door in het bestek één of meerdere contractuele wijzigingsclausules op te nemen. Zo werden met name de diverse mogelijkheden inzake de klachten en verzoeken geherformuleerd als contractuele wijzigingsclausules. Elke wijzigingsclausule dient op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige manier te worden opgenomen in het bestek en dit opdat de inschrijvers de impact van de wijzigingsclausules op de inhoud van hun offerte afdoende kunnen inschatten.

6.5.3.1.9.1. Prijsherziening¹³⁷

Artikel 38/7 KB Uitvoering 2017 bevat de verplichting om bij bepaalde overheidsopdrachten een prijsherzieningsclausule op te nemen in het bestek.

¹³⁶ Artikelen 37 t.e.m. 38/19 KB Uitvoering 2017.

¹³⁷ Artikel 38/7 KB Uitvoering 2017.

In principe dient voor elke overheidsopdracht voor werken en manuele diensten¹³⁸ te worden voorzien in een prijsherziening. Voor overheidsopdrachten voor leveringen en niet-manuele diensten is een prijsherziening weliswaar niet verplicht, maar wordt dit wel aangeraden. Dit advies geldt des te meer voor opdrachten met een lange uitvoeringstermijn.

Als de aanbestedende overheid van artikel 38/7 KB Uitvoering 2017 wenst af te wijken, en alsnog een overheidsopdracht voor werken of manuele diensten van herziening wil uitsluiten, zal daartoe geen uitdrukkelijke motivering moeten worden opgenomen in het bestek maar moet wel kunnen worden aangetoond dat de afwijking noodzakelijk was omwille van de bijzondere eisen van de overheidsopdracht.

Op bovenstaande verplichting om een prijsherziening op te nemen, is één beperkte uitzondering. Zo is er geen verplichting een prijsherziening te voorzien voor overheidsopdrachten met een geraamd bedrag onder de 120.000 euro en een uitvoeringstermijn die minder dan 120 werkdagen of 180 kalenderdagen beslaat.

Let op: het gaat hier om cumulatieve voorwaarden. Als één van beide voorwaarden niet is vervuld, is er wel een verplichting tot de opname van een prijsherziening.

Als effectief een prijsherzieningsformule werd opgenomen, moet in principe worden gewerkt met een formule waarin de werkelijke kostenstructuur van de overheidsopdracht of van de betrokken post wordt weerspiegeld. Bij overheidsopdrachten voor leveringen en niet-manuele diensten kan de aanbestedende overheid, voor zover zij moeilijkheden kan aantonen bij het samenstellen van dergelijke formule, de herziening ook koppelen aan de evolutie van een indexcijfer (zoals de gezondheidsindex of de index van de consumptieprijzen).

De prijsherzieningsformule kan een vaste factor bevatten. Die factor is het gedeelte van de kostprijs dat niet voor herziening in aanmerking komt. De opname van een vaste factor is een mogelijkheid voor de aanbestedende

overheid, geen verplichting. Voor overheidsopdrachten van MOW wordt doorgaans gebruik gemaakt van een vaste factor.

Ten slotte dient te worden opgemerkt dat posten waar gebruik wordt gemaakt van een voorbehouden som of een geraamde som (VS- of GS-posten) steeds van herziening zijn uitgesloten. Deze posten worden immers gebruikt om bepaalde prestaties of heffingen aan reële kostprijs terug te betalen.

6.5.3.1.9.2. Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer¹³⁹

Als de opdrachtnemer tijdens de uitvoering met onvoorzienbare omstandigheden wordt geconfronteerd, kan de opdrachtnemer onder bepaalde voorwaarden aanspraak maken op een verlenging van de uitvoeringstermijn en/ of een andere compensatie. Die andere compensatie kan onder de vorm van een schadevergoeding, een verbreking van de overheidsopdracht of een andere vorm van herziening van de overeenkomst. Om voor een andere vorm van compensatie in aanmerking te komen, zal de opdrachtnemer moeten aantonen een zeer belangrijk nadeel te hebben geleden.

Het zeer belangrijk nadeel werd verder geconcretiseerd in artikel 38/9, §3 KB Uitvoering 2017:

- bij overheidsopdrachten voor werken en manuele diensten zijn er twee mogelijkheden afhankelijk van de gebruikte gunningscriteria:
 - (1) indien de prijs voor minstens 50% heeft doorgewogen in de keuze van de economisch meest voordelige offerte, moet een dubbele toets gebeuren. In eerste instantie moet worden nagegaan of de geleden schade minstens 2,5% van het initiële opdrachtbedrag beloopt. Zo ja, is er reeds sprake van een zeer belangrijk nadeel. Zo niet, kan er echter nog steeds sprake zijn van een zeer belangrijk nadeel indien de schade in absolute cijfers (in euro) boven een bepaalde drempel uitkomt. Deze drempels variëren van 175.000 euro tot 300.000 euro afhankelijk van de hoogte van het initiële opdrachtbedrag.

(2) indien de economisch meest voordelige offerte wordt bepaald op basis van de beste prijskwaliteitsverhouding waarbij de prijs voor minder van 50% doorweegt, moet enkel worden nagegaan of de geleden schade minstens 2,5% van het initiële opdrachtbedrag beloopt.

- bij overheidsopdrachten voor leveringen en de niet-manuele diensten is er slechts sprake van een zeer belangrijk nadeel indien de geleden schade minstens 15% van het oorspronkelijk opdrachtbedrag beloopt.

In theorie kan van bovenstaande regeling worden afgeweken in het bestek. Deze afwijking dient uitdrukkelijk te worden gemotiveerd, wat impliceert dat de aanbestedende overheid minstens over data zal moeten beschikken die het optrekken van de drempel kan verantwoorden.

Voorbeeld: als de conjunctuur aantrekt waardoor de marges in een bepaalde werkensector substantieel verbeteren, kan worden overwogen het bovenvermelde percentage van 2,5% op te trekken.

6.5.3.1.9.3. Schorsingen op bevel van de aanbestedende overheid en incidenten bij de uitvoering¹⁴⁰

De aanbestedende overheid kan in het bestek voorzien dat zij het recht heeft om de uitvoering van de overheidsopdracht te schorsen als zij van oordeel is dat de overheidsopdracht niet zonder bezwaar kan worden uitgevoerd. In dergelijk geval wordt de uitvoeringstermijn tijdelijk stopgezet voor de periode van schorsing, maar kan de opdrachtnemer geen aanspraak maken op een schadevergoeding. Om van die mogelijkheid gebruik te maken, moet de aanbestedende overheid dergelijke periodes van schorsing in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige bewoordingen in het bestek aanduiden, zodat de inschrijvers met deze schorsingsperiodes rekening kunnen houden bij de opmaak van hun offertes.

Voorbeeld 1: bij een overheidsopdracht voor werken aan de kust moet worden gewerkt in een gebied waar veel broedvogels voorkomen. Bijgevolg wordt in het bestek opgenomen dat de uitvoering van de overheidsopdracht zal worden geschorst in de periode tussen 15 maart en 31 oktober.

Voorbeeld 2: bij een overheidsopdracht voor wegenwerken moet onder meer een nieuwe top laag worden aangelegd. Bijgevolg wordt in het bestek opgenomen dat de top laag niet kan worden aangebracht in de periode tussen 1 december en 1 maart en dat de uitvoering van de overheidsopdracht in die periode zal worden geschorst.

6.5.3.1.9.4. Nazicht boekhoudkundige stukken¹⁴¹

Artikel 38/18 KB Uitvoering 2017 verschaft de aanbestedende overheden de mogelijkheid om bij de opdrachtnemer een boekhoudkundig onderzoek uit te voeren als de opdrachtnemer zich beroept op een contractuele wijzigingsclausule. Dit onderzoeksrecht strekt zich echter niet uit tot de eventuele onderaannemers. De uitbreiding van het onderzoeksrecht naar de onderaannemers kan in heel wat gevallen echter bijzonder nuttig zijn. Vandaar dat in de standaardbestekken van MOW in principe een bepaling is voorzien die de opdrachtnemer verplicht dit onderzoeksrecht ook mogelijk te maken bij zijn onderaannemers (via een zogenaamd “beding ten behoeve van derden” dat in de overeenkomst tussen opdrachtnemer en zijn onderaannemers moet worden opgenomen).

Bij het onderzoek van de boekhouding kan de aanbestedende overheid zich desnoods laten bijstaan door een externe partner. Het spreekt voor zich dat deze externe partner eveneens via een overheidsopdracht moet worden aangeduid (zie punt 6.4.16).

6.5.3.1.10. Keuringen¹⁴²

De keuring heeft tot doel na te gaan of de te verwerken producten, de uitgevoerde werken, de leveringen of de verleende diensten overeenstemmen met de voorwaarden van de overheidsopdracht. Er bestaan twee soorten keuringen, de voorafgaande keuring en de a posteriori keuring.

In geval van een voorafgaande keuring worden producten gekeurd voordat ze verwerkt worden, terwijl bij een a posteriori keuring de keuring plaatsvindt na de verwerking van de producten en wordt nagegaan of de producten volgens de regels van de kunst werden verwerkt.

Voorbeeld: wanneer een nieuwe weg in een asfalt wordt aangelegd, is er een risico dat er holle ruimtes in het asfalt ontstaan. Deze holle ruimtes kunnen uiteraard pas worden ontdekt via een a posteriori keuring wanneer het asfalt al werd aangelegd.

In de regel mogen producten slechts worden verwerkt nadat ze gekeurd werden door de leidend ambtenaar of zijn gemachtigde. A posteriori keuringen zijn bijgevolg de uitzondering en zijn enkel mogelijk voor zover het bestek a posteriori keuringen voorziet voor welbepaalde prestaties.

De aanbestedende overheid beschikt over de mogelijkheid van de voorafgaande keuring af te zien als de producten tijdens hun productie reeds door een conformiteitsbeoordelingsinstantie werden gecontroleerd. In de standaardbestekken van MOW wordt onder meer van de keuring afgezien voor producten die over het Benor-merk beschikken.

De aanbestedende overheid beschikt over een termijn van dertig of zestig dagen om de resultaten aan de opdrachtnemer kenbaar te maken, afhankelijk van de tussenkomst van een laboratorium.

Let op: het is belangrijk om steeds het onderscheid te maken tussen keuringen en de oplevering, zeker in geval van een a posteriori keuring. Keuringen hebben steeds maar een beperkte draagwijdte en gaan slechts over een gedeelte van de overheidsopdracht. De oplevering heeft daarentegen betrekking op de volledige overheidsopdracht en heeft veel verregaandere juridische gevolgen (zie punt 13.8.).

6.5.3.1.11. Straffen¹⁴³

Straffen zijn financiële sancties die tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht kunnen worden opgelegd voor tekortkomingen of inbreuken die door de opdrachtnemer worden begaan.

Het KB Uitvoering 2017 voorziet in twee algemene straffen:

- een eenmalige straf van 0,07 procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag met een minimum van 40 euro en een maximum van 400 euro;
- een dagelijkse straf van 0,02 procent van het oorspronkelijke opdrachtbedrag met een minimum van 20 euro en een maximum van 200 euro.

Het is duidelijk dat die algemene straffen in veel gevallen ontoereikend zijn om de opdrachtnemers ertoe aan te zetten de tekortkomingen zo snel mogelijk te verhelpen. Daarom geeft het KB Uitvoering 2017 de aanbestedende overheid de mogelijkheid om bijzondere straffen te bepalen in het bestek. Die bijzondere straffen kunnen zowel betrekking hebben op eenmalige als voortdurende inbreuken en bijgevolg kunnen overeenkomstige eenmalige of dagelijkse straffen worden uitgewerkt.

Voorbeeld: bij grote infrastructuurwerken voor meerdere miljoenen euro lijkt het logisch om bijzondere straffen te voorzien.

Let op: aangezien het KB uitdrukkelijk in de mogelijkheid van bijzondere straffen voorziet, moeten deze niet als een afwijking van het KB Uitvoering 2017 gekwalificeerd worden.

Het KB Uitvoering 2017 legt geen maximum- en minimumbedragen op voor de bijzondere straffen. De aanbestedende overheid is dus vrij om de bedragen van de bijzondere straffen zelf vast te leggen. Evenwel moet ze daarbij steeds het proportionaliteitsbeginsel in acht houden. De straf moet bijgevolg in verhouding met de tekortkoming van de opdrachtnemer staan. Als de opdrachtnemer kan aantonen dat er een wanverhouding bestaat tussen de toegepaste straf en zijn tekortkoming, zal hij dan ook een deel van de straf kunnen terugvorderen (zie punt 13.7.3.).

Hoewel (vertragings)boetes en straffen in het kader van overheidsopdrachten financiële sancties uitmaken, moet steeds het onderscheid gemaakt worden tussen beide:

- zoals hierboven aangegeven, kunnen straffen voor elke contractuele tekortkoming toegepast worden. Boetes zijn daarentegen enkel mogelijk in geval van vertraging (zie punt 13.7.1.);
- straffen kunnen slechts worden toegepast na een tegensprekelijke procedure met een proces-verbaal van ingebrekestelling (zie punt 13.7.2.), terwijl boetes steeds van rechtswege zullen worden toegepast en a posteriori getoetst kunnen worden;
- boetes kunnen in bepaalde gevallen volledig worden teruggegeven. Straffen kunnen daarentegen slechts gedeeltelijk worden teruggegeven in geval van een wanverhouding tussen de straf en de inbreuk, met name enkel voor het gedeelte dat in wanverhouding tot de inbreuk staat.

6.5.3.1.12. Verdragingsboetes¹⁴⁴

6.5.3.1.12.1. Principe

Verdragingsboetes zijn een financiële sanctie die van rechtswege en zonder ingebrekestelling worden toegepast bij het verstrijken van de uitvoeringstermijn van een overheidsopdracht.

De berekening van de boete is afhankelijk van het type overheidsopdracht.

6.5.3.1.12.2. Overheidsopdrachten voor werken¹⁴⁵

Voor overheidsopdrachten voor werken wordt volgende algemene formule gehanteerd:

$$R = 0,45 \times \frac{M \times n^2}{N^2}$$

Waarbij:

R = het bedrag van de toe te passen boete, met een maximum van 5 % van het bedrag M ;

M = het oorspronkelijke opdrachtbedrag;

N = het aantal werkdagen vastgesteld voor de uitvoering bij de aanvang van de opdracht¹⁴⁶;

n = het aantal dagen vertraging.

Voor overheidsopdrachten voor werken die in verschillende delen of fasen werden opgesplitst, met elk een afzonderlijke uitvoeringstermijn N en een afzonderlijk bedrag M, worden de verdragingsboetes berekend per deel of fase.

¹⁴⁴ Artikelen 46 (algemeen artikel), 86 (werken), 123 (leveringen) en 154 (diensten) KB Uitvoering 2017.

¹⁴⁵ Artikel 86 KB Uitvoering 2017.

¹⁴⁶ Als de uitvoeringstermijn in kalenderdagen gesteld werd, moet de termijn worden omgerekend door de conventionele uitvoeringstermijn te vermenigvuldigen met 0,7.

Wanneer er sprake is van dwingende gedeeltelijke uitvoeringstermijnen wordt de vertraging per termijn berekend. In dergelijk geval wordt de hoogste boete voor elke gedeeltelijke uitvoeringstermijn volgens volgende formule berekend:

$$(M / 20) \times (P / N)$$

Waarbij:

M = het oorspronkelijke (volledige) opdrachtbedrag;

N = het aantal werkdagen vastgesteld voor de uitvoering van de (volledige) opdracht;

P = de gedeeltelijke uitvoeringstermijn in werkdagen voor de beschouwde fase.

Om te voorkomen dat inschrijvers bij de opmaak van hun offertes speculeren op eventuele latere verdragingsboetes en zo de gelijkheid der inschrijvers schenden en de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, kan de aanbestedende overheid in het bestek het maximale percentage van de boete voor ieder type overheidsopdracht verhogen tot maximaal 10 % als de uitvoeringstermijn als gunningscriterium gehanteerd wordt.

Bijkomend kan de aanbestedende overheid er bij overheidsopdrachten voor werken, waar de uitvoeringstermijn een gunningscriterium van de overheidsopdracht vormt, zelfs voor opteren om in het bestek een formule op te nemen die afwijkt van de bovenvermelde algemene formule en die zal worden toegepast voor de berekening van de verdragingsboetes.

6.5.3.1.12.3. Overheidsopdrachten voor leveringen¹⁴⁷

Voor overheidsopdrachten voor leveringen bedraagt de boete 0,1 % per dag vertraging, met een maximum van 7,5 %, van de waarde van de leveringen die met dezelfde vertraging werden uitgevoerd. Het maximale percentage kan ook voor overheidsopdrachten voor leveringen verhoogd worden tot 10 % als de uitvoeringstermijn een gunningscriterium is.

Voor overheidsopdrachten in verschillende delen of fasen, wordt voor de toepassing van de boetes (net als bij overheidsopdrachten voor werken) elk van de onderdelen met een afzonderlijke overheidsopdracht gelijkgesteld. Vervolgens moet opnieuw het onderscheid worden gemaakt tussen:

- dwingende deeltermijnen: in dergelijk geval kan het bestek in speciale boetes voorzien. Is dit niet gebeurd, dat zal de boeteberekening volgens de bovenvermelde percentages gebeuren.
- niet dwingende deeltermijnen: in dergelijk geval worden de boetes enkel berekend op grond van de eindtermijn voor de uitvoering van de volledige overheidsopdracht.

6.5.3.1.12.4. Overheidsopdrachten voor diensten¹⁴⁸

Voor overheidsopdrachten voor diensten bedraagt de boete 0,1 % per dag vertraging, met een maximum van 7,5 %, van de waarde van alle of van een deel van de diensten die met vertraging werden uitgevoerd. Net als bij werken en leveringen kan het maximaal percentage verhoogd worden tot 10 % bij overheidsopdrachten waar de uitvoeringstermijn een gunningscriterium uitmaakt.

De specifieke regels voor overheidsopdrachten in verschillende delen of fasen en dwingende deeltermijnen zijn analoog aan overheidsopdrachten voor leveringen.

6.5.3.1.13. Algemene betalingsvoorwaarden¹⁴⁹

6.5.3.1.13.1. Principe

Binnen de wetgeving overheidsopdrachten zijn betalingen in principe enkel mogelijk voor verstrekte en aanvaarde prestaties¹⁵⁰.

Concreet kan de betaling op twee manieren uitgevoerd worden, ofwel door een betaling van de totale prijs na de volledige uitvoering van de overheidsopdracht, ofwel door betalingen in mindering gedurende de uitvoering van de overheidsopdracht¹⁵¹. Het bestek bepaalt welke betalingswijze van toepassing wordt verklaard op een opdracht.

148 Artikel 154 KB Uitvoering 2017.

149 Artikel 66 KB Uitvoering 2017.

150 Artikel 12 Overheidsopdrachtenwet 2016.

151 Artikel 66 KB Uitvoering 2017.

Als in het bestek betalingen in mindering worden toegestaan, zullen de modaliteiten (tijdstip van betaling, omvang van betaling...) van die betalingen in het bestek vastgelegd moeten worden. Meestal wordt gebruik gemaakt van maandelijkse betalingen. Het is echter ook mogelijk om betalingen toe te staan na het afronden van bepaalde fasen. Op die manier kan ook vermeden worden dat betaald wordt voor zaken die later onvoldoende blijken te zijn.

Voorbeelden:

- in geval van een overheidsopdracht voor werken voor de bouw van verschillende kunstwerken (bruggen, viaducten, tunnels...) kan een betaling per kunstwerk mogelijk zijn;
- in geval van een overheidsopdracht voor diensten voor de opmaak van een decreet kan een eerste betaling worden voorzien na het afwerken van een eerste voorontwerp, tweede betaling bij afwerken van de RIA (reguleringsimpactsanalyse), derde betaling na eerste principiële goedkeuring door de Vlaamse Regering, vierde betaling na definitieve goedkeuring door de Vlaamse Regering en saldobetaling na goedkeuring door het Vlaams Parlement.

6.5.3.1.3.2. Voorschotten¹⁵²

Hoewel betalingen in principe enkel mogelijk zijn voor verstrekte en aanvaarde prestaties is het in uitzonderlijke gevallen toch mogelijk om voorschotten te betalen. Zo is het mogelijk om voor overheidsopdrachten die zeer belangrijke voorafgaande investeringen vergen in het bestek modaliteiten op te nemen volgens de welke voorschotten kunnen worden betaald. Daarbij moet er wel op gelet worden dat de voorschotten nooit meer kunnen bedragen dan 50 % van het oorspronkelijke opdrachtbedrag.

Voorbeeld: de aankoop van staal voor sluisdeuren bij de bouw van een grote zeesluis.

Voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten biedt het KB Uitvoering 2017 bijkomende uitzonderingen waarbij het betalen van voorschotten mogelijk is. Concreet gaat het bijvoorbeeld om overheidsopdrachten voor diensten van luchtvervoer van passagiers en voor overheidsopdrachten voor leveringen of diensten waarvoor abonnementskosten moeten worden betaald of die steeds vooraf moeten worden betaald. Voor deze overheidsopdrachten geldt de bovenvermelde beperking tot 50% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag niet.

Voorbeeld: verzekeringspolissen, abonnementen op dagbladen...

6.5.3.1.13.3. Intresten voor laattijdige betalingen¹⁵³

Ingevolge artikel 69 KB Uitvoering 2017 zijn er van rechtswege en zonder ingebrekestelling intresten verschuldigd bij laattijdige betaling van de uitgevoerde prestaties. Concreet betekent dit dat verwijlrenten automatisch verschuldigd zijn na het verlopen van de betalingstermijn. (zie punt 13.9.) Gelet op artikel 9 van het KB Uitvoering 2017 kan van deze bepalingen niet afgeweken worden.

Het burgerlijk wetboek bepaalt bijkomend dat (gedeeltelijke) betalingen in principe eerst op de intresten moeten worden aangerekend.¹⁵⁴ Hoofdsommen worden slechts afgelost wanneer alle intresten werden voldaan. Van die regel van het burgerlijk wetboek kan evenwel worden afgeweken in het bestek. Voor MOW werd in een dergelijke afwijking voorzien in de diverse standaarden modelbestekken.

¹⁵³ Artikel 69 KB Uitvoering 2017.

¹⁵⁴ Artikel 1254 Burgerlijk Wetboek.

Voorbeeld: een openstaand bedrag van 100.000 euro waarvan 80.000 in hoofdsom en 20.000 euro aan verwijlntresten. Stel nu dat er een gedeeltelijke betaling ter waarde van 60.000 euro wordt uitgevoerd.

- Volgens artikel 1254 BW zal de 60.000 euro in eerste instantie dienen ter betaling van de intresten en vervolgens ter betaling van de hoofdsom. Dit impliceert dat er nog een bedrag van 40.000 euro in hoofdsom blijft openstaan.
- Volgens de afwijkende bestektekst zal de 60.000 euro echter volledig worden aangerekend op de hoofdsom. In concreto zal er aldus nog 20.000 euro in hoofdsom openstaan en 20.000 euro aan verwijlntresten.

6.5.3.1.3.4. Betalingsmodaliteiten

Het bestek vermeldt steeds het adres waaraan de vorderingsstaten en facturen dienen te worden gericht. De vorderingsstaten worden in principe naar de aanbestedende afdeling gestuurd. Aangezien de Vlaamse Overheid het principe van elektronische facturatie heeft ingevoerd sinds 1 januari 2017 dienen de facturen elektronisch te worden ingediend via het Mercuriusplatform.

Het adres voor het indienen van de vorderingsstaten enerzijds en de facturen anderzijds, hoeft niet steeds dezelfde te zijn.

Voorbeeld: in geval van occasionele gezamenlijke opdrachten¹⁵⁵ of overheidsopdrachten met medefinanciers kunnen de vorderingsstaten gericht worden aan de aanbestedende overheid, maar de adressering op de facturen opgesplitst worden volgens het aandeel van de verschillende medefinanciers en afzonderlijk ingediend worden.

In het bestek kunnen standaardclausules opgenomen worden op basis waarvan de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor de foutieve adressering van de vorderingsstaten en foutieve indiening van de facturen.

Voorbeeld: wanneer de opdrachtnemer facturen naar het adres van het studiebureau dat belast is met toezicht op de goede uitvoering stuurt, zullen er geen verwijlntresten verschuldigd zijn voor de dagen vertraging die zijn ontstaan door de foutieve indiening.

In de standaarden modelbestekken wordt ook een clause opgenomen inzake de prestaties die niet voor betaling werden aanvaard. Deze mogen geen tweede maal in betaling worden gevorderd (in een volgende schuldvordering dan wel in een zogenaamde bisstaat), maar moeten worden vermeld in een Excel tabel indien de opdrachtnemer blijft aandringen op betaling van de geschrapte prestaties.

6.5.3.1.14. Rechtsvorderingen¹⁵⁶

Iedere rechtsvordering, door middel van een dagvaarding, naar aanleiding van de uitvoering van een overheidsopdracht dient aan de aanbestedende overheid te worden betekend binnen een termijn van 30 maanden volgend op datum van de betekening van het proces-verbaal van voorlopige oplevering. Rechtsvorderingen die na het verlopen van die termijn worden betekend, zijn per definitie onontvankelijk. Als de dagvaarding evenwel het gevolg is van feiten die zich hebben voorgedaan tijdens de waarborgperiode of er is geen sprake van voorlopige oplevering, begint de termijn van 30 maanden te lopen vanaf de definitieve oplevering.

Over rechtsvorderingen bevatten de meeste bestekken volgende clause:

“Elke rechtsvordering van de opdrachtnemer wordt ingesteld bij een Nederlandstalige Belgische rechtbank, behoudens in geval van vordering tot tussenkomst in een bestaand geding.”

Dit is een standaardclause die vooral om juridische redenen wordt ingevoegd. Concreet gaat het om een forumkeuze die bepaalt welke rechtbanken bevoegd zijn om geschillen omtrent de uitvoering van de overheidsopdracht te behandelen.

6.5.3.2. Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor werken

6.5.3.2.1. Uitvoeringstermijn¹⁵⁷

De uitvoeringstermijn is de termijn waarbinnen de opdrachtnemer zich contractueel verbindt om de overheidsopdracht uit te voeren. Een overheidsopdracht kan bestaan uit één uitvoeringstermijn voor de volledige overheidsopdracht of uit verschillende kortere uitvoeringstermijnen per fase of deel van de overheidsopdracht. Die laatste termijnen kunnen al dan niet bindend worden vastgelegd in het bestek.

De duur van de uitvoeringstermijn varieert uiteraard naargelang de concrete overheidsopdracht en wordt vastgelegd in het bestek. In geval van een uitvoeringstermijn voor de volledige overheidsopdracht begint de uitvoeringstermijn te lopen vanaf de dag vastgelegd in het aanvangsbevel. Als het bestek meerdere uitvoeringstermijnen voorziet, bepaalt het bestek hoe en wanneer die uitvoeringstermijnen aanvangen.

Voorbeeld: aanvang uitvoeringstermijnen via apart dienstbevel, op vaste datum, automatisch na aflopen het voorgaande deel, ...

Bij overheidsopdrachten voor werken wordt de uitvoeringstermijn in principe vastgelegd in werkdagen. Omwille van economische redenen kan de uitvoeringstermijn evenwel ook worden vastgesteld in kalenderdagen, -weken, -maanden of -jaren, tegen een bepaalde einddatum of van een bepaalde dag tot een bepaalde dag.

Voorbeeld: om de hinder te beperken, kan de uitvoeringstermijn van grote werken aan autosnelwegen uitgedrukt worden in kalenderdagen tijdens de maanden juli en augustus.

Het grote verschil tussen beide uitvoeringstermijnen heeft te maken met het risico in geval van slecht weer. Bij overheidsopdrachten waar de uitvoeringstermijn uitgedrukt wordt in werkdagen, draagt de aanbestedende overheid het risico op slecht weer. De opdrachtnemer heeft bij een dergelijke termijn namelijk recht op weerverletdagen. Een dag weerverlet telt niet mee als werkdag. Bijgevolg wordt de uitvoeringstermijn verlengd met het aantal dagen weerverlet. Bij overheidsopdrachten waarbij de uitvoeringstermijn uitgedrukt wordt in kalenderdagen draagt de opdrachtnemer daarentegen het risico voor het slechte weer. Bij die overheidsopdrachten zijn geen weerverletdagen mogelijk.

Let op: het ontbreken van weerverletdagen bij overheidsopdrachten in kalenderdagen betekent niet dat de opdrachtnemer het volledige risico draagt. Hij is enkel gehouden het risico te dragen voor de normale voorspelbare weersomstandigheden. Op grond van onvoorzienbare omstandigheden (cfr. art. 38/9 KB Uitvoering 2017) kan hij in bepaalde gevallen wel aanspraak maken op een vergoeding van een deel van de schade die hij zou hebben geleden ten gevolge van abnormaal slechte weersomstandigheden.

Ook zaterdagen, zondagen, wettelijke feestdagen, vakantiedagen en dagen van inhaalrust behoren niet tot de uitvoeringstermijn als die termijn in werkdagen werd uitgedrukt. Als de uitvoeringstermijn in kalenderdagen werd uitgedrukt, worden alle dagen zonder onderscheid in deze termijn gerekend. Indien de uitvoeringstermijn de 80 dagen niet overschrijdt, wordt de verplichte vakantieperiode echter geacht niet in deze termijn te zijn inbegrepen en dit uiteraard voor zover deze vakantieperiode tijdens de uitvoeringstermijn valt.

6.5.3.2.2. Organisatie van de bouwplaats¹⁵⁸

De opdrachtnemer moet tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht instaan voor de orde op de bouwplaats. Hij is ertoe gehouden de veiligheid te waarborgen, zowel voor zichzelf en zijn personeel, als voor de aanbestedende overheid en derden. Daarbij houdt hij rekening met alle toepasselijke reglementering, zoals de wetgeving inzake hygiëne en

veiligheid op de werkvloer, collectieve arbeidsovereenkomsten en bouw-wetgeving.

Tevens is de opdrachtnemer verplicht in te staan voor de bescherming, de instandhouding en de integriteit van de bestaande constructies, alsook van de omliggende eigendommen. Dat betekent dan ook dat hij de nodige maatregelen treft om de burenhinder te beperken.

Om dat alles te bereiken, bevatten de meeste bestekken voor overheidsopdrachten voor werken een uitgebreid artikel over de organisatie van de bouwplaats. Daarin worden de hierboven vermelde verplichtingen geconcretiseerd, onder andere met betrekking tot nutsleidingen, grenspalen, veiligheid en signalisatie.

6.5.3.2.3. Controlemiddelen keuringen¹⁵⁹

Voor overheidsopdrachten voor werken voorziet het KB Uitvoering 2017 in de mogelijkheid van een tegenproef. Het gaat hier om een recht van iedere partij, zowel de opdrachtnemer als de aanbestedende overheid, om een beslissende tegenproef te laten uitvoeren als er betwisting bestaat over de resultaten van de keuring.

In artikel 82, §2 KB Uitvoering 2017 werd bepaald dat de tegenproef beperkt is tot de eigenschappen die een negatief resultaat hebben opgeleverd. Dit heeft tot gevolg dat positieve resultaten niet meer in vraag zouden kunnen worden gesteld, zelfs al is de keuringsproef niet op een correcte manier uitgevoerd. Bijgevolg, werd in de diverse standaardbestekken een afwijkende bepaling opgenomen en werd bepaald dat bij een tegenproef alle eigenschappen opnieuw worden onderzocht.

Verder bevatten de diverse standaardbestekken een tweede aanvulling ten opzichte van het KB Uitvoering 2017 in de zin dat de tegenproeven steeds op dubbele proefstukken worden uitgevoerd, wat zowel de aanbestedende overheid als de opdrachtnemer de kans biedt hun eigen labo te kiezen voor de uitvoering van de tegenproef.

De kosten van de beslissende tegenproef vallen ten laste van de in het ongelijk gestelde partij.

6.5.3.2.4. Dagboek der werken¹⁶¹

In het dagboek der werken beschrijft de aanbestedende overheid dagelijks de vooruitgang van de werken. Het KB Uitvoering 2017 somt een aantal elementen op die minimaal in het dagboek der werken moeten worden vermeld. Die elementen omvatten onder andere de weersomstandigheden, werkonderbrekingen, werkuren, het aantal aanwezige arbeiders, de gebruikte materialen en het ingezette materieel.... De aanbestedende overheid kan de lijst van elementen die in het dagboek der werken moeten worden opgenomen, uitbreiden of preciseren in het bestek.

De aanbestedende overheid kan in het bestek eventueel ook bepalen dat geen dagboek der werken zal bijgehouden worden. Dit wordt evenwel afgeraden gelet op het grote belang van een dagboek der werken in geval van discussies.

6.5.3.2.5. Vondsten¹⁶²

Het komt al eens voor dat tijdens werken bepaalde vondsten worden gedaan, soms zelfs grote archeologische ontdekkingen. In dat geval moet de opdrachtnemer de aanbestedende overheid daarvan onverwijld op de hoogte brengen. Vaak worden de werken op dat ogenblik tijdelijk geschorst om toe te laten dat het archeologisch onderzoek wordt uitgevoerd.

Het bestek dient te verduidelijken hoe zal worden omgegaan met de vondsten en hoe de verantwoordelijke diensten ingeschakeld zullen worden.

161 Artikel 83 KB Uitvoering 2017.

162 Artikel 90 KB Uitvoering 2017.

6.5.3.3. Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor leveringen

6.5.3.3.1. Uitvoeringstermijnen¹⁶³

Bij overheidsopdrachten voor leveringen worden de uitvoeringstermijnen uitgedrukt in werkdagen of kalenderdagen. In tegenstelling tot overheidsopdrachten voor werken zijn geen economische motieven noodzakelijk om van die laatste mogelijkheid gebruik te maken. De aanbestedende overheid heeft de vrije keuze om te bepalen hoe de uitvoeringstermijn wordt uitgedrukt.

Aangezien voor overheidsopdrachten voor leveringen geen aanvangsbevel moet worden gegeven, kan hetzij de dag volgend op de sluiting hetzij de dag van de (eerste) bestelling gelden als eerste dag van de uitvoeringstermijn. Het bestek zal moeten bepalen of er al dan niet gebruik wordt gemaakt van een of meer bestellingen.

Voor meer uitleg over uitvoeringstermijnen wordt verwezen naar punt 6.5.3.2.1.

6.5.3.3.2. Te leveren hoeveelheden¹⁶⁴

De aanbestedende overheid kan in het bestek minimale hoeveelheden vaststellen waarvoor leveringen zullen worden uitgevoerd. Door het bepalen van een minimale hoeveelheid krijgt de opdrachtnemer het recht om minstens die hoeveelheid uit te voeren. Blijkt tijdens de uitvoering dat de minimale hoeveelheid niet werd of wordt bereikt, heeft de opdrachtnemer recht op een forfaitaire schadevergoeding van tien procent van deze vermindering¹⁶⁵.

Let op: in principe kunnen in het bestek ook maximale hoeveelheden worden opgenomen. Voor opdrachten die geen raamovereenkomsten uitmaken worden dergelijke bepalingen evenwel afgeraden. Indien toch dergelijke bepaling wordt voorzien, wordt aangeraden de maximale omvang niet al te eng in te schatten. Het vermelden van de maximale

¹⁶³ Artikel 116 KB Uitvoering 2017.

¹⁶⁴ Artikel 117 KB Uitvoering 2017.

¹⁶⁵ Artikel 121, §5, KB Uitvoering 2017.

omvang, heeft namelijk tot gevolg dat de overheidsopdracht volledig uitgevoerd is eenmaal de maximale hoeveelheid wordt bereikt en dat in principe een nieuwe overheidsopdracht zal moeten worden uitgeschreven als er toch bijkomende prestaties noodzakelijk zouden zijn.

6.5.3.3.3. Leveringsmodaliteiten¹⁶⁶

Om zeker te zijn dat de leveringen vlot verlopen, moet de opdrachtnemer weten waar hij de leveringen moet uitvoeren. Het bestek bepaalt daarom de plaats waar de leveringen moeten gebeuren. Deze bepaling is vooral van belang wanneer de levering van de goederen op meerdere plaatsen dient te gebeuren.

De aanbestedende overheid kan tijdens de uitvoering kiezen om de levering op een andere plaats te laten doorgaan om de goederen te keuren. De risico's en de kosten voor dat bijkomend vervoer, lossen en laden zullen dan echter ten laste vallen van de aanbestedende overheid.

6.5.3.3.4. Oplevering¹⁶⁷

Voor overheidsopdrachten van leveringen bestaan verschillende vormen van voorlopige oplevering. Het is aan de aanbestedende overheid om in het bestek te bepalen welke vorm van voorlopige oplevering bij de overheidsopdracht zal worden toegepast.

In de eerste plaats kan de aanbestedende overheid opteren voor de volledige voorlopige oplevering op de leveringsplaats.¹⁶⁸ Deze vorm van oplevering leent zich voor overheidsopdrachten waar er niet meteen een gevaar bestaat op beschadigingen tijdens het transport naar de leveringsplaats.

De aanbestedende overheid kan er echter ook voor kiezen om gebruik te maken van de dubbele voorlopige oplevering.¹⁶⁹ Bij de dubbele voorlopige oplevering gebeurt de voorlopige oplevering in twee stappen. In een eerste stap wordt een gedeeltelijke voorlopige oplevering uitgevoerd op de productieplaats van de goederen. Vervolgens vindt de volledige voorlopige oplevering plaats op de plaats van de levering. Deze vorm van oplevering

¹⁶⁶ Artikel 118 KB Uitvoering 2017.

¹⁶⁷ Artikelen 128 t.e.m. 131 KB Uitvoering 2017.

¹⁶⁸ Artikel 131 KB Uitvoering 2017.

¹⁶⁹ Artikel 130 KB Uitvoering 2017.

verdient de voorkeur bij complexere leveringen waar een reële kans bestaat op beschadigingen bij het transport van de productieplaats naar de plaats van de levering.

6.5.3.4. Specifieke bepalingen voor overheidsopdrachten voor diensten

6.5.3.4.1. Uitvoeringsmodaliteiten¹⁷⁰ en modaliteiten inzake de prestaties¹⁷¹

Het bestek kan voorzien dat de uitvoering van de diensten afhankelijk is van het plaatsen van één of meer bestellingen, voor respectievelijk de volledige overheidsopdracht of voor een deel van de overheidsopdracht. De opdrachtnemer mag de overheidsopdracht in dat geval niet aanvatten vooraleer de bestelling of bestellingen wordt of worden betekend.

Veel diensten kunnen op meerdere plaatsen verricht worden. Daarom is het van belang dat het bestek, in voorkomend geval, duidelijk bepaalt waar de diensten moeten worden verricht.

Voorbeeld: het geven van een opleiding of het leiden van een seminarie.

Voor zover dat noodzakelijk zou zijn, kan de aanbestedende overheid de plaats waar de diensten moeten worden verricht tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht wijzigen en daar de keuringen en oplevering laten doorgaan. De extra kosten die het gevolg zouden zijn van die beslissing, vallen evenwel ten laste van de aanbestedende overheid.

6.5.3.4.2. Uitvoeringstermijnen¹⁷²

De uitvoeringstermijnen voor overheidsopdrachten voor diensten zijn geregeld zoals bij overheidsopdrachten voor leveringen. Dat betekent dat de aanbestedende overheid de vrije keuze heeft om in het bestek uitvoeringstermijnen vast te leggen in werkdagen of in kalenderdagen.

Voor meer uitleg wordt verwezen naar punt 6.5.3.3.1.

6.5.3.4.3. Diensten met vaste hoeveelheden of minimaal te verlenen diensten¹⁷³

Net als bij leveringen kan een bestek voor overheidsopdrachten voor diensten voorzien in vaste of minimaal uit te voeren hoeveelheden. De opdrachtnemer krijgt dan, door het eenvoudigweg sluiten van de overheidsopdracht, recht op uitvoering van die vaste of minimale hoeveelheden. Als de opdrachtnemer uiteindelijk, om welke reden dan ook, de vaste of minimale hoeveelheid niet kan uitvoeren, heeft hij recht op een forfaitaire schadevergoeding van 10 procent van deze vermindering.¹⁷⁴

Let op: in principe kunnen in het bestek ook maximale hoeveelheden worden opgenomen. Voor opdrachten die geen raamovereenkomsten uitmaken worden dergelijke bepalingen evenwel afgeraden. Indien toch dergelijke bepaling wordt voorzien, wordt aangeraden de maximale omvang niet al te eng in te schatten. Het vermelden van de maximale omvang, heeft namelijk tot gevolg dat de overheidsopdracht volledig uitgevoerd is eenmaal de maximale hoeveelheid wordt bereikt en dat een nieuwe overheidsopdracht zal moeten worden uitgeschreven als er toch bijkomende prestaties noodzakelijk zouden zijn.

6.5.3.4.4. Aansprakelijkheid dienstverlener¹⁷⁵

De opdrachtnemer van een overheidsopdracht voor diensten draagt steeds de volle verantwoordelijkheid voor de fouten en nalatigheden die hij tijdens de uitvoering van de diensten maakt, inclusief de studies, berekeningen, plannen of andere stukken. De aansprakelijkheid geldt niet alleen tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht. Ook nadien, bijvoorbeeld naar aanleiding van een andere overheidsopdracht, kan de aanbestedende overheid beroep doen op de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer van de voorgaande overheidsopdracht voor diensten.

¹⁷³ Artikel 148 KB Uitvoering 2017.

¹⁷⁴ Artikel 151, §5, KB Uitvoering 2017.

¹⁷⁵ Artikelen 152 en 153 KB Uitvoering 2017.

Voorbeeld: een studiebureau kan aansprakelijk gesteld worden voor een verrekening die tijdens de uitvoering van de werken moet worden opgemaakt en die te wijten is aan fouten of onzorgvuldigheden die het studiebureau heeft begaan bij het ontwerp van de werken.

6.5.3.4.5. Oplevering¹⁷⁶

Bij overheidsopdrachten voor diensten gebeurt de oplevering in principe in één beweging. De oplevering na de uitvoering van de diensten geldt meteen als definitieve oplevering. Het ontbreken van een afzonderlijke voorlopige oplevering heeft tot gevolg dat er bij overheidsopdrachten voor diensten in principe geen waarborgtermijn toegepast wordt. Bijkomend betekent dat eveneens dat de borg volledig wordt vrijgegeven bij de oplevering.

Een aanbestedende overheid die toch een waarborgperiode wil, zal die uitdrukkelijk in het bestek moeten voorzien. Een dergelijke bepaling houdt geen afwijking van het KB Uitvoering 2017 uit.

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht voor de ontwikkeling van een specifieke software kan het interessant zijn om een waarborgtermijn te voorzien tijdens dewelke de dienstverlener instaat voor het wegwerken van bugs die zich onvermijdelijk zullen voordoen.

6.5.4. Technisch-inhoudelijke bepalingen, offerteformulier en opmeting

6.5.4.1. Technisch-inhoudelijke bepalingen

Dit deel vermeldt op gedetailleerde wijze de technische specificaties en normen waaraan de uitvoering van de overheidsopdracht onderworpen is. Onder de technische specificaties vallen de technische voorschriften die een omschrijving geven van de vereiste kenmerken van een materiaal, een product of een levering zodat dit of deze beantwoordt aan het gebruik

waarvoor het materiaal, product of de levering door de aanbesteder is bestemd.¹⁷⁷ Onder een norm wordt dan weer een technische specificatie verstaan die door een erkende normalisatie-instelling werd vastgesteld voor herhaalde of voortdurende toepassing. Men maakt ter zake een onderscheid tussen de internationale, de Europese en de nationale normen.¹⁷⁸

Indien de overheidsopdracht niet louter op basis van de prijs wordt geplaatst, wordt het voorwerp van de overheidsopdracht doorgaans het best functioneel beschreven (Wat is het probleem? Hoe kan dit probleem worden opgelost?). Indien de overheidsopdracht louter op basis van de prijs wordt geplaatst, kan het product of de dienst meer gedetailleerd worden beschreven. Bij een procedure met onderhandelingen kunnen de specificaties van het product of van de dienst nog worden bijgestuurd in de loop van de onderhandelingen.

Let op: het is principieel verboden om in de technische specificaties van het bestek producten van welbepaalde makelij of herkomst of speciale technieken te vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld dan wel worden uitgeschakeld. Zo is bijvoorbeeld de opgave van merken, octrooien, types, een bepaalde oorsprong of productie uitgesloten. Uitzonderlijk is een dergelijke aanduiding toegestaan, namelijk (1) wanneer het niet mogelijk is om door voldoende nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de overheidsopdracht te geven of (2) indien dit door het voorwerp van de overheidsopdracht is gerechtvaardigd. In dergelijke gevallen moet de betreffende vermelding of verwijzing vergezeld gaan van de woorden “of gelijkwaardig”. (zie punt 6.4.4.)

¹⁷⁷ Voor de volledige definitie, zie artikel 2, 44°, Overheidsopdrachtenwet 2016.

¹⁷⁸ Artikel 2, 45°, Overheidsopdrachtenwet 2016.

6.5.4.2. Offerteformulier

In het *inschrijvingsbiljet of 'offerteformulier'* geeft de inschrijver aan voor welke prijs en onder welke voorwaarden hij akkoord is om de overheidsopdracht uit te voeren. Het inschrijvingsbiljet moet door de inschrijver behoorlijk ingevuld worden.

In principe is de inschrijver niet verplicht het bijgevoegde formulier te gebruiken om zijn offerte in te dienen. Hij moet er dan wel op letten dat het door hem gebruikte document alle informatie bevat die in het bestek vermeld werd.

6.5.4.3. Samenvattende opmeting of inventaris

De meeste bestekken bevatten een *samenvattende opmeting* (in geval van overheidsopdrachten voor werken) of *inventaris* (bij overheidsopdrachten voor leveringen of diensten). Het betreft een tabel die een overzicht geeft van de uit te voeren werken, leveringen of diensten, onderverdeeld in een aantal posten waarvoor de aanbestedende overheid forfaitaire of vermoedelijke hoeveelheden vooropstelt. De inschrijvers dienen in deze tabellen hun prijzen (leenheidsprijzen en totaalprijzen) te vermelden.

In de bestekken van het Beleidsdomein MOW wordt doorgaans een onderscheid gemaakt tussen de zogenaamde genormaliseerde en de niet-genormaliseerde posten. Genormaliseerde posten zijn posten die voorkomen in een catalogus met een vast codenummer en een vaste omschrijving. (zie o.a. SB 250) Niet-genormaliseerde posten zijn ofwel posten die niet in een catalogus werden opgenomen ofwel posten uit een catalogus maar waarvan de inhoud (de omschrijving) werd gewijzigd. Deze posten worden met een sterretje (*) aangeduid in de samenvattende opmeting en worden bijgevolg soms "sterretjesposten" genoemd.

7. Goedkeuring bestek

Eens een ontwerp van bestek klaar is, moeten een aantal goedkeuringsformaliteiten vervuld worden alvorens kan overgegaan worden tot publicatie. Enerzijds moet het bestek, in sommige gevallen, ter advies worden voorgelegd aan de Inspecteur van Financiën. Anderzijds moet het bestek steeds goedgekeurd worden door het bevoegde orgaan binnen de Vlaamse overheid.

7.1. Advies Inspecteur van Financiën

De Inspecteur van Financiën (hierna IF genoemd) is een federale overheidsambtenaar die toezicht uitoefent op de uitgaven van de Vlaamse overheid, o.a. in het raam van overheidsopdrachten door de diensten van het Vlaamse Gewest en de Vlaamse Gemeenschap. Binnen het kader van de algemene doelstellingen van de Vlaamse regering

behandelen de adviezen van de IF de wettigheid, de regelmatigheid, de doelmatigheid, de kostenefficiëntie en de budgettaire inpasbaarheid op termijn.

Drempelbedragen IF (excl. BTW)		
Openbare of niet-openbare procedure		
Werken	Leveringen	Diensten
750.000 €	221.000 €	221.000 €
Alle andere plaatsingsprocedures (o.a. OPZB, MPMO, VOMB)		
Werken	Leveringen	Diensten
144.000 €	144.000 €	144.000 €

Voor overheidsopdrachten die bepaalde drempelbedragen overschrijden (zie kader) moet het advies van de IF gevraagd worden met betrekking tot:

- het voorwerp van de opdracht en de wettigheid van de gekozen plaatsingsprocedure;
- het ontwerp van bestek of de opdrachtdocumenten;
- het voorstel van gunning (zie punt 11.1);
- alle andere wijzigingen in de lopende opdracht behalve deze die werden vermeld in de artikelen 38/1, 38/2, 38/3, 38/4, 38/5, 38/9 en 38/10 KB Uitvoering 2017 (zie punt 13.5.3).

In de praktijk wordt het advies met betrekking tot de eerste twee punten vaak samen gevraagd op het ogenblik dat het bestek wordt voorgelegd.

Belangrijk hierbij is dat de vermelde drempelbedragen betrekking hebben op het geraamde bedrag en niet op de werkelijke uitgave.

De IF dient zijn advies uit te brengen binnen een termijn van twaalf werkdagen na ontvangst van het verzoek om een advies te verlenen. Deze termijn wordt echter geschorst als de IF een schriftelijke vraag stelt om bijkomende inlichtingen. Het ontbreken van een advies na deze termijn betekent, in theorie, dat de vraag aan de IF wordt onttrokken.

Bij een positief advies (al dan niet met opmerkingen waarbij een aanpassing dient doorgevoerd te worden aan het ontwerp) kan de overheidsopdracht ter goedkeuring voorgelegd worden aan de delegatiehouder.

Bij een negatief advies dient men het nodige te doen en een aangepaste versie opnieuw voor te leggen aan de IF. Mochten hiervoor gegronde motieven bestaan, kan aan de eigen minister verzocht worden om een gemotiveerd beroep in te dienen bij de Vlaamse minister, bevoegd voor de begroting en deze te verzoeken het voorstel van de administratie alsnog bij te treden.¹⁷⁹

7.2. Beslissingsbevoegdheid

Binnen het Vlaamse Gewest is de Vlaamse regering bevoegd voor de uitvoering van het beleid. Zij kan bijgevolg voor het departement en de IVA's elke beslissing nemen in het raam van de plaatsing van een overheidsopdracht. In de praktijk is dat echter een onmogelijke zaak, zodat zij delen van haar bevoegdheid heeft gedelegeerd.

In de eerste plaats heeft de Vlaamse regering bij besluit van 25 juli 2014 de beslissingen inzake Mobiliteit en Openbare Werken, dus ook wat betreft de plaatsing van overheidsopdrachten, gedelegeerd aan de Minister van Mobiliteit en Openbare Werken.

De Minister beschikt over een ruime beslissingsbevoegdheid in het kader van overheidsopdrachten. Met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de goedkeuring van het bestek en de andere opdrachtdocumenten geldt de delegatie zonder enige beperking van bedrag. Hierdoor zal de Vlaamse regering nooit dienen betrokken te worden inzake de goedkeuring van het bestek.

Door middel van het besluit van 30 oktober 2015 heeft de Vlaamse regering ook bepaalde beslissingsbevoegdheden gedelegeerd aan de hoofden van de agentschappen en departementen van de Vlaamse Overheid.

Drempelbedragen SG / AG		
Openbare of niet-openbare procedure		
Werken	Leveringen	Diensten
13.000.000 €	8.000.000 €	2.400.000 €
MPMO, VOMB, concurrentiedialoog en innovatiepartnerschap		
Werken	Leveringen	Diensten
6.500.000 €	4.000.000 €	1.200.000 €
Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking		
Werken	Leveringen	Diensten
1.300.000 €	800.000 €	240.000 €

Deze besluiten bevatten geen expliciete bepalingen met betrekking tot de keuze van de plaatsingsprocedure en de goedkeuring van het bestek, maar bepalen dat het hoofd eveneens bevoegd is om alle voorbereidende beslissingen bij expliciet gedelegeerde bevoegdheden te nemen. Het plaatsen van overheidsopdrachten, waarvan het goedkeuren van het bestek een voorbereidende beslissing uitmaakt, wordt expliciet gedelegeerd tot een bepaald bedrag (zie kader).

Daarnaast worden in verschillende besluiten van het hoofd van het Departement of de hoofden van de Agentschappen, bevoegdheden inzake overheidsopdrachten verder gedelegeerd naar het niveau afdelingshoofd. De drempelbedragen verschillen afhankelijk van de entiteit en worden daarom niet allemaal opgenomen.

Om te bepalen wie bevoegd is, zal het er in praktijk dus op aankomen om eerst op afdelingsniveau na te gaan of er daar bevoegdheid bestaat inzake de goedkeuring van het bestek en indien niet, zo in de hiërarchie naar boven toe te werken.

8. Bekendmaking

Eens het bestek intern werd goedgekeurd, dient de overheidsopdracht waarop het bestek betrekking heeft, publiek gemaakt te worden.

Bij het publiek maken van de opdracht is het essentieel dat er voldoende mededinging wordt georganiseerd. Daarom moet elke overheidsopdracht voorafgaand worden bekendgemaakt. Deze bekendmaking, om geïnteresseerde inschrijvers aan te trekken, gebeurt meestal door middel van een publicatie in de daartoe voorziene officiële publicatiebladen. Alleen bij een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking is er geen voorafgaande publicatieverplichting, en volstaat het dat, voor zover mogelijk, minstens drie concurrenten worden geraadpleegd. Ook in het geval van een mededingingsprocedure met onderhandelingen is het in bepaalde omstandigheden mogelijk dat er geen voorafgaande bekendmaking is. (zie punt 5.2.2.6)

Van belang is dat de bekendmaking voldoende duidelijk is om geïnteresseerde inschrijvers te informeren.

Afhankelijk van de geraamde waarde van de overheidsopdracht, zal de publicatie hetzij op Europees niveau én Belgisch niveau, hetzij enkel op Belgisch niveau dienen te gebeuren. Het correct ramen van de waarde van een overheidsopdracht is dan ook van cruciaal belang om de juiste bekendmakingsvereisten toe te passen. Hieronder worden de belangrijkste ramingsregels besproken, naargelang de aard van de overheidsopdracht.

Let op: de publicatie heeft niets te maken met wie mag inschrijven op de overheidsopdracht. Een louter Belgische bekendmaking houdt uiteraard niet in dat louter Belgische bedrijven zouden mogen inschrijven.

8.1. Raming van de overheidsopdracht

8.1.1. Algemene regels

Het correct ramen van de waarde van de opdracht, is niet alleen van belang voor het bepalen van de bevoegde delegatiehouder, en het al dan niet vereist zijn van het voorafgaand advies van de Inspectie van Financiën, maar ook voor het bepalen van het niveau waarop de overheidsopdracht bekend moet worden gemaakt. Als de geraamde waarde van de overheidsopdracht bepaalde drempelwaarden bereikt, zal een publicatie in het Bulletin der Aanbestedingen (BDA) immers niet volstaan maar zal de opdracht ook in het Publicatieblad van de Europese Unie (PBEU) bekendgemaakt moeten worden.

De raming heeft verder ook gevolgen op vlak van de toepasselijke rechtsregels. Zo zal voor een opdracht waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt onder meer gebruik moeten worden gemaakt van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (zie punt 6.4.9.1.) en zal aan elk gunningscriterium sowieso een weging moeten worden toegekend (zie punt 6.4.10.).

Voor de raming van de waarde van een overheidsopdracht moeten alle elementen in aanmerking genomen worden die de uitgave kunnen verhogen. De redenering hierachter is dat het zo ruim mogelijk ramen ertoe leidt dat de Europese drempels sneller worden bereikt en er aldus een ruimere ruchtbaarheid aan de overheidsopdracht wordt gegeven. Concreet moeten dan ook volgende elementen worden meegenomen bij de raming:

- 1° alle vereiste of toegestane opties;
- 2° alle delen van de overheidsopdracht, ook de delen die voorwaardelijk zijn;
- 3° alle mogelijke verlengingen;
- 4° alle herhalingsopdrachten zoals bedoeld in artikel 42, §1, 2°, Overheidsopdrachtenwet 2016;
- 5° alle premies of betalingen waarin de aanbestedende overheid voorziet ten voordele van de kandidaten;
- 6° desgevallend de herzieningsbepalingen;
- 7° alle percelen samen.

De volledige duur van de overheidsopdracht moet meegenomen worden. Voor overheidsopdrachten voor onbepaalde duur, of waarbij twijfel bestaat over de duur, houdt dat in dat de raming gebeurt door maandelijkse uitgave te vermenigvuldigen met 48.

Bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst wordt uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, van alle voor de totale duur van de raamovereenkomst voorgenomen opdrachten (ook bestellingen genaamd).

8.1.2. Raming van een overheidsopdracht van werken

Bij een raming van een overheidsopdracht voor werken moet niet alleen rekening worden gehouden met het bedrag van de voorziene werken, maar ook met het geraamd bedrag van de leveringen en diensten die door de aanbestedende overheid ter beschikking worden gesteld van de aannemer en die nodig zijn om die werken uit te voeren (bijv. materiaal of uitrustingen, ontwerp van plannen, berekeningen, enzovoort).

8.1.3. Raming van een overheidsopdracht van leveringen

Bij de raming van een overheidsopdracht voor leveringen waarbij producten ter beschikking worden gesteld in de vorm van een *huur*, *huurkoop* of *leasing voor een bepaalde duur*, moet het (geschatte) totaalbedrag over de hele duurtijd van de overheidsopdracht in aanmerking worden genomen. Wanneer die duur meer dan 12 maanden bedraagt, moet ook de restwaarde van de producten in rekening worden gebracht.

Soms heeft een overheidsopdracht betrekking op roerende goederen die met een *zekere regelmaat* worden verleend, of die bestemd zijn om in de loop van een bepaalde periode te worden *vernieuwd*. In dergelijk geval worden twee situaties onderscheiden:

- als de aanbestedende overheid al beschikt over (betrouwbare) ervaringsgegevens uit het verleden, dan kan als referentie worden uitgegaan van het totale werkelijke bedrag van de opeenvolgende, gelijksoortige overheidsopdrachten die geplaatst werden in de loop van de voorbije twaalf maanden, eventueel gecorrigeerd om rekening te houden met de wijzigingen in prijs of hoeveelheid die zich waarschijnlijk zullen voordoen in de loop van de twaalf maanden die volgen op de oorspronkelijke overheidsopdracht.
- als de aanbestedende overheid nog niet over dat soort ervaringsgegevens beschikt, moet de waarde van de overheidsopdracht worden geraamd op grond van de geschatte te bestellen hoeveelheid voor de volgende twaalf maanden, te beginnen vanaf de datum van de eerste bestelling. Als de overeenkomst meer dan twaalf maanden bedraagt, dan moet het geraamde bedrag van de bestelling gedurende het boekjaar als referentie worden genomen.

8.1.4. Raming van een overheidsopdracht van diensten

Als een overheidsopdracht van diensten een *totale prijs* vermeldt, moet bij het ramen van de waarde de totale vergoeding aan de dienstverlener in aanmerking worden genomen. Voor de berekening van dit bedrag worden in aanmerking genomen:

- verzekeringsdiensten: de te betalen premie en andere vormen van vergoeding;
- bankdiensten en andere financiële diensten: de te betalen honoraria, provisies en andere vormen van vergoeding;
- overheidsopdrachten betreffende een ontwerp: de te betalen honoraria, provisies en andere vormen van vergoeding.

Vermeldt de overheidsopdracht geen totale prijs, dan zijn er verschillende situaties denkbaar. Betreft het een overheidsopdracht met een looptijd die gelijk is aan of korter is dan vier jaar, dan moet het totale bedrag van de overheidsopdracht over de gehele looptijd van de overeenkomst als referentiewaarde worden genomen. Bij overheidsopdrachten van onbepaalde duur of met een looptijd langer dan vier jaar, wordt de referentiewaarde bepaald op basis van de geraamde prestaties tijdens een periode van vier jaar. Betreft het een overheidsopdracht die betrekking heeft op prestaties die met een zekere regelmaat worden verleend of die bestemd zijn om gedurende een bepaalde periode te worden vernieuwd, dan gelden dezelfde ramingsregels als een gelijksoortige overheidsopdracht leveringen.

8.2. De aankondiging van de overheidsopdracht

8.2.1. Overheidsopdrachten vanaf de Europese drempels

8.2.1.1. Algemene principes

Overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempelbedragen moeten steeds zowel op nationaal als op Europees niveau worden bekendgemaakt. Van belang is dat de publicatie in het BDA niet mag plaatsvinden vóór de bekendmaking in het PBEU. Uitzondering op deze regel betreft het geval waar de aanbestedende overheid niet binnen de twee dagen na de bevestiging van de ontvangst van de aankondiging werd geïnformeerd over de bekendmaking in het PBEU. Na het verstrijken van deze termijn van 2 dagen mag er aldus toch tot een bekendmaking in het BDA worden besloten. Het bericht in het BDA mag bovendien geen andere inlichtingen bevatten dan het bericht in het PBEU.

Overheidsopdrachten die onder de Europese drempels blijven, moeten in theorie enkel in het BDA bekend worden gemaakt. Een aanbestedende overheid kan niettemin ook in dergelijke gevallen beslissen de overheidsopdracht Europees bekend te maken.

De bekendmaking in het PBEU en/of het BDA geldt als officiële aankondiging. Geen enkele andere bekendmaking of verspreiding mag plaatsvinden voor deze officiële aankondiging.

Het is niet uitgesloten dat de waarde van een overheidsopdracht, die vooraf onder de Europese drempel werd geraamd, achteraf hoger blijkt te zijn dan deze (vooraf) geraamde waarde. In dat geval hoeft de overheidsopdracht niet alsnog op Europees niveau bekendgemaakt te worden. Het is immers de 'geraamde' en niet de 'goedgekeurde' waarde die doorslaggevend is. De raming moet wel voldoende zorgvuldig gebeuren. Als blijkt dat de waarde van de overheidsopdracht kennelijk op onzorgvuldige wijze (te laag) is geraamd, dient de overheidsopdracht wél alsnog Europees bekendgemaakt te worden.

De Europese drempels verschillen al naargelang het voorwerp van de overheidsopdracht en al naargelang die overheidsopdracht de klassieke sectoren of de nutsectoren betreft. In de *klassieke sectoren* voor overheidsopdrachten die uitgaan van aanbestedende overheden in het Vlaamse Gewest ligt de Europese drempel voor werken op 5.350.000 euro. Voor leveringen en diensten geldt een drempel van 214.000 euro. Voor de overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten geldt een drempel van 750.000 euro. Behalve voor de sociale en andere specifieke diensten, waar het gaat om een vaste drempel, worden deze drempelbedragen tweemaal aangepast. De laatste aanpassing gebeurde eind 2019 waarbij de drempels voor de jaren 2020-2021 werden vastgelegd.

Overheidsopdrachten mogen in geen geval kunstmatig worden opgesplitst om de Europese drempelbedragen te ontwijken (zgn. 'saucissioneren'). Voor wat betreft overheidsopdrachten voor werken dient daarbij steeds de definitie van een 'werk' als uitgangspunt te worden genomen, namelijk: *"het product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie*

te vervullen". Bij de (her)aanleg van een autoweg zal, in het licht van deze omschrijving, niet alleen de waarde van de weg zelf, maar in principe ook de waarde van bijvoorbeeld de verlichting langs de kant van de weg die tegelijk dient te worden (her)aangebracht, in aanmerking moeten worden genomen. Het betreft immers eenzelfde 'technische functie'.

8.2.1.2. Vooraankondiging

Om een zo ruim mogelijke mate van bekendmaking te garanderen kan ervoor worden gekozen om de publicatie van de overheidsopdracht te laten voorafgaan door een 'vooraankondiging', de zgn. 'enuntiatieve' aankondiging. Het betreft een mogelijkheid, maar geen verplichting. Het voordeel van deze vooraankondiging is wel dat de termijn voor indiening van de offertes na de aankondiging onder bepaalde voorwaarden kan worden ingekort (zie punt 8.3.).

De vooraankondiging geldt in principe¹⁸⁰ niet als de eigenlijke aankondiging van een overheidsopdracht.

De vooraankondiging is een beknopte, gegroepede aankondiging van alle overheidsopdrachten die de aanbestedende overheid van plan is te plaatsen in het raam van een bepaalde begroting of begrotingsjaar. De periode waar op de vooraankondiging betrekking heeft, is maximaal twaalf maanden te rekenen vanaf de datum waarop de vooraankondiging werd verzonden. Geïnteresseerde ondernemingen krijgen zo voldoende tijd om zich voor te bereiden op de eigenlijke aankondiging van de overheidsopdracht. Voor overheidsopdrachten van werken moet die vooraankondiging zo snel mogelijk gebeuren na de goedkeuring van het programma waarin de werken zijn opgenomen.

De vooraankondiging is zowel mogelijk voor overheidsopdrachten onder de Europese drempels als voor opdrachten die deze drempels bereiken of overschrijden.

¹⁸⁰ Voor sociale en andere specifieke diensten kan een vooraankondiging, als uitzondering op de regel, wel als een effectieve aankondiging gelden (artikelen 18 en 24 KB Plaatsing 2017).

8.2.1.3. Publicatie van de gegunde opdracht

Voor alle overheidsopdrachten met een raming vanaf de Europese drempel, moet in het PBEU een zogenaamde publicatie van de “gegunde” opdracht worden bekend gemaakt. Deze bekendmaking *ex post* moet gebeuren binnen de 30 dagen na de sluiting van de overheidsopdracht. Binnen MOW werd middels een dienstorder bepaald dat de termijn voor *ex post* bekendmaking zeven dagen bedraagt. Uiteraard mogen bij deze bekendmaking geen gegevens worden meegegeeld die schade zouden kunnen berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van bepaalde opdrachtnemers of de eerlijke mededinging tussen de opdrachtnemers zouden kunnen aantasten.

8.2.2. Overheidsopdrachten lager dan de Europese drempels

Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren met een waarde lager dan de Europese drempels moeten enkel nationaal worden bekendgemaakt. Op nationaal vlak gebeurt de bekendmaking door de publicatie van een oproep tot mededinging in het BDA (op basis van Europese standaardformulieren) eventueel voorafgegaan door een vooraankondiging.

8.3. Ontvangsttermijnen

Er moet een onderscheid worden gemaakt al naargelang er sprake is van een openbare procedure, een niet-openbare procedure, een mededingingsprocedure met onderhandeling en een vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De minimale ontvangsttermijn voor offertes verschilt bovendien naargelang een vooraankondiging is gebeurd.

De wettelijke termijnen voor ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes zijn minimumtermijnen en zijn allen bepaald in kalenderdagen. Ze lopen vanaf de dag volgend op de dag van verzending van de aankondiging naar het PBEU tot en met de vervalddag. Als de laatste dag een feestdag,

een zaterdag of een zondag is, loopt deze termijn af bij het einde van het laatste uur van de eerste daaropvolgende werkdag.

De wettelijke termijnen voor ontvangst van aanvragen tot deelneming en offertes zijn minimumtermijnen en zijn allen bepaald in kalenderdagen. Ze lopen vanaf de dag volgend op de verzending van de aankondiging naar het PBEU tot en met de vervaldag. Als de laatste dag een feestdag, een zaterdag of een zondag is, loopt deze termijn af bij het einde van het laatste uur van de eerste daaropvolgende werkdag.

Voorbeeld: in het kader van een overheidsopdracht, gegund via een openbare procedure, waarvoor de bekendmakingstermijn van vijftig dagen geldt, is de aankondiging verzonden op dinsdag 11 juli. De termijn begint dus te lopen op woensdag 12 juli en eindigt ten vroegste op dinsdag 15 augustus om middernacht. De opening van de offertes zal dan niet kunnen plaatsvinden op 16, maar wel op 17 augustus. De laatste dag van de termijn was immers een feestdag (dinsdag 15 augustus), wat impliceert dat de opening ten vroegste kan plaatsvinden na het verstrijken van de eerstvolgende werkdag (woensdag 16 augustus om middernacht) d.w.z. op donderdag 17 augustus.

Bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming en offertes, moet rekening worden gehouden met de complexiteit van de overheidsopdracht en met de nodige voorbereidingstijd van de offertes. Zo zal voor een overheidsopdracht voor wegeniswerken de termijn van vijftig dagen in principe voldoende zijn, maar voor zeer complexe overheidsopdrachten (bijvoorbeeld een complex bouwwerk), die meer voorbereiding vergen, is het echter aangewezen om een langere termijn toe te staan.

8.3.1. Openbare procedures

Voor de openbare procedures bedraagt de ontvangsttermijn voor offertes *minstens vijftientig dagen* te rekenen vanaf de dag die volgt op de dag van verzending van de aankondiging. Deze termijnen zijn uitgedrukt in kalenderdagen en lopen vanaf de dag volgend op de verzending van de aankondiging naar het PBEU tot en met de vervaldag. De opening van de offertes mag dus op zijn vroegst plaatsvinden op de 36e dag.

Als een vooraankondiging werd gepubliceerd, kan de termijn worden ingekort tot vijftien dagen. Bij dergelijke inkorting van de termijn moet de vooraankondiging wel alle noodzakelijke informatie bevatten over de overheidsopdracht. De vooraankondiging mag bovendien niet minder dan vijftientig dagen en niet meer dan twaalf maanden voorafgaand aan de verzendingsdatum van de eigenlijke aankondiging van de overheidsopdracht verzonden zijn.

Als geen vooraankondiging werd gepubliceerd, is een inkorting tot 15 dagen eveneens mogelijk in gemotiveerde gevallen, namelijk als de opdracht dermate dringend moet worden uitgevoerd dat een verder uitstel niet verantwoord zou zijn.

De bovenvermelde termijn van vijftientig dagen voor de ontvangst van de offertes, kan met vijf dagen worden ingekort als de offertes via het e-Tenderingplatform worden ingediend.¹⁸¹

181 Let wel: enkel de standaardtermijn van vijftientig dagen kan worden ingekort met vijf dagen. Indien de standaardtermijn op grond van een vooraankondiging of op basis van dringendheid al tot vijftien dagen werd ingekort, is geen verdere inkorting (tot tien dagen) meer mogelijk.

8.3.2. Niet-openbare procedures

Bij niet-openbare procedures moet een onderscheid worden gemaakt tussen twee termijnen, nl. (i) de ontvangstermijn voor de aanvragen tot deelneming en (ii) de ontvangstermijn voor de offertes.

(i) Termijn voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming

De termijn voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming mag niet korter zijn dan dertig dagen te rekenen vanaf de datum van verzending van de aankondiging naar het PBEU.

Als het om dringende redenen onmogelijk is om deze termijn in acht te nemen, mag de termijn ingekort worden tot minimum vijftien dagen. De aanbestedende overheid moet kunnen aantonen dat de naleving van de minimumtermijn (dertig dagen) werkelijk ondoelmatig zou zijn.

Let op: indien achteraf blijkt dat onterecht dringende redenen werden ingeroepen voor de inkorting van de termijn tot vijftien dagen, dan kan dit de regelmatigheid van de gunningsbeslissing aantasten (voor zover de partij die zich benadeeld acht een belang kan aantonen), met het risico dat de volledige procedure dient te worden overgedaan.

(ii) Termijn voor ontvangst van de offertes

Bij een niet-openbare procedure mag de termijn voor ontvangst van de offertes niet korter zijn dan dertig dagen te rekenen vanaf de datum van verzending van de uitnodiging om een offerte in te dienen.

De termijn van dertig dagen mag echter ingekort worden tot tien dagen indien er een vooraankondiging werd gepubliceerd. Opnieuw moet die vooraankondiging alle noodzakelijke informatie bevatten over de overheidsopdracht en mag niet minder dan vijfendertig dagen en niet later dan twaalf maanden voorafgaand aan de verzendingsdatum van de

aankondiging van de eigenlijke overheidsopdracht verzonden zijn.

De termijn van dertig dagen mag met vijf dagen worden ingekort als de offertes via het e-Tenderingplatform worden ingediend.

Als de aanbestedende overheid in de fase van de kandidatuurstelling (i) een beroep heeft gedaan op een versnelde bekendmaking, en het dus gaat om een dringende overheidsopdracht, is eveneens een inkorting mogelijk tot tien dagen.

8.3.3. Mededingingsprocedures met onderhandeling

Ook deze procedures worden in principe bekendgemaakt. Gegeven dat deze procedures zeer gelijklopend zijn aan de niet-openbare procedures, maar dan met een mogelijkheid om over de ingediende offertes te onderhandelen, moet ook hier een onderscheid worden gemaakt tussen de termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming (i) en de termijn voor ontvangst van de offertes (ii).

(i) Termijn voor de ontvangst van de aanvragen tot deelneming

De termijn voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming bedraagt ten minste dertig dagen te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht. Een inkorting tot minimum vijftien dagen is mogelijk als het gaat om een dringende situatie die ertoe leidt dat het niet haalbaar is de standaardtermijn van dertig dagen te respecteren.

(ii) Termijn voor de ontvangst van de offertes

De termijn voor ontvangst van de eerste offertes bedraagt ten minste dertig dagen te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging. Volgende inkortingen zijn mogelijk:

- een inkorting tot minimum tien dagen is mogelijk als het gaat om een dringende situatie die ertoe leidt dat het niet haalbaar is de standaardtermijn van dertig dagen te respecteren;
- een inkorting tot minimum tien dagen is eveneens mogelijk wanneer een vooraankondiging werd gepubliceerd. Deze vooraankondiging dient alle noodzakelijke informatie te bevatten en moet tenminste vijfendertig dagen en ten hoogste twaalf maanden voor de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht ter bekendmaking zijn verstuurd;
- een inkorting met vijf dagen is mogelijk wanneer de offertes via het e-Tenderingplatform worden ingediend.¹⁸²

8.3.4. Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking

Bij de VOMB bedraagt de termijn voor ontvangst van de offertes tenminste tweeëntwintig dagen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht. Voor een VOMB zijn volgende inkortingen van de publicatietermijn mogelijk:

- een inkorting tot minimum tien dagen is mogelijk als het gaat om een dringende situatie die ertoe leidt dat het niet haalbaar is de standaardtermijn van tweeëntwintig dagen te respecteren;
- een inkorting tot minimum tien dagen is eveneens mogelijk wanneer een vooraankondiging werd gepubliceerd. Deze vooraankondiging dient alle noodzakelijke informatie te bevatten en moet tenminste vijfendertig dagen en ten hoogste twaalf maanden voor de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht ter bekendmaking zijn verstuurd;

182 Ook hier is de inkorting met vijf dagen enkel mogelijk voor de standaardtermijn van dertig dagen. Een inkorting van een reeds verkorte termijn in geval van dringendheid of bij een vooraankondiging, is niet mogelijk.

- een inkorting met vijf dagen is mogelijk wanneer de offertes via het e-Tenderingplatform worden ingediend.

8.4. Vragen of aanpassingen na de publicatie

Niets belet een onderneming om, met het oog op de mogelijke indiening van een aanvraag tot deelneming of offerte, toelichting te vragen bij een overheidsopdracht, zelfs als die mogelijkheid (bv. in de vorm van informatiesessies) niet uitdrukkelijk is opgenomen in het bestek. Om elke schijn van partijdigheid te vermijden, is het aangewezen om dat soort contacten zoveel mogelijk schriftelijk te laten verlopen.

Om de gelijkheid te garanderen, dienen alle antwoorden op deze vragen bovendien toegankelijk te worden gemaakt voor alle kandidaten/inschrijvers, eventueel via een terechtwijzend bericht, ook een rechtzettingsbericht genaamd, (mogelijk gekoppeld aan een verdaging van de uiterste ontvangstdatum). De gelijke behandeling van de kandidaten/inschrijvers dient immers steeds gewaarborgd te worden.

In bepaalde gevallen zal de aanbestedende overheid de termijnen voor de aanvragen tot deelneming of voor ontvangst van de offertes moeten verlengen. Ter zake moeten volgende situaties worden onderscheiden:

- (1) als een opdrachtnemer tijdig aanvullende informatie heeft aangevraagd, maar de aanbestedende overheid is er niet in geslaagd deze te verstrekken uiterlijk zes dagen voor de uiterste ontvangstdatum van de offertes, dan moet de uiterste ontvangstdatum met vier dagen worden uitgesteld.
- (2) als via een terechtwijzend bericht het bestek aanzienlijk wordt gewijzigd. In dergelijk geval zal de aanbestedende overheid een termijn moeten geven die evenredig is aan het belang van de informatie of de wijziging.¹⁸³

(3) als de aanbestedende overheid een officiële bekendmaking (nl. de aankondiging) wenst te verbeteren of aan te vullen, dan moet zij een terechtwijzend bericht (TWB) publiceren conform het geëigende publicatieformulier:

- Gaat het om een overheidsopdracht waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt en het TWB wordt gepubliceerd tussen de zevende en de laatste twee dagen voor de indieningsdeadline, dan moet de uiterste datum voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes met minstens zes dagen worden verdaagd. Deze verdaging is minstens acht dagen wanneer het TWB in de laatste twee dagen voor de uiterste ontvangstdatum wordt gepubliceerd;
- Voor de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde onder de Europese drempels blijft en het TWB wordt gepubliceerd in de laatste zes dagen voor de indieningsdeadline, dan wordt de uiterste ontvangstdatum steeds met zes dagen verdaagd.¹⁸⁴

(4) als de aanbestedende overheid kennis heeft gekregen van de onbeschikbaarheid van de e-Tenderingapplicatie, kan zij beslissen de uiterste datum en uur voor ontvangst van de aanvragen tot deelneming of de offertes te verdagen. Als zij daartoe beslist, moet de verdaging minstens acht dagen bedragen voor de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde van de Europese drempels bereikt of overschrijdt en minstens zes dagen voor de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde onder deze drempels blijft.¹⁸⁵

184 Artikel 9 KB Plaatsing 2017.

185 Artikel 57 KB Plaatsing 2017.

9. Opening van de offertes

Eens de verschillende inschrijvers hun aanvragen tot deelneming/offertes (hun aanbod) hebben opgesteld en ingediend, gaat de aanbestedende overheid opnieuw aan de slag. De eerste verrichting na de indiening van de aanvragen tot deelneming/offertes is de opening ervan.

Binnen de Vlaamse Overheid worden, in de regel, de meeste aanvragen tot deelneming/offertes elektronisch ingediend via e-Tendering.

Als uitzonderlijk toch nog papieren aanvragen tot deelneming/offertes worden toegestaan, moeten de regels voor de indiening en de opening in het bestek zijn vermeld en moeten die regels worden gevolgd bij de effectieve opening.

Gelet op de overgang naar e-Tendering, en het principieel verplichte gebruik van elektronische middelen bij het indienen van de aanvragen tot deelneming of de offertes, gebeurt de opening niet meer via een formele zitting.

Behalve in geval van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wordt van iedere opening een proces-verbaal opgemaakt. Het proces-verbaal van de opening dient minstens volgende gegevens te bevatten:

- (1) de naam of de handelsnaam van de inschrijvers, hun woonplaats en hun maatschappelijke zetel;
- (2) de naam van de persoon of personen die het indieningsrapport elektronisch ondertekend heeft/hebben.

Let op: in het proces-verbaal hoeft bij de plaatsingsprocedures waarbij de economisch meest voordelige offerte enkel op basis van de prijs werd bepaald, geen vermelding te gebeuren van de aangeboden prijzen.

10. Onderzoek van de offertes

De beoordeling van de offertes wordt traditioneel opgesplitst in drie grote delen:

- Eerst dient te worden nagegaan of de inschrijver voldoet aan de vereisten van de (kwalitatieve) selectie;
- Daarnaast moet ook worden onderzocht of de offerte regelmatig is;
- Pas daarna kunnen de offertes met elkaar worden vergeleken en gerangschikt op grond van de gunningscriteria.

De drie stappen moeten in principe als afzonderlijke blokken worden beschouwd die in chronologische volgorde moeten worden doorlopen. Als een inschrijver niet voorbij de selectie raakt, kan hij niet worden toegelaten tot het regelmatigheidsonderzoek. Er kan pas overgegaan worden tot de fase van de vergelijking en de rangschikking als de offerte regelmatig werd bevonden.

In elk van de fases moet bovendien een volledig onderzoek worden gevoerd. Het volstaat met andere woorden niet om het onderzoek van een fase af te ronden als één reden tot niet selectie of onregelmatigheid werd ontdekt.

Ingevolge de introductie van enerzijds de impliciete verklaring op erewoord en anderzijds het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), is de bovenstaande traditionele visie onder druk komen te staan. Via de impliciete verklaring op erewoord wordt immers een gedeelte van de selectie, zijnde de controle van de uitsluitingscriteria, slechts verricht na de rangschikking op basis van de gunningscriteria. De introductie van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument leidt er zelfs toe dat bij Europese overheidsopdrachten de volledige selectiefase, zijnde de controle op de uitsluitingscriteria en de kwalitatieve selectiecriteria, tot na de opmaak van de rangschikking wordt uitgesteld. Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument moet immers worden aanvaard als een voorlopig bewijs dat de inschrijver voldoet aan de toepasselijke uitsluitings- en selectiecriteria.¹⁸⁶

De introductie van het UEA heeft aldus tot gevolg dat het onderzoek van de offertes bij Europese opdrachten vier delen omvat:

- de voorlopige selectie op basis van de informatie uit het UEA;
- het onderzoek naar de regelmatigheid van de ingediende offertes;
- de vergelijking van de offertes op basis van de gunningscriteria;
- de definitieve selectie waarbij de informatie, die via het UEA werd afgedekt, op zijn correctheid worden gecontroleerd.

10.1. Selectie

10.1.1 Uitsluitingscriteria

De aanbestedende overheid moet nagaan of er redenen zijn om de inschrijvers uit te sluiten van deelname aan de overheidsopdracht. Ter zake wordt verwezen naar punt 6.4.9.1.

10.1.2. Kwalitatieve selectie

De aanbestedende overheid dient eveneens te onderzoeken of de inschrijver beschikt over de vereiste *technische en beroepsbekwaamheid* en over voldoende *economische en financiële draagkracht*. Ter zake wordt verwezen naar punt 6.4.9.2.

10.2. Regelmatigheid

10.2.1. Algemeen

De regelmatigheid van de offerte heeft betrekking op het voldoen van de offerte aan de eisen, voorwaarden en criteria vermeld in de aankondiging van de overheidsopdracht of in het bestek. Het onderzoek naar de regelmatigheid moet ruim worden geïnterpreteerd, aangezien dit ook betrekking heeft op de naleving van de voorschriften van de wet en het onderhavig ontwerp, alsook op de naleving van het arbeids-, sociaal en milieurecht.

Inzake de regelmatigheid moet een onderscheid worden gemaakt tussen de substantiële en de niet-substantiële onregelmatigheden. Een offerte is substantieel onregelmatig wanneer ze van die aard is dat ze:

- a. de inschrijver een discriminerend voordeel biedt;
- b. tot concurrentievervalsing leidt;
- c. de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere inschrijvers verhindert; of
- d. de verbintenis van de inschrijver om de overheidsopdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaand, onvolledig of onzeker maakt.

De gevolgen van een substantiële of niet-substantiële onregelmatigheid zijn verschillend en dit afhankelijk van de gekozen plaatsingsprocedure.

- (1) Als de overheidsopdracht via een openbare of een niet-openbare procedure wordt geplaatst en er wordt vastgesteld dat de offerte één (of meerdere) substantiële onregelmatigheden vertoont, dan heeft de aanbestedende overheid geen keuze. Dergelijke offerte is nietig en dient uit de verdere procedure te worden geweerd. Vertoont de offerte slechts één niet-substantiële onregelmatigheid, wordt de offerte niet nietig verklaard en in de verdere procedure behouden. Als de offerte ten slotte twee of meer niet-substantiële onregelmatigheden vertoont, dan wordt de offerte slechts nietig verklaard en uit de verdere procedure geweerd wanneer de cumulatie of combinatie van de diverse onregelmatigheden leidt tot een substantiële onregelmatigheid.

- (2) Als de overheidsopdracht wordt geplaatst via een procedure waarin onderhandelingen toegelaten zijn (m.n. de OPZB, MPMO en VOMB) dan moet in eerste instantie een onderscheid worden gemaakt tussen de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde de Europese drempels bereikt of overschrijdt en de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde onder deze drempels blijft.
- a. bij de overheidsopdrachten waarvan de raming de Europese drempels bereikt of overschrijdt moet een verder onderscheid worden gemaakt tussen de finale offertes en de offertes die de finale offertes voorafgaan.
- Als het gaat om de niet-finale offertes moet de aanbestedende overheid de inschrijvers steeds de mogelijkheid bieden om niet-substantiële onregelmatigheden te regulariseren voor de onderhandelingen worden aangevat. Als de offerte daarentegen een substantiële onregelmatigheid bevat, is de offerte in principe nietig, tenzij de aanbestedende overheid in het bestek voorzien heeft dat een regularisatie van de betrokken onregelmatigheid mogelijk is.
 - Als het gaat om een finale offerte moet de regeling die onder (1) werd besproken worden toegepast.
- b. bij de overheidsopdrachten waarvan de geraamde waarde onder de toepasselijke Europese drempelbedragen blijft, hoeft er geen onderscheid te worden gemaakt tussen de finale offertes en de offertes die de finale offertes voorafgaan. Hier beschikt de aanbestedende overheid over een ruime discretionaire bevoegdheid en kan zij beslissen om een offerte die met een substantiële onregelmatigheid is behept nietig te verklaren, maar kan zij evengoed beslissen deze offerte te regulariseren. Hetzelfde geldt voor de offerte die behept is met meerdere niet-substantiële onregelmatigheden die tot één van de situaties leidt die hierboven in (1) werden vermeld.

10.2.2. Bespreking van een aantal vaak voorkomende onregelmatigheden

Inzake de onregelmatigheden worden de volgende onregelmatigheden door de wetgever in principe als substantieel beschouwd:

- de niet-naleving van het milieu-, sociaal of arbeidsrecht voor zover deze niet-naleving strafrechtelijk gesanctioneerd wordt;
- de niet-naleving van de voorschriften met betrekking tot het Uniform Europees Aanbestedingsdocument;
- de niet-naleving van de voorschriften met betrekking tot de (elektronische) ondertekening van de offertes;
- de niet-naleving van de minimale voorschriften bij een vereiste optie. Dit brengt de substantiële onregelmatigheid van zowel de optie als de offerte, waarin deze optie werd vervat, met zich mee;
- voor varianten verschaft de wetgeving geen duidelijkheid, maar moet er worden aangenomen dat als een basisoplossing wordt aangeboden zonder een voorstel voor de vereiste variant, de ingediende offerte substantieel onregelmatig is. Hetzelfde geldt ingeval er enkel een voorstel voor de vereiste variant werd ingediend terwijl in het bestek ook een voorstel voor de basisoplossing werd opgelegd;
- de inbreuken op de voorschriften met betrekking tot wie een offerte mag indienen in het kader van een niet-openbare procedure of een MPMO en inzake de beperking of het verbod in het bestek tot het gezamenlijk indienen van één enkele offerte door meerdere geselecteerde kandidaten;
- de inbreuken op de voorschriften met betrekking tot de aanwending van de elektronische communicatiemiddelen;
- de niet naleving van de minimale eisen en van de vereisten die als substantieel werden aangemerkt in het bestek;
- een niet te verklaren abnormaliteit in de prijszetting van de offerte, tenzij de abnormaliteit betrekking heeft op een verwaarloosbare post.

Hoewel het in principe substantiële onregelmatigheden betreft, moeten hier toch enkele kanttekeningen bij gemaakt worden. Hieronder wordt een overzicht gegeven van enkele in de praktijk vaak voorkomende onregelmatigheden.

10.2.2.1. Taal van de offerte¹⁸⁷

De offerte dient opgesteld te worden in de taal die is aangegeven in het bestek. Als de offerte toch in een andere taal is opgesteld dan diegene die is aangegeven in het bestek, is er in principe sprake van een niet-substantiële onregelmatigheid. De aanbestedende overheid kan ze in theorie dus aanvaarden.

Als men een offerte in een andere taal dan het Nederlands wil aanvaarden moet steeds worden nagegaan of dit de gelijkheid der inschrijvers niet in het gedrang brengt. Bovendien moet men zich hoeden voor interpretatieproblemen met anderstalige offertes.

10.2.2.2. Eén offerte per inschrijver¹⁸⁸

Als een inschrijver meer dan één offerte indient voor dezelfde overheidsopdracht, dienen beide offertes te worden geweerd als substantieel onregelmatig.

Let op: er is rechtspraak van de Raad van State die stelt dat er geen sprake kan zijn van twee offertes (van eenzelfde inschrijver) indien één van de betrokken offertes met een substantiële onregelmatigheid is behept (bijvoorbeeld: één van de offerte is niet getekend). De redenering van de Raad is dat dergelijk substantieel onregelmatige offerte nietig is en dus moeten worden geacht nooit te hebben bestaan.

Uiteraard geldt deze regel niet indien de indiening van varianten wordt opgelegd of toegestaan, of als de overheidsopdracht meerdere percelen bevat.

Deze regel is eveneens van toepassing op de individuele leden van een combinatie van ondernemers. Men mag met andere woorden niet in eigen naam een offerte indienen en daarnaast deel uitmaken van een combinatie van ondernemers die ook een offerte heeft ingediend.

De bedoeling van deze regel is om iedere inschrijver één gelijke kans te geven om de opdracht te winnen. Daarom moeten ze onmiddellijk hun beste aanbod indienen. Vanuit dezelfde redenering is het dan ook verantwoord om twee volledig identieke offertes alsnog te behouden.

10.2.2.3. Model van de offerte¹⁸⁹

Als bij het bestek een formulier is gevoegd voor het opmaken van de offerte en het invullen van de samenvattende opmeting of inventaris, moet de inschrijver hiervan in principe gebruik maken. Als de inschrijver gebruik wenst te maken van zijn eigen documenten, kan dat, maar draagt hij de volle verantwoordelijkheid voor de overeenstemming van het door hem gebruikte document met het door de aanbestedende overheid aangeleverde formulier.

Het gebruik maken van een ander dan het bij het bestek gevoegde formulier maakt dus niet steeds een substantiële onregelmatigheid uit. Als het gebruikte document alle nodige gegevens bevat, kan dit aanvaard worden.

10.2.2.4. Verplichte vermeldingen¹⁹⁰

De offerte dient steeds een aantal vermeldingen omtrent de inschrijver en het aanbod te bevatten, zoals:

- de identiteit van de inschrijver;
- het offertebedrag;
- het rekeningnummer van de inschrijver (**Belangrijk!** Enkel op dit rekeningnummer kan de aanbestedende overheid bevrijdend betalen!);
- de nationaliteit van de eventuele onderaannemers;
- de voorkeursvolgorde met betrekking tot de percelen;
- ...

189 Artikel 77 KB Plaatsing 2017.

190 Artikel 78 KB Plaatsing 2017.

Het ontbreken van één van deze gegevens maakt in principe een niet-substantiële onregelmatigheid uit. Er moet geval per geval gekeken worden of de gegevens kunnen aangevuld/opgevraagd worden zonder de gelijkheid der inschrijvers te schenden.

10.2.2.5. Ondertekening van de offerte¹⁹¹

De documenten die door de inschrijver via e-Tendering worden opgeladen, moeten niet individueel worden ondertekend. De ondertekening gebeurt immers in één beweging met name door het plaatsen van de handtekening op het zogenaamde indieningsrapport. Deze handtekening moet een gekwalificeerde elektronische handtekening zijn die uitgaat van een persoon die bevoegd is de inschrijver te verbinden. Een louter ingescande handtekening, zelfs al gaat deze uit van een bevoegd persoon, heeft in principe geen juridische waarde.

Een schending van de ondertekeningsvoorschriften heeft in principe de substantiële onregelmatigheid van de offerte tot gevolg. Het is niet mogelijk om de inschrijver na de indiening van de offerte te verzoeken om dat soort onregelmatigheid recht te zetten.

Als de offerte wordt ingediend door een combinatie van ondernemers, dan dient zij in principe¹⁹² te worden ondertekend door alle deelgenoten. Als dergelijke offerte niet door alle deelgenoten werd getekend, moet de offerte verplicht geweerd worden, zonder mogelijkheid om dat achteraf recht te zetten.

Bij een offerte die is ingediend door een rechtspersoon, dient steeds aan de hand van de statuten te worden nagegaan of de handtekening wel degelijk afkomstig is van het orgaan dat bevoegd is om de offerte te ondertekenen.

Eventueel kan de ondertekening bij volmacht gebeuren. In dat geval dient de geldigheid van de volmacht te worden gecontroleerd. Zo nodig kan de volmacht ook na de indiening van de offerte nog worden opgevraagd. De volmacht moet in voorkomend geval uiteraard dateren van voor het indienen van de offerte.

¹⁹¹ Artikelen 42 t.e.m. 44 KB Plaatsing 2017.

¹⁹² Het is immers niet uitgesloten dat één deelgenoot, op basis van een rechtsgeldige volmacht, namens alle deelgenoten van de THV de offerte ondertekend.

10.2.2.6. Tijdstip en wijze van indiening offertes¹⁹³

De laattijdige indiening van een aanvraag tot deelneming of een offerte leidt tot een substantiële onregelmatigheid. Deze onregelmatigheid is niet alleen relevant voor de openbare of niet-openbare procedures, maar ook voor procedures met onderhandelingen. De laattijdigheid wordt bepaald aan de hand van het precieze tijdstip dat vermeld wordt in de aankondiging.

In principe geldt de regel dat bij overheidsopdrachten vanwege de Vlaamse overheid offertes elektronisch ingediend worden via e-Tendering. Eén van de (vele) voordelen van deze wijze van indiening is dat de traditionele discussies over de wijze van versturing van de offerte en over de plaats en het tijdstip van indiening in principe vermeden kunnen worden.

Als uitzonderlijk toch de mogelijkheid wordt geboden om papieren offertes in te dienen, moeten de regels voor de indiening en de opening van de offertes in het bestek worden vermeld. De indiening op papier kan ofwel per post, ofwel per drager gebeuren. In het eerste geval kan worden bepaald dat de offerte in een dubbele omslag moet worden ingediend. Bij de indiening per drager is het risico dat de offerte per ongeluk voortijdig zou worden geopend immers veel kleiner.

Als bij het verplicht gebruik van e-Tendering alsnog een papieren offerte wordt ontvangen, dan dient deze offerte als substantieel onregelmatig te worden beschouwd en uit de verdere procedure te worden geweerd. Hetzelfde geldt wanneer, ingeval een indiening van papieren offertes wordt toegestaan, een inschrijver de regels uit het bestek inzake de indiening en opening uit het bestek heeft geschonden waardoor de gelijkheid der inschrijvers in het gedrang komt.

10.2.2.7. Voorbehoud¹⁹⁴

Een offerte bevat een ‘voorbehoud’ wanneer de inschrijver probeert om voorwaarden op te leggen, die afwijken van het bestek, de reglementering inzake overheidsopdrachten of andere toepasselijke wetgeving.

Voorbeeld: een inschrijver verwijst in zijn offerte naar zijn ‘algemene voorwaarden’.

Ook wat dit betreft zal steeds geval per geval moeten worden afgewogen of het ‘voorbehoud’ betrekking heeft op een essentieel onderdeel van de overheidsopdracht of niet. Alleen in het eerste geval moet de offerte geweerd worden als substantieel onregelmatig.

Let op: als men een voorbehoud aanvaardt, dient hiermee in het verdere verloop van de overheidsopdracht rekening gehouden te worden. De goedgekeurde offerte heeft immers voorrang op de bepalingen uit het bestek!

10.2.2.8. Materiële fouten en rekenfouten¹⁹⁵

De aanbestedende overheid dient materiële fouten en rekenfouten in de offerte te corrigeren, rekening houdend met de werkelijke bedoeling van de inschrijver. Deze ‘werkelijke bedoeling’ kan bijvoorbeeld achterhaald worden op grond van een globale analyse van de offerte, een vergelijking met de andere offertes of met de marktprijzen.

Let op: enkel materiële fouten en rekenfouten kunnen gecorrigeerd worden. Andere fouten niet. Het is dan ook van belang om het verschil tussen een materiële fout of een rekenfout en andere fouten voor ogen te houden. Een rekenfout is het gevolg van een foute rekenkundige bewerking. Een materiële fout vloeit voort uit een verschrijving in de gebruikte termen van de berekening.

Voorbeeld: de offerte vermeldt: $3 \times 5 = 10$

Als de werkelijke bedoeling van de inschrijver $3 \times 5 = 15$ was, is er sprake van een **rekenfout**.

Als de werkelijke bedoeling van de inschrijver $2 \times 5 = 10$ was, is er sprake van een **materiële fout**.

De aanbestedende overheid kan eventueel contact opnemen met de inschrijver om zijn offerte aan te vullen of te preciseren. Dit kan ook gebruikt worden om de werkelijke bedoeling van de inschrijver te achterhalen. Weliswaar kan een inschrijver zijn offerte na de indiening niet meer wijzigen.

10.2.2.9. Verbetering van hoeveelheden en leemtes¹⁹⁶

In de praktijk gebeurt het geregeld dat de aanbestedende overheid bepaalde hoeveelheden in het bestek te hoog of te laag inschat. De inschrijvers kunnen dit, onder bepaalde voorwaarden, aangeven in hun offerte. De aanbestedende overheid dient in geval van een overheidsopdracht voor werken met deze verbeteringen enkel rekening te houden als ze worden verantwoord in een verantwoordingsnota.

Als de aanbestedende overheid aanvaardt dat een hoeveelheid in het bestek verkeerd werd ingeschat, worden de overeenkomstige posten in de offertes van alle inschrijvers naar verhouding aangepast.

Voor wat betreft de *rangschikking* van de inschrijvers komt de aanvaarde vermindering enkel de inschrijver ten goede die ze heeft gesignaleerd. De vermindering wordt niet doorgevoerd in de offertes van de inschrijvers die de vermindering niet hadden opgemerkt. De bedoeling van deze bepaling is dat de aanbestedende overheid er belang bij heeft dat inschrijvers haar attent maken op een te hoge inschatting van de hoeveelheden. Dit soort verbeteringen leidt immers tot een verlaging van het offertebedrag en dus tot een betere prijs. Om die reden worden opmerkelijke inschrijvers beloond. Vermeerderingen worden daarentegen ook voor de rangschikking toegepast op alle inschrijvingen.

Voorts dienen eventuele leemtes te worden aangevuld. Een 'leemte' is een onvolledigheid in hetzij de offerte, hetzij het bestek.

- Als de offerte een leemte bevat kan de aanbestedende overheid deze offerte in principe weren als substantieel onregelmatig. Zij kan de leemte echter ook zelf aanvullen door toepassing te maken van de zogenaamde leemteformule¹⁹⁷.
- Als een inschrijver vaststelt dat het bestek een leemte bevat en een bepaalde post ten onrechte niet is vermeld in de samenvattende opmeting, controleert de aanbestedende overheid de vaststelling van de inschrijver en verbetert ze volgens haar eigen bevindingen. Als de aanbestedende overheid de aanvulling van de inschrijver aanvaardt, past ze de aanvulling toe op de offertes van de andere inschrijvers. Voor die aanpassing maakt de aanbestedende overheid gebruik van een andere leemteformule¹⁹⁸. Let wel, bij leemtes in het bestek beschikt de aanbestedende overheid niet over de mogelijkheid de offerte als substantieel onregelmatig te bestempelen.

10.2.2.10. Abnormale prijzen¹⁹⁹

(1) Het algemene prijs- of kostenonderzoek²⁰⁰

Een aanbestedende overheid dient steeds na te gaan of de offertes abnormaal hoge of abnormaal lage prijzen of kosten bevatten, ook in het geval van een onderhandelingsprocedure.

Zowel een eenheidsprijs als de totaalprijs van de offerte kan 'abnormaal' zijn. Het abnormale karakter van een prijs of een kostencomponent kan (onder meer) worden afgeleid uit een vergelijking met de prijzen of kosten die worden vermeld in de andere offertes, en/of uit een vergelijking met de geldende marktprijzen of -kosten.

197 Artikel 86, §2, KB Plaatsing 2017.

198 Artikel 86, §3, KB Plaatsing 2017.

199 Artikelen 35 en 36 KB Plaatsing 2017.

200 Artikel 35 KB Plaatsing 2017.

Alvorens over te gaan tot het vragen van een echte prijs- of kostenverantwoording, kan de aanbestedende overheid in een eerste fase de inschrijvers vragen om haar, op basis van artikel 35 KB Plaatsing 2017, alle nodige inlichtingen over de prijs of kosten te verstrekken teneinde deze te kunnen onderzoeken.

(2) Het bijzondere prijs- en kostenonderzoek²⁰¹

Als de prijs of de kosten in een offerte na een onderzoek op grond van artikel 35 KB Plaatsing 2017 abnormaal lijkt of lijken te zijn, dient aan de inschrijver de mogelijkheid te worden geboden om deze prijs of kosten (schriftelijk) te verantwoorden²⁰². De aanbestedende overheid kan aldus niet op eigen houtje het vermoeden van abnormaliteit wegschrijven. De inschrijver dient ten minste twaalf kalenderdagen tijd te krijgen om zijn verantwoording aan te leveren.

Pas als blijkt dat het antwoord onvoldoende is, kan de offerte geweerd worden als substantieel onregelmatig. Niets belet weliswaar om aan de inschrijver eerst nog een tweede aanvullende verantwoording te vragen. Dat laatste is echter niet verplicht.

De strikte procedure voor de ondervraging moet steeds worden gevolgd in het kader van een openbare of niet-openbare procedure. Deze regeling is, behoudens andersluidende bepaling in het bestek, niet van toepassing op de MPMO, de VOMB en de OPZB voor zover het om een overheidsopdracht voor leveringen of diensten gaat met een geraamde waarde onder de Europese drempel of een overheidsopdracht voor werken met een geraamde waarde lager dan 500.000 euro. Doorgaans wordt geen gebruik gemaakt van een andersluidende bepaling in het bestek, aangezien abnormaliteiten in de prijszetting via de onderhandelingen worden uitgeklaard.

201 Artikel 36 KB Plaatsing 2017.

202 Artikel 36, §2, KB Plaatsing 2017.

De verantwoording van de inschrijver dient in elk geval voldoende concreet te zijn. De rechtspraak hierover is zeer streng. Als de verantwoording ontoereikend is, en het gaat om een niet-verwaarloosbare post, dient de offerte in principe geweerd te worden als substantieel onregelmatig.

Volgens het KB Plaatsing 2017 kan de verantwoording verband houden met:

- 1° de doelmatigheid van het bouwproces, van het productieproces van de producten of van de dienstverlening;
- 2° de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver kan profiteren bij de uitvoering van de werken, de levering van de producten of het verlenen van de diensten;
- 3° de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
- 4° de eventuele ontvangst van rechtmatig toegekende overheidssteun door de inschrijver.

Deze opsomming is echter niet limitatief. Een inschrijver kan ook op andere gronden de schijnbare abnormaliteit van de prijzen in zijn offerte weerleggen. Daarenboven kan de aanbestedende overheid de ontvangen motieven verder aanvullen en onderbouwen met eigen motieven. In dat laatste geval zal de aanbestedende overheid de betrokken inschrijver wel de kans moeten geven om te reageren op deze bijkomende motieven.

Een aanbestedende overheid beschikt over een zekere appreciatiemarge om te beslissen of ze al dan niet om een prijs- of kostenverantwoording verzoekt. Onder meer voor verwaarloosbare posten zal het doorgaans niet nodig/opportuun zijn om een verantwoording van de eenheidsprijs te vragen. Als voor een verwaarloosbare post alsnog een verantwoording wordt gevraagd, en de inschrijver slaagt er niet in de prijs of de kost afdoende te verantwoorden, leidt dit niet tot de substantiële onregelmatigheid van de offerte.

(3) Het vermoeden van abnormale totaalprijs²⁰³

In geval van een overheidsopdracht voor werken of een overheidsopdracht voor diensten uit de fraudegevoelige sector waarbij de economisch meest voordelige offerte louter op basis van de prijs wordt bepaald, is de aanbestedende overheid verplicht om een prijsverantwoording te vragen voor het totaalbedrag van een offerte als volgende voorwaarden vervuld zijn:

- er werden minstens vier offertes ingediend;
- het totaalbedrag van de offerte ligt minstens vijftien percent onder het gemiddelde bedrag van de door de inschrijvers ingediende, al dan niet als regelmatig gekwalificeerde²⁰⁴, offertes,
- dit gemiddelde bedrag wordt als volgt berekend:
 - indien het aantal offertes gelijk is aan of groter is dan zeven, door zowel de laagste offerte uit te sluiten als de hoogste offertes die samen een vierde van het aantal ingediende offertes vormen. Indien dit aantal niet deelbaar is door vier, wordt het vierde naar de hogere eenheid afgerond;
 - indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.

Bovenstaand vermoeden van abnormale totaalprijs is evenzeer van toepassing voor overheidsopdrachten voor werken en diensten in de fraudegevoelige sector waarbij de economisch meest voordelige offerte op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding wordt bepaald en waar de prijs voor 50% of meer doorweegt.

Voor de overheidsopdrachten voor leveringen en de diensten in de niet-fraudegevoelige sector waarvan de economisch meest voordelige offerte enkel op basis van de prijs wordt bepaald, kan in het bestek, zoals hoger aangegeven (zie punt 6.4.17.), een vermoeden van abnormale totaalprijs

203 Artikel 36, §4, KB Plaatsing 2017.

204 Manifest onregelmatige offertes kunnen uit de berekening worden geweerd. Onder manifest onregelmatig offertes lijken de offertes te moeten worden begrepen, waarvan de aangeboden prijzen dermate afwijken dat ze de berekening van het wettelijk gemiddelde zouden scheeftrekken.

worden ingesteld. Conform het *patere legem*-beginsel, zal de aanbestedende overheid haar eigen besteksbeplanning ook moeten toepassen en aldus tot een onderzoek van de offertes moeten overgaan die behept zijn met het vermoeden van abnormaliteit conform het (eventueel verhoogde) percentage dat in het bestek werd bepaald.

Let wel: het vermoeden inzake de abnormaal lage totaalprijs is evenmin, en behoudens andersluidende bepaling in het bestek, van toepassing wanneer gebruik wordt gemaakt van een onderhandelingsprocedure waarvan de geraamde waarde lager is dan de Europese drempels (leveringen en diensten) of 500.000 euro (werken).

10.3. Gunningsfase²⁰⁵

Pas na het onderzoek van de regelmatigheid van de offertes, kan een rangschikking worden opgesteld.

Als varianten toegestaan of vereist werden, dient één enkele rangschikking te worden opgesteld waarin zowel de basisoffertes als de varianten zijn opgenomen. Als vrije varianten mogen worden voorgesteld, beslist de aanbestedende overheid welke vrije varianten ze al dan niet meeneemt in de rangschikking.

In geval van verplichte of toegestane opties, dient de kostprijs van deze opties te worden inbegrepen in de prijs voor de rangschikking van de offertes. Inzake de vrije opties beslist de aanbestedende overheid welke vrije opties ze in aanmerking neemt voor de bepaling van de economisch meest voordelige offerte. Als een inschrijver, in geval van een overheidsopdracht waarvan de economisch meest voordelige offerte enkel op basis van de prijs of kosten wordt bepaald, aan een vrije of toegestane optie een meerprijs of een andere tegenprestatie heeft verbonden, wordt die vrije optie buiten beschouwing gelaten voor zover zulks mogelijk is. Zo niet moet de regelmatigheid van de betrokken offerte worden gecontroleerd.

Let op: de aanbestedende overheid is nooit verplicht om een optie te bestellen. Ook als zij een vrije optie in aanmerking neemt voor de rangschikking kan de inschrijver daaruit geen recht putten om de optie uit te voeren.

Bij overheidsopdrachten die verdeeld zijn in percelen dienen de percelen samen te worden beschouwd, rekening houdend met eventuele prijsverminderingen of verbetervoorstellen.

Als verscheidene inschrijvers bij een overheidsopdracht gelijk gerangschikt worden als economisch meest voordelige offerte, moet aan deze inschrijvers worden verzocht om schriftelijke prijsverminderingen of verbetervoorstellen voor hun offerte in te dienen.

Als er daarna nog gelijk gerangschikte offertes zijn, dient een loting te worden georganiseerd waartoe de betrokkenen worden uitgenodigd.

11. Goedkeuring gunningsbeslissing

11.1. Advies IF

Sinds het in werking treden van het Besluit van de Vlaamse Regering ter uitvoering van de Vlaamse Codex Overheidsfinanciën (BVCO), is er geen advies van IF vereist over de selectiebeslissing.

Voor het advies over het voorstel tot gunning gelden dezelfde drempels als voor het advies over het ontwerpbestek (zie kader in hoofdstuk 7). Ook hier moet rekening gehouden worden met de geraamde waarde en niet met het effectieve gunningsbedrag. Wanneer de werkelijke uitgave boven de drempel uitkomt, terwijl de raming onder de drempel lag, moet het dossier enkel worden voorgelegd als het gunningsbedrag de raming met meer dan 20% overschrijdt.

Omgekeerd moet een dossier dat initieel boven de drempel geraamd werd en dus ook in een eerdere fase al werd voorgelegd, opnieuw naar IF gaan zelfs al zou de werkelijke uitgave onder de drempel vallen.

Bij overheidsopdrachten die geplaatst worden door middel van een openbare of niet-openbare procedure met de prijs als enige gunningscriterium en waarbij de aanbestedende overheid voorstelt de opdracht niet aan de laagste inschrijver toe te wijzen, dient ook steeds verplicht advies gevraagd te worden.

Eén en ander heeft dus tot gevolg dat voor elk dossier dat in de besteksfase moest worden voorgelegd aan IF, dit ook in de gunningsfase het geval is.

Drempelbedragen gunning minister		
Openbare of niet-openbare procedure		
Werken	Leveringen	Diensten
20.000.000 €	10.000.000 €	5.000.000 €
MPMO, VOMB, concurrentiegericht dialogo		
Werken	Leveringen	Diensten
10.000.000 €	5.000.000 €	2.500.000 €
Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking		
Werken	Leveringen	Diensten
2.000.000 €	1.000.000 €	500.000 €

11.2. Beslissingsbevoegdheid

Het uitgangspunt inzake de delegatie van bepaalde beslissingsbevoegdheden is hetzelfde als inzake de goedkeuring van het bestek. De Vlaamse regering blijft in beginsel algemeen bevoegd maar heeft opnieuw een aantal bevoegdheden gedelegeerd. De concretisering van de delegatieregels doet zich inzake de goedkeuring van de gunningsbeslissing echter iets anders voor. Zo wordt er voor wat de delegatieregels betreft bij de goedkeuring van de gunningsbeslissing wel rekening gehouden met het goed te keuren offertebedrag i.p.v. de raming.

Minister

In tegenstelling tot hetgeen het geval is bij de goedkeuring van het bestek, zijn de bevoegdheden van de minister voor de goedkeuring van de gunningsbeslissing wel beperkt (zie tabel). Alle opdrachten die in waarde deze drempels overschrijden moeten goedgekeurd worden door de voltallige Vlaamse Regering.

Secretaris-generaal / administrateur-generaal

Voor het hoofd van het departement en de hoofden van de agentschappen gelden dezelfde delegatiedrempels als bij de goedkeuring van het bestek (zie tabel in hoofdstuk 7).

Daarnaast worden in verschillende besluiten van het hoofd van het departement of de hoofden van de agentschappen, bevoegdheden inzake overheidsopdrachten verder gedelegeerd naar het niveau afdelingshoofd. De drempelbedragen verschillen afhankelijk van de entiteit en worden daarom niet opgenomen.

12. Informatie – wachttermijn – sluiting

Enmaal er een beslissing is genomen in het kader van een plaatsingsprocedure, dient deze ook te worden meegedeeld aan de betrokkenen. Het moment en de wijze waarop dit dient te gebeuren, maken het voorwerp uit van strikte regels. Het is immers de bedoeling om de rechten van de betrokkenen te waarborgen en hun de kans te geven deze rechten optimaal te vrijwaren. Dat kan uiteraard pas als de partijen op de hoogte zijn van de inhoud van die beslissing.

Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen enerzijds de verplichting om de inschrijvers informatie te verstrekken over de genomen beslissing en anderzijds de eventuele termijn die hen geboden wordt om tegen de beslissing een rechtsmiddel in te stellen (wachttermijn).

12.1. Informatie

12.1.1. Algemene regeling

De Informatieverplichting is van toepassing op elke overheidsopdracht (enige uitzondering hierop zijn de opdrachten van beperkte waarde waarvan de raming lager is dan 30.000 euro). Enkel de mate waarin informatie dient gegeven te worden verschilt naargelang het goed te keuren bedrag van de overheidsopdracht lager of hoger is dan 139.000 euro (excl. BTW).

Elk van beide hypothesen hebben wel volgende zaken gemeenschappelijk:

- i. De informatieverplichtingen spelen op drie momenten, namelijk:
 - wanneer (in het kader van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure in twee fases) een selectiebeslissing werd genomen;
 - wanneer een gunningsbeslissing werd genomen en
 - wanneer werd beslist de overheidsopdracht niet te plaatsen en/of over te gaan tot het uitschrijven van een nieuwe overheidsopdracht.

Hierbij hebben de kandidaten, inschrijvers en derden geen recht op inzage in de documenten betreffende de procedure zolang er geen definitieve beslissing werd genomen over de selectie van de kandidaten, de regelmatigheid van de offertes, de gunning van de overheidsopdracht of de beslissing om af te zien van het plaatsen van de overheidsopdracht, naargelang het geval.

- ii. De informatieverplichting gaat bovendien nooit zover dat gegevens worden meegedeeld in strijd met het openbaar belang, de toepassing van het recht, de rechtmatige commerciële belangen van ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen ondernemingen.

Dit laatste element vereist een zorgvuldige afweging in hoofde van de aanbestedende overheid die geconfronteerd wordt met een vraag naar toepassing van haar informatieverplichtingen. Heeft deze vraag niet als verdoken doel om de commerciële strategie van concurrenten te achterhalen? De aanbestedende overheid zal steeds geval per geval moeten afwegen of er voorrang moet worden gegeven aan de informatieplicht dan wel aan de bescherming van bijvoorbeeld de commerciële belangen van de concurrerende ondernemers.

Voorbeeld: eenheidsprijzen zullen vaak niet worden meegedeeld in het kader van een vraag om informatie, omdat vermoed kan worden dat de mededeling ervan aan een concurrent de rechtmatige belangen van een andere ondernemer kan schaden.

- iii. Een ander gemeenschappelijk kenmerk is dat in de informatie steeds melding moet gemaakt worden van de instantie die bevoegd is om zich uit te spreken over de rechtsmiddelen die tegen de beslissing kunnen worden aangevoerd, te dezen de Raad van State. Ook moet melding worden gemaakt van de geldende vormvoorschriften en de toepasselijke termijnen om beroep aan te tekenen tegen de beslissing. Deze meldingsplicht vindt zijn oorsprong niet in de wetgeving inzake overheidsopdrachten, maar in de organieke wetgeving op de Raad van State. De precieze draagwijdte van deze verplichting is niet zo duidelijk, maar er mag worden aangenomen dat het volstaat te vermelden dat een termijn van vijftien dan wel zestig dagen openstaat met het oog op het instellen van respectievelijk een vordering tot schorsing bij uiterst dringende noodzakelijkheid en een vordering tot vernietiging bij de Raad van State.
- iv. Tenslotte dient de noodzakelijke informatie dubbel te worden verstrekt. Enerzijds moet de informatie via elektronische communicatiemiddelen worden verstuurd (i.e. per e-mail op het e-mailadres dat op het offerteformulier werd vermeld). Anderzijds moet deze informatie dezelfde dag ook per aangetekende zending worden verstuurd.

12.1.2. Overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag dat niet meer bedraagt dan 139.000 euro

Voor overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag dat niet meer bedraagt dan 139.000 euro geldt een beperktere informatieplicht, met name ten aanzien van de aard van de informatie die de aanbestedende overheid dient mee te delen.

- a) Als de plaatsingsprocedure een aparte fase mét indiening van aanvragen tot deelneming omvat, zal aan elke niet-geselecteerde kandidaat het feit van zijn niet-selectie onmiddellijk na de selectiebeslissing moeten worden meegedeeld.

Desgewenst kan deze kandidaat, binnen een termijn van dertig dagen, aan de aanbestedende overheid de motivering van zijn niet-selectie opvragen. De aanbestedende overheid dient deze informatie binnen een termijn van vijftien dagen na ontvangst van het verzoek mee te delen.

b) Als de plaatsingsprocedure in één fase gebeurt, dient pas na het nemen van de gunningsbeslissing enige informatie meegedeeld te worden.

Het betreft in dat geval volgende informatie:

- aan elke niet-geselecteerde kandidaat of inschrijver, dat hij niet is geselecteerd;
- aan elke inschrijver met een geweerde of niet-gekozen offerte dat zijn offerte is geweerd of niet is gekozen;
- aan de gekozen inschrijver dat hij is gekozen.

Opnieuw kunnen alle kandidaten/inschrijvers binnen een termijn van dertig dagen aan de aanbestedende overheid de motivering van de beslissing opvragen. Als de kandidaat/inschrijver niet geselecteerd werd of onregelmatig werd bevonden, dient de aanbestedende overheid hem binnen een termijn van vijftien dagen de motivering hiervoor te bezorgen door middel van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing. Aan de gekozen en niet gekozen inschrijvers dient de aanbestedende overheid de gemotiveerde gunningsbeslissing te bezorgen.

Als werd beslist een overheidsopdracht niet te plaatsen, deelt de aanbestedende overheid deze beslissing onmiddellijk mee aan alle betrokken kandidaten of inschrijvers. Vervolgens kunnen alle kandidaten of inschrijvers binnen een termijn van dertig dagen de motieven van deze beslissing opvragen. Opnieuw zal de aanbestedende overheid deze motieven binnen een termijn van vijftien dagen moeten meedelen.

Als de aanbestedende overheid dat wenst, kan zij ervoor opteren zelf het initiatief te nemen tot mededeling van de relevante informatie, en meteen overgaan tot bekendmaking van de bovenvermelde documenten, zodat het opvragen van informatie overbodig wordt. Om de administratieve last

zowel voor de aanbestedende overheid als voor de betrokken inschrijvers zo veel mogelijk te verminderen, wordt deze werkwijze aangeraden.

12.1.3. Overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag boven 139.000 euro

Voor overheidsopdrachten met een goed te keuren bedrag dat 139.000 euro overschrijdt, wordt van de aanbestedende overheid hoe dan ook een groter eigen initiatief verwacht.

- a) Als de plaatsingsprocedure een aparte fase mét indiening van aanvragen tot deelneming omvat, zoals de niet-openbare procedures, dient de aanbestedende overheid meteen na het nemen van een selectiebeslissing het nodige te doen voor de mededeling ervan aan iedere niet-geselecteerde kandidaat.

Deze mededeling omvat de motieven voor de niet-selectie van de betrokken kandidaat dan wel de gemotiveerde selectiebeslissing, als er sprake is van een beperking van het aantal geselecteerde kandidaten op basis van een rangschikking. Deze informatie moet onmiddellijk worden meegedeeld, en hoe dan ook mag de uitnodiging tot het indienen van een offerte niet worden verzonden aan de geselecteerde kandidaten vooraleer de hierboven vernoemde informatie naar de niet-geselecteerde kandidaten is vertrokken.

- b) Als de plaatsingsprocedure in één fase gebeurt, zoals de openbare procedures, dient pas na het nemen van de gunningsbeslissing enige informatie meegedeeld te worden.

Het betreft in dat geval volgende informatie:

- aan elke niet-geselecteerde kandidaat of inschrijver, de motieven voor zijn niet-selectie, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;
- aan elke inschrijver van wie de offerte onregelmatig is bevonden, de motieven voor de wering, in de vorm van een uittreksel van de gemotiveerde beslissing;

- aan elke inschrijver met een niet-gekozen offerte, de gemotiveerde beslissing;
- aan de gekozen inschrijver, de gemotiveerde beslissing.

Als de aanbestedende overheid een wachttermijn dient te respecteren, op grond van een juridische verplichting of op grond van een eigen keuze, dient zij in de kennisgeving ook melding te maken van de exacte duur van die wachttermijn. Daarnaast moet zij de geadresseerde aanbevelen om de aanbestedende instantie binnen die termijn per fax, e-mail “of een ander elektronisch” middel te verwittigen als hij een schorsingsvordering instelt tegen de desbetreffende beslissing. Tevens moet melding worden gemaakt van het faxnummer of het e-mailadres waarnaar laatstgenoemde verwittiging moet worden verzonden.

Specifiek voor de mededeling van gunningsbeslissingen schrijft de regelgeving ook de wijze voor waarop zij moet gebeuren, namelijk per fax, e-mail “of een ander elektronisch middel”. Deze mededeling moet op dezelfde dag bevestigd worden bij aangetekende zending.

Het feit dat de gemotiveerde beslissing ook wordt meegedeeld aan de gekozen inschrijver, impliceert niet dat er al een contractuele band ontstaat tussen hem en de aanbestedende overheid. Dat gebeurt pas bij de sluiting van de opdracht.

Als werd beslist een overheidsopdracht niet te plaatsen, deelt de aanbestedende overheid de gemotiveerde beslissing hieromtrent onmiddellijk mee aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

12.1.4. Overheidsopdrachten waar onderhandelingen mogelijk zijn

Bij een overheidsopdracht die door middel van MPMO of een OPZB wordt geplaatst en waarvan de raming de Europese drempels bereikt, geldt een specifieke regeling. Bij dergelijke procedures kan elke inschrijver die een regelmatige offerte heeft ingediend, informatie opvragen over het verloop en de voortgang van de onderhandelingen. De aanbestedende overheid moet deze vragen zo spoedig mogelijk, en uiterlijk binnen de vijftien dagen na ontvangst van de vraag, beantwoorden. Bij het beantwoorden van deze vragen moet de aanbestedende overheid wel steeds de gelijkheid van de inschrijvers en de vertrouwelijkheid van de procedure zoveel als mogelijk trachten te respecteren.

12.2. Wachttermijn

De informatieplicht vormt maar een onderdeel van het waarborgen van de rechten van de partijen. Teneinde die rechten effectief ook te kunnen beschermen last de wetgever, vanaf bepaalde drempels, een wachttermijn of een standstill-periode in. Dit houdt in dat de sluiting van de overheidsopdracht gedurende een bepaalde periode uitgesteld wordt.

De gunning is de loutere administratieve beslissing om de overheidsopdracht aan een bepaalde inschrijver toe te kennen. Het is pas bij de sluiting dat een contractuele band tot stand komt tussen de aanbestedende overheid en de begunstigde.

In ieder geval moet een wachttermijn gerespecteerd worden, als:

- de waarde van de overheidsopdracht de Europese drempels overschrijdt;
- er sprake is van een overheidsopdracht voor werken waarvan het goed te keuren bedrag de helft van de Europese drempel overschrijdt.

Uitzonderingen op deze verplichting om een wachttermijn te respecteren zijn gevallen waarin de enige betrokken inschrijver diegene is waaraan de overheidsopdracht wordt gegund, en er dus geen andere kandidaten

zijn, en de concrete opdrachten (of bestellingen) die in het kader van een raamovereenkomst worden geplaatst.

Ook wanneer er geen verplichting bestaat om een wachttermijn in acht te nemen, kan de aanbestedende overheid ervoor kiezen dat wel te doen. Eens die keuze werd gemaakt, moet ze natuurlijk ook gevolgd worden en wordt de regeling inzake de wachttermijn bindend voor de aanbestedende overheid, die er niet meer van kan afwijken. Het in acht nemen van een vrijwillige wachttermijn wordt in de meeste gevallen echter afgeraden.

De wachttermijn houdt in dat de aanbestedende overheid gedurende vijftien dagen, te rekenen vanaf de dag nadat de informatie over de gunningsbeslissing werd meegedeeld, geen uitvoering mag geven aan haar gunningsbeslissing, en met name niet mag overgaan tot sluiting van de overheidsopdracht. Als een schorsingsverzoek wordt ingediend binnen deze termijn, wordt de wachttermijn verlengd met de duur van de schorsingsprocedure.

Gedurende de wachttermijn wordt de verbintenistermijn van de inschrijvers geschorst. Deze termijn blijft geschorst indien een vordering tot schorsing werd ingesteld, totdat de bevoegde verhaalinstantie heeft beslist over deze vordering. Nochtans kan de schorsingsperiode nooit langer zijn dan vijfenveertig dagen.

Sluiting van de overheidsopdracht is slechts mogelijk – naargelang het geval – vanaf de zestiende dag na mededeling van de informatie over de gunningsbeslissing (wanneer geen schorsing werd gevorderd) dan wel na afloop van de schorsingsprocedure (als het schorsingsverzoek werd verworpen).

Uitvoeringsdaden van de gunningsbeslissing die voorbijgaan aan de verplichtingen die voortvloeien uit de wachtperiode, zijn van rechtswege geschorst, indien de instantie die uitspraak moet doen over de schorsing van de gunningsbeslissing, inderdaad overgaat tot schorsing. Zo nodig zal de uitvoering van de overheidsopdracht moeten worden stopgezet, als zij werd aangevat met miskennis van de regeling inzake de wachttermijn. Nochtans wordt deze schorsing opgeheven indien geen vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of onverbindendverklaring

van de overheidsopdracht werd ingediend binnen de ter zake geldende vervalttermijnen.

12.3. Sluiting

12.3.1. Binnen de verbintenistermijn

Als de wachttijd zonder problemen tot een einde is gekomen, kan de opdracht worden gesloten en komt een overeenkomst tot stand. Dat kan gebeuren (in het kader van een onderhandelingsprocedure) door de ondertekening van een klassiek contract, maar normaal gezien gebeurt de sluiting door de betekening van de gunningsbeslissing aan de gekozen inschrijver. De offerte wordt immers beschouwd als een bindend bod, dat door de gunningsbeslissing van de aanbestedende overheid werd aanvaard, zodat er tussen partijen wilsovereenstemming is en er aldus een verbintenis ontstaat.

De aanvaarding van het aanbod door de aanbestedende overheid gebeurt via de e-procurementapplicaties, per fax of per e-mail, en dit bericht wordt dezelfde dag bevestigd via een aangetekende zending.

Onder normale omstandigheden gebeurt de sluiting binnen de verbintenistermijn, zijnde de termijn gedurende dewelke de inschrijver zich heeft geëngageerd zijn offerte te handhaven. Artikel 58 KB Plaatsing 2017 voorziet standaard in een termijn van negentig dagen, te rekenen vanaf de uiterste datum voor ontvangst, gedurende dewelke de offerte van de inschrijvers “bevroren” wordt. De aanbestedende overheid kan evenwel in het bestek een andere termijn bepalen. In de regel wordt binnen het Beleidsdomein MOW een verbintenistermijn van honderdtwintig dagen toegepast.

Binnen deze termijn dient de aanbestedende overheid haar goedkeuring te hebben meegedeeld aan de inschrijver – met andere woorden, dient het bericht tot sluiting via de e-procurementapplicaties, de fax of e-mail verzonden te zijn en dient de aangetekende zending afgestempeld te zijn.

12.3.2. Buiten de verbintenistermijn

Als het toch niet haalbaar blijkt over te gaan tot gunning en sluiting binnen de verbintenistermijn, kan de aanbestedende overheid, voor het einde van de verbintenistermijn aan de inschrijvers een vrijwillige verlenging vragen. Dergelijke verlenging van de verbintenistermijn wordt echter afgeraden, aangezien hieraan heel wat moeilijkheden verbonden zijn. Zo stellen zich onder meer volgende vragen, waarvoor in de wetgeving geen duidelijk antwoord werd opgenomen:

- aan welke inschrijvers mag dergelijke vraag worden gesteld?
- wat kunnen de inschrijvers antwoorden?

Tip: als het niet haalbaar blijkt over te gaan tot gunning en sluiting binnen de verbintenistermijn, wacht de aanbestedende overheid best tot de verbintenistermijn effectief verstreken is vooraleer de inschrijvers te bevragen.

Als de termijn toch verstrijkt, zonder dat de opdracht effectief gesloten werd, kan volgende procedure²⁰⁶ toegepast worden:

- in eerste instantie vraagt de aanbestedende overheid schriftelijk of de inschrijver van wie de offerte als economisch meest voordelige werd gerangschikt of hij instemt met het behoud van zijn offerte. Als de ondervraagde inschrijver bevestigend, en zonder voorbehoud, instemt, kan de aanbestedende overheid overgaan tot gunning en sluiting van de opdracht;
- als de ondervraagde inschrijver slechts instemt met het behoud van zijn offerte mits een wijziging van de inhoud van zijn offerte, kan slechts tot gunning en sluiting worden besloten als:
 - a. de wijziging verantwoord wordt op grond van omstandigheden die zich na de uiterste datum voor ontvangst van de offertes hebben voorgedaan; en
 - b. de gewijzigde offerte nog steeds de economisch meest voordelige offerte blijft.

Als één van beide voorwaarden niet vervuld is of de ondervraagde inschrijver weigert in te stemmen met het behoud van zijn offerte, richt de aanbestedende overheid zich tot de overige inschrijvers. Het aanschrijven van de overige inschrijvers kan op twee manieren gebeuren:

- hetzij achtereenvolgens, volgens de rangschikking, door het aanschrijven van de overige inschrijvers. In dit geval mogen de ondervraagde inschrijvers evenzeer een wijziging van hun offerte vragen, maar zal de overheidsopdracht enkel op grond van de gewijzigde offerte kunnen worden gegund indien de wijziging werd verantwoord op basis van omstandigheden die zich na de uiterste ontvangstdatum hebben voorgedaan en de gewijzigde offerte de economisch meest voordelige offerte blijft.
- hetzij gelijktijdig alle overblijvende regelmatige inschrijvers aanschrijven. Ook hier kunnen wijzigingen aan de ingediende offertes worden voorgesteld op voorwaarde dat de wijzigingen zijn gegrond op basis van omstandigheden die zich na de uiterste ontvangstdatum hebben voorgedaan. Onder deze hypothese wordt een nieuwe rangschikking opgemaakt waarbij ook de gewijzigde offerte van de initieel als best gerangschikte inschrijver wordt meegenomen althans voor zover de wijziging van deze offerte ook is gegrond op basis van omstandigheden die zich na de uiterste ontvangstdatum hebben voorgedaan.

Als de verbintenistermijn verstrijkt zonder dat tot sluiting kon worden overgegaan, kan de aanbestedende overheid uiteraard ook tot stopzetting van de procedure beslissen.

13. Uitvoeringsfase

13.1. Inleiding

De uitvoering van een overheidsopdracht is onderworpen aan een aantal specifieke regels die afwijken van de gemeenrechtelijke regels van het verbintenissenrecht. Die regels werden vastgelegd in het KB Uitvoering van 14 januari 2013, zoals gewijzigd bij KB van 22 juni 2017. Ze vormen als het ware het algemeen contractueel kader waarbinnen de aanbestedende overheid overeenkomsten aangaat met derden.

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste fasen, onderdelen en incidenten besproken die zich kunnen voordoen tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht.

13.2. Opstart van de overheidsopdracht

Bij aanvang van de overheidsopdracht moet de opdrachtnemer een aantal zaken in orde brengen die de aanbestedende overheid moet controleren. Verder moet de aanbestedende overheid op eigen initiatief een aantal acties ondernemen. In dit onderdeel worden de belangrijkste daarvan besproken.

13.2.1. Verzekeringen²⁰⁷

Om te beginnen moet de aanbestedende overheid nagaan of de opdrachtnemer over de correcte verzekeringen beschikt. Het is van groot belang om bij aanvang zorgvuldig na te gaan of de voorwaarden van de verzekeringen die de opdrachtnemer heeft afgesloten (gedekte risico's, verzekerd bedrag, franchise...) overeenstemmen met de bepalingen die in het bestek waren opgenomen. Om dit onderzoek te vereenvoudigen voor de aanbestedende overheid moet de opdrachtnemer het bewijs van de overeenstemming leveren aan de hand van een attest. Dat bewijs moet binnen dertig dagen na het sluiten van de overheidsopdracht voorgelegd worden.

De opdrachtnemer dient zich minimaal te verzekeren voor arbeidsongevallen en burgerrechtelijke aansprakelijkheid. Afhankelijk van de aard van de overheidsopdracht kunnen daarnaast in het bestek nog andere verzekeringen worden opgelegd (zie punt 6.5.3.1.6.).

13.2.2. Aanvangsbevel²⁰⁸

Bij overheidsopdrachten voor werken dient, alvorens de opdrachtnemer effectief aan de uitvoering van de overheidsopdracht mag beginnen, de aanbestedende overheid een aanvangsbevel te geven waarin de aanvangsdatum van de overheidsopdracht wordt bepaald. Overheidsopdrachten voor leveringen of diensten vatten in principe aan op de dag na sluiting van de overheidsopdracht of op de dag van de bestelling, als het bestek dit heeft voorzien.

Het aanvangsbevel legt de dag vast waarop de uitvoering van de werken begint. Deze dag vormt de eerste dag van de uitvoeringstermijn. De opdrachtnemer is verplicht de werken op die dag aan te vatten.

Het KB Uitvoering 2017 bepaalt een aantal termijnen waarbinnen het aanvangsbevel moet worden gegeven. Die termijnen zijn afhankelijk van de erkenningsklasse van de werken en de aard van de werken. De aanbestedende overheid moet volgende termijnen respecteren bij het bepalen van de aanvangsdatum:

- voor werken waarvan het opdrachtbedrag overeenstemt met of lager ligt dan een klasse vijf moet de aanvangsdatum zich situeren tussen de vijftiende en zestigste dag volgend op de dag van de sluiting van de overheidsopdracht;
- voor werken waarvan het opdrachtbedrag overeenstemt met of hoger ligt dan een klasse zes moet de aanvangsdatum zich situeren tussen de dertigste en vijfenzeventigste dag volgend op de dag van de sluiting van de overheidsopdracht;
- voor werken waarvoor bijzondere technieken of materialen moeten worden aangewend ligt de aanvangsdatum, ongeacht de klasse, tussen de dertigste en vijfenzeventigste dag volgend op de dag van de sluiting

van de overheidsopdracht. De opdrachtdocumenten moeten bepalen of dit geval effectief op de opdracht toepasselijk is.

Bij het geven van het aanvangsbevel moet de aanbestedende overheid er bovendien steeds rekening mee houden dat er vijftien dagen moeten verlopen tussen de dag van verzending van het aanvangsbevel en de effectieve aanvangsdatum. De termijn die tussen de sluiting (en het aanvangsbevel) en de daadwerkelijke aanvang van de uitvoering moet worden gelaten, moet de opdrachtnemer toelaten zijn werkzaamheden voor te bereiden, bijvoorbeeld door de nodige bestellingen te plaatsen bij zijn leveranciers.

Het kan van belang zijn om bij het vaststellen van de aanvangsdatum slim om te gaan met de voorziene termijnen. Op die manier kunnen schadevergoedingseisen beperkt, en in sommige gevallen zelfs volledig vermeden, worden. Daarbij moet er bijvoorbeeld rekening mee worden gehouden dat een bevel tot schorsing van de overheidsopdracht tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht in de praktijk systematisch aanleiding geeft tot schadevergoedingseisen. In sommige gevallen kan het dus aangewezen zijn om de termijn zoveel mogelijk uit te putten.

Voorbeeld: als de onteigeningsprocedures nog niet afgerond zijn, of nutsleidingen nog niet verplaatst werden, wacht de aanbestedende overheid best zo lang mogelijk met het geven van het aanvangsbevel.

Tegelijk moet er weliswaar over gewaakt worden dat de reglementaire termijn niet wordt overschreden. Ook dat kan immers aanleiding geven tot een schadevergoedingseis van de opdrachtnemer. Een uitzonderlijk laattijdig aanvangsbevel kan er zelfs toe leiden dat de opdrachtnemer ervoor opteert de verbreking van de overheidsopdracht te vragen. Dat laatste is echter enkel mogelijk wanneer het aanvangsbevel meer dan honderdtwintig of honderdvijftig dagen na het sluiten van de overheidsopdracht wordt gegeven.

13.2.3. Borgtocht²⁰⁹

13.2.3.1. Borgstelling²¹⁰

De borgtocht kan worden omschreven als een financiële garantie die door de opdrachtnemer aan de aanbestedende overheid ter beschikking wordt gesteld als waarborg voor de volledige en goede uitvoering van de opdracht.

Tenzij het bestek een langere termijn bepaalt, is de opdrachtnemer verplicht de borgtocht te stellen binnen dertig dagen na het sluiten van de opdracht.

De manier waarop de opdrachtnemer de borgtocht stelt, is zijn vrije keuze. (zie punt 6.5.3.1.7.3.).

13.2.3.2. Verzuim van borgstelling²¹¹

Als de borg niet gesteld werd binnen de termijn van dertig dagen, stelt de aanbestedende overheid de opdrachtnemer, met een aangetekende zending of een daarmee gelijkgestelde elektronische zending, in gebreke. Die opdrachtnemer beschikt vervolgens over een termijn van vijftien dagen vanaf de datum van verzending van de aangetekende zending om de borgtocht alsnog te stellen.

Als de borg echter niet binnen de bijkomende termijn van vijftien dagen wordt gesteld, kan de aanbestedende overheid:

- ofwel overgaan tot een 'ambtshalve borgstelling' via afhouding van de bedragen die aan de opdrachtnemer verschuldigd zijn voor de uitvoering van de overheidsopdracht. In dat geval wordt een bijkomende straf opgelegd van 2% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag;
- ofwel ambtshalve maatregelen nemen.

Let op: de beslissing om over te gaan tot ambtshalve borgstelling moet weloverwogen worden genomen. Is de laattijdige borgstelling het gevolg van een loutere vergetelheid van de opdrachtnemer, dan lijkt een ambtshalve borgstelling aangewezen. Vaak zal het niet stellen van de waarborg echter een teken aan de wand zijn in verband met de financiële situatie van de opdrachtnemer. In dat geval zal het nemen van ambtshalve maatregelen, en de overheidsopdracht op die manier verbreken, dan ook de enige nuttige oplossing zijn.

13.2.3.3. Overdracht van de borgtocht²¹²

In geval van een verlenging van de oorspronkelijke overheidsopdracht wordt de borgtocht, behoudens andersluidende bepaling in het bestek van rechtswege overgedragen. Met andere woorden: na afloop van de initiële periode (bijv. het eerste jaar) wordt de borgtocht niet vrijgegeven, maar blijft deze behouden voor de volgende periode (bijv. het tweede jaar). Zo nodig zal het bedrag ervan wel moeten worden aangepast. Deze mogelijkheid werd gecreëerd met het oog op administratieve vereenvoudiging.

De overdracht van de borgtocht wordt verondersteld een recht te zijn van de opdrachtnemer. Als de aanbestedende overheid dat recht wil inperken, moet ze de nodige bepalingen opnemen in het bestek.

13.2.3.4. Rechten van de aanbestedende overheid op de borgtocht²¹³

De borgtocht geldt als onderpand ten aanzien van de aanbestedende overheid. De aanbestedende overheid heeft dan ook het recht om van de borgtocht de sommen af te houden die haar toekomen ten gevolge van het in gebreke blijven van de opdrachtnemer of in geval van gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering van de overheidsopdracht door de opdrachtnemer. In principe dient elk bedrag dat aan de aanbestedende overheid verschuldigd is (zoals de straffen en de boetes) wel in eerste instantie te worden inhouden van de nog openstaande betalingen. Slechts wanneer deze betalingen niet volstaan, mag de borgtocht worden aangesproken.

212 Artikel 32 KB Uitvoering 2017.

213 Artikel 30 KB Uitvoering 2017.

De borgtocht kan niet enkel ingehouden worden in geval van straffen, vertragingsboetes of ambtshalve maatregelen, maar ook in andere gevallen kan de aanbestedende overheid de borgtocht aanspreken.

Voorbeeld: als de aanbestedende overheid ten onrechte te veel heeft betaald aan een opdrachtnemer, die de terugbetaling weigert, kan de aanbestedende overheid de borgtocht aanspreken.

Ongeacht de reden van de inhouding dient de aanbestedende overheid evenwel steeds eerst een proces-verbaal van ingebrekestelling op te stellen, waarover de opdrachtnemer binnen een periode van vijftien dagen zijn verweer kan doen gelden.

Als de aanbestedende overheid gebruik maakt van haar recht om de borgtocht gedeeltelijk of volledig aan te spreken, heeft de opdrachtnemer, zolang de overheidsopdracht loopt, de plicht om de borgtocht aan te zuiveren tot het voorziene bedrag.

13.2.3.5. Vrijgave van de borgtocht

Het verzoek om tot oplevering over te gaan, geldt als verzoek tot vrijgave van de borgtocht. In principe moet de vrijgave van de borgtocht dus niet uitdrukkelijk worden gevraagd.

In geval van een oplevering in twee fasen gebeurt de vrijgave bij helften: de eerste helft bij de voorlopige en de tweede helft bij de definitieve oplevering. Als de oplevering niet in twee bewegingen gebeurt, bijvoorbeeld bij overheidsopdrachten voor diensten waar de voorlopige oplevering in principe als definitieve oplevering geldt, wordt de borgtocht onmiddellijk in zijn geheel vrijgegeven.

Als het verzoek tot vrijgave terecht is, beschikt de aanbestedende overheid (slechts) over vijftien dagen voor deze vrijgave. Na afloop van deze termijn kan de opdrachtnemer aanspraak maken op interesten (bij borgstelling in speciën of publieke fondsen) of de kosten voor het behoud

van de borgstelling (bij de andere vormen van borgstelling), zonder dat een voorafgaande ingebrekestelling noodzakelijk is. Het is dan ook van belang om de vrijgave van de borgtocht zorgvuldig op te volgen.

13.3. Onderaanneming²¹⁴

Behalve wanneer een overheidsopdracht uit zijn aard intuitu personae werd afgesloten, bijvoorbeeld een dienstenopdracht met een gerenommeerde architect, kan een opdrachtnemer steeds een beroep doen op onderaannemers. De hoofdaannemer is vrij in de keuze van zijn onderaannemer behalve in de twee volgende gevallen:

- als de opdrachtnemer voor de kwalitatieve selectie beroep heeft gedaan op de studie- en beroepskwalificaties of op de relevante beroepservaring van een onderaannemer;
- als wordt gewerkt met nominated subcontractors (zie ook punt 6.5.3.13.).

In beide bovenstaande gevallen is de opdrachtnemer gehouden om de desbetreffende onderaannemer in te zetten tijdens de uitvoering van de opdracht en zal de voorafgaande toestemming van de aanbestedende overheid nodig zijn als men één van deze onderaannemers wenst te vervangen.

Dezelfde regel geldt ook als de opdrachtnemer in de offerte bepaalde onderaannemers heeft aangeduid, die niet nodig waren in functie van de kwalitatieve selectie. Dergelijke vermelding in de offerte zal echter zelden of nooit voorkomen aangezien de identiteit van de onderaannemers op dat moment meestal nog niet gekend is en de inschrijvers niet verplicht zijn om in te gaan op het verzoek van de aanbestedende overheid.

Bij gebrek aan contractuele band heeft de aanbestedende overheid bovendien in principe geen zeggenschap over de onderaannemer. De opdrachtnemer blijft wel steeds aansprakelijk ten aanzien van de aanbestedende overheid voor de prestaties die zijn uitgevoerd door zijn onderaannemers.

Ingevolge de strijd tegen de sociale dumping zal de aanbestedende overheid, ondanks het gebrek aan contractuele band met de onderaannemers, toch een vorm van controle op de inzet van de onderaannemers moeten uitvoeren.

214 Artikelen 12 t.e.m. 12/4 KB Uitvoering 2017.

Inzake de controleverplichtingen moet een onderscheid worden gemaakt tussen de overheidsopdrachten die onder de fraudegevoelige sector vallen en de overige overheidsopdrachten.

- (1) In de fraudegevoelige sectoren moet (verplichting) de aanbestedende overheid in hoofde van *de rechtstreekse onderaannemers* controleren of deze onderaannemers zich niet in een geval van verplichte of facultatieve uitsluiting bevinden. Gaat het om een verplichte uitsluitingsgrond dan moet de aanbestedende overheid om de vervanging verzoeken. Gaat het om een facultatieve uitsluitingsgrond kan de aanbestedende overheid om de vervanging verzoeken. Voor *de onderaannemers verderop in de keten* gaat het niet om een verplichte maar om een facultatieve controle op het voldoen aan de uitsluitingscriteria. Gelet op de administratieve last die gepaard gaat met de controle wordt evenwel afgeraden om van deze mogelijkheid gebruik te maken.
- (2) In de niet-fraudegevoelige sectoren kan (mogelijkheid) de aanbestedende overheid in hoofde van de onderaannemers controleren of deze zich in een verplichte of facultatieve uitsluitingsgrond bevinden. Als bij deze controle een situatie van uitsluiting wordt vastgesteld, kan de aanbestedende overheid om de vervanging verzoeken. In deze gevallen dient aldus geen onderscheid te worden gemaakt, noch tussen de rechtstreekse onderaannemers en deze verderop in de keten, noch tussen de verplichte en de facultatieve uitsluitingsgronden.

Ongeacht de reden of de sector is de opdrachtnemer steeds gehouden om gehoor te geven aan het verzoek van de aanbestedende overheid om een onderaannemer te vervangen.

Om de bovenvermelde controleverplichtingen te kunnen uitvoeren, werd in het KB Uitvoering 2017 een informatieverplichting voorzien. Zo moet de opdrachtnemer bij de aanvang van de overheidsopdracht een aantal gegevens over alle onderaannemers meedelen. Tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht moeten daarenboven alle wijzigingen van deze gegevens worden meegedeeld evenals de nodige gegevens over nieuwe onderaannemers.

Als de aanbestedende overheid tot vervanging van een onderaannemer wil overgaan, moet dit worden geacteerd in een proces-verbaal waarvan een kopie per aangetekende zending aan de opdrachtnemer moet worden bezorgd. De opdrachtnemer beschikt vervolgens over vijftien dagen om aan dit verzoek gevolg te geven. De opdrachtnemer kan op drie mogelijke manieren reageren:

- de opdrachtnemer reageert niet. In dergelijk geval stelt de opdrachtnemer zich bloot aan een dagelijkse straf van 0,2% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Deze straf is echter begrensd tot 5.000 dan wel 10.000 euro afhankelijk of het oorspronkelijk opdrachtbedrag lager is dan 10 miljoen euro dan wel gelijk is aan of hoger is dan 10 miljoen euro en wordt slechts opgelegd vanaf de 15^{de} dag na de verzending van de aangetekende zending.
- de opdrachtnemer weerlegt de visie van de aanbestedende overheid. Zo kan de opdrachtnemer melden dat de onderaannemer in kwestie corrigerende maatregelen heeft genomen. Wat betreft de fiscale en/of sociale schulden kan de onderaannemer deze schulden ook eenmalig regulariseren. In dergelijk geval mag de betrokken onderaannemer verder worden ingezet.
- de opdrachtnemer vervangt de onderaannemer die zich in een uitsluitingssituatie bevindt.

Evenzeer vanuit de strijd tegen de sociale fraude heeft de wetgever voor zien in een verbod voor een onderaannemer om zijn gedeelte van de overheidsopdracht volledig verder in onderaanneming te geven of om enkel de coördinatie te houden. Tevens werd voor de opdrachten in de fraudegevoelige sectoren ook een beperking van de onderaannemingsketen ingevoerd. In principe mogen er in deze sectoren maximaal drie niveaus in de onderaannemingsketen zijn. Als het om een opdracht voor werken gaat waarvan een erkenning in een ondercategorie werd gevraagd of om een opdracht voor diensten, is de regeling nog strikter en mogen er maximaal twee niveaus in de onderaannemingsketen zijn. Een bijkomend niveau is enkel mogelijk als de opdrachtnemer zich kan beroepen op onvoorzienbare omstandigheden ofwel op basis van een schriftelijk voorafgaand akkoord van de aanbestedende overheid. Een schending van deze verplichtingen

wordt gesanctioneerd met dezelfde dagelijkse straffen als deze voorzien bij de schending van de vervangingsplicht.

De aanbestedende overheid beschikt verder over de mogelijkheid om in hoofde van de onderaannemers te eisen dat deze naar verhouding tot het gedeelte van de overheidsopdracht dat aan hen wordt toevertrouwd, voldoen aan de minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid zoals vermeld in het bestek. Bij opdrachten voor werken komt hier nog een dimensie bovenop, aangezien bij deze opdrachten elke onderaannemer steeds moet beschikken over een erkenning die overeenstemt met het gedeelte van de overheidsopdracht dat aan hem wordt toevertrouwd.

Ten slotte bevat het KB Uitvoering 2017 ook een verbod om bepaalde onderaannemers in te zetten. In concreto gaat het om volgende onderaannemers:

- een onderaannemer die zich in een situatie bevindt van onder bijstandstelling wegens verkwisting, onbekwaamverklaring, voorlopige onderbewindstelling of onder voogdijsstelling wegens zwakzinnigheid, in observatiestelling of internering bij toepassing van de wetgeving betreffende de bescherming van de maatschappij;
- een onderaannemer die in het kader van zijn erkenning werd uitgesloten van deelname aan overheidsopdrachten;
- een onderaannemer die zich in een geval van verplichte uitsluiting²¹⁵ bevindt, tenzij hij zich met succes kan beroepen op een corrigerende maatregel.

Het is de opdrachtnemer bovendien verboden deze personen te laten deelnemen aan de leiding van of aan het toezicht op het geheel of een deel van de opdracht. Voor een schending van dit verbod werd geen specifieke (dagelijkse) straf voorzien in de wetgeving. Het staat de aanbestedende overheid evenwel vrij hiervoor zelf een bijzondere straf²¹⁶ te voorzien in het bestek. Daarenboven kan de aanbestedende overheid desnoods ook een maatregel van ambtswege treffen.

Teneinde misbruiken te voorkomen heeft de hoofdaannemer specifieke verplichtingen ten opzichte van de onderaannemer:

- als de overheidsopdracht een prijsherzieningsclausule bevat, dan dient de onderaannemingsovereenkomst eveneens een prijsherzieningsclausule te bevatten. Die verplichting geldt wel enkel als het bedrag van het onderaannemingscontract groter is dan 30.000 euro, of als er meer dan negentig dagen verstrijken tussen het sluiten van het onderaannemingscontract en de aanvang van de uitvoering van deze onderaanneming. De aanbestedende overheid beschikt over de mogelijkheid om te controleren of deze vereisten zijn nageleefd, maar kan bij gebreke aan een dergelijke clausule niet aansprakelijk worden gesteld.
- de hoofdaannemer moet aan de onderaannemer de betalingsvoorwaarden van de overheidsopdracht mededelen. Deze laatste kan zich ten aanzien van de opdrachtnemer op deze betalingsvoorwaarden beroepen voor de betaling van de door hem verrichte prestaties.

13.4. Dagboek der werken²¹⁷

Tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht voor werken houdt de aanbestedende overheid een dagboek der werken bij.

Het dagboek der werken wordt ondertekend door de aanbestedende overheid en medeondertekend door de opdrachtnemer. In die zin gaat het dan ook om een tegensprekelijk document.

Tip: als de opdrachtnemer het dagboek der werken niet wil tegentekenen, moet hij in gebreke worden gesteld door middel van een proces-verbaal.

Let op: ook als men een digitaal dagboek der werken gebruikt, moet dit ook steeds ondertekend worden door beide partijen!

In geval van onenigheid kan de opdrachtnemer de vermeldingen in het dagboek der werken aanvechten. Hij richt daartoe een aangetekend schrijven aan de aanbestedende overheid met zijn omstandige opmerkingen binnen een termijn van vijftien dagen.

Tip: het goed bijhouden van het dagboek der werken is uiteraard van groot belang. Het kan discussie, bijvoorbeeld bij schadevergoedingseisen of schuldvorderingen, voorkomen of eenvoudig oplossen. Het spreekt dan ook voor zich dat ook tijdens periodes van schorsing het dagboek der werken verder moet worden bijgehouden.

Voor meer uitleg over de inhoud van het dagboek der werken wordt verwezen naar punt 6.5.3.2.4.

13.5. Wijzigingen van de opdracht²¹⁸

In principe beschikt de aanbestedende overheid bij iedere overheidsopdracht over een eenzijdig wijzigingsrecht. Dat recht is ingegeven vanuit het belang van de continuïteit van de openbare dienst en het algemeen belang dat ten grondslag ligt aan iedere overheidsopdracht. Als gevolg van de vrije mededinging en het gelijkheidsbeginsel is dat eenzijdig wijzigingsrecht evenwel niet onbeperkt.

13.5.1. Vormvoorschriften

Elk bevel tot wijziging van een opdracht dient in principe schriftelijk te worden gegeven. In geval van een opdracht voor werken volstaat voor kleinere wijzigingen weliswaar een vermelding in het dagboek der werken (zie punt 13.4.).

Een mondeling bevel wordt in bepaalde gevallen met een schriftelijk bevel gelijkgesteld. Dit zal met name het geval zijn wanneer de opdrachtnemer binnen de 48 uur na het verstrekken van het mondelinge bevel een schriftelijke bevestiging vraagt aan de aanbestedende overheid en de

aanbestedende overheid het mondelinge bevel niet weerlegt binnen de drie werkdagen na ontvangst van de melding van de opdrachtnemer.

13.5.2. Prijzen en termijnen

Ongeacht de reden van de wijziging heeft de opdrachtnemer steeds recht op een rechtmatige compensatie voor de wijzigingen die bevolen werden. In principe wordt de prijs van bijkomende prestaties berekend op basis van de eenheidsprijzen uit de offerte. Bij ontstentenis daaraan dienen er eenheidsprijzen te worden afgesproken tussen de opdrachtnemer en de aanbestedende overheid. Die overeen te komen prijzen worden in eerste instantie gevormd aan de hand van eenheidsprijzen uit de offerte of op basis van vergelijkbare werken of courant gangbare prijzen. Enkel als er op basis van die gegevens geen prijs gevormd kan worden, kan men terugvallen op vaste kostenschalen zoals CMK-tarieven.

Zowel de aanbestedende overheid als de opdrachtnemer kunnen in bepaalde gevallen vragen om de bestaande eenheidsprijzen te herzien. Dat kan met name voor bijkomende werken, van dezelfde aard en beschreven in dezelfde bewoordingen als de post in de samenvattende opmeting, in geval

- (1) de bijkomende werken het drievoudige overtreffen van de hoeveelheid voorzien in de betreffende post van de samenvattende opmeting en
- (2) in geval de prijs van de supplementen die betrekking hebben op de betreffende post tien procent van het opdrachtbedrag overtreft, met een minimum van 2.000 euro. Een herziening van de eenheidsprijzen is eveneens mogelijk in geval de hoeveelheid die onttrokken wordt aan een post van de samenvattende opmeting meer dan $1/5^{\text{de}}$ van de oorspronkelijke hoeveelheid beloopt.

Een vraag tot herziening van de eenheidsprijzen moet schriftelijk gebeuren, binnen dertig dagen na het wijzigingsbevel. Als er hierover geen overeenstemming wordt bereikt tussen de partijen, stelt de aanbestedende overheid ambtshalve de prijzen vast. De opdrachtnemer behoudt weliswaar alle rechten om zich ter zake te verweren, eventueel via de rechtbank. Het ambtshalve vastleggen van de prijzen heeft voor de aanbestedende overheid het voordeel dat de eventuele verwijlrenten tot een minimum

kunnen worden beperkt aangezien het niet-betwiste gedeelte al werd betaald.

Bij een wijziging van de opdracht is het van belang om ook duidelijke afspraken te maken over de uitvoeringstermijnen. Afhankelijk van de impact van de wijziging op de opdracht zal die eventueel verlengd moeten worden.

13.5.3. Mogelijke wijzigingen

In onderstaand onderdeel worden de diverse wettelijk voorziene hypothese besproken die toelaten een overheidsopdracht in uitvoering te wijzigen zonder dat de opdracht opnieuw aan de mededinging moet worden onderworpen.

13.5.3.1. Contractuele herzieningsclausule²¹⁹

De eerste wettelijk voorziene hypothese op basis waarvan wijzigingen toegelaten zijn, zijn de zogenaamde contractuele herzieningsclausules. Als de mogelijke wijziging op een duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige manier in het bestek werd opgenomen zodat de inschrijvers bij het indienen van hun offerte een afdoende duidelijk beeld kregen hoe de overheidsopdracht er tijdens de uitvoering kon gaan uitzien, en aldus op voet van gelijkheid werden geplaatst bij de gunning van de overheidsopdracht, is de wijziging toelaatbaar.

Moeilijkheid voor het gebruik van deze hypothese is uiteraard het onvoorspelbaar karakter van een toekomstige situatie. Een zekere mate van flexibiliteit bij de formulering van de clausules is dan ook niet uitgesloten. Niettemin, mag via de clausule de algemene aard van de overheidsopdracht niet wijzigen. Dat impliceert niet alleen dat een overheidsopdracht voor leveringen niet plots een overheidsopdracht voor diensten mag worden, maar gaat ook over de inhoud van de overheidsopdracht.

Voorbeeld: bij een overheidsopdracht voor werken zijnde de aanleg van een brug kan niet zomaar een herzieningsclausule worden voorzien die toelaat de brug te vervangen door een tunnel.

13.5.3.2. Aanvullende opdrachten²²⁰

De tweede wettelijk voorziene mogelijkheid om een overheidsopdracht te wijzigen betreft de mogelijkheid om de bestaande overheidsopdracht in zekere mate aan te vullen met bijkomende werken, leveringen of diensten.

Om van deze hypothese gebruik te kunnen maken, moeten volgende voorwaarden vervuld zijn:

- de aanvullende werken, leveringen of diensten moeten *noodzakelijk* zijn geworden.

Deze voorwaarde is vrij ruim te interpreteren. Het is immers niet vereist dat de noodzaak voortvloeit uit omstandigheden die onvoorzienbaar waren noch dat de aanvullende werken noodzakelijk zouden zijn om de hoofdopdracht te kunnen voltooien. Het eenvoudig feit dat de aanvullende werken, leveringen of diensten noodzakelijk zijn geworden, volstaat.

Voorbeeld: door de aanleg van een ontsluitingsweg door een natuurgebied begint de bodem in snel tempo te eroderen waardoor een bijkomende ingreep noodzakelijk is. Mits een grondig bodemonderzoek had de aanbestedende overheid de versnelde erosie kunnen voorzien. Toch kan de aanbestedende overheid zich op deze hypothese baseren aangezien de bijkomende ingreep noodzakelijk is en het onvoorzienbaar karakter van de wijziging geen voorwaarde is.

- de verandering van contractspartner is niet mogelijk om technische of economische redenen (bijvoorbeeld om de interoperabiliteit te garanderen met bestaande installaties) en zou tot aanzienlijk ongemak of een aanzienlijke koststijging leiden voor de aanbestedende overheid.
- de prijsverhogingen die het gevolg zijn van de wijziging mogen niet hoger zijn dan 50% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Als er verscheidene

opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging afzonderlijk.

Gegeven dat deze voorwaarde aanleiding kan geven tot misbruiken (bijvoorbeeld het artificieel in stukken opdelen van één grote aanvulling), werd wel bepaald dat opeenvolgende wijzigingen niet mogen worden gebruikt om de wetgeving te omzeilen. Het is met andere woorden niet toegelaten dat via aanvullende opdrachten de uiteindelijke overheidsopdracht vele malen groter zou worden dan de overheidsopdracht zoals deze initieel werd gegund.

13.5.3.3. Onvoorzienbare omstandigheden²²¹

Om van deze hypothese gebruik te kunnen maken, moeten de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- de wijziging is het noodzakelijke gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige aanbestedende overheid niet had kunnen voorzien.

Voorbeeld: tijdens de aanleg van een ontsluitingsweg door een natuurgebied is er een periode van bijzonder hevige regenval die zeer uitzonderlijk is voor de periode van het jaar waardoor de bodem in snel tempo begint te eroderen en een bijkomende ingreep noodzakelijk is. Zelfs met een grondig bodemonderzoek en het incalculeren van een zekere tegenvallende weersomstandigheden, kon de erosie zoals deze zich in concreto voordeed niet worden voorzien. De aanbestedende overheid kan zich dan ook rechtmatig op deze hypothese beroepen.

- de wijziging brengt geen verandering met zich mee in de algemene aard van de overheidsopdracht of de raamovereenkomst. Voor de bespreking van deze voorwaarde wordt verwezen naar hetgeen hoger uiteen werd gezegd in punt 13.5.3.1.
- de prijsverhoging die het gevolg is van een wijziging is niet hoger dan 50% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag. Als er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de waarde van elke wijziging afzonderlijk. Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden gebruikt om de wetgeving inzake overheidsopdrachten te omzeilen.

Het is met andere woorden niet toegelaten dat, via wijzigingen op basis van onvoorzienbare omstandigheden, de uiteindelijke overheidsopdracht vele malen groter zou worden dan de overheidsopdracht zoals deze initieel werd gegund.

13.5.3.4. Vervanging van de opdrachtnemer²²²

Tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht is het niet uitgesloten dat de opdrachtnemer fuseert, wordt opgesplitst of wordt opgeslorpt door een andere firma. In eerste instantie kan de aanbestedende overheid proberen te anticiperen op dergelijke situatie door hiertoe een precieze, nauwkeurige en ondubbelzinnige wijzigingsclausule te voorzien in het bestek (zie punt 13.5.3.1.).

Als echter geen dergelijke clausule was voorzien, is de vervanging van de opdrachtnemer in welbepaalde gevallen toegelaten. In concreto moeten de volgende voorwaarden vervuld zijn:

- het moet gaan om een rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer en dit ten gevolge van een herstructurering van de onderneming.
- de herstructurering van de onderneming moet voortvloeien uit onder meer een overname, fusie, acquisitie of insolventie.
- de overnemer dient te voldoen aan de aanvankelijk vastgestelde selectiecriteria. Gegeven dat het al dan niet vervuld zijn van deze voorwaarde een controle namens de aanbestedende overheid impliceert, betekent dit dat de overname niet impliceert dat de overnemer ook zomaar het recht heeft om de lopende overheidsopdracht verder te zetten zonder een vorm van toestemming door de aanbestedende overheid.
- ten gevolge van de vervanging van de opdrachtnemer mogen geen wezenlijke wijzigingen in de overheidsopdracht worden doorgevoerd. Voor de inhoud van de term “wezenlijke wijziging” wordt verwezen naar punt 13.5.3.6.
- de vervanging van de opdrachtnemer mag niet bedoeld zijn om de toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten te omzeilen.

13.5.3.5. De “de minimis”-regel²²³

De volgende mogelijkheid om een overheidsopdracht te wijzigen, heeft betrekking op wijzigingen waarvan de waarde in relatieve en absolute termen als dermate gering wordt beschouwd, dat het per definitie gaat om niet-wezenlijke wijzigingen.

In concreto moet het bedrag van de voorgenomen wijziging lager zijn dan elk van beide onderstaande bedragen:

- de drempel voor de Europese bekendmaking;
- 10% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten en 15% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag voor werken.

Bij opeenvolgende wijzigingen moeten de bovenvermelde bedragen worden gecontroleerd ten opzichte van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen. Dat impliceert aldus dat de waarde van de meerprestaties mag worden verminderd met de waarde van de eventuele minprestaties en dat het resultaat van deze berekening moet worden vergeleken met de bovenvermelde drempels.

Ook hier geldt de voorwaarde dat de wijzigingen op grond van de “de minimis”-hypothese niet mag leiden tot een wijziging van de algemene aard van de overheidsopdracht of de raamovereenkomst. Voor de bespreking van deze voorwaarde wordt verwezen naar punt 13.5.3.1.

13.5.3.6. De niet-wezenlijke wijziging²²⁴

Indien de voorgenomen wijziging niet kan worden ingepast onder één van de bovenvermelde hypotheses, kan de aanbestedende overheid nog steeds aantonen dat de wijziging geen wezenlijk karakter heeft en aldus zonder plaatsing van een nieuwe overheidsopdracht kan worden doorgevoerd.

In essentie moet de voorgenomen wijziging worden afgetoetst aan de Pressetext criteria en moet met name worden aangetoond dat:

- als de overheidsopdracht zou zijn geplaatst inclusief de voorgenomen wijziging, er geen bijkomende inschrijvers een offerte zouden hebben ingediend en ook de rangschikking ongewijzigd zou zijn gebleven;
- het economisch evenwicht van de overheidsopdracht niet is verschoven ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet was voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht;
- de wijziging niet leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht;
- er geen nieuwe opdrachtnemer in de plaats is gekomen van de oorspronkelijke opdrachtnemer, waarbij de voorwaarden zoals besproken onder punt 13.5.3.4. niet vervuld zijn.

Als één (of meerdere) van de bovenvermelde voorwaarden niet vervuld is, is er sprake van een wezenlijke wijziging die in principe voorwerp van een nieuwe overheidsopdracht moet uitmaken.

13.5.4. De kwalificatie van de voorgenomen wijziging

Gegeven de ruime waaier aan wijzigingsmogelijkheden vervat in de artikelen 37 t.e.m. 38/6 KB Uitvoering 2017, is het mogelijk dat een voorgenomen wijziging onder meerdere hypothesen kan worden ingepast. In dergelijke gevallen wordt aangeraden volgende volgorde te respecteren:

- (1) maak in eerste instantie gebruik van een contractueel voorziene wijzigingsclausule. Deze hypothese verdient steeds de voorkeur, gegeven dat deze clausule voorwerp van mededinging heeft uitgemaakt.
- (2) maak vervolgens gebruik van de hypothesen inzake de aanvullende opdracht, de onvoorziene omstandigheden of, indien toepasselijk, van de mogelijkheid tot vervanging van de opdrachtnemer zoals besproken in punt 13.5.3.4.

- (3) maak pas in derde instantie gebruik van de zogenaamde “de minimis”regel. Indien van een aanvullende opdracht of onvoorziene omstandigheden gebruik kan worden gemaakt, dient van deze mogelijkheden gebruik worden gemaakt alvorens de “de minimis”-hypothese te bewandelen.
- (4) in laatste instantie kan worden teruggevallen op de niet-wezenlijke wijziging en de Preetext toets zoals besproken in punt 13.5.3.6.

13.5.5. Wat bij een wezenlijke wijziging?

Als een voorgenomen wijziging niet kan worden ingepast onder één van de hogervermelde hypothesen, en er met andere woorden sprake is van een wezenlijke wijziging, dan beschikt de aanbestedende overheid over de mogelijkheid de lopende overheidsopdracht te verbreken. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de regels inzake gemeenschappelijke verbreking van de overheidsopdrachten (zie punt 13.6.2.6.1).

13.5.6. Publicatieverplichting²²⁵

Als de aanbestedende overheid een wijziging doorvoert aan een overheidsopdracht, waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan de drempel voor Europese bekendmaking, die gebaseerd is op de hypothese van de aanvullende overheidsopdracht (zie punt 13.5.3.2.) dan wel op de hypothese van de onvoorziene omstandigheden (zie punt 13.5.3.3.), zal de aanbestedende overheid een bekendmaking moeten publiceren in het PBEU en het BDA. De aanbestedende overheid dient hiertoe gebruik te maken van een modelformulier zoals dit via e-notification ter beschikking wordt gesteld.²²⁶

13.6. Incidenten bij de uitvoering van de overheidsopdracht

Tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht kunnen zich een heel aantal incidenten voordoen waardoor een van de partijen in de overeenkomst schade lijdt. Als die incidenten aan bepaalde voorwaarden voldoen, kan de partij die schade lijdt aanspraak maken op een compensatie van een deel van die schade of de volledige schade.

De regeling inzake de incidenten bij de uitvoering van de overheidsopdracht dient in principe voorwerp uit te maken van de contractuele bepalingen van het bestek. Niettemin, is in het KB Uitvoering 2017 een regeling voorzien die als “fall back”²²⁷ dienstdoet bij gebrek aan de nodige contractuele bepalingen. In onderstaande alinea's wordt deze wettelijk voorziene regeling nader besproken.

13.6.1. Indieningsvereisten²²⁸

De ontvankelijkheidsvoorwaarden beschrijven de voorwaarden waaraan een vordering moet voldoen om in aanmerking te komen voor compensatie. Het niet voldoen aan één van de ontvankelijkheidsvoorwaarden betekent het verlies van het recht op compensatie.

13.6.1.1. Meldingsplicht²²⁹

De feiten waarop de opdrachtnemer zich wenst te beroepen voor een compensatie, dienen schriftelijk te worden gemeld aan de aanbestedende overheid binnen een termijn van dertig dagen nadat ze zich hebben voorgedaan of nadat de opdrachtnemer ze normaal had moeten kennen. Deze ontvankelijkheidsvoorwaarde geldt ook indien de aanbestedende overheid voordien reeds op de hoogte was van de bedoelde feiten. De voorwaarde geldt niet wanneer het (schriftelijke) bevelen vanwege de aanbestedende overheid zelf zijn, tenzij de bevelen het normale verloop van de uitvoering verstoren.

²²⁷ Artikelen 38/14 t.e.m. 38/17 KB Uitvoering 2017.

²²⁸ Artikelen 38/14 en 38/15 KB Uitvoering 2017.

²²⁹ Artikelen 38/14 en 38/15 KB Uitvoering 2017.

De opdrachtnemer dient bovendien bondig de invloed te beschrijven van de feiten ook wanneer het gaat om bevelen die uitgaan van de aanbestedende overheid op het verloop of de kostprijs van de overheidsopdracht. Deze bondige omschrijving van de impact op het verder verloop en de kostprijs van de overheidsopdracht moet evenzeer binnen de bovenvermelde termijn van dertig dagen aan de aanbestedende overheid worden meegedeeld.

De bedoeling van de meldingsplicht is ervoor te zorgen dat de aanbestedende overheid tijdig de nodige maatregelen zou kunnen nemen om de tekortkomingen te herstellen. Gelet op die bedoeling wordt de opdrachtnemer niet geacht de feiten en de invloed ervan te moeten melden als de aanbestedende overheid op de hoogte was van de feiten en de invloed ervan op het verloop en de kostprijs van de overheidsopdracht kende of kon inschatten.

13.6.1.2. Becijferde rechtvaardiging²³⁰

De klachten en verzoeken van de opdrachtnemer moeten door middel van een becijferde rechtvaardiging schriftelijk aan de aanbestedende overheid worden bezorgd binnen de volgende vervaltermijnen:

- als een verlenging van de uitvoeringstermijn of een verbreking van de overheidsopdracht wordt gevraagd:
 - voor het verstrijken van de contractueel overeengekomen uitvoeringstermijnen. Dit spreekt enigszins voor zich aangezien een afgelopen termijn niet naderhand verlengd kan worden;
- als een andere vorm van herziening van de overheidsopdracht of een schadevergoeding wordt gevraagd:
 - uiterlijk negentig dagen na kennisgeving van het proces-verbaal van voorlopige oplevering;
 - uiterlijk negentig dagen na verstrijken van de waarborgperiode indien de feiten zich hebben voorgedaan tijdens de waarborgperiode.

Het feit dat het verzoek een becijferde rechtvaardiging moet bevatten, geeft duidelijk aan dat de opdrachtnemer voldoende aandacht dient te besteden aan de inhoud en de berekening van zijn vordering. De eis

moet zo zijn opgesteld dat ze de aanbestedende overheid in staat stelt op een eenvoudige manier te beoordelen of de vordering gerechtvaardigd is. Ze moet dan ook duidelijk de feiten en de motieven bevatten waarop de opdrachtnemer zijn vordering steunt en een gedetailleerde berekening, inclusief stavingsstukken, van de schade die hij claimt.

Dat betekent echter niet dat, in geval van een herziening van de overeenkomst of een schadevergoeding, steeds het bedrag dat vermeld wordt in de eis zal moeten worden betaald. Onderhandelingen tussen de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer over de gevorderde bedragen zijn steeds mogelijk. Bovendien beschikt de aanbestedende overheid over de mogelijkheid om in het kader van de beoordeling van de vordering de boekhoudkundige stukken van de opdrachtnemer ter plaatse te laten onderzoeken.

13.6.2. Rechtsgronden

De rechtsgronden beschrijven welke incidenten in aanmerking komen voor een compensatie. Per rechtsgrond kan er een verschillende compensatie mogelijk zijn of zelfs andere ontvankelijkheidsvoorwaarden gelden.

13.6.2.1. Tekortkomingen van de aanbestedende overheid²³¹

13.6.2.1.1. Principe

De uitvoering van de overheidsopdracht kan gehinderd worden door een fout of nalatigheid in hoofde van de aanbestedende overheid.

Voorbeeld: de aanbestedende overheid wacht te lang met een vergunningsaanvraag of met het opstarten van de procedure tot onteigening, het bodemonderzoek gebeurt onzorgvuldig, detail- of uitvoeringsplannen worden laattijdig goedgekeurd, enz.

13.6.2.1.2. Compensatie

In geval van een tekortkoming van de aanbestedende overheid heeft de opdrachtnemer in principe recht op een integrale compensatie. Het recht op integrale compensatie betekent dat hij een vergoeding kan vragen voor alle schade waarvan hij kan aantonen dat ze het gevolg is van de tekortkoming van de aanbestedende overheid.

Die compensatie kan verschillende vormen aannemen:

- een aanpassing van de contractuele bepalingen (incl. verlenging van de uitvoeringstermijnen);
- een schadevergoeding;
- een verbreking van de overeenkomst.

De verbreking van de overheidsopdracht vorderen, heeft grote gevolgen voor de aanbestedende overheid. Aangezien die geacht wordt het algemeen belang te dienen, zal de opdrachtnemer dan ook enkel in uitzonderlijke omstandigheden de verbreking van de overheidsopdracht kunnen vragen. Bovendien zal hij, als de aanbestedende overheid niet met de verbreking akkoord kan gaan, steeds een rechterlijke machtiging, in de vorm van een vonnis of een arrest, moeten hebben om tot de verbreking van de overheidsopdracht te kunnen overgaan. Een eenzijdige verbreking door de opdrachtnemer is steeds uitgesloten.

13.6.2.1.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

Als de opdrachtnemer een schadevergoedingseis indient op grond van een tekortkoming van de aanbestedende overheid is de eis enkel ontvankelijk als de feiten vooraf gemeld werden (zie punt 13.6.1.1.) en er tijdig een becijferde rechtvaardiging werd ingediend (zie punt 13.6.1.2.).

13.6.2.2. Schorsing van de uitvoering op bevel van de aanbestedende overheid²³²

13.6.2.2.1. Principe

Ingevolge het algemeen belang en de continuïteit van de openbare dienst heeft de aanbestedende overheid het recht om een overheidsopdracht eenzijdig te schorsen. De aanbestedende overheid kan evenwel niet zomaar van dat recht gebruik maken. Als aan alle volgende voorwaarden werd voldaan, kan de opdrachtnemer aanspraak maken op een compensatie:

- de schorsingen moeten in totaal een twintigste van de uitvoeringstermijn overschrijden;
- de schorsingen moeten in totaal ten minste tien werkdagen of vijftien kalenderdagen bedragen;
- de schorsingen mogen geen gevolg zijn van ongunstige weersomstandigheden of van andere omstandigheden waaraan de aanbestedende overheid vreemd is waardoor de opdracht, naar oordeel van de aanbestedende overheid, niet zonder bezwaar op dat ogenblik kan worden verdergezet;
- de schorsingen mogen niet plaatsvinden buiten de contractuele uitvoeringstermijn.

Verder werd in artikel 38/12, §2, KB Uitvoering 2017 de aanbestedende overheden de mogelijkheid geboden om in het bestek een clause op te nemen waarbij de aanbestedende overheid zich het recht voorbehoudt om de overheidsopdracht gedurende een bepaalde periode te schorsen. In zoverre deze clause dermate duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig werd geformuleerd dat de opdrachtnemer met de impact rekening kon houden bij de opmaak van zijn offerte, heeft de opdrachtnemer enkel recht op een equivalente verlenging van de uitvoeringstermijn, maar kan deze geen bijkomende schadevergoeding of een verbreking van de overheidsopdracht vorderen.

Voorbeelden:

- de opdrachtnemer wordt erop gewezen dat de uitvoering van een overheidsopdracht voor zandsuppleties aan de Belgische kust, zal worden geschorst tijdens het badseizoen dat loopt van 1 juni tot 15 september.
- bij werken in een natuurgebied wordt in het bestek vermeld dat de werken moeten worden uitgevoerd tussen begin augustus en eind maart omwille van de bescherming van het broedseizoen van een aantal beschermde vogelsoorten die in het natuurgebied voorkomen.

Om te bepalen of voldaan is aan de bovenvermelde voorwaarden moet steeds rekening worden gehouden met de som van alle bevolen schorsingen. Verschillende korte schorsingen gedurende de uitvoering van de overheidsopdracht, die op zichzelf gezien geen recht geven op schadevergoeding, kunnen in bepaalde omstandigheden dus toch tot gevolg hebben dat de opdrachtnemer recht zal hebben op een schadevergoeding.

Wanneer de schorsing op bevel van de aanbestedende overheid ten minste dertig dagen duurt, heeft de opdrachtnemer ook recht op betalingen in mindering a rato van de tot op dat moment uitgevoerde prestaties.

13.6.2.2.2. Compensatie

De opdrachtnemer kan in geval van schorsing een schadevergoeding vragen.

In principe is de schadevergoeding bij een schorsing van de overheidsopdracht op bevel van de aanbestedende overheid een integrale schadevergoeding. In de praktijk ontstaat er echter zeer vaak betwisting over de precieze omvang van de verschuldigde schadevergoeding.

Een handige leidraad voor de berekening van deze schadevergoedingen is de zgn. schadevergoedingshandleiding overheidsopdrachten (omzendbrief BZOVO-08-02 van de Vlaamse regering van 5 december 2008), die gericht is aan alle entiteiten van de Vlaamse overheid. Deze omzendbrief is van toepassing op alle vanaf 1 januari 2009 door opdrachtnemers schriftelijk ingediende eisen.

Let op: ingevolge de opeenvolgende wijzigingen van de wetgeving overheidsopdrachten zijn sommige passages uit de schadevergoedingshandleiding echter achterhaald. Nietemin blijft het een handig instrument bij de beoordeling van schadevergoedingseisen.

13.6.2.2.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

Aangezien een schadevergoedingseis voor een schorsing van de uitvoering door de aanbestedende overheid steeds gebaseerd is op een schriftelijk bevel van de aanbestedende overheid zal de opdrachtnemer niet gebonden zijn door de meldingsplicht. Voor de ontvankelijkheid van zijn vordering moet hij evenwel een invloedmelding verrichten (zie punt 13.6.1.1. tweede alinea) en moet hij ook tijdig een becijferde rechtvaardiging indienen (zie punt 13.6.1.2.).

13.6.2.3. Onvoorzienbare omstandigheden²³³

13.6.2.3.1. Wat zijn onvoorzienbare omstandigheden?

Tijdens de uitvoering kan een opdrachtnemer in principe geen wijziging van de contractuele voorwaarden van de overheidsopdracht eisen. Als er zich tijdens de uitvoering evenwel 'onvoorzienbare omstandigheden' voordoen, voorziet de wetgeving in een belangrijke uitzondering.

In het kader van een overheidsopdracht wordt een omstandigheid als 'onvoorzienbaar' gekwalificeerd als de opdrachtnemer:

- deze omstandigheden redelijkerwijze niet kon voorzien bij het indienen van de offerte;
- deze omstandigheden niet kon ontwijken; en
- de gevolgen ervan niet kon verhelpen niettegenstaande hij al het nodige daartoe heeft gedaan.

De opdrachtnemer kan zich slechts beroepen op het in gebreke blijven van zijn onderaannemer(s) in zoverre de onderaannemer zich evenzeer kan beroepen op onvoorzienbare omstandigheden om zijn in gebreke blijven te verantwoorden.

Deze regels moeten op een strikte manier worden toegepast. Het betreft immers een afwijking van het gemeen verbintenissenrecht (onder meer artikel 1134 BW).

Voorbeeld: onvoorzienbare omstandigheden zijn o.a. uitzonderlijke weersomstandigheden, de aanwezigheid van rotsformaties waarvan het bestaan en/of de omvang vooraf niet kon worden ingeschat, een sterke stijging van grondstofprijzen, de uitbraak van een pandemie enz.

13.6.2.3.2. Compensatie

De opdrachtnemer kan in geval van onvoorzienbare omstandigheden het volgende vragen:

- een verlenging van de uitvoeringstermijnen;
- een andere vorm van herziening van de overeenkomst, bijvoorbeeld een aanpassing van de prijzen;
- een verbreking van de overeenkomst.

Als er effectief sprake is van onvoorzienbare omstandigheden, heeft de opdrachtnemer automatisch recht op een verlenging van de uitvoeringstermijn. Voor de twee laatste compensatiemogelijkheden dient de opdrachtnemer echter aan te tonen dat hij door de 'onvoorzienbare omstandigheden' een 'zeer belangrijk nadeel' heeft geleden. In volgende gevallen is er sprake van een zeer belangrijk nadeel:

- (1) bij overheidsopdrachten voor werken en de zogenaamde manuele diensten²³⁴ is de basisregel dat het geleden nadeel minstens 2,5% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag moet belopen.

Als de prijs bij de beoordeling van de offertes voor minstens 50% heeft doorgewogen, dan kan er in bepaalde gevallen sprake zijn van een zeer belangrijk nadeel zelfs al wordt het percentage van 2,5% niet bereikt. Dit zal met name het geval zijn wanneer het nadeel (in absolute cijfers) volgende bedragen bereikt:

- 175.000 euro voor overheidsopdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 7,5 miljoen euro en lager of gelijk is aan 15 miljoen euro;
- 225.000 euro voor overheidsopdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 15 miljoen euro en lager of gelijk is aan 30 miljoen euro;
- 300.000 euro voor overheidsopdrachten waarvan het initiële opdrachtbedrag hoger is dan 30 miljoen euro.

(2) bij overheidsopdrachten voor leveringen en de overige diensten moet het geleden nadeel minstens 15% van het oorspronkelijke opdrachtbedrag bedragen. Bij deze overheidsopdrachten is er enkel een procentuele drempel en is de hoogte van het geleden nadeel in absolute cijfers van geen belang.

Van de bovenstaande regeling kan de aanbestedende overheid, mits een uitdrukkelijke motivering in het bestek, afwijken. (zie punt 6.5.2.)

Het komt aan de opdrachtnemer toe om zowel het bestaan van de onvoorzienbare omstandigheden als van het zeer belangrijk nadeel aan te tonen.

13.6.2.3.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

Als de opdrachtnemer aanspraak wil maken op een compensatie voor onvoorzienbare omstandigheden moet hij in eerste instantie de feiten tijdig melden (zie punt 13.6.1.1.) en tijdig een becijferde rechtvaardiging indienen (zie punt 13.6.1.2.).

13.6.2.4. Tekortkoming van de opdrachtnemer²³⁵

13.6.2.4.1. Principe

Hierboven werd uiteengezet dat de opdrachtnemer om compensatie kan verzoeken voor fouten, nalatigheden of aan de aanbestedende overheid toerekenbare feiten. Omgekeerd beschikt ook de aanbestedende overheid over deze mogelijkheid, in geval van fouten, nalatigheden of aan de opdrachtnemer toerekenbare feiten.

13.6.2.4.2. Compensatie

De aanbestedende overheid kan in geval van tekortkoming van de opdrachtnemer het volgende vragen:

- een aanpassing van de contractuele bepalingen (incl. inkorting van de uitvoeringstermijnen);
- een schadevergoeding;
- een verbreking van de overeenkomst, in geval van ernstige tekortkomingen.

13.6.2.4.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarde

De aanbestedende overheid beschikt over een termijn van dertig dagen nadat de feiten zich hebben voorgedaan of nadat de aanbestedende overheid de feiten normaal had moeten kennen, om deze feiten schriftelijk te melden aan de opdrachtnemer. In tegenstelling tot de meldingsplicht waaraan de opdrachtnemer zich dient te houden, hoeft de aanbestedende overheid daarbij geen bondige omschrijving te voegen van de invloed die de feiten op het verloop en de kostprijs van de opdracht hebben of zullen hebben.

Tegelijk is de aanbestedende overheid ook niet gehouden om een becijferde rechtvaardiging over te maken binnen een vastgestelde termijn.

Aangezien het om een ontvankelijkheidsvoorwaarde gaat, is het van groot belang om de relatief korte termijn voor het uitvoeren van de feitenmelding niet uit het oog te verliezen.

13.6.2.5. Herziening van de overheidsopdracht wegens een zeer belangrijk voordeel²³⁶

13.6.2.5.1. Principe

'Onvoorzienbare omstandigheden' zijn niet altijd ongunstig voor de uitvoering van de overheidsopdracht. Het is denkbaar dat dergelijke omstandigheden de opdrachtnemer een 'zeer belangrijk voordeel' opleveren.

Voorbeeld: bepaalde grondstoffen die essentieel zijn voor de overheidsopdrachten kennen een aanzienlijke daling van de prijzen.

13.6.2.5.2. Compensatie

De aanbestedende overheid kan in geval van 'zeer belangrijk voordeel' van de opdrachtnemer het volgende vragen:

- een herziening van de overeenkomst, bijvoorbeeld een prijsverlaging of de inkorting van de uitvoeringstermijnen;
- een verbreking van de overeenkomst.

De omschrijving van het zeer belangrijk voordeel is volledig analoog met het zeer belangrijk nadeel. Met andere woorden, dezelfde drempels om het zeer belangrijk nadeel te bepalen gelden ook voor de bepaling van het zeer belangrijk voordeel (zie punt 13.6.2.3.2.).

13.6.2.5.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarde

Net als bij een tekortkoming van de opdrachtnemer moet de aanbestedende overheid de feiten die een onvoorzienbare omstandigheid uitmaken en op basis waarvan de opdrachtnemer een zeer belangrijk voordeel heeft verkregen, melden binnen een termijn van dertig dagen nadat de feiten zich hebben voorgedaan (de feitenmelding).²³⁷

²³⁶ Artikel 38/10 KB Uitvoering 2017.

²³⁷ Artikel 38/14 KB Uitvoering 2017.

Verder moet de aanbestedende overheid in geval van onvoorzienbare omstandigheden de herziening vragen binnen een termijn van negentig dagen na de kennisgeving van het proces-verbaal van voorlopige oplevering (de claim zelf).²³⁸

13.6.2.6. Verbreking van de overheidsopdracht

13.6.2.6.1. Gemeenrechtelijke verbreking van de overheidsopdracht²³⁹

13.6.2.6.1.1. Principe

De aanbestedende overheid kan een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten op elk ogenblik eenzijdig verbreken mits de opdrachtnemer schadeloos gesteld wordt voor alle gemaakte kosten en gederfde winst.

13.6.2.6.1.2. Compensatie

In theorie heeft de opdrachtnemer recht op een integrale vergoeding van al zijn uitgaven, al zijn arbeid en alles wat hij bij de aanneming had kunnen winnen. De bewijsplicht voor de compensatie rust in hoofde van de opdrachtnemer.

Aangezien het in de praktijk vaak moeilijk blijkt om de schade correct te berekenen, wordt de schade door de gevatte rechter doorgaans forfaitair vastgesteld op 10 % van het niet uitgevoerde bedrag van de overheidsopdracht.

13.6.2.6.1.3. Ontvankelijkheidsvoorwaarden

De verbreking op grond van artikel 1794 BW kadert strikt genomen niet binnen de wetgeving overheidsopdrachten, maar binnen het gemeen burgerlijk recht. Vorderingen ten gevolge van een dergelijke verbreking zijn dan ook onderworpen aan de gemeenrechtelijke verjaringstermijn. Deze gemeenrechtelijke verjaringstermijn bedraagt 10 jaar en dit te rekenen

vanaf het opeisbaar worden van de betrokken schuldvordering, zijnde de datum van verbreking.

13.6.2.6.2. Verbrekingsmogelijkheden in het KB Uitvoering 2017

Naast het algemeen recht om een overheidsopdracht te verbreken op basis van artikel 1794 BW, voorziet het KB Uitvoering 2017 in een aantal specifieke gevallen waarin de aanbestedende overheid het recht heeft om de overheidsopdracht eenzijdig te verbreken.

In tegenstelling tot de overige actiemiddelen (zie punt 13.7.) die de aanbestedende overheid tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht kan toepassen, veronderstellen de verbrekingsmogelijkheden in het KB Uitvoering 2017 geen contractuele wanprestatie van de opdrachtnemer.

13.6.2.6.2.1. Overlijden van de opdrachtnemer²⁴⁰

Bij het overlijden van een opdrachtnemer dienen de rechthebbenden van de opdrachtnemer binnen een termijn van dertig dagen te laten weten of zij de overheidsopdracht wenselijk voort te zetten. Als er meerdere opdrachtnemers zijn, kunnen de overgebleven opdrachtnemers die wens uitdrukken. De aanbestedende overheid beschikt vanaf die kennisgeving over een termijn van dertig dagen om, op basis van een tegensprekelijk opgemaakte stand van de opdracht, te beslissen of de overlevenden en/of de rechthebbenden van de overledene(n) in staat zijn de overeenkomst verder te zetten of om de overeenkomst te verbreken.

De verbreking geeft geen aanleiding tot een schadevergoeding voor de rechthebbende van de opdrachtnemer of de overgebleven opdrachtnemers. Enkel de prestaties die op het ogenblik van de verbreking reeds werden uitgevoerd, dienen te worden betaald.

13.6.2.6.2.2. Perikelen in verband met de persoonlijke situatie van de opdrachtnemer²⁴¹

Naast de situatie van het overlijden van de opdrachtnemer kan de aanbestedende overheid de overheidsopdracht eenzijdig verbreken in de volgende gevallen:

- de opdrachtnemer blijkt zich in één van de (verplichte of facultatieve) uitsluitingsgevallen te bevinden om toegang te krijgen tot deelname aan een plaatsingsprocedure (bv. bepaalde strafrechtelijke veroordelingen, faillissement enz.);
- de opdrachtnemer is onder bijstand gesteld wegens verkwisting;
- de opdrachtnemer is onbekwaam verklaard, onder voorlopig bewind gesteld of onder voogdij gesteld wegens zwakzinnigheid;
- de opdrachtnemer is in observatie gesteld of geïnterneerd met toepassing van de wetgeving ter bescherming van de maatschappij.

Ook in deze gevallen geeft de verbreking geen aanleiding tot een schadevergoeding voor een van de partijen en zullen enkel de op het moment van de verbreking reeds uitgevoerde prestaties vergoed worden.

Let op: in bepaalde gevallen maken de gronden tot verbreking van de opdracht ook een contractuele wanprestatie uit. In dergelijk geval kan de aanbestedende overheid de overheidsopdracht op twee manieren verbreken.

- ofwel wordt de overheidsopdracht verbroken op basis van ambtshalve maatregelen. In dergelijk geval heeft de aanbestedende overheid van rechtswege recht op de volledige borgtocht als forfaitaire schadevergoeding (zie punt 13.7.4), maar zal er wel een tegensprekelijke procedure moeten worden gevolgd.
- ofwel wordt de overheidsopdracht verbroken op basis van de artikelen 61 t.e.m. 63 KB Uitvoering 2017. In deze situatie kan de overheidsopdracht sneller worden verbroken, omdat geen tegensprekelijke procedure moet worden gevolgd, maar zal de aanbestedende overheid geen aanspraak kunnen maken op de borgtocht als forfaitaire schadevergoeding.

13.7. Actiemiddelen van de aanbestedende overheid

Tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht kunnen zich een aantal situaties voordoen die het gevolg zijn van een contractuele wanprestatie van de opdrachtnemer. De aanbestedende overheid kan in dergelijke situaties vertragsboetes, straffen of ambtshalve maatregelen opleggen. Voor zover mogelijk, kan zij die maatregelen zelfs met elkaar combineren.

13.7.1. Vertragsboetes²⁴²

In geval van vertragingen die er uiteindelijk toe leiden dat de uitvoeringstermijn wordt overschreden, kan de aanbestedende overheid vertragsboetes opleggen. Die boetes zijn van rechtswege en zonder ingebrekestelling van toepassing vanaf het verstrijken van de uitvoeringstermijn. De aanbestedende overheid hoeft hier dan ook zelf geen bijkomende stappen te ondernemen, zoals de opmaak van een PV van ingebrekestelling.

Voor wat betreft het bedrag van de boetes bij de uitvoering van de overheidsopdracht, wordt verwezen naar wat hierboven reeds werd toegelicht (zie punt 6.5.3.1.12).

De opdrachtnemer kan in bepaalde gevallen een terugbetaling van de vertragsboetes eisen, meer bepaald als:

- hij bewijst dat de vertraging geheel of gedeeltelijk te wijten is aan de aanbestedende overheid of aan onvoorziene omstandigheden die zich voor het verstrijken van de uitvoeringstermijn hebben voorgedaan. In dit geval kan hij aanspraak maken op een volledige of gedeeltelijke terugbetaling van de boete voor zover hij de feiten of omstandigheden waarop hij zich steunt gemeld heeft samen met de invloed die de feiten of omstandigheden hebben op het verloop en de kostprijs van de opdracht. In dit geval zal het terugbetaalde bedrag ook moeten worden verhoogd met de interesten voorzien in artikel 69 KB Uitvoering 2017.
- er een wanverhouding bestaat tussen de boetes en het bedrag van de gebrekkige uitvoering. In dit geval kan hij slechts aanspraak maken op een gedeeltelijke terugbetaling.

Om ontvankelijk te zijn moet elke eis tot teruggave worden ingesteld binnen negentig dagen na de laatste betaling in geval van overheidsopdrachten voor werken, of de factuur waarop de boetes werden ingehouden, in geval van leveringen en diensten.

13.7.2. Vaststellingen bij proces-verbaal²⁴³

Als de opdrachtnemer de prestaties niet uitvoert zoals is bepaald in het bestek (of, meer in het algemeen: volgens de regels van de kunst), of wanneer de opdrachtnemer de bevelen van de aanbestedende overheid niet opvolgt, dient daarvan een proces-verbaal te worden opgesteld. Het KB Uitvoering 2017 legt geen specifieke vormvereisten vast voor een dergelijk proces-verbaal. Wel moet het voor de opdrachtnemer duidelijk zijn dat het om een proces-verbaal gaat, zodat hij het nodige belang eraan kan verbinden en ertoe wordt aangezet om tijdig maatregelen te nemen of verweer te voeren. Om die reden is het aangewezen om de benaming 'proces-verbaal' steeds uitdrukkelijk te vermelden.

Een afschrift van het proces-verbaal moet onmiddellijk aangetekend worden verstuurd naar de opdrachtnemer. Die moet hierop zo snel mogelijk zijn tekortkoming(en) verhelpen of binnen een termijn van vijftien dagen zijn verweer hiertegen voeren. De termijn van vijftien dagen gaat in de dag na de verzending van het proces-verbaal. Wanneer dit verweer binnen de gestelde termijn uitblijft, bestaat er een vermoeden dat de opdrachtnemer de feiten erkent. De opdrachtnemer kan dit vermoeden dan wel trachten te weerleggen, bijvoorbeeld door aan te tonen dat hij de vastgestelde feiten in werkelijkheid reeds vóór de toezending van het proces-verbaal had betwist.

Er dient steeds een proces-verbaal te worden opgesteld vooraleer er 'straffen' of 'ambtshalve maatregelen' kunnen worden opgelegd. De aanbestedende overheid dient bovendien te wachten tot de verweertijd van vijftien dagen is verstreken alvorens sancties te kunnen nemen, behalve wanneer de opdrachtnemer op voorhand de tekortkomingen uitdrukkelijk heeft toegegeven.

Tip: durf tijdig gebruik te maken van een proces-verbaal (PV) wanneer er problemen vastgesteld worden tijdens de uitvoering.

Vaak gebeuren meldingen van problemen mondeling om de goede verstandhouding niet in het gedrang te brengen wat ertoe leidt dat op het moment dat dan werkelijk een PV wordt opgemaakt de situatie zodanig ernstig is dat geen van beide kanten nog een toegeving kan/wil doen.

13.7.3. Straffen²⁴⁴

Voor wat betreft het bedrag van de straffen die kunnen worden opgelegd bij de uitvoering van de overheidsopdracht, wordt verwezen naar wat hierboven reeds werd toegelicht (zie punt 6.5.3.1.11.).

De dagelijkse straf wordt in principe²⁴⁵ toegepast vanaf de derde dag na afgifte van de aangetekende zending met het proces-verbaal, tot en met de dag waarop aan de gebrekkige uitvoering een einde wordt gesteld door de opdrachtnemer, of door de aanbestedende overheid zelf.

Ook voor wat betreft straffen kan de opdrachtnemer achteraf de teruggave vragen. Daartoe moet hij wel aantonen dat er een wanverhouding bestaat tussen het bedrag van de toegepaste straf en de omvang van de gebrekkige uitvoering. Bovendien kan de teruggave enkel plaatsvinden indien de opdrachtnemer kan aantonen alles in het werk te hebben gesteld om de gebrekkige uitvoering te verhelpen en slechts voor het gedeelte van de straf dat in wanverhouding met de tekortkoming staat. Ook voor de teruggave van straffen dient de vordering tot teruggave op straffe van onontvankelijkheid te gebeuren uiterlijk negentig dagen na de laatste betaling (bij werken) of de factuur waarbij de straf werd afgehouden (bij leveringen of diensten).

²⁴⁴ Artikel 45 KB Uitvoering 2017.

²⁴⁵ Met uitzondering van de dagelijkse straffen voorzien in de artikelen 12/2, §4, en 12/3, §3, KB Uitvoering 2017 die slechts worden toegepast vanaf de 15^{de} dag na de datum van verzending van de aangetekende zending.

13.7.4. Ambtshalve maatregelen²⁴⁶

In geval van ernstige contractuele tekortkomingen van de kant van de opdrachtnemer kan de aanbestedende overheid één, of in uitzonderlijke gevallen meerdere, van volgende ambtshalve maatregelen opleggen:

- eenzijdige verbreking van de overheidsopdracht, met inhouding van de borgtocht bij wijze van schadevergoeding;
- uitvoering van (een deel van of de gehele) overheidsopdracht in eigen beheer;
- sluiten van een overheidsopdracht voor rekening met een of meer derden. Een kopie van de opdrachtdocumenten voor het sluiten van deze overheidsopdracht met derde(n) dient in dit geval aan de oorspronkelijke opdrachtnemer te worden bezorgd.

In beide laatste gevallen moet de opdrachtnemer de eventuele meerkosten betalen als zou blijken dat de prijs voor de uitvoering in eigen beheer of voor rekening hoger zou uitvallen dan de oorspronkelijke prijs. Aangezien de overeenkomst tussen de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer in die gevallen niet verbroken wordt, blijft de opdrachtnemer gebonden door de overeenkomst.

In theorie heeft de aanbestedende overheid bij het opleggen van ambtshalve maatregelen de vrije keuze tussen de verschillende maatregelen. Evenwel moet de keuze steeds gemotiveerd kunnen worden en moet ze rekening houden met het feit dat er een zekere cascade²⁴⁷ binnen de verschillende maatregelen bestaat, gelet op de impact die de maatregelen hebben op de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer.

‘Ambtshalve’ betekent dat de aanbestedende overheid zich niet tot de rechtbank hoeft te wenden om de bedoelde maatregelen te nemen. Zij kan dit uit eigen beweging doen. Daarbij moet zij weliswaar dezelfde procedure

²⁴⁶ Artikel 47 KB Uitvoering 2017.

²⁴⁷ De lichtste ambtshalve maatregel is de eenzijdige verbreking. Bij dergelijke verbreking is de schade voor de opdrachtnemer immers principieel beperkt tot het bedrag van de borgtocht en is hij verder niet meer contractueel gehouden. De uitvoering in eigen beheer is in dat opzicht een stuk zwaarder, maar is minder verregaand dan de overheidsopdracht voor rekening.

respecteren als bij het toepassen van straffen (proces-verbaal, wachttijd van vijftien dagen). Bovendien kan de opdrachtnemer de toepassing van de sancties achteraf voor de rechtbank betwisten.

13.8. De oplevering en waarborgtermijn²⁴⁸

13.8.1. Principe

De oplevering van een overheidsopdracht is de vaststelling door de aanbestedende overheid dat de door de opdrachtnemer uitgevoerde prestaties overeenstemmen met de regels van goed vakmanschap, evenals met de bepalingen en de voorwaarden van de overheidsopdracht. De vaststelling dat de opdracht in staat van oplevering is (bijvoorbeeld via de rondgang op de werf) dient steeds tegensprekelijk te gebeuren: dus in aanwezigheid van de opdrachtnemer. Van deze vaststelling dient steeds een proces-verbaal te worden opgesteld.

De oplevering moet steeds onderscheiden worden van de loutere inbezitneming van een bouwwerk die toegepast kan worden bij overheidsopdrachten voor werken. Daarbij neemt de aanbestedende overheid een of meer delen van het bouwwerk reeds in gebruik voor de volledige afronding van het werk.

Voorbeeld: bij de herstellingen aan (autosnel)wegen met meerdere rijstroken worden eerst de herstellingen aan de ene rijstrook gedaan. Eenmaal die herstellingen afgewerkt zijn, wordt, om de impact van de werken te beperken, de herstelde rijstrook in gebruik genomen terwijl de werken aan de andere rijstrook worden uitgevoerd.

Het is belangrijk dat bij de inbezitneming van een bouwwerk steeds een goede plaatsbeschrijving wordt opgemaakt van het gedeelte van de werken dat in gebruik wordt genomen. Beschadigingen als gevolg van het gebruik komen na de inbezitneming namelijk ten laste van de aanbestedende overheid. Andere schade valt in principe ten laste van de opdrachtnemer.

248 Artikelen 64 en 65 (algemene bepalingen), 91 en 92 (werken), 128 t.e.m. 135 (leveringen) en 156 en 157 (diensten)

13.8.2. Voorlopige oplevering

De oplevering kan in twee fasen gebeuren. In dat geval vindt er eerst een voorlopige oplevering plaats en later een definitieve oplevering. Bij overheidsopdrachten voor werken en leveringen vindt er in principe steeds eerst een voorlopige oplevering plaats. Bij overheidsopdrachten voor diensten geldt de voorlopige oplevering als definitieve oplevering, behoudens andersluidende bepaling in het bestek (zie punt 6.5.3.4.5.).

Bij overheidsopdrachten in vaste en voorwaardelijke gedeelten en raamovereenkomsten is het mogelijk om met gedeeltelijke voorlopige opleveringen te werken, respectievelijk per uitgevoerd gedeelte of per uitgevoerde bestelling. In dergelijke gevallen is het echter van belang dat er duidelijke bepalingen in het bestek worden opgenomen om de impact van die voorlopige oplevering te bepalen.

De voorlopige oplevering dient in principe te gebeuren binnen vijftien kalenderdagen na de dag waarop de overheidsopdracht moet voltooid zijn. Bij vroegere of latere voltooiing vindt de oplevering plaats binnen vijftien dagen na de dag van het verzoek daartoe van de opdrachtnemer. Uiteraard kan de voorlopige oplevering slechts plaatsvinden voor zover de resultaten van de keuringen en van de voorgeschreven proeven zijn gekend.

Als de aanbestedende overheid ernstige gebreken vaststelt, dient zij de voorlopige oplevering te weigeren. Ook in dat geval dient een proces-verbaal te worden opgesteld, nl. een proces-verbaal van weigering van oplevering. Het is aangewezen om wanneer de opdracht vertraging heeft opgelopen zo'n proces-verbaal in elk geval op te stellen binnen vijftien dagen nadat de uitvoeringstermijn is verstreken. In de praktijk wordt dit wel eens uit het oog verloren. Nochtans is het om verschillende redenen van belang dat dit gebeurt. Op die manier wordt voorkomen dat achteraf zou worden aangenomen dat er een 'stilzwijgende' voorlopige oplevering zou hebben plaatsgevonden of dat er retroactief moet worden opgeleverd, met alle gevolgen van dien op de waarborgtermijn en de tienjarige aansprakelijkheid van de opdrachtnemer. Bovendien is de vaststelling van belang met het oog op mogelijke schadevergoedingen wegens laattijdige oplevering.

Bij kleinere gebreken, die het gebruik van het goed niet in de weg staan, moet de aanbestedende overheid de oplevering wél toestaan. Anders oordelen kan als rechtsmisbruik worden beschouwd. In dat geval kunnen ofwel kortingen wegens minderwaarde (of refacties) worden toegepast, waarbij een deel van de overheidsopdracht niet wordt betaald, ofwel kan gebruik worden gemaakt van een oplevering onder voorbehoud waarbij de oplevering wordt toegestaan, maar de opdrachtnemer de kleine gebreken moet verhelpen tijdens de waarborgtermijn.

Ten einde bewijsproblemen achteraf te voorkomen, dient het proces-verbaal van oplevering, dat steeds dient te worden opgemaakt, de gebreken uitdrukkelijk te vermelden. In geval van een oplevering onder voorbehoud valt het daarenboven aan te raden om in het proces-verbaal een termijn op te leggen waarbinnen de kleine vastgestelde gebreken dienen te worden verholpen.

De aanbestedende overheid beschikt over een zekere beoordelingsmarge om vast te stellen of de gebreken 'ernstig' zijn of niet. De beoordeling moet evenwel naar redelijkheid gebeuren. Het al dan niet aanvaarden van de voorlopige oplevering heeft immers verregaande gevolgen.

De belangrijkste gevolgen van de voorlopige oplevering zijn namelijk:

- de aanbestedende overheid krijgt de volledige beschikking over de prestaties die werden uitgevoerd.
- het risico wordt overgedragen van de opdrachtnemer op de aanbestedende overheid. D.w.z. dat beschadigingen waarvoor de schuld niet bij de opdrachtnemer ligt (bv. ten gevolge van diefstal of vandalisme) vanaf dit ogenblik ten laste komen van de aanbestedende overheid. Dit is onder meer van belang voor het bepalen van het tijdstip waarop de (brand) verzekeringspolis dient in te gaan.
- in geval van een opdracht voor werken begint de tienjarige aansprakelijkheid van de opdrachtnemer voor ernstige gebreken te lopen;
- de opdrachtnemer is niet langer aansprakelijk voor zichtbare gebreken (die niet onder de tienjarige aansprakelijkheid vallen), tenzij daarvoor een uitdrukkelijk voorbehoud wordt gemaakt in het proces-verbaal.

- de (helft van de) borgtocht moet worden vrijgegeven. De opdrachtnemer hoeft hiervoor geen specifiek verzoek te richten aan de aanbestedende overheid als er een verzoek tot oplevering werd gedaan. Het verzoek tot oplevering geldt als verzoek tot vrijgave.
- de verdragingsboetes lopen af.
- de waarborgtermijn begint te lopen.

Bij overheidsopdrachten voor leveringen waar gebruik wordt gemaakt van een voorlopige oplevering in twee stappen (zie punt 6.5.3.3.4.) geldt de volledige voorlopige oplevering op de plaats van de levering als voorlopige oplevering. De bovenvermelde gevolgen krijgen dan ook slechts effect na de volledige voorlopige oplevering.

13.8.3. Waarborgtermijn

Gedurende de waarborgtermijn die volgt op de voorlopige oplevering, dient de opdrachtnemer het resultaat van de overheidsopdracht in goede staat te houden en de gebrekkig uitgevoerde delen te herstellen die bij de voorlopige oplevering werden vastgesteld en die in het proces-verbaal van voorlopige oplevering werden vermeld.

Tijdens de waarborgtermijn blijft de opdrachtnemer aansprakelijk voor eventuele verborgen gebreken. Dit zijn de gebreken die niet aan het licht kwamen bij de voorlopige oplevering, maar zich pas tijdens de waarborgtermijn hebben gemanifesteerd. Zodra deze gebreken worden vastgesteld, dient een proces-verbaal te worden opgesteld.

Het onderhoud tijdens de waarborgperiode gebeurt in principe op kosten van de opdrachtnemer, tenzij hij kan aantonen dat de schuld voor de schade niet bij hem ligt.

Voorbeeld: tijdens de waarborgperiode wordt een verlichtingspaal omgereden door een weggebruiker. De opdrachtnemer zal een nieuwe verlichtingspaal moeten plaatsen, maar staat hij niet in voor de kosten ervan. Deze kosten komen in principe ten laste van de aanbestedende overheid. In voorkomend geval kan de aanbestedende overheid de gemaakte kosten wel terugvorderen van de weggebruiker (de schadeverwekker).

Wanneer de opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt gedurende de waarborgperiode, kan de aanbestedende overheid gebruik maken van straffen en ambtshalve maatregelen.

Voor overheidsopdrachten van werken en leveringen duurt de waarborgtermijn in principe één jaar. Het bestek kan wel in een andere (langere of kortere) waarborgtermijn voorzien.

13.8.4. Definitieve oplevering

Binnen vijftien dagen voor de dag waarop de waarborgtermijn verstrijkt dient een proces-verbaal van definitieve oplevering te worden opgesteld. Ook bij de definitieve oplevering is het van belang dat steeds een proces-verbaal van oplevering of van weigering wordt opgemaakt.

In geval de oplevering echter niet wordt aanvaard, dient de opdrachtnemer de werken alsnog in staat van definitieve oplevering te brengen. Zodra dat gebeurd is, dient hij de aanbestedende overheid daarvan schriftelijk op de hoogte te brengen. De definitieve oplevering dient dan te volgen binnen een termijn van vijftien dagen.

Na de definitieve oplevering dient de aanbestedende overheid het resterende deel van de borgtocht vrij te geven. Ook hier geldt het verzoek tot definitieve oplevering als verzoek tot vrijgave waardoor de aanbestedende overheid automatisch tot de vrijgave van de tweede helft van de borgtocht moet overgaan bij toekenning van de definitieve oplevering.

De definitieve oplevering heeft tot gevolg dat de contractuele band tussen de aanbestedende overheid en de opdrachtnemer afloopt. Bij overheidsopdrachten voor werken blijft de opdrachtnemer wel aansprakelijk voor zware gebreken, die de stevigheid van de constructie in het gedrang brengen, op grond van de tienjarige aansprakelijkheid.

13.9. Betalingen

Zoals eerder vermeld zijn betalingen in beginsel slechts mogelijk voor gepresteerde en aanvaarde prestaties. In principe mag geen enkele betaling dan ook plaatsvinden zonder dat de opdrachtnemer een gedetailleerde, gedateerde en ondertekende schuldvordering heeft voorgelegd, samen met een staat waarin de uitgevoerde werken op gedetailleerde wijze worden beschreven. Behoudens andersluidende bepalingen in het bestek, geldt voor opdrachten voor leveringen en diensten de factuur als schuldvordering.

De betalingstermijnen zijn uniform, ongeacht het type overheidsopdracht (werken, leveringen of diensten) en zijn opgesplitst in twee fasen (verificatie enerzijds en betaling anderzijds) waarvoor afzonderlijke maximumtermijnen werden vastgelegd.

13.9.1. Verificatietermijn²⁴⁹

In de eerste fase beschikt de aanbestedende overheid over een verificatietermijn van maximaal dertig kalenderdagen. Gedurende deze termijn worden er van de aanbestedende overheid twee zaken verwacht. In eerste instantie kijkt ze de ingediende schuldvordering (en de bijhorende gedetailleerde staat) na en brengt ze eventueel verbeteringen aan. Vervolgens dient ze een proces-verbaal op te stellen met vermelding van het bedrag dat volgens haar verschuldigd is. Dit proces-verbaal dient naar de opdrachtnemer verstuurd te worden, samen met het verzoek om binnen vijf dagen een factuur in te dienen voor het verschuldigde bedrag.

De verificatietermijn begint te lopen op de dag volgend op de dag van indiening van de schuldvordering en loopt af op de datum

dat de aanbestedende overheid de opdrachtnemer verzoekt zijn factuur in te dienen. Aangezien het vaak voorkomt dat de ingediende vorderingsstaat niet kan worden nagezien door het ontbreken van bepaalde verantwoordingsstukken, en het niet billijk zou zijn dat de aanbestedende overheid door dergelijke onzorgvuldigheid van de opdrachtnemer verwijlintersten zou moeten betalen, wordt in de standaard- en modelbestekken van MOW voor dergelijke gevallen in een verlenging van de verificatietermijn voorzien. De regeling komt erop neer dat de aanbestedende overheid de schuldvordering naziet op volledigheid en het ontbreken van bepaalde stukken. Als bij nazicht wordt vastgesteld dat bepaalde stukken ontbreken, wordt de opdrachtnemer onmiddellijk verzocht de ontbrekende stukken binnen een termijn van zeven dagen te bezorgen. Elke dag die de opdrachtnemer er langer over doet om de gevraagde stukken over te maken wordt vervolgens bij de verificatietermijn geteld.

Let op:

- de verificatietermijn loopt automatisch af na dertig kalenderdagen. Als de aanbestedende overheid niet aan haar formaliteiten kan voldoen binnen de vooropgestelde termijn begint de betalingstermijn te lopen. Met andere woorden, een overschrijding van de verificatietermijn leidt tot een evenredige inkorting van de betalingstermijn.
- bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten geldt de factuur in principe als schuldvordering en moet er aldus geen afzonderlijke schuldvordering worden ingediend. Hieruit mag niet worden afgeleid dat de aanbestedende overheid niet over een verificatietermijn zou beschikken. Indien bij de verificatie zou blijken dat de factuur fouten bevat, zal de opdrachtnemer bijvoorbeeld moeten worden verzocht een creditnota in te dienen. Om echter alle misverstanden te vermijden, en met het oog op een uniforme regeling voor elektronische facturatie ongeacht het type overheidsopdracht, wordt in de modelbestekken van MOW ook bij overheidsopdrachten voor leveringen en diensten met een voorafgaande schuldvordering gewerkt.

13.9.2. Betalingstermijn²⁵⁰

Voor zover de aanbestedende overheid over de regelmatig opgemaakte factuur beschikt, beschikt ze na afloop van de verificatietermijn over een termijn van maximaal dertig dagen om tot betaling over te gaan. De termijn van dertig dagen begint te lopen vanaf de dag volgend op de afloop van de verificatietermijn. Als de opdrachtnemer de factuur niet indient binnen een termijn van vijf dagen, wordt de betalingstermijn geschorst voor het overeenkomstig aantal dagen dat de opdrachtnemer er langer over doet om de rechtmatige factuur in te dienen.

Let op: de verificatietermijn van dertig dagen is een maximumtermijn die afloopt op de datum van de factuuraanvraag. Als de factuur reeds op de achtentwintigste dag werd aangevraagd, zal de verificatietermijn op die dag aflopen en de betalingstermijn van dertig dagen op de dag daaropvolgend beginnen te lopen. Voor zover de factuur tijdig werd ingediend, zal de totale betalingstermijn dan ook slechts achtenvijftig dagen bedragen. Met andere woorden, een snellere afronding van de verificatieverplichtingen impliceert niet dat de aanbestedende overheid over een langere betalingstermijn beschikt.

14. Duurzaamheid

De Vlaamse overheid, waaronder ook het beleidsdomein Mobiliteit en Openbare Werken heeft zich geëngageerd om meer duurzame en innovatieve overheidsopdrachten te plaatsen. Door duurzaam en innovatief aan te kopen kunnen er interessante oplossingen worden gevonden en wordt de markt in beweging gezet om duurzame en innovatieve oplossingen te ontwikkelen. Overheden dienen hierin het goede voorbeeld te geven en een voortrekkersrol te spelen.

In deze epiloog raken we een aantal mogelijkheden aan die de regelgeving voorziet om groen en innovatief aan te kopen. De thema's 'duurzaamheid' en 'innovatie' worden als aparte en afzonderlijke hoofdstukken behandeld, maar dit neemt uiteraard niet weg dat het ene het andere niet uitsluit. Integendeel, bij het plaatsen van overheidsopdrachten kan zowel rekening worden gehouden met duurzaamheidsaspecten als met het bereiken van innovatieve oplossingen. Bovendien kan het nastreven van innovatie ertoe leiden dat ook duurzaamheid wordt bereikt, en vice versa.

14.1. Duurzaamheidsaspecten in overheidsopdrachten

14.1.1. Inleiding

Alvorens in te gaan op de juridische mogelijkheden moet vooreerst worden bekeken wat de Vlaamse overheid, en dus ook de entiteiten van het beleidsdomein MOW onder 'duurzaam' dienen te begrijpen. Binnen het gemeenschappelijk aankoopbeleid van de Vlaamse overheid worden duurzame overheidsopdrachten gedefinieerd als "de benadering waarbij publieke overheden milieu-, sociale- en economische criteria integreren in alle fases van hun aankoopproces van leveringen, werken en diensten, en dus de verspreiding van milieubesparende technologieën, sociale innovatie en de ontwikkeling van milieu-, socio- en ethisch verantwoorde producten en diensten bevorderen, door het zoeken naar oplossingen die de minste impact op het milieu hebben gedurende hun volledige levenscyclus en sociaal en ethisch verantwoord zijn."

14.1.2. Types duurzaamheid

Op basis van deze definitie valt het aspect 'duurzaamheid' uiteen in twee verschillende types. Enerzijds houdt duurzaamheid in dat het moet gaan om milieuverantwoorde oplossingen, maar anderzijds dat zij ook sociaal en ethisch verantwoord zijn.

14.1.2.1. Milieuduurzaamheid

Naar het eerste type van duurzaamheid wordt vaak verwezen als 'groen aankopen' of 'Green Public Procurement' of 'Sustainable Public Procurement'. Hieronder valt kort gezegd de impact van het produceren, verwerven of uitvoeren, het gebruik, het onderhouden en verwerken na einde gebruik van een bouw- of infrastructuurwerk, een product of een dienst op milieu en klimaat. Belangrijk hierbij is dus dat volgens de definitie

de volledige levenscycluskost van een werk, product of dienst en de impact op het milieu in aanmerking wordt genomen.

Begrippen als levenscycluskosten, total cost of ownership, circulaire economie, externe milieukosten of -impact kaderen binnen dit type duurzaamheid. In wat hierna volgt zal bij de benadering van duurzaamheid vooral deze aspecten worden belicht. Dit omdat aan 'groene overheidsopdrachten' een steeds gewichtiger belang wordt gehecht, maar uiteraard steevast met respect voor sociale- en ethische overwegingen.

14.1.2.2. Sociaal-ethische duurzaamheid

Duurzaamheid kan ook betrekking hebben op de impact op de mens. Hierbij kan o.a. gedacht worden aan het voorbehouden van opdrachten aan de sociale economie en maatwerkbedrijven, het naleven en doen naleven van fundamentele arbeids- en sociale rechten, het bewerkstelligen van sociale insluiting en het creëren van gelijke kansen zonder discriminatie. Naar sociaal en ethische duurzaamheid wordt ook wel gerefereerd als Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen (MVO).²⁵¹ De scope van deze bijdrage in de leidraad zal zich echter beperken tot het vergroenen van een overheidsopdracht.

14.1.3. Het vergroenen van een overheidsopdracht

In dit hoofdstuk zal worden besproken hoe een overheidsopdracht kan worden vergroend door groene duurzaamheidsaspecten te integreren in het bestek. We denken hierbij concreet aan de behoefteomschrijving en de marktverkenning, de keuze van de plaatsingsprocedure, de uitsluitingsgronden, de kwalitatieve selectiecriteria, de gunningscriteria, de technische eisen en uitvoeringsvoorwaarden. In wat volgt wordt een praktische toepassing gemaakt van wat volgens de regelgeving zoal mogelijk is in het licht van de groene duurzaamheidsdoelstellingen die door de Vlaamse overheid worden beoogd.

²⁵¹ Het departement Werk & Sociale Economie heeft voor dit type duurzaamheid een praktijkgids uitgewerkt en is vrij te raadplegen op hun website.

14.1.3.1. Behoefteschrijving en marktverkenning

In de voorbereidingsfase waarin de aanbestedende overheid vooreerst nadenkt over wat zij precies nodig heeft, kan zij uiteraard reeds rekening houden met milieuoverwegingen. Ten eerste kan de vraag worden gesteld of er überhaupt nood is aan het uitschrijven van een nieuwe opdracht. De aanbestedende overheid dient voor zichzelf kritisch de vraag te stellen of het immers wel nodig is om een opdracht te plaatsen. Evengoed kan de behoefte op een andere manier ingevuld worden, dit is de zogenaamde 'nuloptie'. Uiteraard is deze nuloptie in de praktijk moeilijk voor de uitvoering van de kerntaak van het beleidsdomein. Echter in het kader van de achterliggende administratie (de backoffice) en logistieke ondersteuning kan het nuttig zijn om eerder na te denken om bestaande en reeds aanwezige middelen te herschikken dan om nieuwe producten zoals bv. printers en papier aan te schaffen. Duurzaam handelen begint al voor het uitschrijven van een opdracht.

Wanneer er een opdracht moet worden uitgeschreven, kan bij de behoefteschrijving eveneens nagedacht worden over welke oplossingen de meest duurzame zijn en hoe de markt ertoe kan worden bewogen om een duurzame oplossing voor te stellen. Door de milieu-impact mee in overweging te nemen in de fase van de behoefteschrijving kan de aanbestedende overheid bij de opmaak van het bestek rekening houden met de verschillende mogelijkheden die er op de markt zijn en het bestek richten naar de meest duurzame opties.

De markt kan hierin zeker ook een nuttige en interessante rol spelen. Het staat de aanbestedende overheid immers vrij om tijdens de marktverkenning ook na te gaan bij de marktpelers hoe duurzaamheid kan worden bereikt en te polsen naar eventuele duurzame(re) alternatieven. Uiteraard moet er zoals steeds behoedzaam worden omgesprongen met informatie die wordt uitgewisseld en moet de aangeleverde informatie met een kritische blik worden bekeken.

In het kader van duurzaamheid moet immers een evenwicht worden gevonden in de duurzaamheidsdoelstellingen die een aanbestedende overheid nastreeft en het waarborgen van een voldoende mededinging. Het is geen evidentie om hier strikte regels over te bepalen, maar het uitgangspunt dient hierbij te zijn dat de mededinging niet kunstmatig mag worden beperkt door al te hoge duurzaamheidscriteria op te leggen met de bedoeling één of enkele producenten te bevoordelen.

Bij de behoefteomschrijving en de marktconsultatie en bij het nadenken over welke oplossing op termijn de meest duurzame is, kan ook worden onderzocht welke oplossingen het langste kunnen worden gebruikt en tegen welke kost. Dit noemt men een levenscycluskostenonderzoek. De levenscycluskosten (LCK) vormen namelijk een reëler beeld van wat de uiteindelijke aankoop, zij het een werk, levering of dienst aan de aanbestedende overheid kost dan louter en alleen de aankoopprijs te bekijken. De aankoopprijs is namelijk alleen de kost voor het verwerven ervan, maar ook het gebruik, onderhoud en de sloop of verwerking bij einde levensduur dient mee in rekening te worden gebracht om het totale kostenplaatje te weten te komen.

Bij het zoeken naar de juiste oplossing is het beter zich te richten naar de oplossing met een langere levensduur en lagere levenscycluskosten. Een hogere verwervingskost zal op langere termijn dan gecompenseerd kunnen worden. In de huidige wetgeving is het thans mogelijk om deze levenscycluskosten op te nemen als gunningscriterium (zie verder) maar ook bij de behoefteomschrijving en het opmaken van het bestek is het nuttig om deze totale kosten mee in rekening te brengen en zich op die manier te richten naar duurzamere oplossingen. Bij de ene productcategorie gaat dat natuurlijk al wat makkelijker dan de andere. Het is relatief eenvoudig om de LCK van moderne leds te vergelijken met oude halogeenlampen. Bij werkenopdrachten is dat al wat minder evident, maar niet onmogelijk (zie verder).

14.1.3.2. Keuze van de plaatsingsprocedure

In de voorbereidingsfase dient er voldoende aandacht te worden besteed aan het bepalen van de meest geschikte plaatsingsprocedure. Afhankelijk van een aantal factoren dient er een keuze te worden gemaakt uit de toegelaten procedures. Één van die factoren kan ook duurzaamheid betreffen, al is het voor iedere procedure in zekere mate mogelijk om duurzaamheidsaspecten op te nemen. De procedure hoeft dus zeker niet in de weg te staan van het uitschrijven van een duurzame overheidsopdracht.

Bij opdrachten met beperkte waarde, of de zgn. aanvaarde factuur, heeft de aanbestedende overheid de mogelijkheid om zelf marktonderzoek te verrichten en op die manier voor de duurzaamste oplossing te kiezen en deze rechtstreeks te bestellen bij de leverancier, mits er voldoende alternatieven van andere leveranciers werden bekeken en beoordeeld.

De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking heeft eveneens als voordeel dat de aanbestedende overheid enkel ondernemingen kan uitnodigen een offerte in te dienen die over duurzamere oplossingen beschikken. Nadien kunnen deze geraadpleegde ondernemingen nogmaals in competitie treden door in het bestek bv. een gunningscriterium rond duurzaamheid op te nemen. Deze plaatsingsprocedure heeft bijkomend als voordeel dat de mogelijkheid er is om na de opening van de offertes nog te onderhandelen over de concrete inhoud ervan. Onderhandelingen kunnen leiden tot het verbeteren van de kwaliteit van de offertes, met name over het duurzaamheidsniveau, binnen de grenzen van de algemene basisbeginselen, de regelgeving en het bestek. Gedurende de onderhandelingen kan bijvoorbeeld aan de inschrijvers gevraagd worden duurzamere producten of bouwmaterialen op te nemen of in een duurzame uitvoeringswijze te voorzien.

Dit voordeel van onderhandelingen geldt ook voor de mededingingsprocedure met onderhandeling (MPMO) en de vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking (VOMB), alsook in de bijzondere procedures die gericht zijn op ontwikkeling en innovatie, het innovatiepartnerschap en de concurrentiegerichte dialoog. In het tweede deel van deze epiloog wordt ingegaan op deze twee laatste plaatsingsprocedures.

Tot slot kan ook bij de algemene plaatsingsprocedures, de openbare en de niet-openbare procedure, voor duurzaamheid worden gekozen maar kan hierbij enkel rekening worden gehouden bij het bepalen van de selectie- en gunningscriteria en de technische vereisten.

Ongeacht de keuze van de procedure is het steeds een mogelijkheid om in groene of duurzame gunningscriteria te voorzien. Ook voor een procedure waarbij enkel op basis van prijs wordt gegund (de klassieke aanbesteding) kunnen in de technische eisen en uitvoeringsvoorwaarden bepaalde minima rond duurzaamheid worden opgelegd. Het bestek zou ook kunnen bepalen dat het prijs criterium niet enkel de aankoopprijs beoordeelt, maar de totale levenscycluskosten (LCK) en zelfs met externe milieueffecten rekening houdt. Het is eveneens mogelijk dat ook andere gunningscriteria worden opgenomen die het duurzame karakter van de offerte beoordelen. Een combinatie van deze mogelijkheden is uiteraard mogelijk waarbij levenscycluskosten als prijs criterium worden gehanteerd, er nog andere duurzame gunningscriteria worden bepaald en er eveneens in de technische minimumeisen rond duurzaamheid wordt voorzien. In de volgende hoofdstukken worden deze opties een na een besproken.

14.1.3.3. Toegangsrecht

De overheidsopdrachtenwetgeving van 2016 geeft bijzondere aandacht aan de naleving door opdrachtnemers en onderaannemers van het milieu-, sociaal- en arbeidsrecht. De aanbestedende overheid moet er in elke fase op toezien dat deze regels worden nageleefd en moet maatregelen nemen bij de vaststelling van inbreuken.²⁵²

In de selectie vertaalt deze verplichting zich naar een controle door de aanbestedende overheid dat een inschrijver de toepasselijke verplichtingen inzake milieu-, sociaal- of arbeidsrecht niet geschonden heeft. De aanbestedende overheid kan dit 'met elk passend middel' aantonen, wat in de praktijk vaak wordt gecontroleerd op basis van de uittreksels uit het strafregister.²⁵³

Belangrijk hierbij op te merken is dat een vastgestelde schending van milieu-, sociaal- of arbeidsrecht een facultatieve uitsluitingsgrond is.²⁵⁴ Dat wil zeggen dat de aanbestedende overheid in theorie nog een zekere beoordelingsmarge heeft. Als echter de focus van de opdracht ligt op een duurzame uitvoering zou het uiteraard niet te verantwoorden zijn dat er in zee wordt gegaan met een onderneming met een bedenkelijke reputatie. Maar ook in het geval een inschrijver in deze uitsluitingssituatie verkeert mag hij op eigen initiatief corrigerende maatregelen aanvoeren om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Bovendien kan een onderneming slechts uitgesloten worden binnen een periode van drie jaar vanaf de datum van de betrokken gebeurtenis of vanaf beëindiging van de inbreuk.

Een manier om duurzaam aan te besteden die uit de regelgeving zelf voortvloeit bestaat er dus in om een onderneming die in het verleden (d.i. maximaal drie jaar) een milieudelict heeft gepleegd niet voor selectie in aanmerking te nemen. Op vlak van uitsluitingsgronden ligt de lat om respectvol met het milieu om te gaan dus behoorlijk laag, maar inzake de kwalitatieve selectie voorziet de wetgeving in enkele pistes om ervoor te zorgen dat inschrijvers en uiteindelijk de gekozen opdrachtnemer in staat moet zijn om de opdracht op duurzame wijze uit te voeren.

252 Zie art. 7 Overheidsopdrachtenwet 2016

253 Al worden administratieve sancties wegens milieu-inbreuken niet op het strafregister vermeld. Een strafregister geeft dus niet het volledige plaatje weer. Daarom kan een ander 'passend middel' ook bestaan uit een proces-verbaal van bv. de milieuinspectie dat niet door de onderneming werd betwist.

254 Art. 69, 1° Overheidsopdrachtenwet 2016

14.1.3.4. Kwalitatieve selectie

Op vlak van kwalitatieve selectiecriteria is men beperkt tot de mogelijke criteria en bewijsmiddelen die in de regelgeving voorzien zijn. De voornaamste mogelijkheden rond het integreren van duurzaamheid in de selectiecriteria situeren zich in de criteria rond technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid. Milieutechnische bekwaamheden die vereist zijn voor een duurzame uitvoering van de opdracht kunnen bijvoorbeeld bestaan uit het beperken van de afvalproductie, het voorkomen van lekken van verontreinigende stoffen, het verminderen van het brandstofverbruik en uitstootgassen of het minimaliseren van de verstoring van de leefomgeving.

Let op: selectiecriteria moeten steeds een voldoende verband hebben en in verhouding staan met het voorwerp van de opdracht. Als er groene selectiecriteria worden gehanteerd, moeten het voorwerp van de opdracht en de technische eisen dus eveneens aandacht besteden aan duurzame aspecten. Selectiecriteria moeten worden afgestemd op de specifieke eisen van het contract, met inbegrip van de waarde ervan en de mogelijke milieurisico's.

Vooreerst kan er in het bestek om referenties worden verzocht van soortgelijke opdrachten van eenzelfde duurzaamheidsniveau. Op die manier komen alleen ondernemingen in aanmerking die over aantoonbare ervaring beschikken met het duurzaam uitvoeren van opdrachten met vergelijkbare milieueisen. Voor werkenopdrachten kan in dat kader eveneens worden verzocht naar attesten van goede uitvoering als bewijsstuk.

Ook de onderwijs- en beroepskwalificaties alsook de ervaringen van het personeel kunnen van belang zijn voor duurzame overheidsopdrachten.

Voorbeeld: als selectie criterium bij het plaatsen van wegvervoerdiensten wordt geëist dat de ingezette chauffeurs een cursus milieuvriendelijk rijgedrag hebben gevolgd teneinde het brandstofverbruik en de uitstoot te verminderen.

Er kunnen daarnaast ook eisen gesteld worden omtrent milieumanagement- of milieubeheersystemen. Milieubeheersystemen zijn auditsystemen die de bedoeling hebben te verduidelijken op welke manier een onderneming systematische inspanningen levert om zijn milieuprestaties te verbeteren. Hierbij stellen ondernemingen dus milieudoelstellingen gericht op verbetering van hun milieuprestaties. Het milieubeheersysteem dat op ondernemingsniveau werd ingevoerd kan worden gecertificeerd door het communautair milieubeheer- en milieuauditsysteem (EMAS) of door de Europese/internationale norm voor milieumanagementsystemen EN/ISO 14001.

Hoewel de grotere marktspelers vaak over dergelijke certificering beschikken, blijft het aantal gecertificeerde ondernemingen, vooral bij kmo's, beperkt. Opdat een voldoende mededinging mogelijk blijft, is een voorbereidende marktconsultatie dus aangewezen. Bovendien moeten gelijkwaardige certificaten worden aanvaard en net als bij keurmerken en testverslagen moeten ook andere vormen van bewijs (zoals een in eigen huis ontwikkeld systeem) die een gelijkwaardig niveau garanderen in aanmerking worden genomen wanneer de ondernemer geen toegang heeft tot certificering door een derde partij of binnen de gestelde termijnen geen certificering kan verkrijgen om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden.

De beperking van een dergelijk selectie criterium is dat alleen het milieubeheersysteem op niveau van de onderneming wordt gecontroleerd. Het systeem biedt geen garantie dat de uitvoering van de concrete opdracht even duurzaam zal verlopen. Het proportionaliteitsbeginsel vereist tenslotte ook hier dat de eisen voor de toe te passen milieubeheermaatregelen passend moeten zijn met de waarde en de milieu impact van de opdracht.

Er zou tot slot voor wat betreft de selectiecriteria om een lijst van werktuigen, het materieel en de technische uitrusting kunnen worden gevraagd die voldoen aan vastgestelde minimumeisen inzake duurzaamheid.

Voorbeeld: als selectie criterium bij het plaatsen van een opdracht voor wegeniswerken wordt vereist dat er een lijst van voertuigen, zoals vrachtwagens voor aan- en afvoer, wordt overlegd waaruit blijkt dat de inzetbare voertuigen minstens voldoen aan de voorwaarden van Euronorm 5.

14.1.3.5. Gunningscriteria

14.1.3.5.1. Algemeen

Naast de technische uitvoeringsvoorwaarden die hierna worden besproken, zijn gunningscriteria bij uitstek de geschikte manier om milieuoverwegingen te laten meespelen bij het aanduiden van de opdrachtnemer. Door het gebruik van duurzame gunningscriteria kan een aanbestedende overheid een duurzamere offerte betere scores toekennen bij de gunning van de opdracht. De wetgeving laat uitdrukkelijk het beoordelen van de economisch meest voordelige offerte op basis van prijs en sociale- en milieuaspecten toe²⁵⁵, maar ze moeten steeds verband houden met het voorwerp van de opdracht. Europese rechtspraak ziet hier nauwgezet op toe. Zij moeten ook steeds voldoen aan de algemene voorwaarden: ze mogen geen onbeperkte keuzevrijheid geven en moeten dus verifieerbaar zijn, ze moeten een daadwerkelijke mededinging mogelijk maken, moeten samen met hun subcriteria en desgevallend hun weging van tevoren worden bekendgemaakt en moeten zoals gezegd verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Tip: gunningscriteria zijn vaker beter geschikt dan (alleen) het opnemen van selectiecriteria of minimale technische specificaties. Zij laten immers een graduele beoordeling toe. Het niet voldoen aan een selectie criterium leidt automatisch tot de niet-selectie, het niet voldoen aan een minimale technische specificatie leidt in principe tot de onregelmatigheid van de offerte²⁵⁶.

Het is echter niet toegestaan om een aspect die in de selectie-eisen werd gevraagd nogmaals te beoordelen in de gunningscriteria. Als er selectiecriteria worden gesteld rond de beroepskwalificaties van het personeel, of omtrent de duurzaamheid van de werktuigen mag dit niet opnieuw worden beoordeeld in de gunningscriteria.

De link leggen tussen een gunningscriterium en een minimale technische vereiste in het bestek is daarentegen wel mogelijk. Zo kan men ervoor opteren om in de technische specificaties een minimumeis voorop te stellen

255 Zie art. 81, §2, 3° Overheidsopdrachtenwet 2016.

256 Zie art. 76, §1, 4^{de} lid, 3° KB Plaatsing 2017.

waarvan zeker is dat een groot deel van de markt eraan kan voldoen en vervolgens via de gunningscriteria de inschrijvers te belonen die deze minimumeis in hun offerte overtreffen.

Voorbeeld: rond de gemiddelde CO₂-uitstoot of de energiezuinigheid van een voertuig of vaartuig kan een minimumeis worden gesteld, in combinatie met een gunningscriterium die de CO₂-uitstoot vergelijkt en beoordeelt.

14.1.3.5.2. Praktijkvoorbeelden van duurzame gunningscriteria

Voor de beoordeling van de verschillende offertes aan de hand van de duurzame gunningscriteria kan men gebruik maken van een aantal verschillende methodes. Zonder alomvattend te willen zijn halen we hier enkele voorbeelden vanuit de praktijk aan:

14.1.3.5.2.1. Levenscycluskosten (LCK)

De wetgeving bepaalt uitdrukkelijk dat gunningscriteria geacht worden verband te houden met het voorwerp van de opdracht wanneer zij betrekking hebben op te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus. De wetgeving voorziet aldus specifiek in de mogelijkheid om de levenscycluskosten op te nemen als prijs- en kosten criterium en specificeert waarmee er rekening kan worden gehouden: de verwervingskosten (de aankoop- en leveringskosten), de gebruikskosten zoals energieverbruik, onderhoudskosten en eindcycluskosten zoals inzamelings- en recyclingkosten. Externe milieukosten, zgn. externaliteiten, kunnen ook mee in rekening worden gebracht mits (1) ze verband houden met het product, de dienst of het werk gedurende de levenscyclus, (2) de geldwaarde kan worden bepaald en gecontroleerd, en (3) de gehanteerde berekeningsmethode aan een aantal kwaliteitseisen voldoet^{257, 258}.

Hoewel de prijs in aankoop mogelijks duurder kan zijn, is het grote voordeel dat op langere termijn de totale kost van het product lager zal uitvallen. Het in aanmerking nemen van de levenscycluskosten kan leiden tot het

257 Zie art. 81 en 82 Overheidsopdrachtenwet 2016.

258 Zie ook hoofdstuk 6.4.10.2 in de leidraad omtrent de plaatsing op basis van de kosten.

gebruik van hoogwaardigere materialen die kostenefficiënt en duurzaam zijn. Door de gebruikskosten in aanmerking te nemen kan de energiefactuur bovendien lager uitvallen.

Zoals hierboven reeds gesteld is het bepalen van de LCK en zeker de externe milieukosten geen eenvoudige opgave. Sommige producten lenen zich hier gemakkelijker toe dan andere, we denken aan voertuigen zoals bussen waar het gebruik van LCK al vrij courant is. In de werkensector is deze methodologie in theorie ook perfect toepasbaar, maar we stellen vast dat de praktijkervaringen met het gebruik van LCK als gunningscriterium in Vlaanderen eerder beperkt is.²⁵⁹ Nochtans vindt men in het buitenland voorbeelden terug van de levenscycluskostenbenadering in infrastructuurwerken voor bijvoorbeeld fundering, asfaltwegen, geluidschermen, kunstwerken en voegen.

14.1.3.5.2.2. MKI-waarde en DuboCalc

Externaliteiten kunnen mee in rekening worden gebracht bij de beoordeling van de economisch meest voordelige offerte. In Nederland worden de externe milieukosten als schaduwkost reeds enkele jaren meegenomen bij de voorbereiding en de gunning van infrastructuurprojecten door gebruik van de zogenaamde MKI-waarde of 'milieukostenindicatorwaarde'. Er werd een databank ontwikkeld die per materiaal de milieueffecten vanaf de winning tot en met de sloop bevat. Om de milieueffecten te objectiveren en met elkaar te kunnen vergelijken worden deze milieueffecten uitgedrukt in euro en stemmen zij overeen met de 'kostprijs' die geacht wordt nodig te zijn om het nadelige effect op het milieu te herstellen.

De aanbestedende overheid en inschrijvers kunnen via de 'DuboCalc'-toepassing de MKI-waarde voor een bouwwerk berekenen door de benodigde materialen in deze tool in te geven. De tool berekent dan de totale MKI-waarde. In eerste instantie legt de aanbestedende overheid een maximale MKI-drempelwaarde op waar de inschrijvers in hun offerte onder dienen te blijven. De inschrijvers kunnen bij de voorbereiding en opmaak van hun offerte hun concreet ontwerp inladen in de tool om zo de MKI-waarde te kennen.

259 In de gebouwensector wordt wel steeds vaker aandacht geschonken aan de LCK-benadering. We denken bv. aan het Kantoor 2023-project van de Vlaamse overheid.

In Nederland koppelt men de MKI-waardes van het voorstel in de offerte aan een fictieve korting op de inschrijfprijs die meegenomen wordt in de gunning (zie ook hierna). Het betreft hier echter geen 1 op 1 verhouding tussen de MKI en de fictieve korting. In functie van een MKI-boven- en ondergrens wordt de fictieve kortingswaarde per inschrijver lineair bepaald. Door de grenzen van deze vork in toekomstige aanbestedingen aan te passen kan men de lat voor de inschrijvers steeds hoger leggen.

14.1.3.5.2.3. CO₂-prestatieladder

De CO₂-prestatieladder is een certificeringsschema dat het stimuleren van CO₂-reducties in de bouwsector beoogt. De ladder bestaat uit vijf niveaus en afhankelijk van de inspanning die een onderneming doet om haar CO₂-uitstoot te beperken kan een onderneming van een geaccrediteerd en onafhankelijk organisme een certificaat krijgen voor een van deze niveaus. De ambitie is om zoveel mogelijk ondernemingen één zo hoog mogelijk niveau te doen behalen.

In overheidsopdrachten wordt de certificatie aan de hand van de CO₂-prestatieladder gestimuleerd door een gunningsvoordeel te geven aan inschrijvers die een niveau hebben behaald op de ladder. Dit voordeel bestaat uit het toekennen van een fictieve korting: inschrijvers die een certificaat hebben behaald worden beloond doordat voor de beoordeling van hun offerte rekening wordt gehouden met een gecorrigeerd offertebedrag. Afhankelijk van welke trede zij hebben bereikt, kunnen inschrijvers een fictieve korting, uitgedrukt in een percentage, verkrijgen op hun inschrijvingsprijs.

Het systeem werd in 2009 voor het eerst in Nederland geïntroduceerd. Tegenwoordig wordt de CO₂-prestatieladder erg vaak gebruikt in gunning-procedures van Rijkswaterstaat en een heel aantal andere grote Nederlandse aanbesteders. Daardoor hebben veel Nederlandse ondernemingen een certificaat behaald en ziet men een tendens dat steeds meer van die ondernemingen de hoogste trap van de ladder bereiken. In België is recent ook het initiatief genomen om de CO₂-prestatieladder naar het Nederlandse voorbeeld veralgemeend toe te passen.²⁶⁰

14.1.3.5.2.4. Andere toepassingen van fictieve kortingen wegens duurzaamheidsinspanningen

Naast de MKI-systematiek en de CO₂-prestatieladder zijn nog vele andere toepassingen denkbaar waarbij inschrijvers door middel van fictieve kortingen beloond worden voor de inspanningen die zij doen om duurzamer te werk te gaan. Een voorbeeld dat in de praktijk door AWV frequent wordt toegepast, is het toekennen van een fictieve korting voor het gebruik van asfalt geproduceerd onder verlaagde temperatuur.

Het systeem werkt gelijkaardig aan de CO₂-prestatieladder. Als een inschrijver in zijn offerte aantoont dat het asfalt dat hij zal gebruiken voor de uitvoering van de werken geproduceerd wordt onder verlaagde temperatuur verkrijgt hij een fictieve korting van vijf euro per ton op de inschrijfprijs voor de posten in de meetstaat die op het asfalt betrekking hebben. In tegenstelling tot de CO₂-prestatieladder gaat het hier dus om een vlakke korting als aan de voorwaarden voor verlaagde temperatuur is voldaan, en geldt de korting enkel voor een deel van de inschrijvingsprijs.

14.1.3.5.2.5. Duurzaamheidsscore

Tot slot kan er nog melding gemaakt worden van een recent proefproject van AWV in het kader van het Europese Green Public Procurement-programma voor het structureel onderhoud en heraanleg van een asfaltweg. De methodiek bestaat eruit dat de economisch meest voordelige offerte wordt bepaald op basis van de gewogen som van het aantal punten op de prijs enerzijds en op de duurzaamheidsscore anderzijds.

De inschrijvers dienen bij hun inschrijving een rekenblad te voegen dat door hen moet worden ingevuld. De duurzaamheidsscore wordt berekend aan de hand van het door de inschrijvers ingevulde rekenblad. Het rekenblad peilt naar een aantal indicatoren met betrekking tot de bijdrage aan klimaatverandering, de uitputting van natuurlijke grondstoffen en het verkeerslawaai. Zo wordt gepeild naar de wijze van het transport en de herkomst van de grondstoffen van het asfalt, het energieverbruik en de herkomst van de energie (hernieuwbare bronnen) om het asfalt te produceren. In functie van het relatieve verschil in de opgegeven objectieve

parameters ten opzichte van de gemiddelden over alle inschrijvers heen, wordt een duurzaamheidsscore aan deze indicatoren toegekend. De afzonderlijke scores worden uiteindelijk gewogen en opgeteld tot een totale duurzaamheidsscore. Deze totale duurzaamheidsscores worden opnieuw onderling met elkaar vergeleken (zoals de scores op een prijs criterium) om tot een puntentoekenning te komen. Deze punten worden bij de punten van het prijs criterium opgeteld.

14.1.3.5.3. Besluit

Er kunnen verschillende methodes worden uitgedacht om duurzaamheidsaspecten mee te nemen in de inhoudelijke beoordeling van de offertes. Het koppelen van een fictieve korting aan een objectieve en verifieerbare duurzaamheidsparameter (de MKI-waarde, het CO₂-prestatiecertificaat, de temperatuur bij de asfaltproductie) wordt reeds frequent en met succes toegepast. Ook het toekennen van afzonderlijke duurzaamheidsscores is mogelijk en kan zelfs vrij eenvoudig.

Om inschrijvers ertoe aan te sporen effectief in te zetten op het duurzaamheids criterium moet de aanbestedende overheid een voldoende gewicht toekennen aan het desbetreffende gunnings criterium.

Let op: de duurzaamheidsscore moet steunen op objectieve en verifieerbare parameters en houdt geen onbeperkte keuze in voor de overheid. Bovendien is het te verkiezen om rekening te houden met meetbare gegevens eerder dan louter engagementen op papier. Algemene en oppervlakkige duurzaamheidsengagementen bieden namelijk geenszins een garantie op een duurzame uitvoering van de opdracht.

14.1.3.6. Technische specificaties

In de technische specificaties kunnen ook milieutechnische vereisten worden opgelegd. Deze specificaties moeten steeds verband houden met het werk, product of dienst en dus niet met de kwaliteiten van de inschrijver zelf.

Men kan de technische eisen normerend of prestatiegericht omschrijven. Milieutechnisch kan zich dat vertalen naar minimumnormen of maximale drempels die moeten worden nageleefd.

Voorbeelden:

Een sleephopper moet een minimaal bepaald scheepsruim hebben, maar eveneens niet meer dan een bepaalde hoeveelheid energie per uur verbruiken en niet meer dan een bepaalde hoeveelheid milieuverontreinigende stoffen uitstoten.

De verlichting van autosnelwegverlichting moet een minimaal bepaalde lichtsterkte hebben, maar mag maximaal een bepaalde hoeveelheid energie per uur verbruiken.

Het asfalt voor de aanleg van een wegenis moet een bepaalde samenstelling hebben en moet geproduceerd worden onder een temperatuur van maximaal 140°C...

Essentieel is dat deze minimumeisen zo nauwkeurig mogelijk worden geformuleerd en dat zij in verhouding staan tot de opdracht en dus niet dermate streng zijn omschreven dat ze de mededinging onnodig beperken.

Naast de functioneel omschreven eisen kan er worden verwezen naar internationale, Europese of nationale normen of keurmerken om (milieu) specificaties te eisen. Dit is vooral nuttig voor het bestellen van producten. We denken bijvoorbeeld aan Fairtrade, FSC, het Europees keurmerk op milieuvriendelijke producten... . Door de toenemende aandacht richten kwaliteitslabels in de werken- en bouwsector zoals BENOR zich ook meer op duurzaamheid.

Let op: een bestekseis voor het beschikken van een keurmerk of norm moet steeds uitdrukkelijk toestaan dat een gelijkwaardig product eveneens toegelaten wordt.

Om inspiratie op te doen kan tot slot worden verwezen naar de productgroepen die zijn omschreven enerzijds in opdracht van de Europese Commissie en anderzijds op Belgisch niveau door het Federaal Instituut Duurzame Ontwikkeling en de Vlaamse overheid.²⁶¹ Een aantal van de uitgewerkte productgroepen hebben zeker een relevantie voor opdrachten van het beleidsdomein MOW, bv. voor groenbeheer, onderzoeks- en studieopdrachten, natuursteen, voertuigen, wegmarkeringen, groenonderhoud, ontwerp, bouw en onderhoud van wegen, straatverlichting en verkeerslichten zijn productfiches uitgewerkt waarin onder meer voorbeeldclausules en voorbeelden van technische specificaties en contractuele uitvoeringsvoorwaarden opgenomen staan. Gebaseerd op marktonderzoeken werden mogelijke milieuaspecten gebundeld die naar keuze van de aanbestedende overheid geïntegreerd kunnen worden in het bestek naargelang de concrete noden en doelstellingen.

Let op: bij gebruik van deze productfiches dient men wel steeds op attent te zijn dat de contractuele clausules worden aangepast aan het bestek en in een Belgische terminologie worden overgenomen.

15. Innovatie

15.1. Inleiding

Innovatie wordt een steeds belangrijker element in de huidige samenleving en zodoende ook voor overheidsopdrachten. Dit is niet verrassend gezien het belang dat de Europese Unie aan innovatieve overheidsopdrachten hecht. Het doel van de EU is om te komen tot een innovatie unie waarbij onderzoek en ontwikkeling worden gestimuleerd zodat innovatieve ideeën kunnen worden omgezet in producten en diensten die groei en banen scheppen. Aanbestedende overheden dienen overheidsopdrachten dan ook zo strategisch mogelijk aan te wenden om innovatie te bevorderen. De Vlaamse overheid heeft zich als doelstelling opgelegd om 3% van de uitgaven voor overheidsopdrachten te besteden aan innovatieve overheidsopdrachten.

15.1.1. Soorten innovatie

Innovatie betreft een zeer ruim begrip. Binnen de Vlaamse overheid werden vijf vormen van innovatie gedefinieerd, enerzijds voor het gebruiksgemak en anderzijds voor rapporteringsdoeleinden. Deze vormen van innovatie zijn evenwel niet limitatief.

15.1.1.1. Productinnovatie

Productinnovatie betreft de aankoop van producten die in verhouding met hun equivalenten belangrijke innovatieve eigenschappen vertonen.

Voorbeeld: elektrische wagens, bussen die rijden op biogas,...

15.1.1.2. Procesinnovatie

Procesinnovatie betreft de aankoop van oplossingen die tot stand komen op basis van een innovatief productieproces, door middel van innovatieve processen onderhouden worden of in stand worden gehouden of die op basis van innovatieve processen aan het einde van de levensduur worden gevaloriseerd.

Voorbeeld: Cradle-to-Cradle (C2C) producten, m.a.w. producten die op het einde van de levensduur kunnen gescheiden worden in materialen die 100% recycleerbaar zijn tot evenwaardige grondstoffen,...

15.1.1.3. Organisatie- of diensteninnovatie

Organisatie- of diensteninnovatie omvat overheidsopdrachten die kaders in het innoveren van de organisatie (de entiteit, het beleidsdomein, de Vlaamse Overheid). Het is daarbij niet vereist dat het product, de technologie of het proces op zich ook innovatief is. In de praktijk zal deze vorm van innovatie echter vaak niet op zich staan maar vooral samengaan met een andere vorm van innovatie.

Voorbeeld: aankopen van een monitoringssysteem om de organisatie in staat te stellen om zelf in een innovatieve dienstverlening te voorzien of haar beleid op innovatieve wijze te evalueren of bij te sturen,...

15.1.1.4. Aankoopinnovatie

Bij aankoopinnovatie worden specifieke innovatieve methodieken toegepast in het aankoopproces van de overheid.

Voorbeeld: life cycle cost methodologie, de bedoeling van deze methodologie is om de totale kosten die aan een bepaald product gedurende de gehele levensduur zijn verbonden in kaart te brengen en op basis daarvan beslissingen te nemen. Hierbij wordt bijvoorbeeld ook rekening gehouden met CO₂-uitstoot en sociale return.

15.1.1.5. Contractinnovatie

Contractinnovatie betreft het hanteren van innovatieve contractclausules en -vormen die de aanbodzijde stimuleren om innovatieve voorstellen te doen of belangrijke efficiëntie- en effectiviteitswinsten te genereren.

Voorbeeld: prestatiegerichte of functionele vereisten, leasingformules, as-as-service-benadering,...

Bovenstaande vormen stemmen grotendeels overeen met hoe het begrip innovatie wordt omschreven in de overheidsopdrachtenwet²⁶², nl.:

“de toepassing van een nieuw of aanzienlijk verbeterd product, een nieuwe of aanzienlijk verbeterde dienst of een nieuw of aanzienlijk verbeterd proces, waaronder, maar niet beperkt tot productie- of bouwprocessen, een nieuwe verkoopmethode of een nieuwe organisatiemethode in de bedrijfsvoering, organisatie op de werkvloer of de andere externe betrekkingen, onder meer om maatschappelijke problemen te helpen oplossen of de Europese strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei te ondersteunen”.

15.1.2. Aantal belangrijke concepten

Wanneer het gaat over innovatieve overheidsopdrachten komen een aantal begrippen/concepten geregeld naar voren. Hierna bespreken we dan ook PCP, PPI, POC en het principe van een Hackaton.

15.1.2.1. PCP en PPI

PCP is de afkorting voor pre-commercial procurement of met andere woorden, precommercieel aankopen. PPI staat dan weer voor public procurement of innovative solutions, nl. overheidsopdrachten voor innovatie.

PCP²⁶³ betreft de ontwikkeling van innovatieve oplossingen die nog niet beschikbaar zijn op de markt. Het doel hierbij is om innovatieve oplossingen te stimuleren voor problemen van maatschappelijk belang. Onderzoek en ontwikkeling zijn hierbij nog noodzakelijk. De aanbestedende overheid is echter niet verplicht om de innovatieve oplossing vervolgens ook effectief aan te kopen.

PPI²⁶⁴ omvat het aankopen van innovatieve oplossingen die al (geheel of gedeeltelijk) ontwikkeld zijn maar nog niet wijdverspreid. Het marktaandeel van de oplossingen dient kleiner te zijn dan 20% om als PPI gekwalificeerd te worden.

Waar PCP innoveren is op een 'radicale' manier, is dit bij PPI op een geleidelijke wijze. Daarnaast kan PPI uit PCP volgen, maar dit is niet noodzakelijk.

15.1.2.2. POC

POC²⁶⁵, of proof of concept, is een veelgebruikt begrip indien het gaat om innovatieve overheidsopdrachten. Proof of concept is een methode om door middel van een werkend product te demonstreren dat een bepaalde oplossing geschikt is voor een bepaald doel. Het voornaamste doel van een proof of concept is om aan te tonen dat het productconcept functioneel is, kan worden ontwikkeld en geschikt is als oplossing voor een welbepaald

263 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/pre-commercial-procurement>

264 <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/public-procurement-innovative-solutions>

265 <https://www.projectmanager.com/blog/proof-of-concept-definition>

probleem. Hierin verschilt het dan ook van een prototype, een prototype is immers een werkend model van het bedoelde eindproduct.

Een POC kan in de plaatsing van een overheidsopdracht worden opgenomen als gunningscriterium.

15.1.2.3. Principe van Hackaton

Een Hackaton is een methode om op een creatieve manier op korte tijd oplossingen te bedenken voor gekende problemen. Het wordt vaak georganiseerd in de vorm van een wedstrijd waarbij de deelnemers in een beperkte tijdsspanne een oplossing bedenken voor een (complex) probleem. Het uiteindelijke doel kan zijn dat de deelnemers een proof of concept voorleggen of een concrete oplossing uit de doeken doen.

15.1.3. Plaatsingsprocedures

Hoewel iedere plaatsingsprocedure in theorie gehanteerd kan worden voor de plaatsing van innovatieve overheidsopdrachten, zijn er in de Overheidsopdrachtenwet 2016 twee plaatsingsprocedures voorzien die zich bij uitstek lenen voor dit doel, nl. de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap. Hieronder worden deze specifieke plaatsingsprocedures kort besproken. Daarnaast wordt er kort stilgestaan bij de MPMO in het kader van innovatie en worden ook kort de opdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling overlopen. Die laatste valt echter grotendeels buiten het toepassingsgebied van de overheidsopdrachtenwet 2016.

15.1.3.1. Innovatiepartnerschap

Het innovatiepartnerschap²⁶⁶ werd voor het eerst opgenomen in de richtlijn 2014/24/EU en is specifiek voorzien om een kader te bieden voor innovatieve overheidsopdrachten. Het innovatiepartnerschap is gericht op de ontwikkeling van innovatieve producten, diensten of werken en de daaropvolgende aankoop hiervan, wanneer niet kan worden voorzien in de behoefte van de aanbestedende overheid met de aankoop van reeds op de

266 Artikel 40 Overheidsopdrachtenwet 2016.

markt beschikbare werken, leveringen of diensten.

Met andere woorden is het innovatiepartnerschap uitsluitend bedoeld voor de ontwikkeling van innovatieve producten, diensten of werken en de daaropvolgende aankoop van de daaruit resulterende leveringen, diensten of werken. Gelet op de definitie van innovatie dient het te gaan om een nieuw of aanzienlijk verbeterd product, dienst of proces²⁶⁷. Daarnaast kan het innovatiepartnerschap worden opgevat als een co-creatie. De aanbestedende overheid en de geselecteerde ondernemer(s) gaan immers samen een oplossing bedenken en uitwerken.

15.1.3.1.1. Voorbereiding

Net zoals bij iedere opdracht is een goede voorbereiding essentieel. Theoretisch gezien is een marktverkenning²⁶⁸ bij de voorbereiding van een plaatsingsprocedure facultatief, maar de facto is het bij een innovatiepartnerschap noodzakelijk. De oplossing als geheel mag immers nog niet op de markt bestaan. Dat onderdelen afzonderlijk reeds op de markt bestaan, staat het innovatiepartnerschap niet in de weg.

Meestal zal een innovatiepartnerschap vertrekken vanuit een specifieke nood of uitdaging die zicht stelt. Op basis hiervan dient op een correcte en voldoende precieze wijze de behoefte te worden beschreven. Een correcte en voldoende precieze wijze betekent echter niet dat elk detail moet worden vastgelegd. Een functionele beschrijving is beter geschikt indien het innovatie betreft. Voor die behoefteomschrijving is een marktverkenning essentieel.

Daarnaast is het consulteren met de markt noodzakelijk om de noden en de haalbaarheid van doelen te verifiëren, potentiële marktspelers te ontdekken, de rijpheid van de markt te onderzoeken, interesse bij marktspelers op te wekken en om het bestek zo goed en actueel mogelijk op te stellen.

15.1.3.1.2. Verloop procedure

Gefaseerd verloop

Het innovatiepartnerschap kent een gefaseerd verloop, nl. de selectiefase, onderhandelingsfase, onderzoeks- en ontwikkelingsfase en de operationele/commerciële fase. Doordat de plaatsingsprocedure een gefaseerd verloop kent, biedt dit ook de nodige flexibiliteit gezien de innovatieve handelingen (nl. onderzoek en ontwikkeling) plaatsvinden nadat de overeenkomst wordt gesloten.

i. Selectiefase

Nog voor de selectiefase zal de opdracht moeten worden aangekondigd. De aankondiging dient alle informatie betreffende de kwalitatieve selectie te bevatten, aan te tonen dat er een behoefte is aan innovatieve producten, diensten of werken en dat de op de markt beschikbare mogelijkheden niet voorzien in deze behoefte, en het geeft de minimumeisen mee waaraan alle behoeftes moeten voldoen.

Na de aankondiging kunnen geïnteresseerden een aanvraag tot deelneming indienen. Na een minimumtermijn van dertig dagen vanaf de verzenddatum van de aankondiging, zal in de selectiefase één of meer van de meest geschikte ondernemers worden geselecteerd op basis van de selectiecriteria. De opgenomen selectiecriteria moeten dan ook te maken hebben met de capaciteit van de ondernemers in het domein van onderzoek en ontwikkeling en het ontwikkelen en implementeren van innovatieve oplossingen. Dit helpt immers om de geschiktheid en bekwaamheid van de verschillende deelnemers om de opdracht uit te voeren na te gaan. Uiteindelijk zullen enkel de uitgenodigde kandidaat-ondernemers mogen deelnemen aan het innovatiepartnerschap.

ii. Onderhandelingsfase

Vervolgens zal er onderhandeld worden met de kandidaat-ondernemers. Gedurende deze onderhandelingen is het belangrijk om de gelijke behandeling van alle inschrijvers te allen tijde te waarborgen. De wet biedt de mogelijkheid om te onderhandelen in opeenvolgende fasen. Tevens kan het aantal offertes waarover moet worden onderhandeld beperkt worden door middel van het toepassen van de gunningscriteria. Deze mogelijkheden en de criteria op basis waarvan het aantal inschrijvers wordt beperkt, moeten dan wel worden voorzien in het bestek.

Tijdens de onderhandelingen is het toegestaan om te onderhandelen over de oorspronkelijke offerte en elke daaropvolgende offerte. Het is echter niet toegestaan om te onderhandelen over de minimumeisen, gunningscriteria en de definitieve offerte. In de offertes zal er een onderscheid moeten worden gemaakt tussen de onderzoeks- en ontwikkelingsfase en de operationele/commerciële fase.

Voor de onderzoeks- en ontwikkelingsfase moeten tijdens de onderhandelingen definitieve afspraken worden gemaakt. Er moeten verschillende kostenposten omtrent deze fase in de offerte worden opgenomen. Voor de operationele/commerciële fase moet de aanbestedende overheid aan de inschrijver vragen om een ruwe inschatting te maken over de financiering. Er dient hieromtrent een maximumkost te worden opgenomen in de offerte. Deze maximumkost zal later bepalen of het resultaat al dan niet moet worden aangekocht.

Na het afsluiten van de onderhandelingen zal de opdracht worden gegund en gesloten. De opdracht wordt steeds gegund op grond van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Er kan worden gekozen om met één of meerdere ondernemingen verder te gaan, afhankelijk van wat werd voorzien in het bestek. De opdracht omvat zowel de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten als de uiteindelijke aankoop indien er is voldaan aan de voorwaarden.

iii. Onderzoeks- en ontwikkelingsfase

De onderzoeks- en ontwikkelingsfase gebeurt eveneens in fasen die de reeks stappen in het onderzoeks- en innovatieproces volgen. De duur en waarde van de fasen moet rekening houden met de innovatiegraad van de voorgestelde oplossing en met de reeks onderzoeks- en innovatieactiviteiten die vereist zijn voor de ontwikkeling van een innovatieve oplossing.

Daarnaast is er een verplichting tot het bepalen van tussentijds te bereiken doelen en moet er ook worden voorzien in betaling van de vergoeding in passende termijnen. Het bepalen van de te bereiken tussentijdse doelen heeft het voordeel dat de aanbestedende overheid de mogelijkheid heeft om de opdracht stop te zetten na elke fase, als de vooropgestelde doelen niet worden behaald. De mogelijkheid tot stopzetting en de voorwaarden hiervoor moeten wel worden opgenomen in het bestek.

iv. Operationele/commerciële fase

Zoals eerder vermeld, omvat het innovatiepartnerschap niet enkel de ontwikkeling van innovatieve oplossingen maar eveneens de aankoop ervan. De verplichting tot aankoop geldt slechts onder de dubbele voorwaarde dat de resulterende leveringen, diensten of werken voldoen aan de afgesproken prestatieniveaus en dat het onder de afgesproken maximumkosten blijft.

Doordat bij het innovatiepartnerschap onderzoek en ontwikkeling en de aankoop van de innovatieve oplossing in principe in dezelfde procedure gebeurt, wordt het gebruik van PCP en PPI achterhaald.

Voorbeeld: het innovatiepartnerschap werd in Duitsland gebruikt om innovatief aangedreven duurzame treinen te ontwikkelen met innovatieve aandrijftechnieken die minder CO₂ uitstoten. Op deze wijze kan er worden tegemoet gekomen aan het probleem dat het gebruik van dieseltreinen veel CO₂-uitstoot veroorzaken.

15.1.3.1.3. Voordelen innovatiepartnerschap²⁶⁹

Voor de aanbestedende overheid	Voor ondernemingen	Voor de maatschappij
Vinden van optimale oplossingen voor bepaalde maatschappelijke behoeften en uitdagingen	Vergroten en vergemakkelijken van de toegang tot de markt van overheidsopdrachten	Creëren van expertise en investeringen
Openen en ontwikkelen van nieuwe markten van leveranciers en dienstverleners	Verkrijgen van een beter inzicht in de uitdagingen en prioriteiten van de overheid	Bieden van een antwoord op ecologische en sociale uitdagingen
Realiseren van kostenbesparingen	Ontwikkelen van specifieke expertise	Slimmer gebruik van financiële middelen
Realiseren van hogere tevredenheid bij de gebruikers	Creëren van een positief imago	Ondersteunen van kmo's
Ontwikkelen van kennis en technieken die in andere projecten kunnen worden gebruikt	Vergroten van de kansen om overheidsopdrachten binnen te halen	Uitwisselen van kennis tussen verschillende sectoren en industrieën
Bijdragen aan de duurzaamheids- en innovatiedoelstellingen	Realiseren van commerciële voordelen door licenties of joint ventures	Vergroten van het internationale concurrentievermogen
Het imago creëren van een innovatieve en vooruitstrevende overheid	Mogelijkheid om onderzoek uit te voeren met de aanbestedende overheid als klant en ideeën klantgericht te commercialiseren	Ontwikkelen van nieuwe bedrijfssectoren

Mogelijkheid tot het gebruik van een flexibele procedure. Het innovatiepartnerschap is ook niet gebonden door een limitatief aantal opgesomde gevallen in de wet.		Verbeteren van de levenskwaliteit
		Betere openbare dienstverlening

15.1.3.1.4. Kanttekeningen en tips

a. Kanttekeningen

Het innovatiepartnerschap werd opgenomen in de huidige overheids-opdrachtenregelgeving, maar niet geïntegreerd. Er is een zekere incompatibiliteit tussen het KB Uitvoering 2017 en het innovatiepartnerschap. Zo is het bijvoorbeeld contraproductief dat er gedurende de onderzoeks- en ontwikkelingsfase gebruik zou worden gemaakt van straffen en ambtshalve maatregelen, maar ook keuringen nemen een belangrijkere rol in dan bij de meest gangbare plaatsingsprocedures.

Daarnaast bepaalt de wet dat de opdracht moet worden gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. De prijs beoordelen en vastleggen is echter geen evident gegeven doordat het een nieuwe innovatieve oplossing betreft. Deze elementen alsook het gebrek aan rechtspraak brengen (op heden) onzekere elementen met zich mee op het vlak van de plaatsing en uitvoering van het innovatiepartnerschap.

b. Tips en Tricks

In wat volgt worden er een aantal tips en tricks besproken, het is echter niet de bedoeling om exhaustief te zijn;

- aangezien het innovatiepartnerschap vrij tot zeer onbekend is, is het aan te raden om in het bestek zoveel mogelijk informatie mee te delen aan mogelijke geïnteresseerden;

- in het bestek duidelijk toelichten waarom de oplossing niet op de markt beschikbaar is en de opdracht dus een innovatief karakter heeft;
- de minimale eisen voldoende duidelijk vaststellen en op hun haalbaarheid controleren;
- de technische specificaties functioneel omschrijven. Een te strikte invulling van de technische specificaties zou de mogelijkheid tot het bedenken en ontwikkelen van innovatieve oplossingen beperken;
- er dient aandachtig te worden omgegaan met het vaststellen van de ontwikkelingsdoelstellingen, alsook de keuringsmomenten. Hieraan gekoppeld moet ook de mogelijkheid tot stopzetten voldoende concreet worden toegelicht;
- doordat het innovatiepartnerschap in principe een verplichting tot aankoop inhoudt, moet het einddoel ook strikt worden vastgelegd;
- het is aan te raden om een duidelijk omschreven regeling omtrent de intellectuele eigendomsrechten op te nemen in het bestek. Het uitgangspunt hierbij is dat de eigendomsrechten de opdrachtnemer toekomen²⁷⁰, toch is het niet ondenkbaar dat wordt afgesproken dat de opdrachtnemer de eigendomsrechten behoudt maar dat de aanbestedende overheid wel recht heeft op royalty's. Feit blijft dat de aanbestedende overheid het innovatieve product, dienst of levering (mee) financiert en inspraak heeft;
- er dient een aangepaste borgtochtregeling te worden opgenomen in het bestek. Een borgtocht voorzien tijdens de onderzoeks- en ontwikkelingsfase heeft weinig zin. Dit is pas nodig vanaf de aankoopperiode;
- een aangepaste regeling omtrent de oplevering opnemen, aangezien het iets nieuws betreft is het aan te raden om in het bestek voldoende opties te voorzien.

Voorbeeld: opties voor de oplevering. Het innovatiepartnerschap wordt in één keer opgeleverd:

- ofwel na afloop van de onderzoeks- en ontwikkelingsfase, stilzwijgend na betaling van de laatste factuur;
- ofwel na het eerste jaar operationele/commerciële fase op (datum), na goedkeuring door de aanbestedende overheid van het eindrapport;
-

15.1.3.2. Concurrentiegerichte dialoog

De concurrentiegerichte dialoog²⁷¹ werd door de Europese regelgever geïntroduceerd in de richtlijn 2004/18/EG van 31 maart 2004. Specifiek aan deze procedure is dat de aanbestedende overheid een dialoog voert met de inschrijvers, om één of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende overheid beantwoorden. Bij aanvang van deze procedure zal de aanbestedende overheid nog niet (exact) weten wat zij wenst te kopen. Dat wordt bepaald tijdens de dialoog.²⁷² Net zoals de mededingingsprocedure met onderhandeling kan de concurrentiegerichte dialoog slechts in een limitatief aantal gevallen worden gebruikt en net zoals het innovatiepartnerschap kent de concurrentiegerichte dialoog een gefaseerd verloop.

De gevallen waarin de concurrentiegerichte dialoog kan worden gebruikt, lopen grotendeels gelijk met de mededingingsprocedure met onderhandeling, nl.:

- als er niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid zonder aanpassing van onmiddellijk beschikbare oplossingen;
- als er nood is aan ontwerp- of innovatieve oplossingen;
- als 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;
- als de technische specificaties niet voldoende nauwkeurig kunnen worden omschreven door de aanbestedende overheid;
- als naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes werden ingediend.

271 Artikel 39 Overheidsopdrachtenwet 2016.

272 Y. MUSSCHEBROECK, "Concurrentiegerichte dialoog", *Overheidsopdrachten & Overeenkomsten* 2020/2, 219.

15.1.3.2.1. Verloop procedure

Gefaseerd verloop

i. Selectiefase

In eerste instantie zal de aanbestedende overheid een aankondiging van de opdracht publiceren. In de aankondiging zullen de behoeften en eisen, de gekozen gunningscriteria, een indicatief tijdschema en de kwalitatieve selectiecriteria worden opgenomen. De aankondiging moet geïnteresseerde ondernemingen in staat stellen om kennis te nemen van de opdracht en uit te maken of zij zich al dan niet wensen in te schrijven. Hierbij dienen twee kanttekeningen te worden gemaakt, nl. een functionele beschrijving van de behoeften en eisen is aangewezen aangezien de aanbestedende overheid nog niet precies weet wat de uitkomst zal zijn en het bepalen van de gunningscriteria is eveneens geen evidentie doordat het voorwerp van de opdracht nog niet (volledig) gekend is, maar er wel een verband moet bestaan tussen de gunningscriteria en het voorwerp.²⁷³

Naar aanleiding van de aankondiging van de opdracht kunnen kandidaat-inschrijvers een aanvraag tot deelneming indienen. Hieruit kan de aanbestedende overheid kandidaten selecteren en met de geselecteerde kandidaten zal de aanbestedende overheid vervolgens in dialoog²⁷⁴ gaan om alle aspecten van de opdracht te bespreken en te bepalen met welke middelen het best in haar behoeften kan worden voorzien.²⁷⁵

ii. De dialoog

Tijdens de dialoog dient de aanbestedende overheid zoals steeds het gelijkheidsbeginsel te waarborgen.²⁷⁶

273 Y. MUSSCHEBROECK, "Concurrentiegericht dialoog", *Overheidsopdrachten & Overeenkomsten* 2020/2, 219.

274 Artikel 97 KB Plaatsing 2017.

275 Artikel 98 KB Plaatsing 2017; Y. MUSSCHEBROECK, "Concurrentiegericht dialoog", *Overheidsopdrachten & Overeenkomsten* 2020/2, 219.

276 T. MORTIER, "Hoofdstuk 11 – De concurrentiegericht dialoog" in *Overheidsopdrachten-wetgeving* anno 2019, Gent, Larcier, 2019, 220.

Let op: het is de aanbestedende overheid niet toegelaten om zonder toestemming de vooropgestelde oplossingen of andere vertrouwelijke inlichtingen die één van de deelnemers heeft verstrekt tijdens de dialoog aan de andere deelnemers bekend te maken.²⁷⁷

De aanbestedende overheid is verplicht om de dialogen af te sluiten van zodra zij weet met welk oplossing of oplossingen zij in haar behoeften kan voorzien.

De aanbestedende overheid stelt de deelnemers op de hoogte van het feit dat de dialoog werd afgesloten en nodigt hen tegelijkertijd schriftelijk uit om een definitieve offerte in te dienen op basis van de tijdens de dialoog voorgelegde en gespecificeerde oplossing of oplossingen. In de uitnodiging tot het indienen van de definitieve offertes worden de voorwaarden die van toepassing zijn tijdens de uitvoering van de opdracht opgenomen.²⁷⁸ De opdracht zal uiteindelijk worden gegund op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding en wordt gesloten door de ondertekening van een overeenkomst tussen de partijen.²⁷⁹

15.1.3.2.2. Kanttekening

Bij de concurrentiegerichte dialoog dient er echter wel een kanttekening te worden gemaakt m.b.t. de effectieve toepassing. Hoewel de wet stelt dat het gelijkheidsbeginsel moet worden gewaarborgd door de aanbestedende overheid gedurende de dialoog kan zich de vraag worden gesteld hoe dit in de praktijk gebeurt.

De dialoog met de verschillende deelnemers kan immers verschillende oplossingen betreffen en op deze wijze kan er ongelijkheid bestaan omtrent de inhoud van de dialoog met de verschillende deelnemers. Ook het vergelijken van offertes van verschillende oplossingen lijkt geen sinecure te zijn. Daarnaast kan er een schijn van partijdigheid of oneerlijke mededinging ontstaan wanneer wordt gekozen voor een oplossing die slechts door één bepaalde onderneming kan worden aangeboden of in belangrijke mate aan een bepaalde onderneming kan worden gelinkt.

277 Artikel 13, §2 Overheidsopdrachtenwet 2016.

278 Artikel 99 KB Plaatsing 2017.

279 Artikel 100 KB Plaatsing 2017.

15.1.3.3. Mededingingsprocedure met onderhandeling (MPMO)

Een MPMO leent zich evenzeer tot innovatie aangezien dit onderhandelingen toelaat tijdens de plaatsingsprocedure. De voorafgaande formele selectiefase kan de inspanning verantwoorden dat er tijdens de onderhandelingsfase een POC wordt gevraagd (i.t.t. onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking waar dergelijke inspanning minder evident is). Zoals reeds eerder aangehaald in de leidraad kan de MPMO²⁸⁰ slechts in een beperkt aantal, door de wet voorziene gevallen worden gebruikt. Twee van deze gevallen kunnen specifiek worden gebruikt voor innovatieve overheidsopdrachten, nl.:

- indien er niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid zonder aanpassing van onmiddellijk beschikbare oplossingen;
- indien er nood is aan ontwerp- of innovatieve oplossingen.

Aangezien dit eerder al aan bod kwam (zie pagina 51 e.v.), wordt hier niet verder ingegaan op de modaliteiten van de MPMO.

15.1.3.4. Onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten

Hoewel het geen plaatsingsprocedure betreft, biedt de Overheidsopdrachtenwet 2016 de mogelijkheid om buiten deze reglementering om gebruik te maken van opdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling.

De voorwaarde opdat deze diensten buiten de reglementering zouden vallen is dat het opdrachten voor diensten voor onderzoek en ontwikkeling betreft waarvan de resultaten niet in hun geheel aan de aanbestedende overheid toekomen voor het gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheid en de verleende dienst niet volledig door de aanbestedende overheid zelf wordt betaald.²⁸¹

De wet verduidelijkt echter niet wat wordt verstaan onder opdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling. Er wordt vanuit gegaan dat het een 'nieuwigheid' moet betreffen zonder dat het noodzakelijk nieuwe kennis betreft.²⁸² Opdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling lopen algemeen over langere termijnen, hebben een grotere kans op mislukking en moeten op zich niet als doel hebben om praktisch bruikbaar te zijn. Een voorbeeld van dergelijke opdracht is een overeenkomst met een onderzoeksbureau waarbij het objectief erin bestaat producten of technologieën te ontwikkelen ten behoeve van de markt en waarbij de aanbestedende overheid geen voorwaarden stelt.²⁸³

Let op: een opdracht voor diensten van onderzoek en ontwikkeling moet worden onderscheiden van studieopdrachten. Een studieopdracht is gebaseerd op reeds bestaande kennis en expertise, de praktische bruikbaarheid is waarschijnlijk groter en valt wel onder de overheidsopdrachtenreglementering.²⁸⁴

282 A. DELVAUX, C. DEWOLF, e.a., Praktisch commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 1A – Wet 15 juni 2006, 248.

283 A. DELVAUX, C. DEWOLF, e.a., Praktisch commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 1A – Wet 15 juni 2006, 249.

284 A. DELVAUX, C. DEWOLF, e.a., Praktisch commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten. Deel 1A – Wet 15 juni 2006, 249.

15.2. Conclusie

Uit het bovenstaande kan er worden afgeleid dat de overheidsopdrachtenreglementering verscheidene mogelijkheden heeft ingebouwd om innovatieve overheidsopdrachten te stimuleren. In de praktijk blijkt ook dat steeds meer aanbestedende overheden hier dan ook aandachtig mee omgaan en zo meewerken aan de Europese en Vlaamse doelstellingen.

De behoeften en eisen van de aanbestedende overheid zullen functioneel moeten worden omschreven. Zo niet brengt dit het innovatieve aspect in het gedrang. Een algemeen kenmerk van de plaatsingsprocedures die zich lenen tot innovatieve overheidsopdrachten is dat deze een zekere flexibiliteit en onderhandelingen toelaten.



9 789040 304309 >

Departement
Mobiliteit en Openbare Werken

Afdeling Algemene Technische Ondersteuning

Koning Albert II-laan 20, bus 6

1000 Brussel

T 02 553 73 99

ato@mowvlaanderen.be

mow.vlaanderen.be