



Overheidsopdrachten Relevante topics

Gitte Laenen
Advocaat-vennoot



DEEL 1 Inleiding



I. WETTELIJK KADER

29/04/2019

GD&A Advocaten

3



Belgisch wettelijk kader sedert 30 juni 2017

- **Overheidsopdrachtenwet 17 juni 2016** – vervanging Wet 15 juni 2006 (B.S. 14 juli 2016);
- **Rechtsbeschermingswet** 17 juni 2013 (aangepast, B.S. 17 maart 2017);
- **KB Plaatsing 18 april 2017 klassieke sectoren** – vervanging KB Plaatsing 15 juli 2011 (B.S. 9 mei 2017);
- **KB Plaatsing 18 juni 2017 speciale sectoren** – vervanging KB Plaatsing 16 juli 2012 (B.S. 23 juni 2017)
- **KB Uitvoering** 14 januari 2013 (aangepast, B.S. 27 juni 2017)

- **Concessiewet 17 juni 2016** = nieuw! (B.S. 14 juli 2016)
- **KB Plaatsing en Uitvoering Concessies 25 juni 2017** = nieuw (B.S. 29 juni 2017);

- Inwerkingtreding sedert 30 juni 2017;
- Reparatie-KB 15 april 2018 (B.S. 18 april 2018)

29/04/2019

GD&A Advocaten

4



II. DEFINITIE EN KENMERKEN

29/04/2019

GD&A Advocaten

5



Definitie 'overheidsopdracht' (artikel 2,17°, Wet 2016)

- **Overeenkomst**
 - ✓ Wederkerig
 - ✓ Uitwisseling van prestaties tussen minstens twee partijen
- Voor het uitvoeren van **werken / leveren van producten / verlenen van diensten**
 - ✓ Juiste kwalificatie is zeer belangrijk, want heeft gevolgen op vlak van plaatsingsprocedure en uitvoering van de overeenkomst;
 - ✓ Er is **slechts één kwalificatie** mogelijk;
 - ✓ Toekennen van **CPV-code** op basis van deze kwalificatie (code verschaft verduidelijking bij de kwalificatie van een opdracht als werk, levering of dienst. Deze code wordt vermeld bij de bekendmaking van de opdracht, alsook in de opdrachtdocumenten zelf)
- **Onder bezwarende titel**
 - ✓ Bestaan van een **tegenprestatie** = « in geld uit te drukken vergoeding », materieel voordeel) ↔ **gratis**
 - ✓ Ruime invulling:
 - Hv.J. 18 oktober 2018, C-606/17: uitwisseling van prestaties volstaat, ook als geen volledige kostendekking is voorzien;
- Tussen twee/meerdere van elkaar **gescheiden (rechts)personen** (één of meer **ondernemers** en één of meer **aanbesteders**);

29/04/2019

GD&A Advocaten

6



Werken (artikel 2,18°, Wet 2016 – zie ook Bijlage I Wet 2016)

= een overheidsopdracht die betrekking heeft op:

- ✓ het uitvoeren van één van de werkzaamheden zoals bepaald in Bijlage I Wet 2016;
 - ✓ het uitvoeren van een bouwwerk, zijnde een product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen;
 - ✓ het laten uitvoeren, met welke middelen ook, van een bouwwerk, dat voldoet aan de eisen van de aanbesteder die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;
- De term "**uitvoeren**" slaat op:
- ✓ enkel de uitvoering van de werken op zich of
 - ✓ zowel de uitvoering als het ontwerp of
 - ✓ ontwerp, uitvoering en financiering (promotieopdracht van werken, DBF) of
 - ✓ ontwerp, uitvoering, financiering en onderhoud (DBFM)
- ✓ **Eindresultaat = onroerend goed / verwerking in onroerend goed** (niet: slibslepen (RvS nr. 182.119, 17 april 2008, Antwerp Dredging), plaatsing van tijdelijke wegsignalisatie (RvS, nr. 194.341, 18 juni 2009, Janssens)
 - ✓ **Erkenningsregelgeving** (Erkenningswet 20 maart 1991)

29/04/2019

GD&A Advocaten

7



Leveringen (artikel 2,20°, Wet 2016)

- Ofwel de aankoop van producten (roerende goederen);
 - Ofwel de leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten;
- ✓ **ledere overeenkomst met als finaliteit te beschikken over roerend goed**

29/04/2019

GD&A Advocaten

8



Diensten (artikel 2, 21°, Wet 2016)

- = een andere overheidsopdracht dan een overheidsopdracht voor werken of leveringen = **restcategorie**

29/04/2019

GD&A Advocaten

9



Gemengde opdrachten (artikelen 20-24 Wet 2016)

- Gemengde opdrachten die betrekking hebben op verschillende soorten opdrachten (werken, leveringen of diensten):
 - ✓ **Algemene regel** = worden geplaatst volgens de bepalingen die van toepassing zijn op de opdrachtsoort die het hoofdvoorwerp van de opdracht in kwestie vormt;
 - ✓ **Leveringen + diensten** = kijken naar hoogste geraamde waarde;
 - ✓ **Leveringen + bijkomende installatie** = leveringen;
- Gemengde opdrachten die betrekking hebben op klassieke opdrachten alsook op opdrachten die onder een ander juridisch kader vallen (zoals de speciale sectoren, defensie-en veiligheid of concessies)
 - ✓ Indien de onderdelen niet objectief deelbaar zijn → hoofdvoorwerp

29/04/2019

GD&A Advocaten

10



Uitgesloten opdrachten diensten

- Specifieke uitsluitingen voor **opdrachten voor diensten (artikel 28 Wet 2016)**
 - ✓ **Nieuw: 1°** alle **leningen**, met inbegrip van de leningen die betrekking hebben op diensten betreffende verwerving of huur van grond, bestaande gebouwen of andere onroerende goederen of de rechten hierop
 - ✓ **Nieuw: 4°** opdrachten die betrekking hebben op o.m. volgende **juridische diensten**:
 - Vertegenwoordiging in rechte van een aanbestedende overheid door een advocaat als bedoeld in art. 1 RL 77/249/EEG in het kader van:
 - Een arbitrage- of bemiddelingsprocedure
 - Een procedure voor de rechter of overheidsinstantie
- MAAR: zie artikel 125 KB Plaatsing 2017: raadpleging van meerdere advocaten, doch zonder dat offerte moet worden gevraagd (?);**
- Juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van een in het eerste punt bedoelde geschillenprocedure of verband houdt met zulks toekomstig geschil;
- MAAR: zie artikel 125 KB Plaatsing 2017**
- Het waarmaken en van echt verklaren van documenten (door de notaris);
 - Andere juridische diensten die in het rijk, al dan niet incidenteel, verband houden met het openbaar gezag;

29/04/2019

GD&A Advocaten

11



Uitgesloten opdrachten diensten

- Specifieke uitsluitingen voor **opdrachten voor diensten (artikel 28 Wet 2016)**
 - ✓ **Nieuw: 8°** opdrachten die betrekking hebben op bepaalde **nooddiensten**, zoals diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie, die worden verleend door non-profitorganisaties en –verenigingen;
 - ✓ **Nieuw: 9°** openbaar **personenvervoer** per trein of metro
 - ✓ **Nieuw: 10°** opdrachten voor diensten inzake **politieke campagnes**
 - Nvt in Belgische situatie want politieke partijen vallen überhaupt niet onder het toepassingsgebied van de wet wegens gebrek aan rechtspersoonlijkheid;

29/04/2019

GD&A Advocaten

12



Uitgesloten opdrachten – IN-HOUSE

- **In-house toezicht of quasi-interne gunning (artikel 30 Wet 2016)** = overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector
 - ✓ **Beginsel:** Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van de plaatsingsregels **niet** uit.
 - ✓ **MAAR:** dit mag niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten;
 - ✓ **OPGELET:** mag ook niet leiden tot valse mededinging t.o.v. particuliere ondernemers;

29/04/2019

GD&A Advocaten

13



Uitgesloten opdrachten – IN-HOUSE

- ✓ **Criteria:**
 - **Toezicht zoals op de eigen diensten;**
 - Uitoefenen van een beslissende invloed zowel op strategische beslissingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde RP;
 - **Activiteitscriterium: 80%** van de activiteiten van de gecontroleerde RP behelst taken die zijn toegewezen door de controlerende AO of door andere, door dezelfde AO gecontroleerde RP;
 - **Geen directe participatie van privé kapitaal, tenzij:**
 - Geen controle of blokkerende macht;
 - Die is vereist door nationale regelgeving;
 - En geen beslissende invloed op RP;

29/04/2019

GD&A Advocaten

14



Uitgesloten opdrachten – IN-HOUSE

Verschillende vormen van in-house die afzonderlijk behandeld worden:

- De **gewone (neerwaartse)** in-house
- De **opwaartse** in-house
 - De gecontroleerde rechtspersoon is een aanbestedende overheid die een opdracht plaatst bij haar controlerende aanbestedende overheid;
- De **collaterale** in-house
 - De gecontroleerde rechtspersoon plaatst een opdracht bij een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende overheid wordt gecontroleerd (zusterentiteit)
- De **gezamenlijke** in-house

29/04/2019

GD&A Advocaten

15



Uitgesloten opdrachten – HORIZONTALE SAMENWERKING

- ✓ **Niet-geïstitutionaliseerde horizontale samenwerking (artikel 31 Wet 2016)**
- ✓ Twee of meer AO's voeren hun taken van algemeen belang in een samenwerkingsverband uit, zonder dat er een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Wel een soort samenwerkingsmodel.
- ✓ **Drie voorwaarden:**
 - De opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende AO's om te bewerkstelligen dat de **openbare diensten** die zij moeten uitvoeren, worden verleend **met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen**;
 - De invulling van die samenwerking berust uitsluitend op **overwegingen in verband met het openbaar belang** (geldt ook voor financiële stromen, voor zover die overdrachten uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden) – dus: vermijden dat samenwerking uit commerciële overwegingen zou plaatsvinden (partners dienen in beginsel niet actief te zijn op de markt ihkv hun samenwerking);
 - De deelnemende AO's nemen op de open markt **niet meer dan 20 procent** van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening (op basis van gemiddelde totale omzet);

29/04/2019

GD&A Advocaten

16



III. PERSONEEL TOEPASSINGSGBIED - SAMENAANKOOP

29/04/2019

GD&A Advocaten

17



Ruim personeel toepassingsgebied

Artikel 2, 1°, Wet 2016:

- a) De Staat;
- b) De Gemeenschappen, de Gewesten en de lokale overheidsinstanties;
- c) De publiekrechtelijke instellingen en personen, welke ook hun vorm en aard mogen zijn, die 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**
 - **waarvan**:
 - ofwel de werkzaamheden **in hoofdzaak (= meer dan 50%) gefinancierd (= zonder bepaalde tegenprestatie)** worden door de overheden of instellingen vermeld in 1°, a) of b) of c);
 - **ofwel** het beheer onderworpen is aan het **toezicht** van die overheden of instellingen;
 - **ofwel** de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door die overheden of instellingen zijn **aangewezen**;
- d) De verenigingen bestaande uit één of meer van voormelde aanbestedende overheden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

18



Oplossing = samenaankoop Aankoopcentrale

> **Artikel 2,6°, Wet 2016**

> **Aankoopcentrale =**

Een aanbestedende overheid die gecentraliseerde aankoopactiviteiten verricht (en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten);

✓ *Gecentraliseerde aankoopactiviteiten = activiteiten die **permanent** plaatsvinden op één van volgende wijzen:*

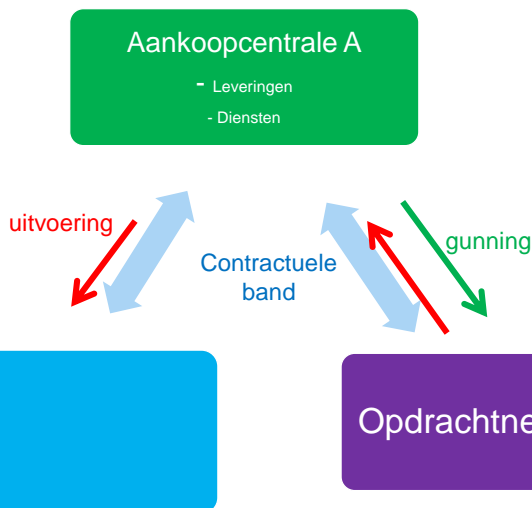
- A. de verwerving van leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbesteders;
- B. het plaatsen van overheidsopdrachten en raamovereenkomsten or werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbesteders;

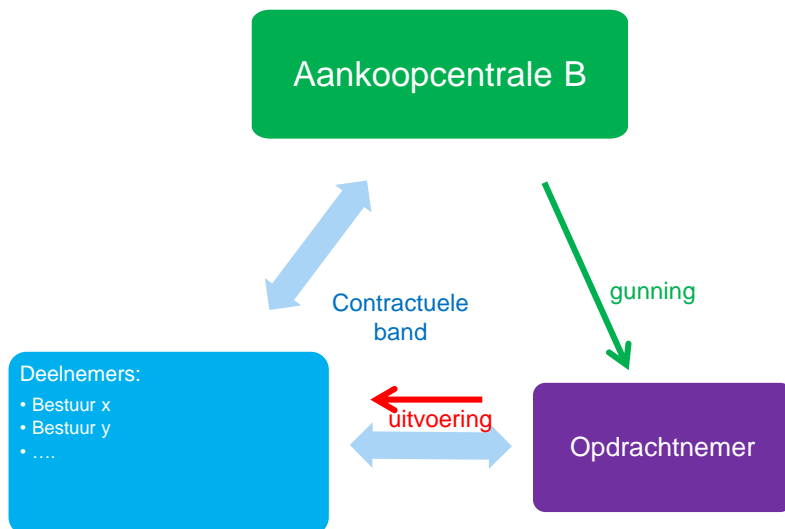
A = de aankoopcentrale neemt zowel de plaatsing als de uitvoering van de overheidsopdracht op zich (voor eigen rekening /verkoopt door aan aanbesteders)

B = de aankoopcentrale beperkt zich tot de plaatsing van de opdracht (t.e.m. gunning), terwijl de uitvoeringsaspecten voor rekening van de bestemming(en) van de opdracht zijn;

De bestemmingen van de leveringen en diensten zullen in de meeste gevallen aanbesteders zijn, wat geenszins uitsluit dat de aankoopcentrale aankopen verricht voor andere personen;

✓ *Aanvullende aankoopactiviteiten:* het verlenen ondersteuning aan gecentraliseerde aankoopactiviteiten (technische infrastructuur, adviesverlening, voorbereiding en beheer)





29/04/2019

GD&A Advocaten

21



Aankoopcentrale

Toepassingsvoorwaarden:

- De centrale is een **aanbestedende overheid**
 - ✓ die overheid dient niet expliciet in de hoedanigheid van aankoopcentrale of opdrachtcentrale te zijn opgericht
 - ✓ elke overheid kan die activiteit ontwikkelen, uiteraard binnen het raam van haar eigen bevoegdheid en taakstelling;
- Een overheid die een beroep doet op een centrale is **vrijgesteld** van de verplichting om zelf een gunningsprocedure te organiseren;
- Vormgeving van de centrale: contractueel of rechtspersoon ?
- Voorafgaande instemming deelnemende besturen?
- Aansprakelijkheid van de centrale?
- Ter informatie van de inschrijvers en ter bescherming van de opdrachtnemer dienen de opdrachtdocumenten te vermelden dat de aanbestedende overheid optreedt of kan optreden als aankoop- of opdrachtcentrale en ook de praktische regelingen te bevatten rond het verloop van de afnames en bestellingen en de facturatie en betaling.

22



Oplossing = samenaankoop Occasionele gezamenlijke opdracht (artikel 48 Wet 2016)

- Twee of meer AO's die overeenkomen om **bepaalde specifieke opdrachten** samen te plaatsen = occasioneel karakter;
- **Verdeling van verantwoordelijkheden:**
 - ✓ Indien volledige plaatsingsprocedure gezamenlijk wordt doorlopen namens en voor rekening van alle partijen = gezamenlijke verantwoordelijkheid;
 - ✓ Indien volledige plaatsingsprocedure niet in haar geheel wordt uitgevoerd namens en voor rekening van de betrokken AO's = elke AO is alleen verantwoordelijk voor het nakomen van haar verplichtingen mbt de delen die zij in eigen naam en voor eigen rekening uitvoert;

29/04/2019

GD&A Advocaten

23



Gesubsidieerde opdrachten (artikel 18 Wet 2016)

- Een persoon is onderworpen aan Titel 1 en Titel 2, hoofdstukken 1-5, Wet 2016, voor **opdrachten** die hij plaatst:
 - ✓ Waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger is dan de Europese drempels;
 - ✓ Die voor meer dan 50% rechtstreeks gesubsidieerd wordt door een AO;
 - ✓ Betreffende:
 - Werken van civieltechnische aard of werken voor ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen, gebouwen met een administratieve bestemming;
 - Diensten die daarmee verbonden zijn;

Opgelet: subsidieverlenende AO moet toezien op correcte naleving van WOHOOP door subsidieverkrijgende persoon!

29/04/2019

GD&A Advocaten

24



IV. OPDRACHTEN VAN BEPERKTE WAARDE

29/04/2019

GD&A Advocaten

25



Opdrachten van beperkte waarde Aanvaarde factuur

- Artikel 92 Wet 2016
- **Soepel stelsel** (met inbegrip van de opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in Bijlage III);
- = opdrachten waarvan **de geraamde waarde lager is dan 30.000 euro excl. BTW;**
 - ✓ **Dus niet meer de goedgekeurde uitgave!**
- Dergelijke opdrachten kunnen gesloten worden “**op basis de aanvaarde factuur**” – factuur geldt als bewijs van sluiting van de opdracht;
- De bedoelde opdrachten zijn alleen onderworpen aan de *definities*, de *basisbeginselen* van de wetgeving (met uitzondering van de bepaling omtrent het gebruik van elektronische communicatiemiddelen alsook de bepaling omtrent het verstrekken van voorschotten), het toepassingsgebied van onderhavige titel, alsook aan de *ramingsregels*;

29/04/2019

GD&A Advocaten

26



Aanvaarde factuur

- **!! Artikel 124 KB Plaatsing 2017:** AO plaatst de opdracht na **raadpleging**, indien mogelijk, van de **voorwaarden** van meerdere ondernemers (min. 3) maar zonder dat om de indiening van offertes moet worden verzocht.
- Het **bewijs** van die raadpleging moet door AO geleverd kunnen worden.
- Raadpleging is niet onderworpen aan vormvereisten (telefonisch, website, catalogus, ...)
- **Let op:** Raad van State kijkt toe (RvS, SA Pitagone, nr. 243,438, 18 januari 2019)
 - Drie ondernemingen via e-mail uitgenodigd offerte in te dienen
 - Prijs = enig gunningscriterium
 - Aan Y *alleen* (beste prijs in eerste offerte) wordt vervolgens nog prijs gevraagd voor een grotere hoeveelheid
 - X: "AO schendt het gelijkheidsbeginsel + transparantieplicht !"
- De gunningsbeslissing moet berusten op pertinente en aanvaardbare motieven (ook al is art. 29/1 Rechtsbeschermingswet hierop niet van toepassing). Zij moet formeel gemotiveerd zijn (Formele motiveringswet is van wel toepassing).
- Die motivering dient zelfs nog des te meer zorgvuldig / nauwkeurig te zijn, aangezien (het verloop van) dergelijke plaatsingsprocedure niet wettelijk geregeld is, hetgeen een grotere speelruimte geeft aan de AO.

29/04/2019

GD&A Advocaten

27



DEEL 2 PLAATSING

29/04/2019

GD&A Advocaten

28



I. ALGEMEEN

29/04/2019

GD&A Advocaten

29



Plaatsingstraject

1. AO bepaalt haar behoeften / AO kan vooraf vrijblijvend markt raadplegen (marktconsultatie)
2. AO is verplicht om de waarde van de opdracht te ramen / in te schatten
3. AO kiest op basis van stap 1 en stap 2 de meest aangewezen plaatsingsprocedure (eventueel formeel motiveren)
4. AO maakt een opdrachtdocumenten op
5. Bekendmaking van de opdracht OF uitnodiging van belangstellenden
6. Indiening van de offertes - ontvangst van de offertes
7. Openen van de offertes – pv van opening
8. AO onderzoekt de ingediende offertes
9. *Eventueel onderhandelen en indienen van geoptimaliseerde offerte (BAFO)*
10. Nemen van een **gemotiveerde** gunningsbeslissing
11. Uitvoeren van kennisgevingsverplichtingen (Rechtsbeschermingswet)
12. Sluiten van de opdracht met de begunstigde = ontstaan van het contract
13. Uitvoeren van het contract (cfr. AUR 14 januari 2013)

29/04/2019

GD&A Advocaten

30



Algemene beginselen

- Artikel 4 Wet 2016 – Gelijkheid, niet-discriminatie, transparantie en proportionaliteit
- Artikel 5 Wet 2016 - Omzeilen toepassingsgebied wet en kunstmatig beperken mededinging
 - ✓ = verbod om mededingingsvertekenende handelingen te stellen
 - **Aanbesteders** mogen een opdracht niet zo opstellen met het doel om deze uit het toepassingsgebied te sluiten OF om de mededinging kunstmatig te beperken;
 - Voor **ondernemers** is het verboden om handelingen te stellen, overeenkomsten te sluiten of afspraken te maken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen;
 - ✓ In de paragrafen 2 en 3 worden aan de niet naleving van deze regel maatregelen gekoppeld:
 - Afzien van gunning/sluiting
 - Ambtshalve maatregelen
 - Weren van de aanvraag tot deelneming / offerte

29/04/2019

GD&A Advocaten

31



Wat bij miskennning mededinging?

- Het sluiten van een overheidsopdracht met miskennning van de mededinging of contracten gesloten buiten de mededinging om leidt tot **de absolute nietigheid van de overeenkomst**
 - ✓ Overeenkomst wordt geacht nooit te hebben bestaan en partijen worden teruggeplaatst in de situatie voor de sluiting van de overeenkomst;
- Schending van principes die de **openbare orde** raken;
- Niet voor bevestiging of regularisatie vatbaar;
- Ambtshalve opwerping rechter – elke stand vh geding;
- Andere gevolgen?
 - ✓ Vorderingen tot schadevergoeding → buitencontractueel (“verlies ve kans”)
 - ✓ Opnieuw in de mededinging stellen
 - ✓ Professionele fout = burgerrechtelijk aansprakelijk – opzet? Strafrechtelijk,
- Bevestigd door rechtspraak (HvB Antwerpen 6 december 2017)

29/04/2019

GD&A Advocaten

32



Algemene beginselen

- Artikel 7 Wet 2016 – Naleving milieu-, sociaal en arbeidsrecht
 - ✓ Naast **sociale en arbeidsrechtelijke** verplichtingen zijn ondernemingen ook gehouden om de verplichtingen op het vlak van **milieurecht** na te leven;
 - Niet-naleving ervan kan worden aanzien als een inbreuk op de bepalingen van de opdracht;
- Verheven tot **algemeen beginsel** bij het plaatsen van overheidsopdrachten
 - Kan zelfs worden aanzien als een leidend beginsel van de WOHOP!
 - ✓ Er wordt geen melding meer gemaakt van de verplichting om alle wettelijke, reglementaire en conventionele bepalingen op fiscaal vlak na te (doen) leven;
 - De ondernemers zullen uiteraard wel dienen te worden uitgesloten, gelet op het toegangsrecht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

33



II. TECHNISCHE BEPALINGEN / EISEN EN WENSEN

29/04/2019

GD&A Advocaten

34



Technische specificaties Artikel 2,44°, Wet 2016

- **Werken:** alle technische voorschriften, met name die welke zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten, 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;
- **Leveringen/diensten:** een specificatie die voorkomt in een document ter omschrijving van de vereiste kenmerken van een product of dienst, zoals het niveau van kwaliteit, het niveau van milieuvriendelijkheid en klimaatprestaties, een ontwerp dat aan alle vereisten voldoet, met inbegrip van de toegankelijkheid voor gehandicapten, ...;
- Specificaties mbt milieu doelstellingen, sociale doelstellingen en ethische doelstellingen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

35



Technische specificaties – Artikel 53 Wet 2016

- Technische specificaties moeten ondernemers gelijke toegang bieden tot de plaatsingsprocedure en mogen er niet toe leiden dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden opgeworpen;
- **Gelijkwaardigheid !!** - wanneer AO gebruik maakt van de mogelijkheid te verwijzen naar technische specificaties, kan ze geen offerte wèren met als reden dat de aangeboden producten en diensten niet beantwoorden aan de specificaties waarnaar zij heeft verwezen, indien de inschrijver, tot voldoening van de aanbestedende overheid, in zijn offerte met elk passend middel aantoont dat de door hem voorgestelde oplossingen op gelijkwaardige wijze voldoen aan de eisen van de technische specificaties;

29/04/2019

GD&A Advocaten

36



Technische specificaties

- **Voorbeelden** van **toelaatbare** technische specificaties die **milieudoelstellingen** bevatten:
 - ✓ De te leveren printers moeten tweezijdig kunnen afprinten;
 - ✓ De te leveren bestelwagens hebben een ecoscore van 65 of hoger;
 - ✓ Het te leveren papier bestaat voor 100% uit gerecycleerde vezels;
 - ✓ De in het te leveren meubilair gebruikte lijmen of additieven mogen niet meer dan 10% vluchtige organische componenten (VOC) bevatten;
 - ✓ Minimum 50% van de te leveren groenten moet biologisch zijn geproduceerd.

29/04/2019

GD&A Advocaten

37



Technische specificaties

- Opstellen van technische specificaties voor **sociale of ethische** doelstellingen = moeilijker – vaak minder direct verband met voorwerp van de opdracht;
- **Voorbeelden** van **toelaatbare** technische specificaties die sociale of ethische doelstellingen bevatten:
 - ✓ De uit te geven informatiebrochure moet evenveel mannen als vrouwen afbeelden.
 - ✓ Het op te richten gebouw moet volledig toegankelijk zijn voor rolstoelgebruikers.

29/04/2019

GD&A Advocaten

38



III. RAAMOVEREENKOMST

29/04/2019

GD&A Advocaten

39



Raamovereenkomst

➤ Art. 2,35° Wet 2016:

*“Een overeenkomst tussen een of meer aanbesteders en een of meer ondernemers met het doel gedurende een **bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen**, met name wat betreft de prijzen en eventueel de beoogde hoeveelheden.”*

➤ Kenmerken:

- ✓ Overeenkomst;
- ✓ Eén of meer aanbesteders (te vermelden in de aankondiging van de opdracht);
- ✓ Een of meer ondernemers (te vermelden in de aankondiging van de opdracht);
- ✓ Vastleggen van minimale voorwaarden, onder meer inzake prijs en eventueel inzake hoeveelheden;
- ✓ Gedurende een welbepaalde periode (maximaal vier jaar, behoudens uitzonderlijke en gemotiveerde gevallen);

29/04/2019

GD&A Advocaten

40



Raamovereenkomst

- Artikel 43 Wet 2016;
- **Duur** = maximaal 4 jaar (artikel 43, §2, Wet 2016)
- De maximale looptijd geldt zowel voor de raamovereenkomst als voor de opdrachten die op basis van de raamovereenkomst worden toegewezen;
 - ✓ "behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen"
 - (bv. contracten waarvan de uitvoering een investering met afschrijvingstermijn > 4j vergt)
- **Gesloten systeem**: raamovereenkomsten zijn slechts van toepassing tussen de AO (die duidelijk is aangewezen in de oproep tot mededinging) en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren.
- **Geen afnameverplichting / geen exclusiviteit** (in beginsel): AO kan zich voor de door de raamovereenkomst geviseerde prestaties ook tot derden richten, tenzij zij zich tot minimumafnames verbonden heeft;
- **Geen materiële toepassingsvoorwaarden**: kan voor alle opdrachten, zonder specifieke verantwoording;
- Plaatsing vd raamovereenkomst gebeurt **via gekende standaardgunningswijzen** - nadien geen formele plaatsingsprocedure meer voor deelopdrachten.

29/04/2019

GD&A Advocaten

41



Raamovereenkomst Aantal contractspartijen?

- **Bilaterale raamovereenkomst**
 - ✓ Artikel 43, §4, Wet 2016
 - ✓ Gesloten met **één enkele deelnemer**;
- **Multilaterale raamovereenkomst**
 - ✓ Artikel 43, §5, Wet 2016
 - ✓ Gesloten met **meerdere deelnemers**;

29/04/2019

GD&A Advocaten

42



Raamovereenkomst Vormen?

- Raamovereenkomst *sensu lato*
 - ✓ **Alle** voorwaarden die op de concrete deelopdrachten van toepassing zullen zijn, liggen **van bij aanvang** in de raamovereenkomst vast en zijn **bindend** voor de partijen bij de raamovereenkomst ;
 - ✓ De concrete deelopdrachten kunnen **rechtstreeks** worden toegewezen; de deelnemer(s) aan de raamovereenkomst dienen initiële offerte **niet** aan te vullen;
- Raamovereenkomst *sensu stricto*
 - ✓ **Een aantal** voorwaarden die op de concrete deelopdrachten van toepassing zullen zij, liggen **van bij aanvang** in de raamovereenkomst vast, doch **niet allemaal** (bv. specifieke leveringstermijnen, betalingsmodaliteiten, bijkomende zekerheden, enz.)
 - ✓ De concrete opdrachten kunnen **niet rechtstreeks** worden toegewezen; de deelnemer(s) aan de raamovereenkomst dienen hun offerte eerst aan te vullen met de voorwaarden die nog niet in de raamovereenkomst zijn vastgelegd;
- **Gemengde raamovereenkomst**
 - ✓ AO vermeldt in opdrachtdocumenten de mogelijkheid om deelopdrachten **ofwel** rechtstreeks volgens de voorwaarden van de raamovereenkomst toe te wijzen, **ofwel** na een nieuwe oproep tot mededinging – keuze wordt gemaakt door AO aan de hand van objectieve criteria die in de opdrachtdocumenten staan;

29/04/2019

GD&A Advocaten

43



Raamovereenkomst Gunning bilaterale ovk

- Bilaterale raamovereenkomst *sensu lato*
 - ✓ De concrete deelopdrachten worden volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden toegewezen ;
 - ✓ De offerte van de deelnemer aan de raamovereenkomst kan **niet** worden aangevuld;
- Bilaterale raamovereenkomst *sensu stricto*
 - ✓ De concrete deelopdrachten worden volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden toegewezen ;
 - ✓ AO kan de deelnemer aan de raamovereenkomst verzoeken om zijn offerte **aan te vullen** (MAAR: verbod op wezenlijke wijzigingen);
 - ✓ Concrete deelopdrachten worden toegewezen op basis van de voorwaarden bepaald in de raamovereenkomst, in combinatie met de voorwaarden die naderhand werden aangevuld;

29/04/2019

GD&A Advocaten

44



Raamovereenkomst Gunning multilaterale ovk

- **Multilaterale raamovereenkomst *sensu lato***
 - ✓ De deelnemers worden niet opnieuw tot mededinging opgeroepen;
 - ✓ De concrete deelopdrachten worden toegewezen volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden, bv. via de tragsgewijze of cascademethode:
 - vb. op basis van de rangschikking;
 - vb. op basis van specialisatie;
- **Multilaterale raamovereenkomst *sensu stricto***

De deelnemers aan de raamovereenkomst worden m.b.t. de nog niet bepaalde voorwaarden opnieuw tot mededinging opgeroepen
= zgn. **mini-competitie**

Deelopdracht wordt gegund rekening houdend met de in de opdrachtdocumenten van de raamovk vastgestelde gunningscriteria;
- **Multilaterale raamovereenkomst *gemengd***

29/04/2019

GD&A Advocaten

45



Raamovereenkomst - rechtspraak

- RvS, 27 juni 2014, nr. 227.924: uitzonderingen op maximale duur vier jaar
 - ✓ Duidelijk zijn, maar kan desnoods uit context afgeleid worden (RvS, 12 juni 2018, nr. 241.768)
- RvS, 19 november 2015, nr. 232.964: controle op vereiste erkenning, wanneer?
 - ✓ Bij plaatsen/aangaan raamovereenkomst?
 - ✓ Bij plaatsen/aangaan deelopdrachten?



1. Uitzondering op maximale duur 4 jaar

- 'De noodzaak om de duur van een raamovereenkomst in overeenstemming te brengen met de **afschrijvingsduur** van het materiaal waarop de overeenkomst slaat of waaraan ze is gebonden, kan een geldige reden zijn om een uitzondering te maken op de regel die de maximumduur van een raamovereenkomst bepaalt op vier jaar.' (RvS, 27 juni 2014, nr. 227.924).
- **Onduidelijkheid best vermijden:**
- 'Luidens artikel 43, § 2, tweede lid, wet overheidsopdrachten 2016 is de duur van een raamovereenkomst, alsook van de opdrachten die erop gebaseerd zijn, beperkt tot vier jaar, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen, met name op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst. De bepalingen in de aankondiging en het bestek inzake beschrijving van de opdracht en **de looptijd lijken niet loepzuiver geformuleerd**. Uit die bepalingen kan **toch worden afgeleid** dat bij de verwerende partij initieel reeds de bedoeling van een verlenging van vier naar vijf jaar inzake de deelopdrachten lijkt te hebben voorgezeten en dat die voldoende werd veruitwendigd.' (RvS, 12 juni 2018, nr. 241.768).



2. Controle erkenning RvS, 19 november 2015 nr. 232.964

- 'In de raamovereenkomst staan niet noodzakelijk werken, diensten of leveringen die daadwerkelijk worden besteld op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, daar de specifieke bestellingen later plaatsvinden, afhankelijk van de lijst met de behoeften waaraan dient te worden voldaan. Het speelt daarbij geen rol dat er slechts één dan wel meerdere opdrachtnemers zijn.
- Het is pas **op het ogenblik** waarop elke gegunde opdracht met toepassing van de raamovereenkomst wordt gesloten, **en dus afhankelijk van het bedrag en de kenmerken van elk van die specifieke opdrachten, dat de naleving van de wettelijke en reglementaire bepalingen inzake erkenning kan worden gecontroleerd**.
 - ✓ Daaruit vloeit voort dat het op het **ogenblik** is waarop elke specifieke opdracht wordt gegund dat dient te worden nagegaan of de gekozen inschrijver wel concreet over de vereiste erkenning beschikt.
 - ✓ Uiteraard dient in het stadium van de **gunning van de raamovereenkomst eveneens** te worden nagegaan of deze wel degelijk een nuttig gevolg kan hebben dan wel, met andere woorden, of de specifieke opdrachten wel degelijk aan de opdrachtnemer van de raamovereenkomst zullen kunnen worden gegund.
 - ✓ Die verificatie impliceert dat wordt gecontroleerd of er **redelijkerwijs kan worden van uit gegaan** dat de opdrachtnemer van de raamovereenkomst **bij de gunning van de specifieke opdrachten** over de vereiste erkenning zal beschikken.'



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust en
Coopservice*

29/04/2019

GD&A Advocaten

49



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

In deze zaak voorzag een raamovereenkomst voor diensten van behandeling, inzameling en verwerking van afval in een uitbreidingsclausule, die toeliet dat één of meerdere van de in de clausule vermelde aanbestedende overheden beroep deden op de gekozen inschrijver 'onder dezelfde voorwaarden als die van de betrokken plaatsing'.



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

1. *Mogelijkheid voor een aanbestedende dienst om te handelen voor zichzelf en voor andere specifiek vermelde aanbestedende diensten*

- Art. 32, lid 2, tweede alinea RL 2004/18: opdrachten die zijn gebaseerd op een raamovereenkomst worden gegund volgens procedures die slechts van toepassing zijn tussen de **aanbestedende diensten** en de **ondernemers** die oorspronkelijk bij die overeenkomst partij waren.



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

- Art. 32, lid 2, tweede alinea, RL 2004/18 is bedoeld om aan een aanbestedende dienst de mogelijkheid te geven om **andere** aanbestedende diensten toegang te verlenen tot een raamovereenkomst die hij voornemens is te sluiten **met** de ondernemers die daarbij oorspronkelijk partij zullen zijn.
- Artikel 32, lid 2, tweede alinea, RL 2004/18 **vereist dus niet** dat een 'secundaire' aanbestedende dienst de raamovereenkomst heeft **ondertekend** om een deelopdracht te kunnen plaatsen.
- Het volstaat dat vanaf de datum van ondertekening van de raamovereenkomst blijkt dat een dergelijke aanbestedende dienst eventueel gebruik **kan** maken van deze overeenkomst, doordat hij **in de aanbestedingsdocumenten duidelijk als zodanig is aangewezen** middels een uitdrukkelijke vermelding die zowel de 'secundaire' aanbestedende dienst zelf als iedere geïnteresseerde ondernemer in kennis stelt van deze mogelijkheid.
 - ✓ Deze vermelding kan opgenomen zijn in de **raamovereenkomst** zelf of in een ander document, zoals een **uitbreidingsclausule** in het bestek, **voor zover is voldaan aan de vereisten van bekendmaking en rechtszekerheid, en dus ook van transparantie.**



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

2. De totale hoeveelheid waarop de raamovereenkomst betrekking heeft, inclusief toekomstige partijen, moet worden gespecificeerd in de opdrachtdocumenten.

- Art. 1, lid 5, RL 2004/18:

*‘Een “raamovereenkomst” is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de **voorwaarden** inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.’*

- Uit de bijwoordelijke bepaling ‘in voorkomend geval’ zou kunnen worden afgeleid dat de vermelding van de hoeveelheid prestaties waarop de raamovereenkomst betrekking zal hebben, slechts facultatief is. **Deze uitlegging is evenwel onjuist.**



CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA van 3 oktober 2018

- 75. Mijns inziens betekent de uitdrukking ‘**in voorkomend geval**’ niet dat de vermelding van de ‘beoogde hoeveelheid’ facultatief is. Het betreft daarentegen een verplichte clause, waarvan de inhoud evenwel afhankelijk is van de precisie waarmee in de raamovereenkomst zelf op die hoeveelheid kan worden vooruitgelopen, gelet op de aard van de prestaties die het voorwerp van de latere opdrachten zullen zijn.
- 76. Een andere uitlegging zou betekenen dat de oorspronkelijke bepalingen van de raamovereenkomst te vaag zouden zijn met betrekking tot een van de belangrijkste bestanddelen ervan, met een tweeledig negatief gevolg: ten eerste zou de deelneming van eventueel geïnteresseerde ondernemers worden ontmoedigd, die wegens de onduidelijkheid van het voorwerp van de opdracht niet zouden inschrijven op de aanbesteding; ten tweede zou het verbod om bij de gunning van de opdrachten „wezenlijke wijzigingen [aan te brengen] met betrekking tot de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden” (artikel 32, lid 2, derde alinea, van richtlijn 2004/18) ondoeltreffend zijn.



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

- Raamovereenkomst moet van bij het begin de **maximale hoeveelheid** leveringen of diensten vastleggen waarop de deelopdrachten betrekking kunnen hebben:
 - ✓ Uitgaan van de geraamde maximale waarde excl. BTW van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten.
 - ✓ De aankondiging vermeldt voor de gehele looptijd van de raamovereenkomst de totale geraamde waarde van de diensten alsook, voor zover mogelijk, de waarde en de frequentie van de te plaatsen opdrachten.
- De verwijzing naar de “normale behoeften van de aanbestedende dienst” volstaat **niet** (mede ingegeven uit bekommernis interne markt EU).



CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA van 3 oktober 2018

- 78. In de raamovereenkomst moet bijgevolg de totale waarde van alle gevraagde diensten worden opgenomen. Zij moet een geraamde waarde van de latere opdrachten bevatten, middels welke de verschillende onderdelen waaruit het geheel van gevraagde diensten bestaat, afzonderlijk en achtereenvolgens worden geplaatst.
 - ✓ Alleen zo worden de beginselen van transparantie en gelijke behandeling tussen de ondernemingen die geïnteresseerd zijn in deelneming aan de raamovereenkomst en aan de opdrachten die eruit *voortvloeien*, nageleefd, zoals ik al eerder heb uiteengezet.
 - ✓ Indien het totale volume van (geraamde) prestaties niet wordt vermeld of de berekeningsbasis voor die prestaties hypothetisch is, kunnen de gegadigden moeilijk beoordelen of het loont op de aanbesteding in te schrijven.
- 79. De uitdrukking ‘**voor zover mogelijk**’ betekent mijns inziens niet dat een uitzondering op de naleving van die verplichting kan worden gemaakt. Indien van die verplichting wordt afgezien, is het niet mogelijk de totale waarde van de gevraagde diensten voor de volledige looptijd van de raamovereenkomst door samenvoeging te berekenen. De gebruikte uitdrukking biedt echter wel een zekere flexibiliteit bij de opgave van het aantal opdrachten waarover het geheel van de diensten waarop de raamovereenkomst ziet, naar verwachting zal worden verdeeld, dit wil zeggen, bij het anticiperen op de „frequentie” waarmee zij zullen worden geplaatst, waarvan de hoeveelheid diensten afhangt die er in elk concreet geval het voorwerp van zullen zijn.



HvJ, 19 december 2018, C-216/17

- Art. 32, lid 3 RL2004/18: als een raamovereenkomst is gesloten met **één enkele ondernemer** (??) moeten de op die raamovereenkomst gebaseerde opdrachten worden gegund volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden.
 - ✓ Hieruit volgt dat de aanbestedende dienst die oorspronkelijk partij is bij de raamovereenkomst, zich slechts tot een bepaalde hoeveelheid kan verbinden, zowel voor eigen rekening als voor rekening van de potentiële aanbestedende diensten die duidelijk in die overeenkomst zijn aangewezen, en dat;
 - ✓ Zodra die hoeveelheid is bereikt, die overeenkomst ***geen effect meer sorteert***.



IV. BUDGETTERING EN RAMING



Algemeen

- **Vooraleer** een opdracht te plaatsen, **MOET** de waarde ervan geraamd worden door AO (artikel 16 Wet 2016);
- **Belang:**
 - ✓ Toepassing Europese bekendmakingsregels (W: 5.548.000 euro - L en D: 221.000 euro)? - indien gunningsbedrag > Europees drempel, geen onregelmatigheid, tenzij onderschatte raming!
 - ✓ OZVB (“goed te keuren uitgave”)?
 - ✓ Aanvaarde factuur (“geraamde waarde”)?
 - ✓ Regels inzake informatie en rechtsbescherming;
- Verbod tot artificiële opsplitsing van opdracht (“saucissonage”) - dus veel aandacht voor raming in WOHOP!

29/04/2019

GD&A Advocaten

59



Algemeen

- **ARTIKEL 7 KB PLAATSING 2017:** De raming van het opdrachtbedrag moet steunen op de **totale duur en waarde van de opdracht** zoals berekend door de AO, **met inbegrip van:**
 - 1° alle vereiste en toegestane opties;
 - 2° alle percelen;
 - 3° alle herhalingen in de zin van artikel 42, § 1, 2°, van de wet;
 - 4° alle gedeelten (vaste en voorwaardelijke) ;
 - 5° alle premies en vergoedingen aan de deelnemers;
 - 6° alle herzieningsbepalingen ;
 - 7° alle verlengingen;
- Indien AO uit **afzonderlijke operationele eenheden** bestaat:
 - ✓ **Principe:** De geraamde totale waarde van de opdrachten van al de operationele eenheden worden in beschouwing genomen;
 - ✓ **Uitzondering:** indien een afzonderlijke operationele eenheid **zelfstandig verantwoordelijk** is voor haar overheidsopdrachten of bepaalde categorieën daarvan (autonome beslissingen tot plaatsing en sluiting, eigen budgetlijn, ...): de waarden worden geraamd op het niveau van elke operationele eenheid.
- De berekening wordt gemaakt op het tijdstip van de verzending van de aankondiging of, wanneer geen aankondiging verplicht is, op het tijdstip waarop de procedure wordt aangevat – **actuele raming is van belang;**

29/04/2019

GD&A Advocaten

60



V. MEEST PASSENDE PLAATSINGSPROCEDURE

29/04/2019

GD&A Advocaten

61



Overzicht van de wijzigingen

Wet 2006	Wet 2016
Open en beperkte aanbesteding/offerteaanvraag (art. 23-25)	Openbare procedure (art. 36) Niet-openbare procedure (art. 37) = OP en NOP
Onderhandelingsprocedure met bekendmaking (art. 26 §2 en art. 66 §1)	<u>Klassieke sectoren:</u> Mededingingsprocedure met onderhandeling (art. 38) = MMO
Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (art. 26 §1 en art. 66 §2)	<u>Klassieke sectoren:</u> Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (art. 42) = OZVB
Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met bekendmaking (art. 2, 3° KB Plaatsing 2011)	<u>Klassieke sectoren:</u> Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (art. 41) = VOMVB
Concurrentiedialoog (art. 27)	Concurrentiegerichte dialoog (art. 39 en 121) = CGD
N.v.t.	Innovatiepartnerschap (art. 40) = IPS

29/04/2019

GD&A Advocaten

62



Openbare procedure

Artikel 36 Wet 2016

- **Openbare procedure:** de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een offerte mag indienen" (art. 2, 22°, Wet 2016)
- Cf. de vroegere "open procedure" (kwalitatieve selectiefase en offertekeuze "in één beweging");
- Wet 2006: "~~waarbij de openingszitting van de offertes openbaar is~~"; cf. doelstelling om communicaties tegen 18/10/2018 uitsluitend via elektronische middelen te doen verlopen;
- Minimumtermijn voor de ontvangst van offertes is korter (**35 dagen**) geworden (⇔ 52 dagen)
 - ✓ Ook mogelijk om deze minimumtermijn in te korten tot 15 dagen in geval van vooraankondiging;
 - ✓ Ook inkorting mogelijk wanneer het om dringende redenen onmogelijk is om de minimumtermijn in acht te nemen;
 - ✓ Indiening via elektronische weg kan aanleiding geven tot een inkorting van 5 dagen;
- Gelijke termijnen voor Europese en Belgische opdrachten;
- Steeds rekening houden met complexiteit van de opdracht + redelijke termijn om offerte op te maken;

29/04/2019

GD&A Advocaten

63



Openbare procedure

Te volgen stappen

➤ Eénstapsprocedure

- ✓ Bepaling behoefte en opmaak opdrachtdocumenten
- ✓ Goedkeuring door bevoegd orgaan
- ✓ Bekendmaking van de opdracht m.i.v. opdrachtdocumenten
- ✓ Ontvangst en "opening" offertes
- ✓ Beoordeling offertes
- ✓ Opmaak gedetailleerd gunningsverslag
- ✓ Nemen van gemotiveerde gunningsbeslissing
- ✓ Kennisgeving gunning en niet-gunning
- ✓ Sluiting van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

64



Niet-openbare procedure

Artikel 37 Wet 2016

- **Niet-openbare procedure:** de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een aanvraag tot deelneming mag indienen en waarbij alleen de door de aanbesteder geselecteerde kandidaten een offerte mogen indienen” (art. 2, 23°, Wet 2016);
- Cf. de vroegere “beperkte procedure” (**tweestapsprocedure**) ;
- Ook schrapping van de verwijzing naar de openingszitting;
- Minimumtermijn aanvragen tot deelneming ingekort (**30 dagen** ⇔ 37 dagen);
- Minimumtermijn voor de ontvangst van de offertes ook ingekort (**30 dagen** ⇔ 40 dagen);
 - ✓ Ook mogelijk om deze minimumtermijn in te korten tot 15 dagen in geval van vooraankondiging;
 - ✓ Ook inkorting mogelijk wanneer het om dringende redenen onmogelijk is om de minimumtermijn in acht te nemen
 - ✓ Indiening via elektronische weg kan aanleiding geven tot een inkorting van 5 dagen
- Gelijke termijnen voor Europese en Belgische opdrachten;
- Steeds rekening houden met complexiteit van de opdracht + redelijke termijn om offerte op te maken;

29/04/2019

GD&A Advocaten

65



Niet-openbare procedure

Te volgen stappen

- **Tweestapsprocedure → Selectiefase en gunningsfase**
 - ✓ Bepaling behoefte en opmaak selectieleidraad
 - ✓ Bekendmaking van de opdracht m.i.v. selectieleidraad
 - ✓ Ontvangst en opening aanvragen tot deelneming
 - ✓ Beoordelen aanvragen tot deelneming
 - ✓ Opmaak gedetailleerd selectieverslag - doorselectie
 - ✓ Nemen van gemotiveerde selectiebeslissing na eventuele doorselectie
 - ✓ Overmaken bestek aan geselecteerde kandidaten
 - ✓ Ontvangst en “opening” offertes
 - ✓ Beoordeling offertes
 - ✓ Opmaak gedetailleerd gunningsverslag
 - ✓ Nemen van gemotiveerde gunningsbeslissing
 - ✓ Kennisgeving gunning en niet-gunning
 - ✓ Sluiting van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

66



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

= de vroegere “onderhandelingsprocedure met bekendmaking”;

Mededingingsprocedure met onderhandeling (MMO): de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een **aanvraag tot deelneming** mag indienen, waarbij **alleen de geselecteerde kandidaten een offerte** mogen indienen en waarbij over de voorwaarden van de opdracht **kan worden onderhandeld met de inschrijvers**, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen. (art. 2, 24°, Wet 2016)

29/04/2019

GD&A Advocaten

67



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

Nieuwe benaming moet nadruk leggen op **mededinging** eerder dan op onderhandeling, zodat het onderscheid met de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking duidelijk benadrukt wordt (Europa is hiervan geen fan!);

- Mogelijkheden sterk **uitgebreid**;
- Cf. overweging 42 bij RL: “[...] **grote behoefte aan extra flexibiliteit** die ruimte biedt om een aanbestedingsprocedure te kiezen die voorziet in onderhandelingen. Een groter gebruik van deze procedure zal mogelijkwerwijs ook de grensoverschrijdende handel stimuleren [...]. De lidstaten moeten [hierin] kunnen voorzien [...] in verschillende situaties waarin de openbare of niet-openbare procedure zonder onderhandelingen waarschijnlijk niet tot bevredigende resultaten leidt.”

29/04/2019

GD&A Advocaten

68



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

1° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

- a) *er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende overheid zonder aanpassing van onmiddellijk beschikbare oplossingen;*
- Ruime vrijheid voor AO, begrip 'onmiddellijk beschikbaar' wordt niet gedefinieerd;

29/04/2019

GD&A Advocaten

69



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

1° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

- b) *ze bevatten ontwerp- of innovatieve oplossingen;*
- Term 'bevatten' impliceert dat het ook om overheidsopdrachten mag gaan die gedeeltelijk betrekking hebben op ontwerp- of innovatieve oplossingen, naast andere elementen;
- Wel onderscheid met reeds bestaande oplossingen die moeten aangepast worden en nog niet bestaande oplossingen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

70



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

1° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

c) de opdracht kan niet 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;

- Open categorie;
- Gelijkenis met voorwaarden concurrentiedialoog in art. 27 Wet 2006, maar art. 38 lijkt toch ruimer, cf. ontbreken 'objectief';

29/04/2019

GD&A Advocaten

71



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

1° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

d) de technische specificaties kunnen door de aanbestedende overheid niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader als bedoeld in artikel 2, 45° tot 48°;

- Cf. art. 26, §2, 3° Wet 2006 (onderhandelingsprocedure met bekendmaking mogelijk ingeval van diensten);
- Nu dus ook voor werken en leveringen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

72



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

1° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:

e) de toegang tot de opdracht wordt voorbehouden overeenkomstig artikel 15 en het geraamde bedrag van de opdracht zonder belasting over de toegevoegde waarde lager is dan de voor de Europese bekendmaking bepaalde drempel;

f) het geraamde bedrag van de opdracht zonder belasting over de toegevoegde waarde is lager dan de bedragen bepaald door de Koning (W = 750.000 euro excl. BTW, L+D = 221.000 euro excl. BTW);

- e) en f) zijn identiek aan bepalingen Wet 2006 (art. 26, §2, 1°, c) en d));

29/04/2019

GD&A Advocaten

73



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

2° met betrekking tot **werken, leveringen of diensten** waarvoor, **naar aanleiding van een openbare of niet-openbare procedure, enkel onregelmatige of onaanvaardbare offertes** werden ingediend.

- In Wet 2016 **enkel** mogelijk voor mededingingsprocedure **met** onderhandeling;
- Memorie van Toelichting: "[...] offertes van inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken en offertes waarvan de prijs het door de aanbestedende overheid begrote bedrag, vastgesteld en gedocumenteerd vóór de lancering van de procedure, overschrijdt [...]."
- Onderscheid al naar gelang eerste procedure onderworpen is aan Europese bekendmaking:
 - ✓ **Zoja:** AO moet geen aankondiging bekendmaken indien zij uitsluitend alle inschrijvers toelaat die aan de selectiecriteria voldoen en die bij de voorafgaande procedure offertes hebben ingediend die voldeden aan de formele vereisten. Laat de AO niet alle inschrijvers toe, is zij verplicht een aankondiging bekend te maken;
 - ✓ **Zoniet:** AO kan ondernemers raadplegen die volgens haar in staat zijn te voldoen aan de eisen inzake selectie, ongeacht of zij regelmatige/geen enkele offerte hadden ingediend. AO is dan niet verplicht aankondiging bekend te maken;

29/04/2019

GD&A Advocaten

74



Mededingingsprocedure met onderhandeling Artikel 38 Wet 2016

- De mededingingsprocedure verloopt in twee fasen (selectiefase en gunningsfase);
- Enkel ondernemingen die het best in staat worden geacht de opdracht uit te voeren en die zich niet in een toestand van uitsluiting bevinden, kunnen worden geselecteerd en zullen in de tweede fase uitgenodigd worden om een offerte in te dienen tegen een bepaalde datum (doorselectie is mogelijk):
 - ✓ Het is deze eerste offerte die de basis zal vormen voor verdere onderhandelingen;
 - ✓ **Enkel om objectieve redenen kan de afwezigheid van onderhandelingen gerechtvaardigd worden + melden in opdrachtdocumenten;**
 - ✓ Er mag **niet** onderhandeld worden over de minimumeisen en de gunningscriteria (incl weging);
- De procedure moet gepaard gaan met de nodige waarborgen voor de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie;
- Vertrouwensbeginsel moet altijd worden nageleefd;
- Meerdere onderhandelingsronden (met beperking van offertes) zijn mogelijk, mits voorzien in opdrachtdocumenten;
- Afsluiten van onderhandelingen = formele beslissing, indiening van BAFO's volgt (praktijk van de « voorkeursbieder » lijkt niet meer mogelijk);

29/04/2019

GD&A Advocaten

75



Vereenvoudigde OMVB Artikel 41 Wet 2016

Vereenvoudigde onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking: *de plaatsingsprocedure waarbij elke belangstellende ondernemer naar aanleiding van een aankondiging van een opdracht een offerte mag indienen en waarbij de aanbesteder met een of meer van hen over de voorwaarden van de opdracht kan onderhandelen, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen.” (art. 2, 29°, Wet 2016);*

29/04/2019

GD&A Advocaten

76



Vereenvoudigde OMVB Artikel 41 Wet 2016

- Gelijkenissen met openbare procedure, want 1-stapsprocedure;
- Niet voorzien door Europese RL;
- **Toepassingsgebied:**
 - ✓ 1) voor **leveringen en diensten** waarvan geraamd bedrag lager ligt dan drempel voor Europese bekendmaking;
 - ✓ 2) voor **werken** waarvan geraamde bedrag lager ligt dan 750.000 euro;
 - ✓ 3) diensten opgenomen in **Bijlage III** bij Wet 2016 (= sociale en andere specifieke diensten), ongeacht bedrag;

29/04/2019

GD&A Advocaten

77



Vereenvoudigde OMVB Artikel 41 Wet 2016

- Iedereen kan offerte indienen;
- Onderhandeling over alle ingediende offertes mogelijk, niet enkel initiële maar ook alle daaropvolgende *“met het oog op de verbetering van hun inhoud”* (behalve definitieve offertes, en evenmin over gunningscriteria of minimumeisen)
- Opeenvolgende fases met beperking van aantal offertes mogelijk, maar enkel indien vooraf aangekondigd;
- Indienen van een BAFO = afsluiting van de onderhandelingen;
- Weinig formalistische procedure;

29/04/2019

GD&A Advocaten

78



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking: de plaatsingsprocedure waarbij de aanbestedende overheid de door haar gekozen ondernemers een offerte vraagt en met een of meer van hen over de voorwaarden van de opdracht kan onderhandelen, en die uitsluitend van toepassing is op de opdrachten die onder het toepassingsgebied van titel 2 vallen.” (art. 2, 26°, Wet 2016)

29/04/2019

GD&A Advocaten

79



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

- Europese wetgever is nog steeds wantrouwig t.o.v. deze procedure;
 - ✓ Deze procedure mag dan ook enkel in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden gebruikt aangezien de mededinging wordt beperkt;
 - Niet iedereen mag immers deelnemen;
 - “Concurrentieschade”;
- **Motivering** in rechte en in feite;
- **Limitatief** aantal gevallen waarin deze procedure kan worden aangewend;

29/04/2019

GD&A Advocaten

80



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

➤ Toepassingsgevallen

In geval van werken, leveringen of diensten

- ✓ De **goed te keuren** uitgave (excl. BTW) is niet hoger dan (cfr. art. 90, 1^{ste} lid jo. artikel 11, 1^{ste} lid, KB Plaatsing 2017):
 - 144.000 euro (drempel opgetrokken voorheen: 85.000 euro);
 - 221.000 euro voor diensten inzake arbeidsbemiddeling en vervoersondersteunende diensten, onderzoek en ontwikkeling (uitgaande van decentrale overheden);
 - 1.000.000 euro voor sociale en andere specifieke diensten;
 - 100.000 euro per perceel wanneer drempels niet bereikt worden, samengevoegd bedrag percelen niet meer dan 20% van totaal geraamd opdrachtbedrag;
 - ➔ Bevordering deelname KMO's;
- ✓ Voor zover **strikt noodzakelijk** en de termijnen voor de openbare of niet-openbare procedures of MMO wegens **dwingende spoed voortvloeiend uit onvoorzienbare gebeurtenissen** niet gerespecteerd kunnen worden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

81



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

In geval van werken, leveringen of diensten:

- ✓ **Geen (geschikte) aanvraag tot deelneming of offerte** ingediend ingevolge openbare of niet-openbare procedure, mits oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk worden gewijzigd;
 - Een **aanvraag tot deelneming** wordt ongeschikt geacht wanneer de betrokken ondernemer overeenkomstig de artikelen 67 tot 70 moet of kan worden uitgesloten, of niet aan de overeenkomstig artikel 71 door de AO bepaalde selectiecriteria voldoet.
 - Een **offerte** wordt ongeschikt bevonden als zij niet relevant is voor de opdracht, omdat zij, zonder wezenlijke wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de opdrachtdocumenten omschreven behoeften en eisen van de AO.
- ✓ De werken, leveringen of diensten **alleen door een bepaalde ondernemer** worden verricht, wegens één van volgende redenen:
 - i. de opdracht heeft als doel het vervaardigen of verwerken van een uniek kunstwerk of het leveren van een unieke artistieke prestatie;
 - ii. Mededinging ontbreekt om technische redenen;
 - iii. Uitsluitende rechten moeten worden beschermd, intellectuele eigendomsrechten inclusief

OPGELET: uitzonderingen van II. en III. gelden enkel als er geen redelijk alternatief of substituuat bestaat EN ontbreken mededinging geen gevolg is van kunstmatige beperking opdrachtvoorwaarden

29/04/2019

GD&A Advocaten

82



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

In geval van **werken of diensten**

- ✓ **Nieuwe werken of diensten** bestaande uit **herhaling** van soortgelijke werken of diensten, gegund aan opdrachtnemer oorspronkelijke opdracht door dezelfde AO
 - OP VOORWAARDE DAT: werken of diensten stemmen overeen met een basisproject en project maakt voorwerp uit van een oorspronkelijke opdracht geplaatst na publieke oproep tot mededinging;
 - Het basisproject dient de omvang van de eventuele aanvullende werken of diensten evenals de voorwaarden waaronder deze zullen worden gegund, te vermelden;
 - Het geraamde totaalbedrag voor de daaropvolgende werken of diensten moet reeds vanaf het basisproject door de AO in aanmerking genomen worden voor het al dan niet bereiken van de voor de Europese bekendmaking bepaalde drempels;
 - De gunning van de herhalingsopdrachten moet gebeuren binnen drie jaar na de sluiting van de oorspronkelijke opdracht;

In geval van **leveringen of diensten**

- ✓ Aankoop van leveringen of diensten **tegen bijzonder gunstige voorwaarden**, hetzij bij leverancier die handelsactiviteit stopzet, hetzij bij curatoren, de met een overdracht gerechtelijk gezag gelast mandatarissen of vereffenaars van een faillissement of gerechtelijke organisatie;

29/04/2019

GD&A Advocaten

83



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking Artikel 42 Wet 2016

In geval van **leveringen**

- ✓ Producten uitsluitend voor onderzoek, proefneming, studie of ontwikkeling vervaardigd;
- ✓ Aanvullende leveringen te verrichten door oorspronkelijke leverancier, ofwel bestemd voor gedeeltelijke vernieuwing van leveringen of installaties ofwel voor uitbreiding bestaande leveringen of installaties, wanneer een verandering van leverancier AO zou verplichten leveringen te verwerven met andere technische eigenschappen, zodat onverenigbaarheid zou ontstaan of bij gebruik en onderhoud onevenredige technische moeilijkheden zich zouden manifesteren ;
- ✓ Op een grondstoffen genoteerde en aangekochte leveringen;

In geval van **diensten**

- ✓ Opdracht volgt op prijsvraag en overeenkomstig de toepasselijke regels moet worden gegund aan de winnaar of aan een van de winnaars van de prijsvraag;

29/04/2019

GD&A Advocaten

84



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - Karakteristieken/nieuwigheden

- Facultatieve uitsluitingsgronden **niet** van toepassing ingeval van Belgische opdrachten (art. 42, §3, 1^{ste} lid, Wet 2016)
- Geen spontane offertes meer mogelijk
 - ✓ Cfr. artikel 93 KB Plaatsing 2017
 - ✓ In principe onmogelijk, TENZIJ bij uitdrukkelijk gemotiveerde andersluidende beslissing
- Geen verplichting tot geformaliseerde selectie
 - ✓ Cfr. artikel 93, 2^{de} lid KB Plaatsing 2017;
 - ✓ Geen verplichting tot opleggen van specifieke selectiecriteria;
 - ✓ Artikelen 65 – 70 KB Plaatsing 18/04/17 => niet van toepassing;
- Onderhandelingsmarge
 - ✓ **GEEN** verplichting tot onderhandelen;
 - ✓ AO *kan* met inschrijver over initiële offertes en daarop volgende onderhandelen met oog op verbetering van de inhoud
 - ✓ **NIET** onderhandelen over:
 - Definitieve offertes (BAFO's);
 - Gunningscriteria (!);
- Flagrante miskenning van de mededinging leidt tot absolute nietigheid van de gesloten overheidsopdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

85



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking - Verloop van de procedure

- Raadplegen van meerdere ondernemers, minstens drie;
 - ✓ Vrijheid van AO om zelf te kiezen welke ondernemers worden geraadpleegd (keuze bij voorkeur gemotiveerd);
- Uitnodiging
 - ✓ Cfr. artikel 94 KB Plaatsing 2017
 - ✓ Gekozen ondernemers **gelijktijdig en schriftelijk** uitnodigen (per e-mail ook mogelijk);
 - ✓ Bevat/vermeldt de opdrachtdocumenten, uiterste tijdstip en datum indiening offertes, aanduiding van eventueel toe te voegen documenten én de gunningscriteria (!);
- Indiening (eerste) offertes;
- Beoordeling van ingediende (eerste) offertes;
 - ✓ Toegangsrecht >> toetsing verplichte (en indien nodig facultatieve) uitsluitingsgronden
 - Impliciete verklaring op erewoord voor Belgische opdrachten (uitz. fiscale en sociale schulden – zie *infra*);

29/04/2019

GD&A Advocaten

86



Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking

Verloop van de procedure

- Beoordeling van ingediende offertes (vervolg)
 - ✓ Regelmatigheidsonderzoek
 - Cfr. art. 83 Wet 2016 en art. 76, §1, KB Plaatsing 2017
 - Inclusief prijzen- of kostenonderzoek;
- Onderhandelen – cfr. artikel 42, §2, Wet 2016:

“De aanbestedende overheid kan met de inschrijvers over de initiële offertes en over alle volgende offertes die door hen werden ingediend onderhandelen met het oog op de verbetering van de inhoud ervan.

Over de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.

Voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag gelijk is aan of hoger ligt dan de drempels voor de Europese bekendmaking, mag evenmin onderhandeld worden over de minimumeisen.

Voor de opdrachten waarvan het geraamde bedrag deze drempels niet bereikt, kan onderhandeld worden over de minimumeisen, voor zover dit niet uitgesloten werd in de opdrachtdocumenten.”
- Gunning/plaatsing van de opdracht
- Kennisgeving gekozen inschrijver en niet-gekozen inschrijver(s)

29/04/2019

GD&A Advocaten

87



Concurrentiegerichte dialoog

Artikel 39 Wet 2016

- Verdere **uitbreiding** van de reeds bestaande toepassingen en voorwaarden – want is nuttige procedure gebleken;
 - ✓ Dus: niet meer beperkt tot “ingewikkelde opdrachten”;
- Afstemming met MMO qua toepassingsgevallen, **maar**: procedures zijn niet identiek!
 - ✓ Vooral verschil mbt statuut van de offertes en procedureregels: AO hoopt **oplossingen** te vinden die haar pas in tweede instantie zullen toelaten offertes te verkrijgen. Bijgevolg dient de AO haar behoeften en eisen in de aankondiging te bepalen evenals de gunningscriteria en een indicatief tijdsschema;
- De opdracht mag uitsluitend worden gegund op grond van de **beste prijs-kwaliteitverhouding**;

29/04/2019

GD&A Advocaten

88



Concurrentiegerichte dialoog Artikel 39 Wet 2016

- Selectiefase – indienen aanvragen tot deelneming (30 kd);
- AO zal vervolgens **in dialoog treden** (= verplicht) met de geselecteerde deelnemers om na te gaan en te bepalen met welke middelen het best in haar behoeften kan worden voorzien;
 - ✓ Alle aspecten van de opdracht kan worden besproken
 - ✓ Wel: vertrouwelijkheid en gelijke behandeling waarborgen
 - ✓ Eventueel meerdere dialoofasen / beperken van de oplossingen
- Na afsluiting dialoog worden de ondernemers verzocht **hun definitieve offerte** in te dienen – evt. vragen om offertes te verduidelijken of nauwkeuriger te omschrijven, **maar**: essentiële aspecten mogen niet meer gewijzigd worden;
- Beoordeling van de offertes – daarna evt. onderhandelingen met de inschrijver die als indiener van de offerte met de beste prijs-kwaliteitsverhouding
 - ✓ !! Geen wijziging van de essentiële elementen noch mededinging vervalsen;
- De AO kan prijzengeld of vergoedingen voorzien voor de deelnemers van de dialoog;

29/04/2019

GD&A Advocaten

89



Innovatiepartnerschap Artikel 40 Wet 2016

*“**Innovatie**: 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 externe betrekkingen, onder meer om maatschappelijke problemen te helpen oplossen of de Europese strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei te ondersteunen.”*
(art. 2, 32°, Wet 2016)

29/04/2019

GD&A Advocaten

90



Innovatiepartnerschap Artikel 40 Wet 2016

- **Nieuwe gunningsprocedure**, gericht op de *“ontwikkeling van innovatieve W/L/D en de daaropvolgende aankoop van de daaruit resulterende W, L of D, mits deze overeenstemmen met de afgesproken prestatie- en prijsniveaus”*
 - ✓ Totstandbrenging oplossingen die nog niet op de markt zijn – ruime omschrijving van ‘innovatie’
- Niet langer verplichting van afzonderlijke opdrachten voor onderzoek/ontwikkeling en daaropvolgende aankoop – gunning aan zelfde onderneming mogelijk;
- Gelijkenis met concurrentiegerichte dialoog en onderhandelingsprocedure, maar ook fundamenteel verschil, zowel qua voorwerp als qua doelstellingen;
- Uitsluitend **beste prijs-kwaliteitsverhouding**

29/04/2019

GD&A Advocaten

91



Innovatiepartnerschap Artikel 40 Wet 2016

- **AO:**
 - ✓ Benodigde informatie voor kwalitatieve selectie opvragen
 - ✓ Drievoudige motivering
 - 1) AO geeft in opdrachtdocumenten aan dat er een behoefte is aan innovatieve producten, diensten of werken;
 - 2) AO toont aan dat het onmogelijk is om in die behoeften te voorzien met wat op de markt beschikbaar is;
 - 3) AO moet minimumeisen voor offertes aangeven die voldoende duidelijk zijn – ondernemers moeten kennis krijgen van aard en strekking van gevraagde oplossing;

29/04/2019

GD&A Advocaten

92



Innovatiepartnerschap Artikel 40 Wet 2016

- AO kan IPS sluiten met één of meerdere partners die afzonderlijke onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten voor hun rekening nemen;
- Intellectuele eigendomsrechten moeten worden geregeld in de opdrachtdocumenten;
- Gestructureerd volgens opeenvolgende fasen in het onderzoeks- en innovatieproces (samenwerking op lange termijn)
 - ✓ Tussentijdse te bereiken doelstellingen worden bepaald;
 - ✓ Mogelijkheid voor AO tot beëindiging of vermindering van aantal partners na afloop van elke fase – geen verplichting indien doelstellingen niet bereikt (facultatieve/discretionaire bevoegdheid voor AO);
- Geen buitensporige verhouding tussen geraamde waarde W, L of D en investering voor de ontwikkeling ervan;
- Enkel verplichte aankoop van resultaat indien producten, diensten of werken (1) voldoen aan afgesproken prestatieniveaus en (2) onder afgesproken maximumkosten blijven;

29/04/2019

GD&A Advocaten

93



VI. INHOUD OPDRACHTDOCUMENTEN (selectieleidraad, gunningsleidraad, bijzonder bestek, bijlagen)

29/04/2019

GD&A Advocaten

94



VI.1. Algemeen

29/04/2019

GD&A Advocaten

95



Algemeen

Inschrijvers moeten van meet af aan **een zo duidelijk als mogelijk inzicht** hebben in [voorwaarden/criteria/verloop/...](#) van de opdracht die door de AO in de markt wordt geplaatst

- er dienen aldus een **ondubbelzinnige, duidelijke, precieze en volledige opdrachtdocumenten** te worden aangeboden aan de belangstellenden.

29/04/2019

GD&A Advocaten

96

96



VI.2. Opbouw van een bijzonder bestek

29/04/2019

GD&A Advocaten

97



Opbouw bijzonder bestek en bijlagen

I. ADMINISTRATIEF GEDEELTE

- Algemene informatie
- Afwijkingen van het KB Uitvoering
- Quid ingeval van onduidelijkheid / dubbelzinnigheden / fouten + bepalen voorrangsorte
- Beschrijving van het voorwerp vd opdracht
- Gekozen gunningswijze + beschrijving van het verloop van de gunningsprocedure
- Wijze van prijsbepaling
- Verbetering van vermoedelijke hoeveelheden en leemten
- Kwalitatieve selectie
 - Toegang tot de opdracht (betrouwbaarheidseisen)
 - Bekwaamheidseisen
- Opmaak van de offerte (in functie van de formele regelmatigheid) – bij te voegen documenten
- Indiening van de offerte
- Verbintenistermijn
- Gunningcriteria / waardering / beoordelingsmethodiek

II. CONTRACTUEEL GEDEELTE = UITVOERINGSMODALITEITEN (verduidelijkingen of afwijkingen van bepalingen uit KB AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

98



Opbouw bijzonder bestek en bijlagen

III. TECHNISCH GEDEELTE

- Onderscheid (minimale) eisen en wensen (in functie van de materiële regelmatigheid vd offerte)

IV. Offerteformulier / UEA + samenvattende opmeting / inventaris

V. Bijlagen (vrij te kiezen door AO)

29/04/2019

GD&A Advocaten

99



VI.3. Onduidelijkheden / dubbelzinnigheden / voorrangsorte

29/04/2019

GD&A Advocaten

100



Onduidelijkheden / dubbelzinnigheden / voorrangsorte

- Logische uitlegging, waarbij bijzondere regel voorrang heeft op algemene regel;
- Desgevallende onduidelijkheid/dubbelzinnigheid moet worden onderzocht in functie van de andere besteksbepalingen;
- **Artikel 80 KB Plaatsing 2017** bepaalt een **voorrangsorte**:
 - 1)- Plannen
 - 2)- Bestek
 - 3)- Samenvattende opmeting / inventaris

(behoudens andersluidende bepaling in opdrachtdocumenten)

Indien plannen tegenspraak vertonen, kan inschrijver zich op de voor hem meest gunstige hypothese steunen, tenzij de andere opdrachtdocumenten daarover uitsluitel geven.

29/04/2019

GD&A Advocaten

101



Onduidelijkheden / dubbelzinnigheden / voorrangsorte

Artikel 81 KB Plaatsing 2017:

Indien **fouten of leemten** in bestek **waardoor prijsberekening of vergelijking van de offertes onmogelijk is** (vb. het ontbreken van wapeningsgegevens waardoor het niet mogelijk is de hoeveelheden staal te berekenen voor een bouwwerk in gewapend beton, het ontbreken van de gunningscriteria bij offerteaanvraag, een wezenlijk verschil tussen de Franse en de Nederlandse versie van de opdrachtdocumenten,...): **inschrijvers melden dit onmiddellijk aan AO** (dwz binnen **10 kd** voorafgaand aan indiening vd offerte) - AO is in beginsel **verplicht** hierop te antwoorden.

OPM.:

- ✓ Betekenisvolle verduidelijkingen dienen aan **ALLE** inschrijvers kenbaar worden gemaakt;
- ✓ Van de beoordeling van de AO moet een schriftelijke neerslag bestaan in het administratief dossier (!);

29/04/2019

GD&A Advocaten

102



Onduidelijkheden / dubbelzinnigheden / voorrangsorte

Zgn. “Neorec-clausule” in opdrachtdocumenten:

“Door het indienen van een offerte aanvaarden de inschrijvers onvoorwaardelijk de inhoud van het bestek en de bijhorende opdrachtdocumenten en de invulling van de gunningsprocedure zoals deze in het bestek beschreven is, en aanvaarden zij zelf door de bepalingen ervan gebonden te zijn.

Indien een inschrijver in dat verband een bezwaar heeft, dient hij dat schriftelijk en per aangetekende post uiterlijk vijftien kalenderdagen voor de uiterste indieningsdatum van de offerte, bekend te maken aan de aanbestedende overheid met omschrijving van de reden.”

- ✓ Inschrijvers zijn verplicht om eventuele wettigheidsbezwaren tegen het bestek onverwijld bekend te maken aan AO – kan leiden tot eventuele rechtzettingen van het bestek;
- ✓ Indien geen opmerkingen worden gemaakt: bezwaren kunnen achteraf niet meer worden opgeworpen, ingeval het gaat over “meteen zichtbare” bezwaren;
- ✓ **!! Uitzondering:** verbeteren van hoeveelheden in opmeting/inventaris;

29/04/2019

GD&A Advocaten

103



VI.4. Prijsbepaling / verbeteren van hoeveelheden

29/04/2019

GD&A Advocaten

104



Vaste en forfaitaire prijs

Art. 9 Wet 2016: De overheidsopdrachten worden **geplaatst op forfaitaire basis**.

Ratio legis: De overeengekomen prijs mag in principe niet meer gewijzigd worden tijdens de uitvoering van de opdracht. De forfaitaire prijs houdt alle kosten in die **voorzien en voorzienbaar** zijn = risico voor de opdrachtnemer;

29/04/2019

GD&A Advocaten

105



Vaste en forfaitaire prijs

Forfaitaire prijs middels:

Opdracht voor een **globale prijs**= de opdracht waarbij een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties van de opdracht of van elke post dekt;

Opdracht volgens **prijslijst** = de opdracht waarbij de eenheidsprijzen voor de verschillende posten forfaitair zijn en de hoeveelheden, voor zover er hoeveelheden voor de posten worden bepaald, worden vermoed of worden uitgedrukt binnen een fork. De posten worden verrekend op basis van de werkelijk bestelde en gepresteerde hoeveelheden;

Uitzondering: opdracht tegen terugbetaling = de opdracht waarbij de prijs van de uitgevoerde prestaties wordt vastgesteld na onderzoek van de gevorderde prijzen op basis van wat de opdrachtdocumenten bepalen over de kostenbestanddelen die mogen worden aangerekend, de berekeningswijze van de kosten en de omvang van de daarop toe te passen marges;

29/04/2019

GD&A Advocaten

106



Vaste en forfaitaire prijs

- ✓ Prijzen worden in euro uitgedrukt (artikel 25 KB Plaatsing 2017);
- ✓ Het totale offertebedrag wordt voluit geschreven (artikel 25 KB Plaatsing 2017);
- ✓ Inschrijver wordt geacht zijn offertebedrag te hebben vastgesteld volgens zijn eigen berekeningen, ramingen en bewerkingen (artikel 27 KB Plaatsing 2017);
- ✓ Alle algemene en financiële kosten alsmede de winst wordt, in verhouding tot hun belangrijkheid, verdeeld over de onderscheiden posten (artikel 28 KB Plaatsing 2017);

29/04/2019

GD&A Advocaten

107



Verbetering van hoeveelheden

Artikel 79 KB Plaatsing 2017

- Indien bij de opdrachtdocumenten een **samenvattende opmeting of inventaris** is gevoegd, vult de inschrijver hem in en maakt hij de nodige berekeningen.
- De inschrijver **voert**, rekening houdende met de opdrachtdocumenten, zijn beroepskennis of persoonlijke vaststellingen, **verbeteringen** door voor:
 - ✓ 1° de fouten die hij ontdekt in de forfaitaire hoeveelheden;
 - ✓ 2° de fouten die hij ontdekt in de vermoedelijke hoeveelheden waarvoor de opdrachtdocumenten een dergelijke verbetering **toelaten** en op voorwaarde dat de voorgestelde verbetering **minstens 10%** in meer of in min van de hoeveelheid van de post in kwestie bedraagt;
 - ✓ 3° de leemten in de samenvattende opmeting of inventaris.
- Hij voegt bij zijn offerte een **nota ter verantwoording** van deze verbeteringen.

29/04/2019

GD&A Advocaten

108



VI.5. Kwalitatieve selectie (betrouwbaarheid en bekwaamheid)

29/04/2019

GD&A Advocaten

109



Regelgeving

- ✓ Artikelen 66-80 Wet 2016
 - ✓ Artikelen 59-74 KB Plaatsing 2017
- ⇒ veel aandacht aan besteed in regelgeving;
- ⇒ aanzienlijke wijzigingen tov Wet 2006 en KB Plaatsing 2011;

29/04/2019

GD&A Advocaten

110



Algemeen

✓ Artikel 66 Wet 2016

- AO kan, wanneer de door de kandidaat in te dienen informatie of documentatie onvolledig of onjuist is of lijkt te zijn of wanneer specifieke documenten ontbreken, de betrokken kandidaat verzoeken die **informatie of documentatie binnen een passende termijn in te dienen, aan te vullen, te verduidelijken of te vervolledigen**, mits dergelijke verzoeken worden gedaan met volledige inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie en, indien gebruik wordt gemaakt van de openbare of de niet-openbare procedure, zonder dat dit aanleiding mag geven tot een wijziging van de essentiële elementen van de offerte

29/04/2019

GD&A Advocaten

111



1. BETROUWBAARHEID VAN DE INSCHRIJVER

Uitsluitingsgronden

29/04/2019

GD&A Advocaten

112



Uitsluitingsgronden - algemeen

✓ Drie “groepen” van uitsluitingsgronden:

- Verplichte uitsluitingsgronden
- Fiscale en sociale schulden
- Facultatieve uitsluitingsgronden

29/04/2019

GD&A Advocaten

113



Verplichte uitsluitingsgronden (1) Artikel 67 Wet 2016 en artikel 61 KB Plaatsing 2017

- Vijf gekende verplichte uitsluitingsgronden: deelname aan criminele organisaties, omkoping, fraude, witwassen en tewerkstelling illegalen (2014);
- Twee nieuwe verplichte uitsluitingsgronden:
 - ✓ **Terroristische misdrijven** of strafbare feiten die hier verband mee houden, de uitlokking, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit;
 - ✓ **Kinderarbeid** en andere vormen van **mensenhandel**;
- Er is steeds een in kracht van gewijsde gegane veroordeling nodig;
 - ✓ uitzondering: uitsluiting wegens tewerkstellen van illegaal verblijvende onderdanen van derde landen
 - Geen in kracht van gewijsde gegane veroordeling nodig - het volstaat dat de inbreuk is vastgesteld door een rechtelijke of administratieve beslissing;

29/04/2019

GD&A Advocaten

114



Verplichte uitsluitingsgronden (2)

Artikel 67 Wet 2016 en artikel 61 KB Plaatsing 2017

- **Toepasselijkheid:**
 - ✓ Kandidaat / inschrijver;
 - ✓ Alle deelnemers die samen een aanvraag tot deelneming indienen en die de intentie hebben om, ingeval van selectie, een combinatie van deelnemers op te richten;
 - ✓ Alle deelnemers die samen een offerte indienen als combinatie;
 - ✓ De derden op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan;
 - ✓ **Europese opdrachten:** ook **verplicht** van toepassing op de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van de kandidaat/inschrijver, of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben (!);
 - Voor Belgische opdrachten is dit **geen verplichting** - het staat de AO vrij om dit wel te doen;
- **Duurtijd van de uitsluiting = 5 jaar vanaf datum veroordeling;**
- **Uitzondering:**
 - ✓ Niet-uitsluiting **om dwingende reden van algemeen belang** – dit moet wel zijn opgenomen in de opdrachtdocumenten;

29/04/2019

GD&A Advocaten

115



Uitsluiting inzake **sociale** schulden

Artikel 68 Wet 2016 en artikel 62 KB Plaatsing 2017

- **Verplichte uitsluiting** van een kandidaat/inschrijver die niet blijkt te voldoen aan zijn verplichtingen tot betaling van socialezekerheidsbijdragen, op voorwaarde **dat schuld het bedrag van 3.000 euro overschrijdt**;
- Verificatie **binnen 20 kd na uiterste indieningstijdstip**, op basis van attesten beschikbaar via Telemarc;
- Wel aantal **versoepelingen** voorzien, want **geen uitsluiting** indien:
 - ✓ Dwingende reden van algemeen belang;
 - ✓ Kandidaat/inschrijver heeft uitstel van betaling verkregen en komt afbetalingen strikt na;
 - ✓ Kandidaat/inschrijver kan aantonen dat hij op een AO of op een overheidsbedrijf, één of meer schuldvorderingen heeft die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover zijn en waarvan op het bedrag het nog te bepalen drempelbedrag na gelijk is aan zijn achterstallige schuld;
- **Bovendien: geen automatische uitsluiting (!)** - AO **moet** de kandidaat/inschrijver vragen of deze zich in een afwijkingssituatie bevindt;
- **Nieuw:** kandidaat/inschrijver kan de kans krijgen om zijn situatie te regulariseren;
 - ✓ Ondernemer heeft wel slechts één enkele regularisatiemogelijkheid per plaatsingsprocedure;
 - AO geeft ondernemer 5 werkdagen vanaf kennisgeving om het bewijs hiervan te leveren

29/04/2019

GD&A Advocaten

116



Uitsluiting inzake **fiscale** schulden

Artikel 68 2016 Wet en artikel 63 KB Plaatsing 2017

- **Verplichte uitsluiting** van een kandidaat/inschrijver die niet blijkt te voldoen aan zijn verplichtingen tot betaling van fiscale schulden, op voorwaarde **dat schuld het bedrag van 3.000 euro overschrijdt**;
- Verificatie **binnen 20 kd na uiterste indieningstijdstip**, op basis van attesten beschikbaar via Telemarc;
- Wel aantal **versoepelingen** voorzien, want **geen uitsluiting** indien:
 - ✓ Dwingende reden van algemeen belang;
 - ✓ Kandidaat/inschrijver heeft uitstel van betaling verkregen en komt afbetalingen strikt na;
 - ✓ Kandidaat/inschrijver kan aantonen dat hij op een AO of op een overheidsbedrijf, één of meer schuldvorderingen heeft die zeker, opeisbaar en vrij van elke verbintenis tegenover zijn en waarvan op het bedrag het nog te bepalen drempelbedrag na gelijk is aan zijn achterstallige schuld;
- **Bovendien: geen automatische uitsluiting (!)** - AO **moet** de kandidaat/inschrijver vragen of deze zich in een afwijkingssituatie bevindt;
- **Nieuw: kandidaat/inschrijver kan de kans krijgen om zijn situatie te regulariseren**;
 - ✓ Ondernemer heeft wel slechts één enkele regularisatiemogelijkheid per plaatsingsprocedure;
 - AO geeft ondernemer 5 werkdagen vanaf kennisgeving om het bewijs hiervan te leveren

29/04/2019

GD&A Advocaten

117



Uitsluiting inzake **sociale/fiscale** schulden

- **Toepasselijkheid:**
 - ✓ Kandidaat / inschrijver;
 - ✓ Alle deelnemers die samen een aanvraag tot deelneming indienen en die de intentie hebben om, ingeval van selectie, een combinatie van deelnemers op te richten;
 - ✓ Alle deelnemers die samen een offerte indienen als combinatie;
 - ✓ De derden op wiens draagkracht een beroep wordt gedaan;

29/04/2019

GD&A Advocaten

118



Facultatieve uitsluitingsgronden (1)

Artikel 69 Wet 2016 (**niet** verplicht van toepassing op **Belgische OZVB**)

- Wanneer met elk passend middel aangetoond kan worden dat de kandidaat/inschrijver de in artikel 7 Wet verplichtingen inzake het **milieu-, sociaal en arbeidsrecht** heeft geschonden;
- Wanneer kandidaat/inschrijver in staat van **faillissement, vereffening**, gerechtelijke organisatie, ... verkeert;
- Wanneer in de uitoefening van het beroep een **ernstige fout** werd begaan waardoor integriteit in twijfel kan worden getrokken;
- Wanneer AO over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te besluiten dat de kandidaat/inschrijver handelingen zou hebben gesteld, overeenkomsten zou hebben gesloten of afspraken zou hebben gemaakt, die de **normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen**;
- Indien een **belangenconflict** (vb. draaideurconstructie, zie *infra*), in de zin van artikel 6 Wet niet effectief kan worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;
- Het geval waarbij wegens de **eerdere betrokkenheid** van de kandidaat / inschrijver bij de voorbereiding van de overheidsopdrachtenprocedure zich een verhindering of vertekening van de mededinging heeft voorgedaan **en** dit niet verholpen kan worden met minder ingrijpende maatregelen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

119



Facultatieve uitsluitingsgronden (2)

Artikel 69 Wet 2016

- Wanneer de kandidaat/inschrijver blijkt heeft gegeven **van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering** van een wezenlijk voorschrift tijdens een eerdere (overheids)opdracht of concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot het nemen van ambtshalve maatregelen, schadevergoedingen bij wijze van sanctie of andere vergelijkbare sancties
 - ✓ Een gewone PV volstaat niet - er moet echt een **sanctie** zijn opgelegd!
- Ingeval van **valse verklaringen** bij het verstrekken van informatie aangaande de selectie;
- Wanneer de kandidaat/inschrijver heeft getracht om het besluitvormingsproces van de AO **onrechtmatig te beïnvloeden**, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen of om verwijtbare misleidende informatie te verstrekken;

29/04/2019

GD&A Advocaten

120



Draaieurconstructie (“revolving doors”) Artikelen 51 KB Plaatsing 2017

- Cfr. Artikel 12 van de Wet van 8 mei houdende instemming met het [Verdrag van de Verenigde Naties tegen de corruptie, gedaan te New York op 31 oktober 2003](#) (BS 18 november 2008) en de [Federale omzendbrief van 5 mei 2014 – Overheidsopdrachten – Belangenvermenging – Draaieurconstructie \(“revolving doors”\)](#) (BS 20 mei 2014);
- Elke situatie waarbij een fysieke persoon die gewerkt heeft voor een AO als interne medewerker (al dan niet in hiërarchisch verband) later tussenkomt ihkv een overheidsopdracht geplaatst door deze AO en er een rechtstreeks verband bestaat tussen de vroegere activiteiten en de activiteiten ihkv de opdracht **WORDT** als een **belangenconflict** beschouwd;
- **Gevolg**: principieel verbod om beroep te doen op betrokken persoon bij het indienen van een offerte;
- **Duurtijd verbod** = 2 jaar vanaf het ontslag of vertrek van de betrokkene bij de AO;
- **Sanctie** ingeval van niet-naleving verbod = **facultatieve uitsluitingsgrond**;

29/04/2019

GD&A Advocaten

121



Facultatieve uitsluitingsgronden (3) Artikel 69 Wet 2016

- **Behoudens andersluidende bepaling** in de opdrachtdocumenten, is AO **niet verplicht** om deze gronden te controleren voor de personen die lid zijn van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan van deze kandidaat of inschrijver of daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid hebben;
- De uitsluiting van deelname geldt **voor 3 jaar vanaf de betrokken gebeurtenis**, of wanneer het om een voortdurende inbreuk gaat, vanaf de beëindiging van deze inbreuk;

29/04/2019

GD&A Advocaten

122



Corrigerende maatregelen

Artikel 70 Wet 2016

- **Nieuw!**
- « Self cleaning measures »
- Mogelijkheid waarover de kandidaat/inschrijver moet beschikken om te bewijzen dat hij voldoende corrigerende maatregelen heeft genomen **om zijn betrouwbaarheid aan te tonen**, **ondanks** de toepasselijke facultatieve of verplichte uitsluitingsgrond = mogelijkheid om via corrigerende maatregelen de gevolgen van strafrechtelijke inbreuken of fouten te verhelpen en herhaling van het wangedrag doeltreffend te voorkomen;
- Door **voldoende garanties** te bieden mogen deze ondernemers niet uitgesloten worden door de AO;
- Ondernemer moet wel **uit eigen beweging aangeven** of hij corrigerende maatregelen genomen heeft – vermelden in offerte!;
- Het nazicht van de beweerdelijk genomen corrigerende maatregelen wordt **toevertrouwd aan elke individuele AO – motiveren!**
 - ✓ Maatregelen voldoende? Dan is dit niet bindend voor andere AO;
- **Niet** van toepassing op de uitsluitingsgrond inzake het niet betalen van belastingen of socialezekerheidsbijdragen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

123



Controle betrouwbaarheid door AO?

- **Procedure in 1 fase (OP, VOMVB) + OZVB**
 - ✓ **Europese opdracht:**
 - Voorlopige controle adhv **UEA** (opgelet met uittreksel strafregister!);
 - Onderzoek sociale/fiscale schulden binnen 20kd na uiterste indieningstijdstip;
 - Beoordelen van evt. corrigerende maatregelen;
 - Enkel effectieve controle in hoofde van eerstgerangschikte;
 - ✓ **Belgische opdracht:**
 - Voorlopige controle op basis van een **impliciete verklaring op erewoord**;
 - **Opgelet:** enkel geldig voor attesten waartoe AO kosteloos toegang heeft tot via Telemarc – **DUS:** (nog) niet voor uittreksels uit het strafregister – bij te voegen bij offerte;
 - Onderzoek sociale/fiscale schulden binnen 20kd na uiterste indieningstijdstip;
 - Beoordelen van evt. corrigerende maatregelen;
 - Enkel effectieve controle in hoofde van eerstgerangschikte;
- **Procedure in 2 fasen (NOP, MMO)**
 - ✓ Onderzoek verplichte en facultatieve betrouwbaarheidsgronden
 - ✓ Onderzoek sociale/fiscale schulden binnen 20kd na uiterste indieningstijdstip;
 - ✓ Beoordelen van evt. corrigerende maatregelen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

124



2. BEKWAAMHEID VAN DE INSCHRIJVER

Geschiktheidsgronden

29/04/2019

GD&A Advocaten

125



Selectiecriteria

Artikel 71 Wet 2016 en artikel 65 KB Plaatsing 2017

- Selectiecriteria kunnen (enkel) betrekking hebben op:
 - ✓ de **geschiktheid** om de beroepsactiviteit uit te oefenen en/of
 - ✓ de **economische en financiële** draagkracht en/of
 - ✓ de **technische** en beroepsbekwaamheid;
- **Niet verplicht** van toepassing op Belgische OZVB (artikel 93, tweede lid, KB Plaatsing) = logisch!
- AO kan een **keuze** maken onder de criteria;
- De criteria moeten steeds verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp – dus geen te strenge eisen (KMO's!);
- Selectiecriteria en vereiste bewijsmiddelen moeten worden vermeld **in de aankondiging** (of bij afwezigheid van aankondiging, in de opdrachtdocumenten);
- AO is **verplicht** om **elk kwalitatief selectie criterium te verbinden aan een gepast niveau** dat moet gehaald worden – indien niet mogelijk voor welbepaald criterium (bv. bankverklaring), dan moet AO een tweede criterium opnemen in zelfde « soort » waarbij wel minimaal niveau kan worden bepaald (dus bankverklaring kan nooit als enig economisch instrument worden gehanteerd);

29/04/2019

GD&A Advocaten

126



Economische en financiële draagkracht Artikel 67 KB Plaatsing 2017

- Deze draagkracht kan aangetoond worden door één of meer van volgende referenties (te bepalen door AO):
 - ✓ (Uittreksels van) jaarrekeningen;
 - ✓ Verklaring betreffende totale omzet of omzet van een bedrijfsactiviteit, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren;
 - ✓ Bewijs van verzekering tegen beroepsrisico's (evt. ook passend niveau bepalen) of een bankverklaring (!! wetgever echter geen voorstander, want kosten aan verbonden hetgeen KMO's afschrikt);
- Eventueel andere documenten ingeval van een geponde reden;
- AO kan eisen dat bepaalde jaarmet wordt gerealiseerd in domein waarop opdracht betrekking heeft;
 - ✓ Jaarlijkse minimumomzet bedraagt **maximaal 2x** de waarde van de opdracht, **tenzij** gemotiveerde uitzonderingen;
 - ✓ In beginsel geldt artikel 67 Wet **per perceel, doch** eis van minimumjaarmet kan worden vastgesteld ten aanzien van groepen van percelen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

127



Technische en beroepsbekwaamheid Artikel 68 KB Plaatsing 2017

- AO kan voorwaarden opleggen mbt noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring;
- (**limitatieve**) oplijsting van de mogelijke wijzen in artikel 68, §4, KB Plaatsing 2017, onder meer:
 - ✓ Lijst van werken die gedurende de afgelopen periode van **maximaal 5 jaar** werden verricht;
 - ✓ Lijst van leveringen en diensten die gedurende de afgelopen periode van **maximaal 3 jaar** werden verricht
 - ✓ Opgave van technici;
 - ✓ Beschrijving van technische uitrusting;
 - ✓ Controle door bevoegd officieel orgaan;
 - ✓ Onderwijs- en beroepskwalificaties, **mits zij niet als gunningscriterium worden gehanteerd**;
 - ✓ Maatregelen inzake milieubeheer;
 - ✓ Omschrijving van het onderaannemingsgedeelte van de opdracht;
 - ✓ (...)
- **Werken: erkenning!**

29/04/2019

GD&A Advocaten

128



Technische en beroepsbekwaamheid Artikel 69 KB Plaatsing 2017

- AO **kan** ervan uitgaan dat ondernemer niet over vereiste beroepsbekwaamheid beschikt wanneer hij heeft vastgesteld dat de ondernemer « **conlicterende belangen** » heeft die kunnen uitwerken op de uitvoering van de overeenkomst;
- Voorbeelden:
 - ✓ Inzake een opdracht voor werfcontrole: AO vraagt architect om tussen te komen als leidend ambtenaar voor bepaalde opdracht en architect is nauw verwant met opdrachtnemer;
 - ✓ Inzake opdracht voor evaluatie van een reeds uitgevoerde studie: opdrachtnemer kan uiteraard niet zelf evaluatie doen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

129



Beroep op draagkracht van andere entiteiten (1) Artikel 78 Wet 2016 en artikelen 73 KB Plaatsing 2017

- Ongeacht de juridische band met die entiteiten;
- Beroep op draagkracht van anderen kan voor criteria inzake economische en financiële draagkracht en inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid:
 - ✓ **Opgelet:** inzake onderwijs- en beroepskwalificaties en inzake relevante beroepservaring is beroep op derden enkel mogelijk indien deze derden de prestaties waarvoor draagkracht vereist is **ook werkelijk gaan uitvoeren**;
- Voorwaarde = overlegging van een **effectieve en ondubbelzinnige schriftelijke verbintenis** van deze entiteiten;
- AO gaat **uitsluitingsgronden** en **selectiecriteria** na in hoofde van deze derde entiteiten – AO **eist** dat derde wordt vervangen ingeval van verplichte gronden of sociale/fiscale schulden **en kan dit eisen** ingeval van facultatieve gronden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

130



Beroep op draagkracht van andere entiteiten (2) Artikel 78 Wet 2016 en artikelen 73KB Plaatsing 2017

- Indien ondernemer beroep doet op de draagkracht van een derde voor het vervullen van de **economische en financiële criteria**, **kan** de AO **eisen** dat de ondernemer en de andere entiteiten **hoofdelijk aansprakelijk** zijn voor de uitvoering van de opdracht;
 - ✓ *Deze hoofdelijke aansprakelijkheid moet door de entiteit **wel schriftelijk aanvaard worden**, anders kan er geen draagkracht beroeping plaatsvinden;*
- AO **kan** deze eis van hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluiten in de opdrachtdocumenten;
- Ingeval van **werken, diensten en plaatsings- en installatiewerken ihkv leveringen** **kan** AO **eisen** dat bepaalde **kritieke taken rechtstreeks** door de inschrijver zelf worden uitgevoerd of door een deelnemer aan de combinatie = restrictief te interpreteren;

29/04/2019

GD&A Advocaten

131



Beroep op “gewone” onderaannemers Artikelen 74 KB Plaatsing 2017

- AO **kan** in opdrachtdocumenten verzoeken om in de offerte te vermelden **welk gedeelte** van de opdracht de ondernemer voornemens is in onderaanneming te geven en **welke onderaannemers** hij voorstelt;
- Ondernemer blijft aansprakelijk voor uitvoering van de opdracht;
- Cfr. bepalingen in (gewijzigd) KB AUR;

29/04/2019

GD&A Advocaten

132



Onderaanneming (artikel 12/1 en artikel 12/2 KB AUR)

- In geval van opdrachten in fraudegevoelige sector (werken en diensten in de sector van de bouw, de schoonmaak, bewaking, transport, elektrotechnische sector, metaal en het vlees):
 - ✓ AA **maakt uit eigen beweging** en uiterlijk bij aanvang van de uitvoering vd opdracht de gegevens inzake OA's over aan AO – ook wijzigingen/aanvullingen + nieuwe OA's tijdens uitvoering van de opdracht;
- In geval van andere opdrachten: AO kan deze gegevens opvragen bij AA;
- Mbt rechtstreekse OA's: AO kan (moet ingeval van Europese opdrachten in fraudegevoelige sector) controleren of er uitsluitingsgronden voorhanden zijn – vervanging moet (verplichte)/kan (facultatieve) door AO worden geëist (versturen PV – AA heeft 15d om te vervangen of om te regulariseren of om corrigerende maatregelen aan te tonen) – sanctie = boete;
- Mbt OA's verderop in de keten (2/3/4 niveaus): AO kan nagaan of er gronden tot uitsluiting voorhanden zijn (zelfde procedure);

29/04/2019

GD&A Advocaten

133



Onderaanneming (artikel 12/3 KB AUR)

- **Verbod** voor OA (niet voor AA!) om geheel van zijn opdracht in onderaanneming te geven aan andere OA of om enkel coördinatie te behouden;
- De **keten** voor OA in **fraudegevoelige sector** worden als volgt **beperkt**:
 - ✓ W in categorie: maximaal drie niveaus;
 - ✓ W in ondercategorie: maximaal twee niveaus;
 - ✓ D fraudegevoelige sector: maximaal twee niveaus
- Extra niveau mogelijk ingeval:
 - ✓ Onvoorziene omstandigheden die binnen 30d kenbaar worden gemaakt aan AO;
 - ✓ Voorafgaandelijk schriftelijk akkoord AO – erkenning moet door AA worden aangetoond;
- Sanctie:
 - ✓ Ambtshalve maatregel;
 - ✓ Boete (artikel 12/3, §3, KB AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

134



Onderaanneming (artikel 12/4 KB AUR)

- AO kan eisen dat OA, ongeacht hun plaats in de keten en in verhouding tot het deel van hun opdracht, voldoen aan de **minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid** die in opdrachtdocs zijn opgelegd;

29/04/2019

GD&A Advocaten

135



Beperking van aantal kandidaten Artikel 79 Wet 2016

- AO heeft mogelijkheid om het aantal kandidaten die worden uitgenodigd tot deelneming te beperken = **doorselectie**;
- **Europese opdrachten**: AO moet in de aankondiging van de opdracht het minimumaantal kandidaten vermelden dat zij voornemens is uit te nodigen, alsook het maximumaantal;
- AO moet **verplicht** de objectieve en niet-discriminerende criteria of regels vermelden die zij voornemens is te hanteren, ongeacht de Europese drempel is bereikt of niet;
- Het minimumaantal mag **niet lager zijn dan 5** in niet-openbare procedure **en dan 3** bij de MMO, concurrentiegerichte dialoog en innovatiepartnerschappen ;

29/04/2019

GD&A Advocaten

136



Controle bekwaamheid door AO?

- **Procedure in 1 fase (OP, VOMVB) + Europese OZVB**
 - ✓ **Europese opdracht:**
 - Voorlopige controle adhv **UEA**;
 - Enkel effectieve controle in hoofde van eerstgerangschikte;
 - ✓ **Belgische opdracht:**
 - Effectieve controle in hoofde van alle kandidaten/inschrijvers;
- **Procedure in 2 fasen (NOP, MMO)**
 - Effectieve controle in hoofde van alle kandidaten/inschrijvers;
- **Belgische OZVB**
 - ✓ Geen onderzoek inzake kwalitatieve selectie verplicht (artikel 93, tweede lid, KB Plaatsing);

29/04/2019

GD&A Advocaten

137



3. UNIFORM EUROPEES AANBESTEDINGSDOCUMENT (UEA)

29/04/2019

GD&A Advocaten

138



Wat is het « UEA »? Art. 73 Overheidsopdrachtenwet 2016

- UEA staat voor het “Uniform Europees Aanbestedingsdocument”, ingevoerd door Uitvoeringsverordening 2016/7 (5 januari 2016) van de Europese Commissie;
- Het UEA is een uitdrukkelijke en gedetailleerde verklaring op erewoord en geldt als **voorlopig bewijs** dat een kandidaat of inschrijver:
 - Zich niet bevindt in één van de gevallen (zoals bepaald in de artikelen 67 tot 70 Overheidsopdrachtenwet) die zijn uitsluiting kunnen of moeten meebrengen;
 - Voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria en, in voorkomend geval, aan de objectieve regels en criteria vastgesteld met het oog op de beperking van het aantal in andere opzichten gekwalificeerde gegadigden dat wordt uitgenodigd tot deelneming
- Sedert 18 april 2018 moet het UEA **elektronisch** worden ingediend;

29/04/2019

GD&A Advocaten

139



Wanneer mag/moet het UEA gebruikt worden?

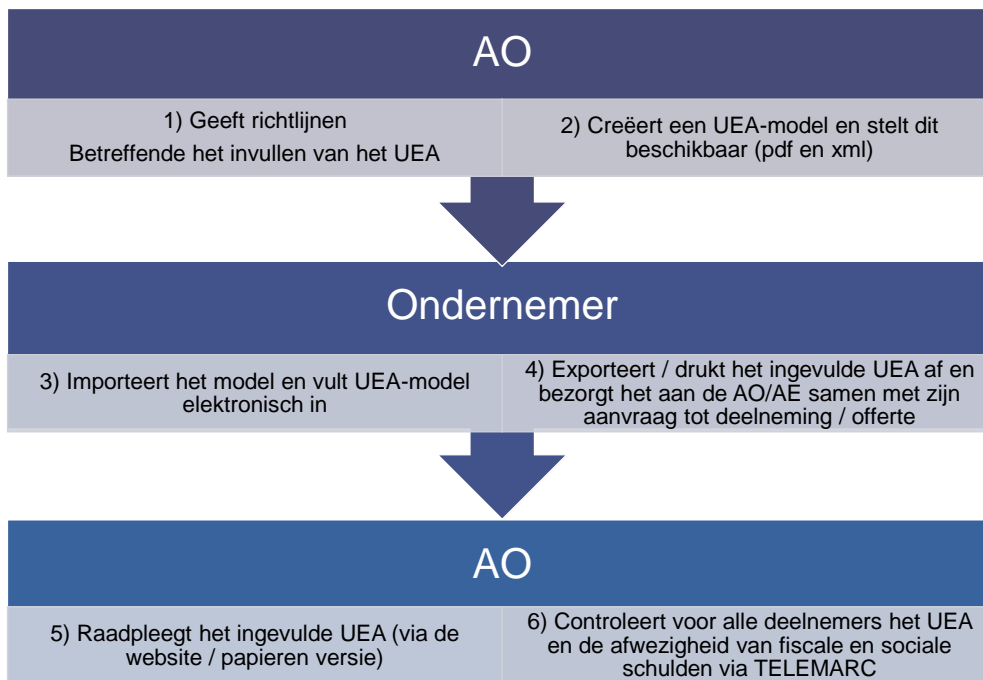
- **Opdrachten waarvan de geraamde waarde gelijk of hoger is dan de Europese bekendmakingsdrempel (art. 73 Wet en art. 46 KB Plaatsing)**
 - **Verplichting** in hoofde van AO om het gebruik van het UEA op te leggen, tenzij OZVB op basis van art. 124, §1, Wet:
 - 1° , b), en d): dwingende spoed en exclusiviteit;
 - 2° : herhaling van soortgelijke werken of diensten;
 - 3° : bijzonder gunstige voorwaarden;
 - 4° , b) en c) vernieuwing / uitbreiding en genoteerde leveringen;
 ! Drempelwaarde van 1.000.000 voor de sociale diensten en andere specifieke diensten is een Europese bekendmakingsdrempelwaarde
- **Opdrachten waarvan de geraamde waarde lager is dan de Europese bekendmakingsdrempel en voornoemde OZVB (art. 47 KB Plaatsing)**
 - **Verbod** in hoofde van AO om het UEA voor te leggen, maar indien inschrijver UEA alsnog voorlegt dan is dit niet in strijd met het KB.
 - Impliciete verklaring op erewoord voor de uitsluitingsgevallen (zonder afbreuk te doen aan eventuele corrigerende maatregelen)
 - ❖ Verplicht voor 'TELEMARC' vereisten, facultatief voor andere;
 - **En** uitdrukkelijke bewijsstukken voor toepasselijke selectiecriteria ;

29/04/2019

GD&A Advocaten

140





141



Het correct gebruik van het UEA

NIET DOEN:

- Geen model van UEA opstellen (in overeenstemming met de voorwaarden en de selectiecriteria)
- Het UEA niet ter beschikking stellen van de ondernemers samen met de andere opdrachtdocumenten of een niet-geformateerd UEA ter beschikking stellen.
- Een UEA enkel in pdf ter beschikking stellen.
- Foutieve richtlijnen opnemen betreffende de invulling van het UEA
- Niet duidelijk aangeven wie het UEA moet invullen en hoe beroep doen op de draagkracht van derden kan worden gedaan.
- Verzoeken om het volgende toe te voegen aan de offertes/aanvragen tot deelneming:
 - Een omzetverklaring.
 - Een referentielijst, een lijst van beschikbare materialen, een lijst van beschikbaar personeel, etc.
 - Een verbintenis van een derde

!! Enkel het UEA !!

29/04/2019

GD&A Advocaten

142



Verificatie door AO van het UEA

- **Afwezigheid van een UEA in de offerte**
 - ❑ **Substantiële onregelmatigheid in hoofde van de inschrijver (of elk lid van een samenwerkingsverband).**
 - RvS, 30 januari 2018, nr. 240.618 (UEA moet bij offerte worden gevoegd, andere certificaten volstaan niet / achteraf toevoegen van het UEA mag niet) – bevestigd in RvS, 24 juli 2018, nr. 242.138
 - RvS, 20 februari 2018, nr. 240.748 (zelfs indien opdrachtdocumenten niet uitdrukkelijk het voorleggen van UEA vermelden...)
 - Nietigheid van de offertes ingeval van openbare en niet-openbare procedure en ingeval van finale offerte bij een Europese onderhandelingsprocedure
 - Regularisatie mogelijk ingeval van tussentijdse offerte bij een Europese onderhandelingsprocedure en ingeval van een OZVB
 - ❑ **Niet-substantiële onregelmatigheid in hoofde van de derden op wiens draagkracht een beroep werd gedaan**
 - Mogelijkheid om te vervolledigen? – in elk geval geen verplichting in hoofde van AO om te laten corrigeren...;
 - RvS, 10 juli 2018, nr. 242.092 – AO heeft terecht een offerte geweerd omwille o.a. van de afwezigheid van het UEA van de derde op wiens draagkracht een beroep werd gedaan – bevestigd in RvS, 24 augustus 2018, nr. 242,220;

29/04/2019

GD&A Advocaten

143



Verificatie door AO van het UEA

- **Afwezigheid van een UEA in de aanvraag tot deelneming**
 - Geen mechanisme inzake van “onregelmatigheid / nietigheid”.
 - Mogelijkheid om te vervolledigen ?
 - Gelijkheidsbeginsel;
 - Niet indien UEA als enig document voor de “kandidatuurstelling” werd gebruikt of de meerderheid van de voor de selectie vereiste informatie inhoudt;
- **Niet ondertekend UEA**
 - Indien elektronische offerte/aanvraag tot deelneming geldt enkel de elektronische handtekening => de ondertekening van het UEA is niet relevant
 - Zo niet, mag de AO een niet ondertekend UEA aanvaarden ?

29/04/2019

GD&A Advocaten

144



Verificatie door AO van het UEA

Onvolledig of niet conform UEA

- **Offerte:**

- Geen substantiële onregelmatigheid op basis van art.74 KB Plaatsing (enkel afwezigheid van UEA)
 - RvS , 19 april 2018, nr. 241.265 : AO heeft onterecht de offerte van de inschrijver omwille van substantiële onregelmatigheid verworpen door te verwijzen naar het feit dat het door de inschrijver neergelegd UEA onvolledig was (enkel de oneven pagina's wegens scanningsproblemen).
 - RvS, 14 juni 2018, nr. 241.789 : AO heeft terecht de offerte verworpen omwille van niet selectie gelet op het feit dat (i) noch het door de inschrijver neergelegde UEA een verklaring mbt bankgarantie vermeldde en (ii) noch deze verklaring mbt bankgarantie elders in de offerte was opgenomen.

- **Aanvraag tot deelneming:**

- Mogelijkheid om te vervolledigen ?

29/04/2019

GD&A Advocaten

145



VI.6. Gunningscriteria – weging - beoordelingsmethodiek

29/04/2019

GD&A Advocaten

146



Gunningscriteria Artikel 81 Wet 2016

- AO moet zich baseren op de “economisch meest voordelige offerte”;
 - ✓ Gebaseerd op:
 - 1. de beste prijs-kwaliteitsverhouding (meerdere criteria)
 - 2. de prijs (als enige gunningscriterium)
 - 3. de kost (kosteneffectiviteit = meer dan alleen de prijs, ook andere economische kosten verbonden aan aankoop en eigendom)
- De gunningsbeslissing mag niet uitsluitend gebaseerd zijn op andere dan kostengerelateerde criteria;
 - ✓ *Criteria moeten dus een kostencriterium omvatten naar keuze van de AO, ofwel de prijs of een kosteneffectiviteitsfactor zoals bv levenscycluskosten*
- In geval van concurrentiegericht dialogo of innovatie-partnerschap **moet** de opdracht op basis van het gunningscriterium prijs-kwaliteitsverhouding worden gegund;

29/04/2019

GD&A Advocaten

147



Gunningscriteria Artikel 82 Wet 2016

- **Nieuw!**
- **Levenscycluskosten** zijn de interne kosten (bijvoorbeeld voor benodigde research, ontwikkeling, productie, vervoer, verwerving, gebruik, onderhoud en verwijdering), maar kunnen ook kosten omvatten die toe te schrijven zijn aan externe milieueffecten, zoals verontreiniging veroorzaakt door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen, door het product zelf of bij de productie ervan, mits deze in geld uitgedrukt en gecontroleerd kunnen worden;
- De methodes die AO zal gebruiken om de externe milieueffecten te ramen, moeten bepaald worden op een objectieve en niet-discriminerende manier zodat deze voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn;
- Het moet ook een methode betreffen die met een redelijke inspanning van de ondernemers toegepast moet kunnen worden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

148



Gunningscriteria en weging Artikel 81 Wet 2016

- De vastlegging van gunningscriteria gebeurt in functie van het voorwerp van de opdracht;
 - ✓ *Gunningscriteria moeten verband houden en een effectieve vergelijking van de offertes toelaten op basis van een waardeoordeel;*
- Gunningscriteria moeten aangeduid zijn in de aankondiging van een opdracht of in de opdrachtdocumenten (ook bij OZVB, tenzij enkele uitz.)
- **Belgische opdrachten:** gunningscriteria én
 - ✓ Ofwel relatieve gewicht van elk criterium;
 - ✓ Ofwel dalende volgorde van belang.
 - ✓ Indien niets is bepaald: elk criterium heeft dezelfde waarde;
- **Europese opdrachten:** gunningscriteria én het relatieve gewicht ervan moeten bekend gemaakt worden;
 - ✓ Mits behoorlijke motivatie kan in bepaalde omstandigheden afgeweken worden van de verplichting om het relatieve gewicht ervan bekend te maken, dan vermelding in dalende volgorde van belang;

29/04/2019

GD&A Advocaten

149



Gunningscriteria en beoordelingsmethodiek?

Geen uitdrukkelijke verplichting voor AO tot voorafgaandelijk vaststellen van een beoordelingsmethodiek – deze dient aldus niet vermeld te zijn in het bestek;

MAAR:

- ✓ Grotere tendens naar meer **transparantie** - nog geen “harde” verplichting (voordeel? nadeel?) – **cfr. Dimarso-arresten**
- ✓ **Letten op proportionaliteit** bij puntenberekening;
- ✓ Beoordeling/punten moeten **correcte vertaling** zijn van de verschillen tussen de offertes (RvS, 11 augustus 2009, nr. 195.529)

29/04/2019

GD&A Advocaten

150



NV TNS Dimarso arresten

➤ RvS arrest nr. 229.723 van 6 januari 2015

- ✓ Dimarso ging niet akkoord met voormelde zienswijze en verzocht RvS om over te gaan tot **prejudiciële vraagstelling**;
- ✓ Rechtspraak RvS onhoudbaar in het licht van transparantiebeginsel
- ✓ Dimarso meende dat AO op grond van art. 53, lid 2 RL 2044/18/EG **wél verplicht** was om, naast de weging, ook de beoordelingsmethodiek bekend te maken;

➤ HvJ arrest C-6/15 14 juli 2016

- ✓ Verplichting tot specifiëren van toegekende relatieve gewicht aan (sub)gunningscriteria;
- ✓ Noch art. 53, lid 2 van RL 2004/18/EG noch enige andere bepaling ervan legt aan AO de verplichting op om de beoordelingsmethode kenbaar te maken via een bekendmaking in de aankondiging van de opdracht of het bestek aan potentiële inschrijvers;
- ✓ Verplichting volgt evenmin uit rechtspraak;

29/04/2019

GD&A Advocaten

151



NV TNS Dimarso arresten

➤ RvS arrest nr. 239.937 van 23 november 2017

- ✓ In overweging 31 arrest van HvJ blijkt dat beoordelingsmethode in beginsel *niet na de opening van offertes* door AO mag worden vastgesteld (vermijden van risico op favoritisme);
- ✓ Toepassing van beoordelingsmethode “hoog-voldoende-laag” laat minder toe om offertes naar inhoudelijke eigenschappen te rangschikken dan toepassing van een cijfermatige beoordeling uitgedrukt in punten of percentages;
- ✓ Wanneer achteraf gekozen beoordelingsmethode (“hoog-voldoende-laag”) de weging van gunningscriteria heeft gewijzigd, is het onrechtmatig dat deze methode voor de beoordeling van de offertes achteraf werd vastgesteld
 - ➔ deze methode diende vooraf in de aankondiging van de opdracht het bestek bekend moeten worden gemaakt
- ✓ De schaal van puntentoekenning moet in beginsel op voorhand vastgesteld worden en dit moet uit het administratief dossier blijken;

29/04/2019

GD&A Advocaten

152



NV TNS Dimarso arresten

- **RvS arrest nr. 240.866 van 1 maart 2018 en RvS arrest nr. 242.362 van 18 september 2018 = bevestiging "Dimarso-principes"**
 - ✓ Principe: AO is niet verplicht om de door haar aan te wenden beoordelingsmethodiek op te nemen in de aankondiging van de opdracht of in de opdrachtdocumenten;
 - ✓ AO is er daarentegen wél toe gehouden om de beoordelingsmethodiek (of de afwegingsregels aan de hand waarvan de offertes volgens de gunningscriteria of subgunningscriteria beoordeeld zullen worden) **vooraf vast te stellen**, in elk geval voorafgaand aan de opening van de offertes - *aparte beslissing?*;
 - ✓ Slechts wanneer aannemelijk wordt gemaakt dat deze methode niet vóór deze opening kon worden vastgesteld (op basis van aantoonbare redenen) mag deze beoordelingsmethode worden vastgesteld nadat AO kennis heeft genomen van de inhoud van de offertes;
 - ✓ De aangewende beoordelingsmethodiek mag niet tot gevolg hebben dat de gunningscriteria en/of het relatieve gewicht ervan worden gewijzigd;
 - ✓ AO dient een afdoende gedetailleerde en verfijnde beoordelingsmethodiek aan te wenden zodat een puntentoekenning meer precies en gedetailleerd kan worden verantwoord, rekening houdend met de onderlinge verschillen tussen de ingediende offertes;

29/04/2019

GD&A Advocaten

153



VII. ONDERZOEK VAN DE OFFERTES DOOR AO

29/04/2019

GD&A Advocaten

154



EERST: verbeteren van de offertes...

29/04/2019

GD&A Advocaten

155



Verbeteren van de offertes

➤ Artikel 33 KB Plaatsing

- ✓ **Eerst** verbetering van offertes, **dan** pas prijs- of kostenonderzoek;
- ✓ Geen onderscheid naargelang gunningsprocedure (!);

➤ Artikel 34 KB Plaatsing 2017

- ✓ **§1** – AO verbetert offertes in functie van rekenfouten en zuiver materiële fouten **in de opdrachtdocumenten** (vastgesteld door AO of door inschrijvers);
- ✓ **§2** - AO verbetert rekenfouten en zuiver materiële fouten **in de offertes**, zonder aansprakelijk te zijn voor niet ontdekte fouten;
 1. AO gaat **eerst** werkelijke bedoeling van de inschrijver na via een globale analyse van de offerte en vergelijking met andere offertes en marktprijzen;
 2. **Indien niet duidelijk**: AO kan inschrijver om **verduidelijking** vragen (geen wijziging!);
 3. **Indien geen aanvaardbare verduidelijking**: ofwel prijzen toepassen, ofwel offerte onregelmatig verklaren;

29/04/2019

GD&A Advocaten

156



DAN: onderzoek naar de regelmatigheid van de offertes

29/04/2019

GD&A Advocaten

157



Regelmatigheid van de offertes

- **Artikel 83 Wet 2016**
 - ✓ AO onderzoekt regelmatigheid van de offertes;
 - ✓ Geen onderscheid naargelang plaatsingsprocedure (!);

- **Artikel 76 KB Plaatsing 2017**
 - ✓ Enkel onderscheid tussen substantiële en niet-substantiële onregelmatigheden;
 - ✓ Geen onderscheid meer tussen formele en materiële onregelmatigheden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

158



Wanneer vertoont een offerte een **substantiële onregelmatigheid**?

- Een offerte vertoont een **substantieel onregelmatigheid** wanneer de onregelmatigheid van aard is:
 - ✓ de inschrijver een **discriminerend voordeel** te bieden,
 - ✓ tot **concurrentievervalsing** te leiden,
 - ✓ de **beoordeling** van de offerte van de inschrijver of de **vergelijking** ervan met de andere offertes te **verhinderen**,
 - ✓ de **verbintenis** van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren **onbestaande, onvolledig of onzeker** te maken.

29/04/2019

GD&A Advocaten

159



Wanneer vertoont een offerte een **substantiële onregelmatigheid**?

- De volgende onregelmatigheden worden met name 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 offerte;
 - ✓ Ingeval van een vereiste optie leidt de niet-inachtneming van de minimale vereisten van deze optie tot de substantiële onregelmatigheid van zowel de optie als de basisofferte;
 - ✓ De inschrijver die meer dan één offerte per opdracht indient;
 - ✓ Inbreuken op de voorschriften betrekking hebbende op (1°) wie een offerte mag indienen in het kader van een NOP, MMO, CGD of IPS, en (2°) het beperken of verbieden door de opdrachtdocumenten van gezamenlijk indienen van één enkele offerte door verscheidene geselecteerde kandidaten;
 - ✓ Een aanvraag tot deelneming of een offerte die na de uiterste datum en uur voor de indiening is aangekomen, zowel bij openbare of niet-openbare procedures als bij een MMO;
 - ✓ 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 worden aangemerkt in de opdrachtdocumenten;
 - ✓ Het niet indienen van een basisofferte en een vereiste variëteit terwijl dit uitdrukkelijk was voorgeschreven in de opdrachtdocumenten;

29/04/2019

GD&A Advocaten

160



Gevolgen / sancties bij vastgestelde onregelmatigheid

Openbare en niet-openbare procedures en finale offerte (BAFO) in Europese procedures met onderhandelingen:

- **Eén substantiële onregelmatigheid in (finale) offerte** leidt tot **verplichte** nietigheid vd (finale) offerte -> geen discretionaire bevoegdheid AO;
- **Meerdere niet-substantiële onregelmatigheden** leiden **in beginsel niet** tot nietigheid vd (finale) offerte
 - ✓ **UITZ.:** wanneer de cumulatie of combinatie van niet-substantiële onregelmatigheden tot gevolg heeft dat zij de inschrijver een discriminerend voordeel bieden, tot concurrentievervalsing leiden, de beoordeling van de offerte van de inschrijver of de vergelijking ervan met de andere offertes verhinderen, of de verbintenis van de inschrijver om de opdracht onder de gestelde voorwaarden uit te voeren onbestaande, onvolledig of onzeker maken
- **Eén niet-substantiële onregelmatigheid** kan sowieso **niet** leiden tot nietigheid vd (finale) offerte;

29/04/2019

GD&A Advocaten

161



Gevolgen / sancties bij vastgestelde onregelmatigheid

Europese procedures met onderhandelingen uitgezonderd finale offerte:

- **Eén substantiële onregelmatigheid** leidt tot (discretionaire bevoegdheid AO):
 - ✓ **In beginsel:** nietigheid van de offerte;
 - ✓ **Tenzij:** opdrachtdocumenten anders bepalen en toelating geven aan inschrijver tot het regulariseren van de offerte **vóór** het aanvatten vd onderhandelingen (**doch:** de opdrachtdocumenten kunnen regularisatie (voor sommige substantiële onregelmatigheden) expliciet uitsluiten);
 - ✓ **Tenzij in offerte schending wordt vastgesteld van milieu-, sociaal en arbeidsrechtelijke verplichtingen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden = steeds onregelmatig!**
- **Meerdere niet-substantiële onregelmatigheden waarvan combinatie/cumulatie leidt tot een substantiële onregelmatigheid:**
 - ✓ AO verschaft aan inschrijver mogelijkheid tot het regulariseren van de offerte **vóór** aanvatten vd onderhandelingen (zonder dat dit hoeft opgenomen te zijn in de opdrachtdocumenten);
- **Eén of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden** kan niet leiden tot nietigheid vd offerte;

29/04/2019

GD&A Advocaten

162



Gevolgen / sancties bij vastgestelde onregelmatigheid

Belgische procedures met onderhandelingen (alle offertes):

- **Eén substantiële onregelmatigheid** leidt tot (discretionaire bevoegdheid AO):
 - ✓ Hetzij de nietigheid vd offerte / BAFO;
 - ✓ Hetzij de mogelijkheid tot regulariseren van de offerte / BAFO;
 - ✓ **Tenzij** in offerte schending wordt vastgesteld van milieu-, sociaal en arbeidsrechtelijke verplichtingen die strafrechtelijk gesanctioneerd worden = steeds onregelmatig!

- **Meerdere niet-substantiële onregelmatigheden waarvan combinatie/cumulatie leidt tot substantiële onregelmatigheid** (discretionaire bevoegdheid AO)
 - ✓ Hetzij de nietigheid vd offerte / BAFO;
 - ✓ Hetzij de mogelijkheid tot regulariseren van de offerte / BAFO;

- **Eén of meerdere niet-substantiële onregelmatigheden** kan/kunnen niet leiden tot nietigheid van de offerte / BAFO;

29/04/2019

GD&A Advocaten

163



Prijs- of kostenonderzoek = deel van het regelmatigheidsonderzoek

29/04/2019

GD&A Advocaten

164



Prijsonderzoek – is er sprake van schijnbaar abnormale prijzen?

➤ Artikel 84 Wet 2016 en artikel 35 KB Plaatsing

- ✓ AO **onderwerpt** de ingediende offertes aan een **algemeen prijs- of kostenonderzoek ongeacht plaatsingswijze**;
- ✓ Zowel totaalprijs als eenheidsprijzen;
- ✓ AO **kan** daartoe de inschrijvers verzoeken om de nodige **inlichtingen** te verstrekken ;

29/04/2019

GD&A Advocaten

165



Wat ingeval van schijnbaar abnormale prijzen?

➤ Artikel 36 KB Plaatsing 2017

- ✓ Indien uit algemeen prijs-/kostenonderzoek blijkt dat bepaalde prijzen/kosten **abnormaal laag of hoog lijken**, dan **voert** AO een **bevraging** uit (ongeacht het voornemen om de offerte te weren of niet), **uitgezonderd** wat betreft zogenaamde “**verwaarloosbare posten**” (AO bepaalt zelf wat verwaarloosbaar is (RvS, 24 mei 2018, nr. 241,595 (1%); RvS (fr.), 11 februari 2019, nr. 243,658 (4,96%)) – AO **mag** voor die posten wel verantwoording vragen)

= **bijzonder prijs- of kostenonderzoek**;

- ✓ **OPGELET**: artikel 36 is **NIET van toepassing op** MMO, VOMVB, OZVB, **voor zover**:
 - Belgische L/D (221.000 euro excl. BTW);
 - W geraamd onder 500.000 euro excl. BTW;
 (*artikel 36, §6 KB Plaatsing 2017*);

29/04/2019

GD&A Advocaten

166



Wat ingeval van schijnbaar abnormale prijzen?

➤ Artikel 36 KB Plaatsing 2017

- Bij MMO, VOMVB en OZVB: bevraging wordt in beginsel uitgevoerd op de **laatste** ingediende offertes;
- AO verzoekt inschrijver om de nodige **schriftelijke verantwoordingen** in te dienen binnen termijn van **12 dagen** (evt. langer of korter ingeval van OZVB);
- **!!** AO verzoekt inschrijver tevens om schriftelijke verantwoordingen over te maken inzake de naleving van de **verplichtingen bedoeld in artikel 7, eerste lid, Wet**, die van toepassing zijn in de domeinen van het sociaal, arbeids- en milieurecht, met inbegrip van de verplichtingen die van toepassing zijn op het vlak van welzijn, lonen en sociale zekerheid;
- Schriftelijke herbevraging door AO is toegelaten (termijn kan dan korter zijn dan 12 dagen);
- AO kan rekening houden met inlichtingen die niet van inschrijver zelf afkomstig zijn, maar inschrijver moet dan wel in de mogelijkheid worden gesteld om daarop te reageren;

29/04/2019

GD&A Advocaten

167



Gevolgen ingeval van abnormale prijzen?

- AO **beoordeelt** prijsverantwoordingen en:
 - ✓ **Ofwel** stelt AO vast dat het bedrag van **een of meer niet-verwaarloosbare posten** een abnormaal karakter vertoont en **weert** zij de offerte;
 - ✓ **Ofwel** stelt AO vast dat het **totale offertebedrag** een abnormaal karakter vertoont en **weert** zij de offerte;
 - ✓ **Ofwel** motiveert AO in de gunningsbeslissing dat het **totale offertebedrag** **geen abnormaal karakter** vertoont;

29/04/2019

GD&A Advocaten

168



“Detectieregeling”

- Artikel 36, §4, KB Plaatsing 2017 = specifiek prijzen- of kostenonderzoek

Als bij een opdracht voor **werken** of voor een opdracht voor **diensten in een fraudegevoelige sector** (= bouw, schoonmaak, bewaking, transport, vlees,...), geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure de economisch meest voordelige offerte enkel geëvalueerd wordt op basis van de **prijs**, en voor zover **minstens vier offertes** in aanmerking genomen werden overeenkomstig de derde en vierde leden, voert de aanbestedende overheid een **prijzen- of kostenbevraging** uit voor elke offerte waarvan het **totale offertebedrag minstens vijftien procent onder het gemiddelde bedrag** van de door de inschrijvers ingediende offertes ligt.

Hetzelfde geldt voor de opdrachten voor werken en voor de opdrachten voor diensten in een fraudegevoelige sector, geplaatst bij openbare of niet-openbare procedure wanneer de economisch meest voordelige offerte geëvalueerd wordt op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding waarbij het **prijscriterium ten minste vijftig procent uitmaakt van het totaal gewicht van de gunningscriteria**. In dit laatste geval **kan de aanbestedende overheid echter in de opdrachtdocumenten een hoger percentage voorzien dan vijftien procent**.

29/04/2019

GD&A Advocaten

169



“Detectieregeling”

- Het **gemiddelde van de bedragen** wordt als volgt **berekend**:
 - ✓ 1° indien het aantal offertes gelijk is aan of groter 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 ;
 - ✓ 2° indien het aantal offertes lager ligt dan zeven, door de laagste en de hoogste offerte uit te sluiten.
- De berekening van het gemiddelde van de bedragen is gebaseerd op alle offertes van de geselecteerde inschrijvers;
- In het kader van deze berekening kan de aanbestedende overheid echter beslissen om geen rekening te houden met de manifest onregelmatige offertes;

29/04/2019

GD&A Advocaten

170



DEEL 2 PLAATSING

29/04/2019

GD&A Advocaten

171

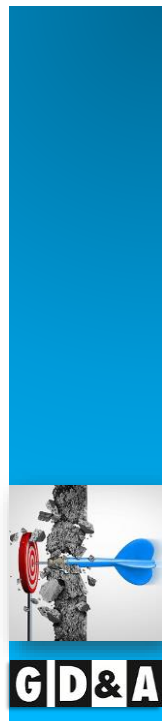


I. Toepassingsgebied en afwijkingen van AUR

29/04/2019

GD&A Advocaten

172



Toepassingsgebied ratione pecuniae (artikel 5 AUR)

- **Opdrachten met geraamd bedrag hoger dan 30.000 euro excl. BTW: volledige toepassing van AUR;**
- **Opdrachten met geraamd bedrag tot 30.000 euro excl. BTW: AUR niet toepasselijk (vrijwillige toepassing wel mogelijk, artikel 6, §5, AUR);**

29/04/2019

GD&A Advocaten

173



Toepassingsgebied ratione materiae (artikel 6 AUR)

Ongeacht opdrachtbedrag is AUR **niet** verplicht van toepassing op onder meer (artikel 6, §1, AUR):

- ✓ Bepaalde opdrachten voor levering middels OZVB;
- ✓ Opdrachten voor verzekeringsdiensten, bankdiensten en diensten mbt beleggingen (CPV 66100000-1 tem 66720000-3);
- ✓ Opdrachten voor sociale diensten en andere specifieke diensten (Bijlage III Wet 2016, uitgezonderd "hotels en restaurants" (volledig onderworpen) en "juridische diensten" voor zover niet uitgesloten van toepassing op grond van artikel 28, §1, Wet 2016;

Met uitzondering van de artikelen 1 tot 9 (algemene bepalingen), 12§4 (rechtstreekse vordering OA), 12/1 (onderaannemers), 37 tot 38/6 (wijzigingen aan de opdracht), 38/19, 62, eerste lid, 1^o en tweede lid (verbreking ingevolge uitsluitingsgrond), 62/1 (verbreking), 67 (voorschotten), 69 (laattijdige betaling), 95 (betalingen W), 120 (nazicht L), 127 (betalingen L), 156 (nazicht D) en 160 (betaling D);

29/04/2019

GD&A Advocaten

174



Toepassingsgebied *ratione materiae* (artikel 6 AUR)

AUR is **van toepassing** op de in bijlage III bij de wet bedoelde **juridische diensten** met CPV 79100000-5 tot en met 79140000-7 en 75231100-5;

AUR is **niet toepasselijk** op de in artikel 28, § 1, eerste lid, 4°, a) en b), Wet 2016 bedoelde opdrachten tot **aanstelling van een advocaat** in het kader van een vertegenwoordiging in rechte of ter voorbereiding van een procedure in rechte. Hetzelfde geldt voor de in artikel 28, § 1, eerste lid, 4°, c) tot e), van de Wet 2016 bedoelde juridische diensten.

29/04/2019

GD&A Advocaten

175



Toepassingsgebied mbt raamovereenkomst (artikel 7 AUR)

- **Enkel** Hoofdstuk 1 en de artikelen 12, § 4 (onderaannemers), 37 tot 38/19 (wijzigingen) en 61 tot 63 (einde van de opdracht) AUR zijn toepasselijk **op de raamovereenkomst**.
- Wat de **deelopdrachten** betreft die op basis van de raamovereenkomst worden geplaatst, zijn **alle bepalingen toepasselijk, onverminderd** het bepaalde in de artikelen 5 en 6 **én behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten**. Voor de deelopdrachten **mag evenwel niet worden afgeweken** van de bepalingen van de artikelen 9, §§ 2 en 3, 12/1, 37 tot 38/6, 38/8, 38/9, § 4, 38/10, § 4, 38/11 tot 38/19, 62, eerste lid, 1° en tweede lid, 62/1 en 69.

29/04/2019

GD&A Advocaten

176



Kan er door AO in opdrachtdocumenten worden afgeweken van bepalingen AUR? (artikel 9 AUR)

- **Afwijking** = “wijziging of niet-toepassing van de AUR”
- Vier regimes van afwijkingen:
 - ✓ Regime 1 = bepalingen waarvan nooit mag worden afgeweken (artikel 9, §1);
 - ✓ Regime 2 = afwijkingen van verificatie- en betalingstermijn (artikel 9, §2);
 - ✓ Regime 3 = afwijkingen die leiden tot kennelijke onbillijkheid (artikel 9, §3);
 - ✓ Regime 4 = andere afwijkingen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

177



Regime 1 – bepalingen waarvan nooit mag worden afgeweken? (artikel 9, §1 AUR)

- Er mag **nooit** worden afgeweken van:
 - ✓ Hoofdstuk 1 (definities, BTW, termijnen, toepassingsgebied, afwijkingen)
 - ✓ Artikelen 12/1, 12/3 (onderaanneming), 37 tot 38/6 (wijzigingen), 38/19 (wijzigingen), 62, 62/1(verbreking), 67 (voorschotten), 69 (intresten laattijdige betaling), 78/1 (keten onderaanneming);
 - ✓ Artikelen 38/8, 38/9,§4, 38/10,§4, 38/11 tot 38/18 (wijzigingen opdracht) (uitgezonderd DBF-opdrachten en dienstverlening daaromtrent);

29/04/2019

GD&A Advocaten

178



Regime 2 – afwijkingen van verificatie- en betalingstermijn (artikel 9, §2 AUR)

- Verlenging van de **betalingstermijn** is verboden tenzij:
 - ✓ Opdrachtdocumenten uitdrukkelijk voorzien in langere betalingstermijn EN;
 - ✓ Deze afwijking objectief gerechtvaardigd is op grond van de bijzondere aard / eigenschappen van de opdracht en uitdrukkelijk gemotiveerd in de opdrachtdocumenten EN;
 - ✓ De betalingstermijn in geen geval langer is dan zestig dagen;
- Verlenging van de **verificatietermijn** is verboden tenzij:
 - ✓ Opdrachtdocumenten uitdrukkelijk voorzien in langere verificatietermijn EN;
 - ✓ Deze afwijking objectief gerechtvaardigd is op grond van de bijzondere aard / eigenschappen van de opdracht en uitdrukkelijk gemotiveerd in de opdrachtdocumenten EN;
 - ✓ De verlenging jegens de opdrachtnemer geen kennelijke onbillijkheid bevat;

29/04/2019

GD&A Advocaten

179



Regime 3 – afwijkingen die leiden tot kennelijke onbillijkheid jegens opdrachtnemer (artikel 9, §3 AUR)

- Kennelijk onbillijke bedingen jegens de opdrachtnemer zijn verboden;
- Bedoeld worden: onbillijke bedingen die verband houden met:
 - ✓ Het verbod op verlenging van de betalingstermijn;
 - ✓ Het verbod op verlenging van de verificatietermijn;
 - ✓ Het verbod tot uitsluiting van betaling van intrest voor betalingsachterstand;
 - ✓ Het verbod tot uitsluiting van betaling van vergoeding voor invorderingskosten;

29/04/2019

GD&A Advocaten

180



Regime 4 = andere afwijkingen van AUR (artikel 9, §4 AUR)

- Er mag slechts worden afgeweken van de **andere bepalingen** v.h. AUR **voor zover de bijzondere eisen van de betrokken opdracht dit noodzakelijk** maken.
 - ✓ **Echter:** van de artikelen 38/7, 38/9, §§ 1 tot 3 en 38/10, §§ 1 tot 3 AUR kan afgeweken worden in behoorlijk verantwoorde gevallen **zonder dat het noodzakelijk karakter van de afwijking moet worden aangetoond**;
- **Voorwaarden:**
 - ✓ De lijst van de bepalingen waarvan wordt afgeweken, wordt voor **alle** opdrachten uitdrukkelijk **vooraan in het bijzonder bestek** vermeld.
 - ✓ De afwijkingen op de artikelen 10, 12, 13, 18, 25 tot 30, 38/9, §§ 1 tot 3, 38/10, §§ 1 tot 3, 44 tot 61, 66, 68, 70 tot 73, 78, 79 tot 81, 84, 86, 96, 121, 123, 151 en 154 **worden bijkomend uitdrukkelijk gemotiveerd in het bestek zelf** - **opgelet:** indien de motivering in het bestek ontbreekt, wordt de afwijking in kwestie **voor niet geschreven** gehouden (*OPM.: deze sanctie geldt niet ingeval van een ondertekende overeenkomst of ingeval van een afwijking van artikel 38/9, §§ 1 tot 3 of 38/10, §§ 1 tot 3 KB AUR*)

29/04/2019

GD&A Advocaten

181



II. Definities (artikel 2 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

182



Definities

- Ratio legis van definiëring = streven naar een **uniforme interpretatie** door de partijen;
- **Opdracht** = elke overheidsopdracht, elke prijsvraag en elke raamovereenkomst;
- **Leidend ambtenaar** = de ambtenaar of ieder persoon belast met de leiding van en de controle op de uitvoering van de opdracht;
- **Borgtocht** = financiële garantie gegeven door de opdrachtnemer voor zijn verplichtingen tot de volledige en goede uitvoering van de opdracht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

183



Definities

- **Overdracht van opdracht** = overeenkomst waarbij een aannemer, leverancier of dienstverlener-overnemer in de plaats wordt gesteld van de opdrachtnemer-overdrager, of waarbij een aanbestedende overheid-overnemer in de plaats wordt gesteld van de aanbestedende overheid – overdrager;
- **Producten** = grondstoffen, materialen, componenten of andere elementen bestemd voor de uitvoering van de opdracht;
- **Keuring** = nazicht door de aanbestedende overheid of de te verwerken producten, de uitgevoerde werken, de uit te voeren of uitgevoerde leveringen, of de verleende diensten aan de in de opdracht gestelde voorwaarden beantwoorden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

184



Definities

- **Straf** = financiële sanctie ten aanzien van de opdrachtnemer wegens een inbreuk op een wettelijke of reglementaire bepaling of een voorschrift van de opdrachtdocumenten;
- **Vertragingsboete** = forfaitaire vergoeding verschuldigd door de opdrachtnemer wegens een vertraging in de uitvoering van de opdracht;
- **Ambtshalve maatregel** = sanctie toepasbaar op de opdrachtnemer in geval van een ernstige tekortkoming bij de uitvoering van de opdracht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

185



Definities

- **Oplevering** = vaststelling door de aanbestedende overheid dat de door de opdrachtnemer geheel of gedeeltelijk uitgevoerde werken, leveringen of diensten overeenstemmen met de regels van goed vakmanschap evenals met de bepalingen en de voorwaarden van de opdracht;
- **Herziening van de opdracht** = aanpassing van de voorwaarden van de opdracht aan bepaalde feiten of omstandigheden die zich in de loop van de uitvoering ervan hebben voorgedaan;

29/04/2019

GD&A Advocaten

186



Definities

- **Verrekening** = document opgesteld door de aanbestedende overheid tot aanpassing van de samenvattende opmeting of de inventaris, met de becijferde vaststelling:
 - ✓ a) van de werkelijke hoeveelheden in geval van een opdracht of een post tegen prijslijst;
 - ✓ b) van de nieuwe of gewijzigde hoeveelheden en de overeengekomen of herziene prijzen die voortvloeien uit eender welke toevoegingen, weglatingen of wijzigingen met betrekking tot de opdracht;
- **Betaling in mindering** = betaling van een deel van de opdracht na verstrekte en aanvaarde prestaties;
- **Voorschot** = betaling van een deel van de opdracht voorafgaand aan verstrekte en aanvaarde prestaties;

29/04/2019

GD&A Advocaten

187



Definities

- **Bijakte** = overeenkomst tussen de door de opdracht gebonden partijen, waarin de op de opdracht toepasselijke documenten worden aangepast tijdens de uitvoering ervan;
- **Samenvattende opmeting** = opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor werken over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of wijze van prijsvaststelling wordt vermeld;
- **Inventaris** = opdrachtdocument waarin de prestaties van een opdracht voor leveringen of diensten over verschillende posten worden gefractioneerd en waarbij voor iedere post de hoeveelheid of de prijsvaststelling wordt vermeld;

29/04/2019

GD&A Advocaten

188



Definities

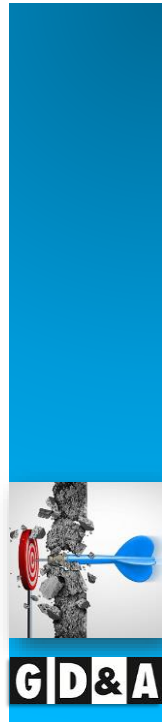
- **Wijziging aan de opdracht** = elke aanpassing, in de loop van de uitvoering, van de contractuele voorwaarden van de opdracht, prijsvraag of van de raamovereenkomst;

- **Opdracht in een fraudegevoelige sector** =
 - ✓ Opdracht voor werken;
 - ✓ Opdracht voor diensten in het kader van de in artikel 65/1 van de wet van 12 april 1965 betreffende de bescherming van het loon der werknemers bedoelde activiteiten die onder het toepassingsgebied vallen van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor loonschulden = *de sector van de bouw, de schoonmaak, bewaking, transport, elektrotechnische sector, metaal en het vlees;*

29/04/2019

GD&A Advocaten

189

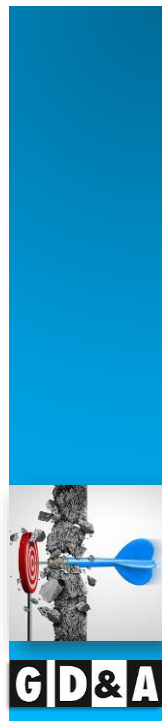


III. Leidend ambtenaar / gemachtigde van de opdrachtnemer

29/04/2019

GD&A Advocaten

190



Leidend ambtenaar (artikel 11 AUR)

- De leidend ambtenaar, die voor de AO de **leiding van en controle uitoefent op de uitvoering van de opdracht**, wordt door AO **schriftelijk** aangeduid uiterlijk bij de sluiting van de opdracht, tenzij deze inlichting reeds in opdrachtdocumenten is vermeld.
- Indien de leiding van en het toezicht op de uitvoering worden toevertrouwd **aan een ambtenaar binnen de AO (interne LA)**, wordt elke eventuele beperking van zijn bevoegdheden aan de opdrachtnemer betekend, tenzij reeds in opdrachtdocumenten is gebeurd. **Zo niet** zullen deze eventuele beperkingen **niet** tegenstelbaar zijn aan de opdrachtnemer;
- Indien de leiding van en het toezicht op de uitvoering worden toevertrouwd **aan een persoon buiten de aanbestedende overheid (externe LA)**, wordt de draagwijdte van zijn eventueel mandaat betekend aan de opdrachtnemer, tenzij reeds in opdrachtdocumenten is gebeurd. Zonder deze vermelding in de opdrachtdocumenten of in de betekening, moet ervan worden uitgegaan dat die persoon de aanbestedende overheid **niet** kan binden.

29/04/2019

GD&A Advocaten

191



Leidend ambtenaar (artikel 11 AUR)

Leiding = ondernemen van alle nodige en nuttige (materiële) handelingen om ervoor te zorgen dat de aanneming wordt gerealiseerd en opgeleverd wordt ten voordele van de AO.

Controle (geen “toezicht”, tenzij uitdrukkelijk bepaald) = ondernemen van alle nodige en nuttige (materiële) handelingen teneinde controle uit te voeren dat de uitvoering geschiedt volgens de plannen, de technische voorschriften en voorwaarden vermeld in het bestek.

29/04/2019

GD&A Advocaten

192



Leidend ambtenaar (artikel 11 AUR)

- Voor elke taak die geacht wordt te vallen onder de opdracht “leiding en toezicht op de uitvoering van de opdracht” is de leidend ambtenaar bevoegd om handelingen te stellen t.a.v. de opdrachtnemer, zoals:
 - ✓ de voorafgaande keuring van producten (cf. art. 42, §1 AUR)
 - ✓ de opmaak van een PV van iedere beschadiging of buitendienststelling (cf. art. 65, §2 AUR)
 - ✓ de persoon tot wie de bevestiging van een mondeling bevel tot wijziging door de aannemer moet worden verricht (cf. art. 80, §1 AUR (werken), art. 121, §1 AUR (leveringen) en art. 151, §1 AUR (diensten))
 - ✓ de controle op de stipte naleving van de herkomst en kwaliteit van de producten op de plaats van productie (art. 82, §1, derde lid AUR)
 - ✓ het ter beschikking houden van de kunstvoorwerpen, de oudheidkundige-, natuurhistorische-, numismatische voorwerpen of andere die een wetenschappelijke waarde hebben evenals de zeldzame en kostbare voorwerpen die bij het graaf og het slopingswerk worden gevonden, in afwachting van het bepalen van de eigendomsrechten op grond van de toepasselijke wetgeving (art. 90, al 3 AUR)
 - ✓ de persoon tot wie de aanvraag tot (voorlopige) oplevering dient te worden gericht (art. 92, §2, tweede lid AUR (werken), art. 156, tweede lid AUR (diensten)).

29/04/2019

GD&A Advocaten

183



Leidend ambtenaar (artikel 11 AUR)

- Voor het overige verwijzen AUR naar “de aanbesteder” zelf als degene die een bepaalde beslissing moet nemen of een bepaalde (rechts)handeling moet stellen;
- Dit betekent echter niet dat de leidend ambtenaar niet zou belast kunnen worden met deze taken die uitdrukkelijk toevertrouwd zijn aan AO – delegatie via bevoegd orgaan – **zie voorbeeld in bijlage**
- In de rechtsleer wordt aangenomen dat twee bevoegdheden **alleszins niet** toebehoren aan de leidend ambtenaar, met name:
 - ✓ Het nemen van maatregelen van ambtswege;
 - ✓ Het nemen van beslissingen omtrent het toekennen van een schadevergoeding omwille van het stilliggen van de werken, een verstoring van de opdracht of ten gevolge van onvoorziene omstandigheden;

29/04/2019

GD&A Advocaten

194



Werken – Leiding en controle (artikel 75 AUR)

- AO oefent controle op de werken uit door vermeldingen in **dagboek der werken**, het afleveren van **dienstbevelen** of het opstellen van **PV's** – steeds « **betekenen** » aan de AA (via aangetekend schrijven of via bevestiging ontvangst door AA):
- De aannemer neemt persoonlijk de leiding van en het toezicht op de werken op zich **of** wijst hiervoor een gemachtigde aan.
- De draagwijdte van het mandaat van de gemachtigde wordt schriftelijk door de aannemer aan de AO medegedeeld, die hiervoor een ontvangstbewijs aflevert.
- De AO is gerechtigd te allen tijde de gemachtigde te doen vervangen.

29/04/2019

GD&A Advocaten

195



Werken – Dagboek der werken (artikel 83 AUR)

- Een dagboek van de werken, opgemaakt in de door de AO aanvaarde vorm en door de aannemer geleverd, wordt op elke bouwplaats **door de AO en uitsluitend door haar bijgehouden**. Zij tekent er **dagelijks** alle relevante inlichtingen in op;
 - = GEEN verplichting voor AO (wel opnemen in opdrachtdocumenten) – wél dienen de **gedetailleerde notities** steeds te worden bijgehouden ingeval van opdrachten tegen andere dan globale prijzen;
- **Ondertekend door AO en medeondertekend door aannemer** of zijn vertegenwoordiger, alsook, in voorkomend geval, door de coördinator inzake veiligheid en gezondheid - indien hierover onenigheid is, maakt de aannemer, bij **aangetekende** brief, verzonden binnen **vijftien dagen** na de betwiste vermelding of gedetailleerde notities, zijn **opmerkingen** aan AO bekend, op duidelijke en omstandige wijze – indien aannemer zijn opmerkingen niet mededeelt op de wijze en binnen de termijn zoals hierboven beschreven, wordt hij **geacht akkoord te gaan** met de vermeldingen in het dagboek van de werken / gedetailleerde notities - wanneer de opmerkingen niet als gegrond worden beschouwd, wordt de aannemer hierover per aangetekende brief ingelicht.

29/04/2019

GD&A Advocaten

196



IV. Onderaanneming

29/04/2019

GD&A Advocaten

197



Onderaanneming

- **Artikel 74 KB Plaatsing 2017 – algemeen:** mbt onderaannemers op wiens draagkracht inschrijver zich niet beroept, kunnen opdrachtdocumenten verzoeken om in offerte te vermelden welk gedeelte van de opdracht de inschrijver voornemens is in onderaanneming te geven en welke onderaannemers hij voorstelt. Deze vermelding laat de aansprakelijkheid van de inschrijver onverlet – AO heeft geen contractuele band met OA.
- **VRAAG:** Kan AO onderaanneming geheel verbieden?
 - ✓ NEEN (HvJ, 14 april 1994, C-382-92; HvJ, 5 april 2017, C-298/15)
 - ✓ Wel beperking van het aantal OA's of eis dat "kritieke taken" door AA zelf worden uitgevoerd;

29/04/2019

GD&A Advocaten

198



Onderaanneming (artikel 12, §2 AUR)

- AA doet **verplicht** een beroep op bepaalde OA:
 - ✓ Wanneer AA voor zijn kwalitatieve selectie gebruik heeft gemaakt vd draagkracht van bepaalde OA voor wat betreft de criteria inzake de studie- en beroepskwalificaties, of inzake de relevante beroepservaring;
 - ✓ Wanneer AA bepaalde OA heeft voorgedragen in zijn offerte (artikel 74 KB Plaatsing 2017);
 - ✓ Wanneer AO het inzetten van bepaalde OA oplegt aan AA (opgelet: AO staat in dat geval in voor financiële en economische draagkracht, technische en beroepsbekwaamheid van die OA);

Inzetten van andere OA vereist toestemming van AO!

29/04/2019

GD&A Advocaten

199



Onderaanneming (artikel 12/1 en artikel 12/2 AUR)

- Ingeval van opdrachten in fraudegevoelige sector:
 - ✓ AA **maakt uit eigen beweging** en **uiterlijk bij aanvang van de uitvoering** vd opdracht gegevens inzake alle OA's (naam, contactgegevens en wettelijke vertegenwoordiger) over aan AO – ook wijzigingen/aanvullingen + nieuwe OA's tijdens uitvoering van de opdracht;
- Ingeval van andere opdrachten: AO kan deze gegevens opvragen bij AA;
- Mbt rechtstreekse OA's: AO kan (doch moet ingeval van Europese opdrachten in fraudegevoelige sector) controleren of er uitsluitingsgronden voorhanden zijn – vervanging moet (verplichte)/kan (facultatieve) door AO worden geëist (versturen PV – AA heeft 15d om te vervangen of om te regulariseren of om corrigerende maatregelen aan te tonen) – sanctie = boete;
- Mbt OA's verderop in de keten (2/3/4 niveaus): AO kan nagaan of er gronden tot uitsluiting voorhanden zijn (zelfde procedure);

29/04/2019

GD&A Advocaten

200



Onderaanneming (artikel 12/3 AUR)

- **Verbod** voor OA (niet voor AA!) om geheel van zijn opdracht in onderaanneming te geven aan andere OA of om enkel coördinatie te behouden;
- De **keten** voor OA in **fraudegevoelige sector** worden als volgt **verticaal beperkt** (= preventieve maatregel ifv strijd tegen sociale dumping):
 - ✓ **W in categorie:** maximaal drie niveaus;
 - ✓ **W in ondercategorie:** maximaal twee niveaus;
 - ✓ **D fraudegevoelige sector:** maximaal twee niveaus
- Extra niveau mogelijk ingeval:
 - ✓ Onvoorziene omstandigheden die binnen 30d kenbaar worden gemaakt aan AO;
 - ✓ Voorafgaandelijk schriftelijk akkoord AO – erkenning van OA moet door AA worden aangetoond;
- Zijn geen OA:
 - ✓ Leden van een THV
 - ✓ Leveranciers van goederen zonder bijkomende plaatsings-/installatiewerken
 - ✓ Uitzendkantoren
- Sanctie:
 - ✓ Ambtshalve maatregel;
 - ✓ Boete (artikel 12/3, §3, AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

201



Onderaanneming (artikel 12/4 AUR)

- AO kan eisen dat OA, ongeacht hun plaats in de keten en **in verhouding tot het deel van hun opdracht**, voldoen aan de **minimumeisen inzake technische en beroepsbekwaamheid** die in **opdrachtdocumenten** zijn opgelegd;

29/04/2019

GD&A Advocaten

202



Onderaanneming (artikel 13 AUR)

- Het is opdrachtnemer verboden om geheel/gedeelte van de opdracht toe te vertrouwen aan:
 - ✓ OA die zich bevindt in één van de gevallen bedoeld in artikel 62, eerste lid, 2° tot 4°, AUR;
 - ✓ OA die werd uitgesloten in toepassing van erkenningsreglementering;
 - ✓ OA die zich bevindt in één van de gevallen van artikel 67 Wet 2016 (verplichte uitsluitingsgronden), tenzij toereikende maatregelen werden genomen (artikel 70 Wet 2016);
- Deze personen mogen evenmin deelnemen aan leiding van /toezicht op de opdracht;

Sanctie = ambtshalve maatregel.

29/04/2019

GD&A Advocaten

203



Werken - onderaanneming (artikel 78/1 AUR)

- Onderaannemers moeten in verhouding tot het deel vd opdracht dat zij uitvoeren, voldoen aan de bepalingen van de erkenningsregelgeving;

29/04/2019

GD&A Advocaten

204



V. Borgtocht

29/04/2019

GD&A Advocaten

205



Borgtocht - definitie (artikel 2, 8°, AUR)

- Financiële garantie
- Gegeven door de opdrachtnemer
- Voor zijn verplichtingen
- Tot de volledige en goede uitvoering van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

206



Borgtocht - gemeen (artikelen 25-33 AUR)

Verplicht voor alle opdrachten

Behalve:

- Leveringen/diensten met uitvoeringstermijn van max. 45 kalenderdagen;
- Defensie en veiligheid, luchtvervoer, postvervoer, spoorvervoer, juridische dienstverlening, onderwijs, verzekeringen, informatica, onderzoeks- en ontwikkelingswerk;
- Opdrachten kleiner dan 50.000 euro excl. BTW;

→ wel mogelijk om **facultatief** in opdrachtdocumenten te voorzien

29/04/2019

GD&A Advocaten

207



Borgtocht - gemeen (artikelen 25-33 AUR)

Omvang:

- 5% van het oorspronkelijk opdrachtbedrag excl. BTW;
- Ingeval borgtocht door om het even welke reden niet meer aangepast is (omwille van ambtshalve afhoudingen, bijkomende prestaties of door de aanbestedende overheid besloten wijzigingen die het oorspronkelijke bedrag van de opdracht met meer dan 20% doen toe- of afnemen) wordt de borgtocht opnieuw op het oorspronkelijke bedrag gebracht of aangepast in meer of in min;
- Bij raamovereenkomsten: borg per gesloten deelopdracht, tenzij ovk met één opdrachtnemer;
- Bij opdracht in gedeelten: borg per uit te voeren gedeelte;

Vorm:

- In speciën (storting bij Deposito- en Consignatiekas)
- In publieke fondsen
- Borg gedekt door gezamenlijke borgstellingsmaatschappij
- Borg gesteld door kredietinstelling/verzekeringsonderneming

→ keuze komt toe aan opdrachtnemer, mag eigenlijk niet bepaald worden door AO

29/04/2019

GD&A Advocaten

208



Borgtocht - gemeen (artikelen 25-33 AUR)

Bewijs van borgstelling

- Overlegging van bewijsdocument binnen 30 kd na sluiting van de opdracht (tenzij opdrachtdocumenten langere termijn bepalen)
- Termijn wordt opgeschort tijdens de sluitingsperiode van de opdrachtnemer voor de betaalde jaarlijkse vakantiedagen en inhaalrustdagen die op reglementaire wijze of in een algemeen bindende collectieve arbeidsovereenkomst werden bepaald

Verzuim/laattijdige borgstelling

- Ingebrekestelling per aangetekend schrijven – geldt als proces-verbaal
- Bijkomende termijn van 15 kd
- Zoniet:
 - ✓ AO kan overgaan tot ambtshalve borgstelling via afhouding op verschuldigde bedragen + 2% strafboete op het opdrachtbedrag
 - ✓ AO kan ambtshalve maatregel toepassen

→ tekortkoming wanneer verzuim borgstelling, niet het louter niet voorleggen van het bewijs

29/04/2019

GD&A Advocaten

209



Borgtocht - gemeen (artikelen 25-33 AUR)

Afhoudingen van de borg

AO mag van borgtocht de sommen afhouden die haar toekomen, «met name» indien de opdrachtnemer **in gebreke blijft** bij de uitvoering of in geval van gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering vd opdracht;

- ✓ Het afhoudingsrecht heeft betrekking **op elk bedrag dat verschuldigd is aan AO, zelfs buiten elke tekortkoming** van de opdrachtnemer (bijvoorbeeld indien de AO te veel betaalde aan een aannemer die de terugbetaling zou weigeren, en er geen verschuldigde bedragen meer zijn);
- ✓ De afhouding op de borgtocht kan enkel gebeuren na **voorafgaandelijke** opmaak van een **proces-verbaal** dat **aangetekend** aan de opdrachtnemer wordt overgemaakt en waarop hij zijn verweermiddelen kan doen gelden (binnen 15kd) – **AO moet deze verweermiddelen mee in rekening nemen**;
- ✓ **NIEUW**: “Indien de aanbesteder geheel of ten dele beroep doet op de borgtocht (...) kan de instelling bij wie de borgtocht werd gesteld niet het **voorafgaandelijk akkoord van de opdrachtnemer eisen**” – **DUS: op louter verzoek van de AO (!)**

Artikel 72 AUR: elk bedrag dat aan AO verschuldigd is in het kader van de uitvoering van de opdracht, wordt **in eerste instantie ingehouden** op de door de opdrachtnemer om welke reden ook opeisbare bedragen en vervolgens op de borgtocht.

29/04/2019

GD&A Advocaten

210



Borgtocht – gemeen (artikelen 25 tem 33 AUR)

Vrijgave van de borgtocht

!! Het verzoek vd opdrachtnemer om over te gaan tot OPLEVERING geldt ook als:

- ✓ **Indien twee opleveringen:** verzoek tot vrijgave van de borgtocht bij helften (bij voorlopige en bij definitieve oplevering);
- ✓ **Indien één oplevering:** verzoek tot vrijgave van geheel van de borgtocht (bij definitieve oplevering, tenzij anders bepaald)

Procedure:

- ✓ !! Binnen 15 kd na verzoek gebeurt handlichting door AO, “in de mate dat de borgtocht kan worden vrijgegeven”
- ✓ Zoniet: hetzij intrest (!), hetzij gemaakte kosten voor behoud van de borgstelling

29/04/2019

GD&A Advocaten

211



Werken – Borgtocht (artikel 93 AUR)

- Bij twee opleveringen, een voorlopige en een definitieve, wordt de borgtocht **bij helften** vrijgegeven: de ene helft na de voorlopige oplevering van de gehele opdracht, de andere helft na de definitieve oplevering, in beide gevallen *na aftrek van de sommen die de aannemer eventueel aan AO verschuldigd is.*
- Wanneer slechts in één enkele oplevering is voorzien, gebeurt de vrijgave ineens na die oplevering.

29/04/2019

GD&A Advocaten

212



Leveringen en diensten – Borgtocht (artikel 133 AUR en artikel 158 AUR)

- Behoudens andersluidende bepaling in de opdrachtdocumenten kan de borgtocht ineens na de (voorlopige) oplevering van de gezamenlijke leveringen/diensten worden vrijgegeven.

29/04/2019

GD&A Advocaten

213



Vrijgave borg – aandachtspunten

“Oplevering met opmerkingen”: borgtocht moet vrijgegeven worden;

“Voorwaardelijke oplevering”: pas vrijgave na voldaan aan de voorwaarden (??)

Tegen weigering tot vrijgave van de borgtocht kan beroep ingesteld worden voor de rechtbank

Integrale vrijgave zonder voorbehoud van de AO in weerwil van mogelijke compensatie bij schadevergoedingseisen kan beschouwd worden als **afstand van recht**

29/04/2019

GD&A Advocaten

214



VI. Wijzigen van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

215



Algemeen – artikel 37 AUR

- **Opdrachten en raamovereenkomsten** kunnen **enkel zonder** nieuwe plaatsingsprocedure worden gewijzigd **in de gevallen voorzien in de artikelen 38 tem 38/19 AUR;**

29/04/2019

GD&A Advocaten

216



1. Herzieningen van de opdracht (artikel 38 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

217



Algemeen

- **Ongeacht** de geldelijke waarde van de wijziging;
- Opdracht kan worden gewijzigd indien de mogelijkheid tot wijziging is voorzien in de oorspronkelijke opdrachtdocumenten middels een **duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige clause (HvJ, arrest Succhi di frutta, 29 april 2004 = ius variandi)** – dus: alle inschrijvers hebben er weet van en starten op voet van gelijkheid;
 - ✓ De clauses moeten **omvang, aard en voorwaarden** van mogelijke wijzigingen omschrijven;
 - ✓ De clauses mogen niet in wijzigingen voorzien die de « algemene aard van de opdracht » veranderen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

218



Voorbeelden

Voorbeelden:

- ✓ Clause die het mogelijk maakt om de opdracht aan te passen ingeval van technische problemen;
- ✓ Clause inzake de vervanging van de opdrachtnemer (cfr. artikel 38/3 AUR);
- ✓ Clausules mbt prijsherziening (cfr. artikel 38/7 AUR);
- ✓ Clause omtrent heffingen die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag (cfr. artikel 38/8 AUR);
- ✓ Clause omtrent onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer (cfr. artikel 38/9 AUR);
- ✓ Clause ingevolge feiten van de AO en van de opdrachtnemer (cfr. artikel 38/11 AUR);
- ✓ Clausules ingevolge schorsingen op bevel van de AO en incidenten bij de uitvoering (cfr. artikel 38/12 AUR);

DUS: zorgvuldigheid geboden bij opmaak van de opdrachtdocumenten !! – anticiperen op mogelijke uitvoeringsproblematieken (HvJ, arrest Finn Frogne, 7 september 2016);

29/04/2019

GD&A Advocaten

219



1a. Herzieningsclausule mbt **vervanging van de opdrachtnemer** (artikel 38/3 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Een vervanging van de gegunde opdrachtnemer door een nieuwe opdrachtnemer is mogelijk:
 1. Wanneer een dergelijke mogelijkheid **uitdrukkelijk** is opgenomen in de opdrachtdocumenten middels een herzieningsclausule (artikel 38 KB AUR) = **facultatief**;
 2. **Steeds**, wanneer het gaat om een **rechtsopvolging** onder algemene of gedeeltelijke titel van de oorspronkelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming (overname, fusie, acquisitie of insolventie), door een andere ondernemer, voor zover:
 - De opvolger voldoet aan de oorspronkelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie; **EN**
 - Mits deze vervanging geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt; **EN**
 - Deze vervanging niet is bedoeld om de toepassing van de wetgeving te omzeilen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

220



1b. Herzieningsclausule mbt **prijsherziening** (artikel 38/7 AUR – afwijking mogelijk in behoorlijk verantwoorde gevallen zonder noodzaak tot afwijking aan te tonen)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een prijsherzieningsclausule bij opdrachten voor **werken of opdrachten voor diensten vermeld in Bijlage 1 bij het KB AUR (« manuele diensten »)**, **uitgezonderd** ingeval van opdrachten beneden een geraamd bedrag van 120.000 euro **EN** waarvan de initiële uitvoeringstermijn minder dan 120wd/180kd bedraagt –
- Herziening is gesteund op volgende hoofdcomponenten:
 - ✓ Uurlonen van het personeel en de sociale lasten;
 - ✓ In functie van de aard van de opdracht: één of meerdere relevante elementen, zoals materiaalprijzen, grondstofprijzen, wisselkoersen;
 - ✓ Alleszins: objectieve en controleerbare parameters + passende wegingscoëfficiënten, dus weerspiegeling van werkelijke kostenstructuur;
- **In alle andere gevallen (leveringen en niet-manuele diensten) kunnen** opdrachtdocumenten voorzien in een prijsherzieningsclausule:
 - ✓ Modaliteiten worden alsdan bepaald aan de hand van één of meer relevante elementen, zoals lonen, sociale lasten, prijzen van grondstoffen, wisselkoersen – alleszins: objectieve en controleerbare parameters + passende wegingscoëfficiënten, dus weerspiegeling van werkelijke kostenstructuur;
 - ✓ *Desnoods*: hanteren van gezondheidsindex, index consumptieprijzen,
 - ✓ *Eventueel*: vaste en niet-herzienbare factor;

29/04/2019

GD&A Advocaten

221



1c. Herzieningsclausule mbt **heffingen die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag** (artikel 38/8 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een herzieningsclausule waarin modaliteiten worden bepaald voor een prijsherziening ingevolge een **wijziging van de heffingen** in België **die een weerslag hebben op het opdrachtbedrag**;
- Dubbele voorwaarde:
 - ✓ Wijziging is **in werking getreden** na de 10^e dag die het uiterste tijdstip voor ontvangst van de offertes voorafgaat; **EN**
 - ✓ De heffingen komen niet voor in de herzieningsformule, noch rechtstreeks noch onrechtstreeks via een index;
- **Formaliteiten**: **artikel 38/16 AUR** (becijferde rechtvaardiging);
- **Ingeval van een verhoging** van de heffingen: om aanspraak te kunnen maken op een herziening van de opdracht dient de opdrachtnemer aan te tonen dat hij lasten heeft gedragen en dat deze verband houden met de uitvoering van zijn opdracht;
- **Ingeval van een verlaging** van de heffingen: AO kan geen herziening van de opdracht vragen indien de opdrachtnemer bewijst dat hij de heffingen nog tegen de oude aanslagvoet heeft betaald;
- Indien opdrachtdocumenten niets bepalen, dan is artikel 38/8 AUR **van rechtswege** van toepassing;

29/04/2019

GD&A Advocaten

222



1d. Herzieningsclausule ingevolge **onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer die voor hem nadelig zijn** (artikel 38/9 AUR – afwijking mogelijk in bijzonder verantwoorde gevallen)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een herzieningsclausule waarin modaliteiten worden bepaald **wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt verstoord in het nadeel van de opdrachtnemer** omwille van omstandigheden die hem vreemd zijn (indien opdrachtdocumenten niets bepalen, dan is artikel 38/9 AUR **van rechtswege** van toepassing);
- **Formaliteiten: artikelen 38/14 tem 38/16 AUR** (meldingsplicht + becijferde rechtvaardiging);
- Herziening kan bestaan uit:
 - ✓ Een verlenging van de uitvoeringstermijn;
 - ✓ Wanneer er sprake is van een « zeer belangrijk nadeel »:
 - Een andere vorm van herziening (vb. schadevergoeding);
 - Verbreking van de opdracht;
- **« Nadeel »?**
 - ✓ **W en manuele D:** minstens 2,5% van het initieel opdrachtbedrag;
 - Ingeval aan prijs minstens 50% gewicht was toegekend, dan in elk geval wanneer:
 - Nadeel = 175.000 euro (7,5 M - 15M);
 - Nadeel = 225.000 euro (15M - 30M);
 - Nadeel = 300.000 euro (meer dan 30M)
 - ✓ **L en niet-manuele D:** 15% van het initieel opdrachtbedrag;

29/04/2019

GD&A Advocaten

223



1e. Herzieningsclausule ingevolge **onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de opdrachtnemer die voor hem voordelig zijn** (artikel 38/10 AUR – afwijking mogelijk in bijzonder verantwoorde gevallen)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een herzieningsclausule waarin modaliteiten worden bepaald **wanneer het contractueel evenwicht van de opdracht wordt ontwricht in het voordeel van de opdrachtnemer** omwille van omstandigheden die vreemd zijn aan de aanbesteder (indien opdrachtdocumenten niets bepalen, dan is artikel 38/10 AUR **van rechtswege** van toepassing);
- **Formaliteiten: artikelen 38/14 tem 38/16 AUR** (meldingsplicht + becijferde rechtvaardiging);
- Herziening kan bestaan uit:
 - ✓ Een inkorting van de uitvoeringstermijn;
 - ✓ Wanneer er sprake is van een « zeer belangrijk voordeel »:
 - Een andere vorm van herziening (vb. schadevergoeding);
 - Verbreking van de opdracht;
- **« Voordeel »?**
 - ✓ **W en manuele D:** minstens 2,5% van het initieel opdrachtbedrag;
 - Ingeval aan prijs minstens 50% gewicht was toegekend, dan in elk geval wanneer:
 - Nadeel = 175.000 euro (7,5 M - 15M);
 - Nadeel = 225.000 euro (15M - 30M);
 - Nadeel = 300.000 euro (meer dan 30M)
 - ✓ **L en niet-manuele D:** 15% van het initieel opdrachtbedrag;

29/04/2019

GD&A Advocaten

224



1f. Herzieningsclausule ingevolge **nalatigheden/vertragingen/feiten die voor één van beide partijen tot een nadeel/vertraging heeft geleid** (artikel 38/11 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een herzieningsclausule (indien opdrachtdocumten niets bepalen, dan is artikel 38/11 AUR **van rechtswege** van toepassing);
- **Formaliteiten: artikelen 38/14 tem 38/16 AUR** (meldingsplicht + becijferde rechtvaardiging);
- Herziening kan bestaan uit:
 - ✓ Aanpassing van de contractuele bepalingen, inclusief verlenging/inkorting van de uitvoeringstermijn;
 - ✓ Schadevergoeding;
 - ✓ Verbreking van de opdracht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

225



1g. Herzieningsclausule ingevolge **schorsingen op bevel van de AO / incidenten bij de uitvoering** (artikel 38/12 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Opdrachtdocumenten **moeten** voorzien in een herzieningsclausule waarbij wordt verduidelijkt dat de opdrachtnemer recht heeft op een **schadevergoeding** voor schorsingen op bevel van de AO **onder volgende cumulatieve voorwaarden** (indien opdrachtdocumten niets bepalen, dan is artikel 38/12 AUR **van rechtswege** van toepassing):
 - ✓ Schorsing overschrijdt in totaal 1/20 van de uitvoeringstermijn en minstens 10wd/15kd;
 - ✓ Schorsing is **niet** het gevolg van ongunstige weeromstandigheden of van andere omstandigheden waaraan de AO vreemd is en waardoor de opdracht, naar oordeel van de AO, niet zonder bezwaar op dat ogenblik kan worden verdergezet;
 - ✓ Schorsing vindt plaats binnen de uitvoeringstermijn;
- Opdrachtdocumenten **kunnen** voorzien in een herzieningsclausule waarin AO zich het recht voorbehoudt om de uitvoering van de opdracht gedurende een bepaalde periode te schorsen omdat de opdracht naar zijn oordeel niet zonder bezwaar kan worden uitgevoerd – uitvoeringstermijn wordt verlengd a rato veroorzaakte vertraging;
- **Formaliteiten: artikelen 38/14 tem 38/16 AUR** (meldingsplicht + becijferde rechtvaardiging);

29/04/2019

GD&A Advocaten

226



Indieningsvoorwaarden om herziening te kunnen bekomen

Artikel 38/14 AUR – geldt voor AO en opdrachtnemer

Ingeval van artikelen 38/9 tem 38/12 AUR: AO/opdrachtnemer dienen feiten/omstandigheden **schriftelijk** kenbaar te maken **binnen termijn van 30 kd**, ofwel nadat ze zich hebben voorgedaan, ofwel na de datum waarop ze normaal gekend hadden moeten zijn;

29/04/2019

GD&A Advocaten

227



Indieningsvoorwaarden om herziening te kunnen bekomen

Artikel 38/15 AUR = enkel voor opdrachtnemer

- ✓ **Opdrachtnemer** kan zich slechts beroepen op **artikelen 38/9 tem 38/11 AUR** indien hij **schriftelijk en bondig de invloed** van de feiten/omstandigheden op het **verloop en de kostprijs** van de opdracht aan AO doet kennen **binnen termijn van 30kd** zoals bepaald in artikel 38/14 KB AUR – **zoniet: onontvankelijkheid!**

Artikel 38/16 AUR = enkel voor opdrachtnemer

- ✓ Ingeval van **artikelen 38/8-38/9 en 38/11-38/12 AUR**: **opdrachtnemer** moet, **op straffe van verval, becijferde rechtvaardiging** van zijn verzoek **schriftelijk** overmaken aan AO:
 - Voor verstrijken van contractuele termijnen om termijnverlenging of verbreking van de opdracht te verkrijgen;
 - Uiterlijk 90kd volgend op kennisgeving PV voorlopige oplevering om andere herziening of schadevergoeding te krijgen;
 - Uiterlijk 90kd na waarborgperiode om andere herziening of schadevergoeding te krijgen ingeval van feiten/omstandigheden tijdens waarborgperiode;

29/04/2019

GD&A Advocaten

228



Indieningsvoorwaarden om herziening te kunnen bekomen

Artikel 38/17 AUR = enkel voor AO

- ✓ **AO** dient uiterlijk 90kd volgend op kennisgeving aan opdrachtnemer van PV voorlopige oplevering een beroep te doen op de herziening bedoeld in **artikel 38/10 AUR** teneinde herziening te kunnen krijgen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

229



2. Wijzigingen van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

230



A. Wijziging (uitbreiding) van de opdracht ingevolge aanvullende werken, leveringen en diensten (artikel 38/1 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

231



2. **Aanvullende** werken, leveringen of diensten die **noodzakelijk** zijn geworden (artikel 38/1 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Wijziging van de opdracht is toegelaten voor door de oorspronkelijke opdrachtnemer te verrichten **aanvullende** werken, leveringen of diensten die **noodzakelijk** zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke opdracht waren opgenomen, **én** indien een verandering van opdrachtnemer:

- Niet mogelijk is om economische of technische redenen **en**
- Tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de AO.

= focus ligt dus meer op economische overwegingen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

232



- De prijsverhoging ten gevolge van de wijziging mag niet hoger zijn dan **50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht** (*opm.: ingeval van een indexeringsclausule moet rekening worden gehouden met de geactualiseerde waarde van de opdracht*):
 - ✓ Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de **waarde van elke wijziging afzonderlijk**;
 - ✓ Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden aangewend om de wetgeving te omzeilen;
 - ✓ Ingeval van een Europese opdracht: publicatieverplichting!

Reparatie-KB: deze bepaling is ook toepasselijk op de wijziging van lopende opdrachten bekendgemaakt voor 30 juni 2017 !!

RvS bevoegd om beslissing op grond van artikel 38/1 AUR te toetsen, want reglementaire bepaling – RvS, 11 december 2018, nr. 243,200;

29/04/2019

GD&A Advocaten

233



B. Wijziging van de opdracht ingevolge onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de AO (artikel 38/2 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

234



3. Onvoorzienbare omstandigheden in hoofde van de AO (artikel 38/2 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Een wijziging van de opdracht is mogelijk indien:
 - ✓ De wijziging het gevolg is van omstandigheden die een zorgvuldige AO **niet kon voorzien** (*dus: ondanks een normale en zorgvuldige voorbereiding van de plaatsing van de initiële opdracht – het gebrek aan vooruitzienheid mag niet aan AO te wijten zijn*); **EN**
 - ✓ Deze wijziging **geen verandering** meebrengt in de algemene aard van de opdracht; **EN**
 - ✓ De prijsverhoging is **niet hoger dan 50%** van de waarde van de oorspronkelijke opdracht:
 - ✓ Indien er verscheidene opeenvolgende wijzigingen worden doorgevoerd, geldt deze beperking voor de **waarde van elke wijziging afzonderlijk**;
 - ✓ Dergelijke opeenvolgende wijzigingen mogen niet worden aangewend om de wetgeving te omzeilen;
 - ✓ Ingeval van een Europese opdracht: publicatieverplichting!
 - ✓ **Reparatie-KB: deze bepaling is ook toepasselijk op de wijziging van lopende opdrachten bekendgemaakt voor 30 juni 2017 !!**

29/04/2019

GD&A Advocaten

235



C. Wijzigingen met een beperkte financiële impact (artikel 38/4 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

236



4. De minimis-regel (artikel 38/4 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Een wijziging van de opdracht is mogelijk indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat:
 - (1) lager is dan de Europese aanbestedingsdrempel **EN**
 - (2) minder bedraagt dan:
 - (1) 10% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor leveringen en diensten;
 - (2) 15% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht voor werken;
- De wijziging mag de algemene aard van de opdracht niet veranderen;
- Wanneer een aantal opeenvolgende wijzigingen plaatsvinden, wordt de waarde beoordeeld op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen – DUS: AO moet waarde van alle wijzigingen goed bijhouden (!);

29/04/2019

GD&A Advocaten

237



D. Niet-wezenlijke wijzigingen (artikel 38/5 en artikel 38/6 AUR)

29/04/2019

GD&A Advocaten

238



5. Niet wezenlijke wijzigingen (artikelen 38/5 en 38/6 AUR – geen afwijking mogelijk)

- Een wijziging van de opdracht is mogelijk indien de wijziging, ongeacht de waarde ervan, niet wezenlijk is = “reddingsboei” indien geen van de andere gevallen mogelijk is;
- Een wijziging wordt geacht “wezenlijk” te zijn wanneer aan één of meer van de volgende voorwaarden is voldaan:
 - ✓ De wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van derde dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken;
 - ✓ De wijziging verandert het economisch evenwicht van de opdracht ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht;
 - ✓ De wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht;
 - ✓ Een nieuwe aannemer komt in de plaats van de aannemer aan wie de AO de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan de eerder specifiek opgesomde gevallen (cfr. artikel 38/3 AUR).

29/04/2019

GD&A Advocaten

239



Voorwaarde = expliciet wijzigingsbevel AO

29/04/2019

GD&A Advocaten

240



Op welke wijze worden wijzigingen bevolen?

- **Cfr.**
 - ✓ Artikel 80 AUR Werken
 - ✓ Artikel 121 AUR Leveringen
 - ✓ Artikel 151 AUR Diensten

- Er moet sprake zijn van een **expliciet wijzigingsbevel**
 - ✓ Schriftelijk;
 - ✓ Mondeling indien AA binnen 48u schriftelijk (aangetekend) bevestigd heeft aan **leidend ambtenaar** en niet door AO weerlegt binnen 3 kd;
 - ✓ Minder belangrijke wijzigingen kunnen evenwel enkel worden opgetekend in dagboek der werken;

- **Alleszins:**
 - ✓ Duidelijk aanduiden van wijzigingen tov oorspronkelijke opdracht/plannen;
 - ✓ Eventueel aangeven met hoeveel dagen de uitvoeringstermijn wordt verlengd;

Ook: steeds opstellen van een **verrekening** waarin becijferde aanpassing van de samenvattende opmeting/inventaris wordt vermeld;

29/04/2019

GD&A Advocaten

241



Gevolgen van de bevolen wijziging(en) op de opdracht (financieel en uitvoeringstermijn)

29/04/2019

GD&A Advocaten

242



Gevolgen voor de **eenheidsprijzen**?

- **In beginsel:** wijzigingen worden uitgevoerd tegen:
 - ✓ Ingeval van meer/minwerk: de in de initiële offerte voorziene eenheidsprijzen;
 - ✓ Ingeval van vervanging: nieuwe overeen te komen prijzen (AO behoudt steeds laatste woord);

- **Echter:** in bepaalde omstandigheden kan elke partij een **herziening** vragen vd in de offerte voorziene eenheidsprijzen voor wat betreft de prestaties van het meer/minwerk):
 - ✓ **Werken:**
 - Bijkomende werken overtreffen drievoudige van hoeveelheid voorzien in de post in de samenvattende opmeting;
 - Bijkomende werken mbt welbepaalde post overtreft 10% van het opdrachtbedrag (met een minimum van 2.000 euro);
 - Meer dan 1/5 van de voorziene hoeveelheid van een post wordt onttrokken;
 - ✓ **Leveringen en diensten:** herziening vragen is steeds mogelijk;
 - ✓ **Voorwaarde** = vraag tot herziening van de EH's dient **binnen 30d na het wijzigingsbevel** aan de andere partij kenbaar te worden gemaakt;
 - ✓ AO behoudt steeds laatste woord en opdrachtnemer **moet** opdracht voortzetten!

29/04/2019

GD&A Advocaten

243



Gevolgen op het **totaalbedrag** van de opdracht?

- Wanneer **de bevolen wijzigingen** leiden tot één of meer verrekeningen, waarvan het geheel een vermindering van de oorspronkelijke opdrachtsom veroorzaakt, heeft de opdrachtnemer recht op een **forfaitaire vergoeding** van **10% van deze vermindering**;
- Voorwaarde: opdrachtnemer dient gedetailleerde schuldvordering in te dienen, uiterlijk 90 dagen volgend op betekening van PV van voorlopige oplevering = vervaltermijn!

29/04/2019

GD&A Advocaten

244



3. Het “spel van de vermoedelijke hoeveelheden” ≠ wijziging van de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

245



Spel der vermoedelijke hoeveelheden

- VH komen voor in een opdracht tegen prijslijst;
- Enkel eenheidsprijzen zijn forfaitair - hoeveelheden zijn loutere inschatting;
- Dat de effectief uitgevoerde hoeveelheden verschillen van de vermoedelijke hoeveelheden is eigen aan gebruik VH en onafhankelijk van wil van de partijen = GEEN wijziging van de opdracht!
- Maar: er kunnen ook « echte » wijzigingen optreden in posten met VH;

29/04/2019

GD&A Advocaten

246

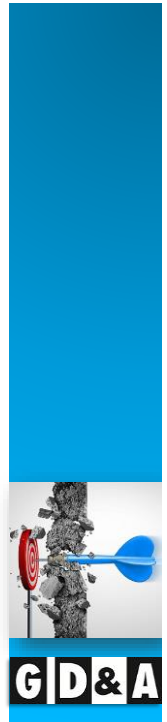


6.2. Actiemiddelen in handen van de AO

29/04/2019

GD&A Advocaten

247



6.2.1. Controle en toezicht tijdens de opdracht

29/04/2019

GD&A Advocaten

248



Controle en toezicht tijdens opdracht (artikel 39 AUR)

- AO kan met alle geëigende middelen overal **toezicht** laten houden of **controle** laten uitvoeren op de voorbereiding of de uitvoering van de prestaties;
- Opdrachtnemer is verplicht alle noodzakelijke inlichtingen en faciliteiten aan de gemachtigden van de AO te verstrekken voor het vervullen van hun taak;
- Opdrachtnemer kan zich op het door de AO uitgevoerde toezicht of controle **niet** beroepen om van zijn aansprakelijkheid te worden ontheven wanneer de prestaties uit hoofde van één of ander gebrek naderhand zouden worden geweigerd – **best benadrukken in opdrachtdocumenten!**

29/04/2019

GD&A Advocaten

249



VII. Actiemiddelen in hoofde van AO

29/04/2019

GD&A Advocaten

250



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

- Hoofdstuk 2, Afdeling 7, **artikelen 44-51 AUR**
 - ✓ Algemene bepalingen = voor werken, leveringen en diensten;
 - ✓ **“Essentiële bepalingen”**
- Specifieke aanvullingen:
 - ✓ **Werken**: artikelen 85-88 AUR
 - ✓ **Leveringen**: artikelen 123-124 AUR
 - ✓ **Diensten**: artikelen 154-155 AUR

29/04/2019

GD&A Advocaten

251



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Opdrachtnemer **wordt geacht in gebreke te zijn ingeval van** (artikel 44 AUR):

- 1° Niet conforme uitvoering van de opdracht;
 - 2° Niet tijdige uitvoering van de opdracht;
 - 3° wanneer hij de geldig gegeven schriftelijke bevelen van de AO niet naleeft;
- ⇒ het betreft een **WEERLEGBAAR vermoeden**.

- **“Geen sanctie zonder proces-verbaal”**
- AO **moet** een **PROCES-VERBAAL** opmaken vooraleer aan de opdrachtnemer een sanctie/maatregel kan worden opgelegd;
- **PROCES-VERBAAL** = specifiek document dat wordt opgesteld met het oog op het officieel vaststellen van een feit, toestand, tekortkoming (≠ aangetekende zending, fax, dagboek, werkverslag) – vermelden van feiten/tekortkomingen **en** vermelden dat opdrachtnemer daarvoor aansprakelijk is;
 - ✓ Tijdige opstelling: de oorzaken van de tekortkoming moeten nog vast te stellen zijn en de opdrachtnemer moet nog in de mogelijkheid zijn om de tekortkoming te verhelpen;
 - ✓ Opstelling door bevoegd persoon = **leidend ambtenaar** (intern vs extern);

29/04/2019

GD&A Advocaten

252



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

- **Geen proces-verbaal, geen tekortkoming?**
 - ✓ **Neen** – AO kan in gebreke zijn van opdrachtnemer met alle middelen van recht bewijzen, echter op voorwaarde dat rechten van opdrachtnemer gevrijwaard zijn (Cass. 5 oktober 1972) – bijvoorbeeld: indien opdrachtnemer de tekortkomingen schriftelijk heeft erkend;
 - ✓ **Neen** ingeval van verwijlboetes: deze worden van rechtswege toegepast (hoewel...) – artikel 46 AUR;
- Verzending van het proces-verbaal **MOET onmiddellijk en per aangetekende post** (of per vergelijkbare elektronische zending) gebeuren (zelfs indien opdrachtnemer PV heeft ondertekend, Antwerpen, 17 mei 2010) – vrijwaren van de rechten van opdrachtnemer;

29/04/2019

GD&A Advocaten

253



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

- **“Standstill” -termijn van 15 kalenderdagen**
 - ✓ Deze termijn **moet** worden gerespecteerd door AO – maatregel kan ten vroegste worden opgelegd ten minste 15 dagen na de verzending van het PV;
 - ✓ **Uitzonderingen** = **strikt** te interpreteren:
 - Wanneer opdrachtnemer zijn tekortkomingen op voorhand expliciet heeft toegegeven – bewijs bij AO;
 - Wanneer er sprake is van een “echte hoogdringendheid”? – hoewel niet meer opgenomen in KB AUR...;
 - Ingeval van overtreding mbt tijdige betaling van loon / illegale tewerkstelling: AO kan zelf termijn bepalen;
- **Reactie van opdrachtnemer?**
 - ✓ Zonder verwijl de tekortkomingen herstellen;
 - ✓ Tijdig zijn verweermiddelen kenbaar maken (betwisten van de tekortkomingen en/of van zijn aansprakelijkheid);
 - ✓ **Inactief blijven** = **vermoeden van erkenning van tekortkomingen** = **onweerlegbaar**, tenzij tekortkomingen reeds eerder zijn betwist door de opdrachtnemer (Cass. 3 september 2009);

29/04/2019

GD&A Advocaten

254



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

- Ingeval van een **tijdige reactie** van opdrachtnemer:
 - ✓ Geen erkenning van de tekortkomingen;
 - ✓ Er is geen omstandig verweer vereist, summiere reactie kan volstaan;
 - ✓ AO is niet verplicht om te reageren op de verweermiddelen, hoewel...
 - ✓ AO oordeelt soeverein over aanvaardbaarheid van het verweer:
 - Aanvaardbaar – dan geen sanctie/maatregel;
 - Onaanvaardbaar – AO kan overgaan tot het opleggen van **een sanctie/straf of van een ambtshalve maatregel**;

29/04/2019

GD&A Advocaten

255



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

1) Artikel 45 AUR – Straf

= **financiële sanctie** ten aanzien van de opdrachtnemer wegens een inbreuk op een wettelijke of reglementaire bepaling of een voorschrift van de opdrachtdocumenten;

Twee mogelijkheden:

- ✓ opdrachtdocumenten voorzien in een **bijzondere straf (!)**;
- ✓ opdrachtdocumenten voorzien niet in een bijzondere straf, dan **algemene straf** van toepassing:
 - Ofwel **eenmalige boete**:
 - 0.07 % van oorspronkelijke aannemingsom
 - minimum 40 €, maximum 400 €
 - Ofwel **dagelijkse boete per kalenderdag**:
 - 0.02 % van oorspronkelijke aannemingsom per dag van niet-uitvoering
 - minimum 20 €, maximum 200 € per dag
 - indien gebrekkige uitvoering onmiddellijk ongedaan moet worden gemaakt = **dwangsom-principe**

29/04/2019

GD&A Advocaten

256



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Opdrachtnemer kan teruggave vragen van de straffen (artikel 51 AUR):

- ✓ **Gedeeltelijke** teruggave wanneer wanverhouding tussen straf en omvang van de gebrekkige uitvoering;
- ✓ Teruggave is afhankelijk van de voorwaarde dat de opdrachtnemer alles in het werk heeft gesteld om de gebrekkige uitvoering zo vlug mogelijk te verhelpen;
- ✓ Elke aanvraag tot teruggave moet worden ingediend **uiterlijk 90^{ste} kd** vanaf betaling die voor saldo werd aangeduid (werken) / betaling van factuur waarop bedrag werd ingehouden (leveringen/diensten);

29/04/2019

GD&A Advocaten

257



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

2) Artikel 46 AUR – Vertragsboete

Definitie (artikel 2,13°, AUR):

- ✓ **Forfaitaire** vergoeding;
- ✓ Verschuldigd door de opdrachtnemer;
- ✓ Wegens een vertraging in de uitvoering van zijn opdracht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

258



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Onafhankelijk van algemene en bijzondere straffen (artikel 45 AUR)

- ✓ Tekortkoming kan zowel schade veroorzaken wegens **verstoring** als ingevolge **vertraging**;

Van rechtswege – dus zonder PV van ingebrekestelling, **maar**:

- ✓ Neem uitvoeringstermijn op in ieder werfverslag, met duidelijk vermelding van de nog openstaande termijn;
- ✓ Toch een PV van ingebrekestelling bij (dreigende) overschrijding;
- ✓ Overschrijding alleszins uitdrukkelijk opnemen in PV van voorlopige oplevering

Onverminderd deze boete vrijwaart opdrachtnemer de AO tegen elke schadevergoeding aan “derden” wegens de vertraging in de uitvoering – quid “derden”?

Opdrachtnemer kan gehele of gedeeltelijke teruggave vragen wanneer vertraging te wijten is aan AO of onvoorzienbare omstandigheden, of in geval van wanverhouding

- ✓ Vermoeden van wanverhouding wanneer waarde niet-uitgevoerde prestaties geen 5% bereikt van totaalbedrag van de opdracht, zo alles normaal kan worden gebruikt en alles in het werk werd gesteld door opdrachtnemer om zo snel als mogelijk de opdracht te beëindigen.

29/04/2019

GD&A Advocaten

259



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Werken

Formule is wettelijk bepaald

- ✓ Andere berekeningswijze mag bepaald worden in opdrachtdocumenten zo uitvoeringstermijn een gunningscriterium uitmaakt

Maximaal 5% van het oorspronkelijk opdrachtbedrag

- ✓ Tot 10% zo uitvoeringstermijn een gunningscriterium uitmaakt en zo bepaald in opdrachtdocumenten
 - Percentage wordt vastgesteld in verhouding tot de relatieve belangrijkheid van het gunningscriterium

29/04/2019

GD&A Advocaten

260



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Leveringen/diensten

Boete van 0,1% per dag vertraging

Maximaal 7,5% van de waarde van de leveringen en diensten die met dezelfde vertraging gebeurd zijn

Berekeningswijze en maximum van 10% kan in opdrachtdocumenten bepaald worden zo uitvoeringstermijn een gunningscriterium uitmaakt

29/04/2019

GD&A Advocaten

261



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

3) Artikel 47 AUR – Opleggen van een ambtshalve maatregel

= sanctie in geval van een **ernstige** tekortkoming bij de uitvoering van de opdracht

- Beslissing tot opleggen van een ambtshalve maatregel moet per aangetekend schrijven of vergelijkbare elektronisch worden **medegedeeld** aan opdrachtnemer – deze mag vanaf deze mededeling **niet meer tussenkomen** in de uitvoering van de opdracht;

29/04/2019

GD&A Advocaten

262



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

*Drie mogelijke maatregelen (= **keuze** voor AO):*

- 1) Eenzijdige verbreking van de opdracht
- 2) Uitvoering van het resterend deel in eigen beheer
- 3) Opdracht(en) afsluiten met één of meerdere derden voor resterend deel voor rekening van de in gebreke gebleven opdrachtnemer – dit kan enkel ingeval van “ernstige tekortkomingen” (vb. vervalsing van stukken, ernstige overschrijding van uitvoeringstermijn, bijzonder slechte uitvoering van het werk, ...);

29/04/2019

GD&A Advocaten

263



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

I. Eenzijdige verbreking van de opdracht

- ✓ Zonder tussenkomst van een rechter;
- ✓ Geschiedt ten laste van de opdrachtnemer;
- ✓ AO verwerft volledige borgtocht (of equivalent bedrag) als **forfaitaire** schadevergoeding:
 - Geen bewijs van werkelijke schade vereist;
 - Mogelijks geen integrale schadeloosstelling;
 - Geen verdragingsboete meer mogelijk voor deel van de opdracht waarop verbreking slaat (boeten die reeds verbeurd waren voorafgaand aan de verbreking blijven behouden);
- NIET verwarren met verbreking zoals voorzien in artikel 1794 BW;
- AO behoudt mogelijkheid om gerechtelijke ontbinding te vragen;

29/04/2019

GD&A Advocaten

264



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

II. Inregiëstelling

- ✓ AO voert opdracht in eigen beheer verder uit, doch **op kosten en risico** van de in gebreke blijvende opdrachtnemer – AO neemt tijdelijk de plaats in van de opdrachtnemer;
 - ✓ Opdracht wordt niet beëindigd: opdrachtnemer blijft titularis van de overeenkomst;
 - ✓ Indien prijs van de uitvoering in eigen beheer hoger ligt dan die van de opdracht, dan moet opdrachtnemer meerkosten dragen;
- Wordt in de praktijk zelden toegepast;

29/04/2019

GD&A Advocaten

265



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

III. Vervanging – sluiten van een “overeenkomst voor rekening”

- ✓ Derde(n) voer(t)(en) opdracht verder uit **op kosten en risico** van de in gebreke blijvende opdrachtnemer;
 - ✓ Opdracht wordt niet beëindigd: opdrachtnemer blijft titularis van de overeenkomst;
 - ✓ Meerkosten (o.a. kosten van de nieuwe gunningsprocedure = 1% oorspronkelijke aannemingssom) komen ten laste van de opdrachtnemer, mindkosten ten goede van de AO;
- ✓ Aanstellen van een derde:
 - Opnieuw WOHOP van toepassing (evt. OZB hoogdringendheid);
 - Heraanbesteding gebeurt onder zelfde voorwaarden (geen wijziging van het bestek) – exemplaar vd opdrachtdocumenten moet aangetekend aan in gebreke blijvende opdrachtnemer worden bezorgd (!)

29/04/2019

GD&A Advocaten

266



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Gevolgen van “voorlopig” karakter van de inregiëstelling en vervanging:

- ✓ Opdrachtnemer heeft geen recht op vrijgave borgtocht;
- ✓ AO kan gebruik maken van materieel en materialen van de opdrachtnemer, mits vergoeding;
- ✓ Opdrachtnemer heeft het recht om de uitvoering van de opdracht door de derde(n) te volgen;
- ✓ Duur van de maatregel wordt bepaald door de AO;

29/04/2019

GD&A Advocaten

267



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

4) Uitsluiting van opdrachtnemer voor bepaalde tijd (artikel 48 AUR)

- Onverminderd andere sanctie en onverminderd sanctie voorzien in erkenningsreglementering;
- Onverminderd mogelijkheid om corrigerende maatregelen te laten gelden;
- “bepaalde tijd” ?? – cfr. **Wet 2016 en KB Plaatsing 2017: drie jaar (= facultatieve uitsluitingsgrond)**;
- Ingeval AA blijkt heeft gegeven van een aanzienlijke/voortdurende tekortkoming bij de toepassing van een wezenlijk voorschrift in de loop van de uitvoering van de opdracht;
- Vooraf “horen” van de AA is verplicht;
- Gemotiveerde beslissing tot uitsluiting moet formeel betekend worden aan AA;

29/04/2019

GD&A Advocaten

268



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

5) Klacht bij de erkenningscommissie (werken) (artikel 48, lid 2, AUR)

- ✓ Commissie kan beslissen tot klasseverlaging, schorsing of intrekking van de erkenning;

6) Korting wegens minwaarde (artikel 71 AUR)

Ingeval van afwijkingen van niet-essentiële besteksvoorwaarden die miniem zijn en die geen grote hinder veroorzaken bij gebruik, verwerking of ten aanzien van de levensduur;

29/04/2019

GD&A Advocaten

269



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 KB AUR)

7) Sanctie bij schending van artikel 5, tweede lid, Wet 2016 (artikel 49 AUR):

- ✓ « *Ondernemers stellen geen handelingen, sluiten geen overeenkomsten of maken geen afspraken die de normale mededingingsvoorwaarden kunnen vertekenen.* »
- ✓ **Mogelijkheden:**
 - Toepassing van een ambtshalve maatregel (opgelet: geen verwerving van borgtocht bij verbreking – geen « overcompensatie »);
 - Ingeval van werken: klacht bij Commissie;
 - Beslissing tot uitsluiting (artikel 48 AUR);

29/04/2019

GD&A Advocaten

270



Actiemiddelen AO (artikelen 44 tem 51 AUR)

Geen voorafgaandelijke rechtsgang, doch wel rechterlijke controle a posteriori mogelijk

- AO kan ambtshalve maatregel nemen **zonder beroep te doen op een rechter**;
- Odrachtnemer kan opleggen van maatregel **niet tegenhouden**;

- In principe **kiest** de aanbestedende overheid vrij welke van de ambtshalve maatregelen worden genomen. Zij beschikt dienaangaande over een **discretionaire bevoegdheid**. Het staat derhalve niet aan de rechterlijke macht om de opportuniteit van die **keuze** te beoordelen;
- Maar: de rechter kan zich daarentegen wel uitspreken over rechtmatigheid van de getroffen maatregel (procedure en proportionaliteit).
 - “Voldoende ernstig” (bv. Verlaten van de werken, belangrijke vertragingen, etc.)
- Meerkosten (o.a. kosten van de nieuwe gunningsprocedure = 1% oorspronkelijke aannemingssom) komen ten laste van de opdrachtnemer, minkosten ten goede van de AO;

29/04/2019

GD&A Advocaten

271



29/04/2019

GD&A Advocaten

272





Kantoor Mechelen
 Antwerpsesteenweg 16-18
 2800 Mechelen
 t 015/40 49 40
 f 015/27 62 76



Kantoor Lokeren
 Stationsplein 10
 9160 Lokeren
 t 09/277 03 15
 f 09/277 03 16



Kantoor Westerlo
 4WINGS - Nijverheidsstraat 13
 2260 Westerlo
 t 014/57 46 52
 f 015/27 62 76

info@gdena-advocaten.be - www.gdena-advocaten.be

Copyright

GD&A Advocaten bezit het exclusieve copyright van deze presentatie, zijn design en de volledige inhoud ervan. Gebruik van deze presentatie, of delen ervan, in welke vorm dan ook, is verboden zonder de voorafgaande schriftelijke toestemming van GD&A Advocaten.

Disclaimer

De informatie over juridische onderwerpen die u in deze presentatie aantreft, zijn louter informatieve, algemene besprekingen en kunnen in geen geval als juridisch advies worden beschouwd. GD&A Advocaten aanvaardt geen aansprakelijkheid voor enige schade die iemand zou lijden door voort te gaan op deze informatie.

