

**VLAAMSE OVERHEID**

**DEPARTEMENT BESTUURSZAKEN**

**AFDELING OVERHEIDSOPDRACHTEN**

**INITIATIE TEKST**

**OVERHEIDSOPDRACHTENREGELGEVING**

**1993 - 1996**

(zoals van kracht op [1.1.2012](#))

samengesteld door Karel Verdonck - beleidsadviseur-jurist  
– met velerlei ondersteuning door velen –

tiende (en laatste) versie, geactualiseerde druk 1.1.2012  
aanpassingen in blauw

## INHOUDSOPGAVE

<b>1. Inleiding</b>	
1.1. Wet van 15 mei 1846 .....	6
1.2. Wet van 4 maart 1963 .....	6
1.3. Wet van 14 juli 1976 (en 1 <sup>e</sup> generatie Europese Richtlijnen) .....	6
1.4. Wet van 24 december 1993 (en 2 <sup>e</sup> generatie Europese Richtlijnen) .....	7
1.5. Wet van 24 december 1993-bis (en 3 <sup>e</sup> generatie Europese Richtlijnen) .....	8
1.6. Wet van 24 december 1993-ter (Rechtsbeschermingswet van 23 december 2009 en 3 <sup>e</sup> generatie Europese Richtlijnen-bis) .....	10
1.7. Nieuwe Wet (en 3 <sup>e</sup> generatie Europese Richtlijnen-bis) .....	11
1.8. Kritische noot en toekomstblik .....	12
1.9. Opzet initiatietekst en beperkingen .....	13
1.10. Internetstek afdeling Overheidsopdrachten .....	13
<b>2. Regelgevingstructuur</b> .....	14
<b>3. Toepassingsgebied</b>	
3.1. Op wie is de regelgeving toepasselijk ? .....	16
3.2. Op wat is de regelgeving toepasselijk ? .....	19
3.2.1. <i>Kwalificatie als werk, levering of dienst</i> .....	19
3.2.2. <i>Probleemgevallen</i> .....	20
3.2.3. <i>Uitzonderingsgevallen</i> .....	20
3.2.4. <i>Voorbeelden</i> .....	22
3.3. Onderscheid overheidsopdrachten – subsidies .....	23
3.4. Wat indien de regelgeving niet toepasselijk of toepasbaar is ? .....	23
<b>4. Basisbeginselen</b>	
4.1. Europese beginselen .....	24
4.2. Mededinging .....	24
4.3. Forfaitaire grondslag .....	25
4.4. Belangenvermenging .....	26
4.5. Vervalste mededinging .....	26
4.6. Geheimhouding .....	27
4.7. Veranderlijkheid .....	28
4.7.1. <i>Wijziging</i> .....	28
4.7.2. <i>Verbreking</i> .....	29
4.7.3. <i>Opzegging</i> .....	29
4.8. Bestek en technische specificaties en normen .....	29
4.9. Sociale en fiscale plichten en BTW-situatie .....	31
4.10. Prijsvaststelling .....	32
4.11. Betalingsgrondslag .....	32
4.12. Derdenrechten op schuldvorderingen .....	32
4.13. Bevoegdheid en delegaties .....	34
4.14. Elektronische weg – <b>E-procurement</b> .....	34
4.14.1. <i>Elektronische bekendmaking – e-notification</i> .....	34
4.14.2. <i>Elektronische gunningsprocedure – e-tendering</i> .....	34
4.14.3. <i>Elektronische weg bij uitvoering</i> .....	36
<b>5. Gunning</b>	
5.1. Algemeen .....	37
5.1.1. <i>Marktverkenning en -raadpleging</i> .....	37
5.1.2. <i>Samengevoegde opdracht</i> .....	38
5.1.3. <i>Percelen</i> .....	38
5.1.4. <i>Varianten</i> .....	39

5.1.5. Begrippen gunning, sluiting en plaatsing .....	39
5.1.6. Gemotiveerde beslissing .....	40
5.2. Standaardgunningsprocedures .....	42
5.2.1. Algemeen .....	42
5.2.2. Aanbesteding .....	43
5.2.3. Offerteaanvraag .....	43
5.3. Onderhandelingsprocedures .....	45
5.3.1. Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (OPZB) .....	45
5.3.2. Onderhandelingsprocedure met bekendmaking (OPMB) .....	49
5.3.3. Gunningscriteria en onderhandelingen (OPZB en OPMB) .....	50
5.3.4. Gunning, rechtsbescherming en sluiting (OPZB en OPMB) .....	52
5.4. Raming opdrachtbedrag en Europese drempels .....	53
5.4.1. Raming opdrachtbedrag .....	53
5.4.2. Europese drempelbedragen .....	55
5.5. Bekendmaking .....	55
5.5.1. Algemeen .....	56
5.5.2. Opdrachten vanaf Europese drempels .....	56
5.5.3. Opdrachten beneden Europese drempels – lijst van geselecteerden .....	58
5.5.4. Bekendmakingsmodellen .....	58
5.6. Indiening kandidaatstellingen en offertes .....	60
5.6.1. Indieningsrecht .....	60
5.6.2. Indienings- en uitnodigingswijze .....	60
5.6.3. Indieningstermijnen .....	61
5.6.4. Opening en proces-verbaal .....	62
5.7. Selectie – toegangsrecht en kwalitatieve selectie .....	63
5.7.1. Algemeen .....	63
5.7.2. Toegangsreservatie .....	64
5.7.3. Toegangsverbod .....	64
5.7.4. Kwalitatieve selectie en selectiecriteria .....	68
5.7.5. Selectiebeperking .....	70
5.7.6. Selectietijdstip en selectiebeslissing .....	70
5.8. Onderzoek en regelmatigheid offertes bij standaardgunningsprocedures .....	71
5.8.1. Algemeen .....	71
5.8.2. Zgn. substantiële en relatieve onregelmatigheid .....	71
5.8.3. Formele regelmatigheid .....	72
5.8.4. Materiële regelmatigheid .....	77
5.9. Evaluatie offertes bij standaardgunningsprocedures .....	82
5.9.1. Aanbesteding .....	82
5.9.2. Offerteaanvraag .....	82
5.10. Gunning en niet-verplichte plaatsing .....	83
5.10.1. Gunningbeslissing .....	83
5.10.2. Niet-verplichte plaatsing .....	84
5.11. Informatie en wachttermijn .....	84
5.11.1. Informatie bij opdrachten boven 67.000 euro .....	84
5.11.2. Informatie bij opdrachten tot 67.000 euro .....	86
5.11.3. Uitzonderingen bij informatie .....	87
5.11.4. Wachttermijn .....	87
5.11.5. Openbaarheid van bestuur .....	88
5.12. Sluiting .....	88
5.12.1. Algemeen .....	88
5.12.2. Sluiting bij standaardgunningsprocedures .....	89
5.13. Verhaalprocedures .....	91
5.13.1. Algemeen .....	91
5.13.2. Verhaalprocedures .....	91
5.13.3. Verhaaltermijnen .....	94
5.13.4. Verhaalinstanties .....	94

<b>6. Specifieke gunningsprocedures en opdrachten</b>	
6.1. Algemeen .....	96
6.2. Wedstrijd .....	96
6.3. Ontwerpenprijsvraag .....	96
6.4. Sociale woningbouwprocedure .....	98
6.5. Concessie voor openbare werken .....	98
6.5.1. <i>Begrip</i> .....	98
6.5.2. <i>Gunningsprocedure</i> .....	98
6.5.3. <i>Contractuele voorschriften</i> .....	99
6.6. Bestellingsopdracht (raamovereenkomst) .....	100
6.6.1. <i>Begrip</i> .....	100
6.6.2. <i>Bestekbepalingen</i> .....	100
6.6.3. <i>Budgettaire aanpak</i> .....	101
6.7. Promotieopdracht .....	101
6.8. <a href="#">Concurrentiedialoog</a> .....	102
<b>7. Uitvoering</b>	
7.1. Algemeen .....	105
7.2. Algemene uitvoeringsregels .....	105
7.2.1. <i>Bestek</i> .....	105
7.2.2. <i>Regeling toepasselijkheid AAV</i> .....	105
7.2.3. <i>Afwijkingsmogelijkheid AAV</i> .....	105
7.2.4. <i>Basisregels betalingen en BTW</i> .....	106
7.2.5. <i>Bescherming onderaannemers</i> .....	107
7.2.6. <i>Percelen</i> .....	107
7.3. Gemeenschappelijke algemene aannemingsvoorwaarden .....	107
7.3.1. <i>Leidend ambtenaar</i> .....	107
7.3.2. <i>Toezicht en plannen</i> .....	108
7.3.3. <i>Borgtocht</i> .....	108
7.3.4. <i>Onderaanneming</i> .....	110
7.3.5. <i>Meerdere lopende opdrachten</i> .....	110
7.3.6. <i>Keuringen</i> .....	111
7.3.7. <i>Prijsherziening</i> .....	111
7.3.8. <i>Intellectuele rechten</i> .....	112
7.3.9. <i>Betaling en intrest</i> .....	113
7.3.10. <i>Melding en indiening eisen opdrachtnemer</i> .....	115
7.3.11. <i>Eisen opdrachtnemer en schadevergoedingshandleiding</i> .....	116
7.3.12. <i>Eisen overheid</i> .....	121
7.3.13. <i>Rechtsvordering opdrachtnemer</i> .....	121
7.3.14. <i>Oplevering en waarborgtermijn</i> .....	122
7.3.15. <i>Sancties tegen opdrachtnemer</i> .....	123
7.4. Algemene aannemingsvoorwaarden voor werken .....	126
7.4.1. <i>Prijsopgave en draagwijdte forfait</i> .....	126
7.4.2. <i>Keuringen</i> .....	126
7.4.3. <i>Aanvangsbevel en uitvoeringstermijn</i> .....	127
7.4.4. <i>Bouwplaatsorganisatie</i> .....	128
7.4.5. <i>Aansprakelijkheid opdrachtnemer en verzekering</i> .....	130
7.4.6. <i>Wijziging opdracht en speling hoeveelheden</i> .....	131
7.4.7. <i>Oplevering en waarborgtermijn</i> .....	133
7.4.8. <i>Sancties tegen opdrachtnemer</i> .....	134
7.5. Algemene aannemingsvoorwaarden voor leveringen .....	135
7.5.1. <i>Draagwijdte forfait en eigendomsrecht</i> .....	135
7.5.2. <i>Uitvoeringsmodaliteiten</i> .....	136
7.5.3. <i>Oplevering en waarborgtermijn</i> .....	137
7.5.4. <i>Sancties tegen opdrachtnemer</i> .....	139

7.6. Algemene aannemingsvoorwaarden voor diensten .....	140
7.6.1. <i>Draagwijdte forfait</i> .....	140
7.6.2. <i>Uitvoeringsmodaliteiten</i> .....	140
7.6.3. <i>Belangenvermenging</i> .....	142
7.6.4. <i>Oplevering</i> .....	142
7.6.5. <i>Sancties tegen opdrachtnemer</i> .....	143

# 1. INLEIDING

---

De overheidsopdrachtenwetgeving kent al een lange geschiedenis in ons land en is nauwelijks vijftien jaar na het Belgische separatisme van 1830 ontstaan.

## 1.1. WET VAN 15 MEI 1846

De **Wet van 15 mei 1846 op de rijkscomptabiliteit** heeft in slechts twee artikelen (!) de *fundamenten* vastgelegd die onze overheidsopdrachten sindsdien beheersen: de mededinging, de bekendmaking en de vaste prijs of forfait.

De bedoeling van de Wet was duidelijk gericht op het uitsluiten van elk favoritisme bij het plaatsen van opdrachten, net zoals het de bedoeling was om voor de overheid de meest gunstige prijs te verkrijgen.

In die tijd was men van oordeel dat de *openbare aanbesteding* het enige middel was om die doelstellingen te bereiken en dat de onderhandse opdracht tot het strikte minimum diende te worden beperkt.

Het toen geldende liberalisme stelde dat de Staat zich met zo weinig mogelijk diende te bemoeien en in dat opzicht was de zienswijze “laagste prijs = gunstigste bod” vrij logisch.

Nu oordeelt men daar enigszins anders over vanuit een totaal andere visie op de overheidstaak.

Overheidsopdrachten vervullen tegenwoordig niet alleen meer een onmiddellijk doel, maar spelen daarnaast een rol als beleidsinstrument op sociaal, economisch en duurzaamheidsvlak; ook zal het kwalitatieve aspect vaak zwaarder doorwegen dan de prijs. Om die redenen zal een gunningsprocedure als de *offerteaanvraag* of zelfs de *onderhandelingsprocedure met bekendmaking* dikwijls beter aan de huidige verwachtingen beantwoorden.

## 1.2. WET VAN 4 MAART 1963

De **Wet van 4 maart 1963 betreffende de werken, leveringen en diensten voor rekening van de Staat** betekende dan ook een omwenteling in het overheidsopdrachtenrecht.

Die Wet voorzag inderdaad in *vier gelijkwaardige procedures* voor de gunning van opdrachten: de openbare en de beperkte aanbesteding en de algemene en de beperkte offerteaanvraag.

Thans zeer verbazend is dat de overheid bij een beperkte procedure vrij was om de marktspelers van haar keuze uit te nodigen om een offerte in te dienen!

De onderhandse opdracht bleef toegestaan in een aantal strikt omschreven gevallen.

## 1.3. WET VAN 14 JULI 1976 (EN 1<sup>E</sup> GENERATIE EUROPESE RICHTLIJNEN)

Bij de invoering van de **Wet van 14 juli 1976 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten** heeft men op hetzelfde stramien voortgebouwd, maar ook lessen getrokken uit het toenmalige RTT-schandaal.

Deze Wet had hoofdzakelijk volgende bedoelingen:

- haar toepassingsgebied te verruimen tot *alle publiekrechtelijke personen* naast de Staat;

- de offerteaanvraag, waar mogelijk, te verkiezen boven de aanbesteding;
- belangenvermenging en vervalste mededinging te voorkomen;
- de samengevoegde opdrachten van meerdere overheden te regelen;
- de promotie- en concessieopdrachten strikt te omschrijven.

Daarnaast diende de nationale wetgeving te worden aangepast aan de **Europese Richtlijnen van de eerste generatie**, zij het dat die een eerder beperkte impact hadden.

Daarmee werd de aanzet gegeven tot een constante aanpassing van de nationale, thans federale reglementering aan de Europese Richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

Richtlijnen dienen immers altijd in nationaal recht te worden omgezet, ook al hebben ze directe werking ten aanzien van de Europese burgers vanaf de uiterste omzettingsdatum.

#### **1.4. WET VAN 24 DECEMBER 1993 (EN 2<sup>E</sup> GENERATIE EUROPESE RICHTLIJNEN)**

Met het oog op de totstandkoming van de ééngemaakte Europese markt in 1992 en de radicale uitbreiding daarvan naar de overheidsopdrachten toe, heeft de Europese Raad in de periode 1988-1993 een reeks **Europese Richtlijnen van de tweede generatie** uitgevaardigd:

- Richtlijn 92/50 van 18.6.1992 over diensten;
- Richtlijn 93/36 van 14.6.1993 over leveringen;
- Richtlijn 93/37 van 14.6.1993 over werken;
- Richtlijn 93/38 van 14.6.1993 over werken, leveringen en diensten in de speciale sectoren.

Deze Richtlijnen zijn meermaals gewijzigd.

Ze zijn vanaf bepaalde drempelbedragen toepasselijk, enerzijds, op de overheidsopdrachten in de *klassieke sectoren* en, anderzijds, op de overheidsopdrachten en sommige privé-opdrachten in de *speciale sectoren water, energie en vervoer [en telecommunicatie]*, maar daarop niet meer van toepassing sinds 8.5.1999 wegens voldoende liberalisering van de sector, cf. bericht in het BS van 30.6.1999].

Volgens de Europese Commissie zou de eenheidsmarkt op het vlak van de overheidsopdrachten rechtstreeks leiden tot volgende voordelen:

- de ondernemingen kunnen hun actieterrein uitbreiden tot de andere Lidstaten;
- de kosten verminderen en de efficiëntie verhoogt door de stimulerende werking van de mededinging;
- de aldus behaalde winst wordt vertaald in een verbetering van de uitrusting en in meer arbeidsplaatsen en investeringen in onderzoek en ontwikkeling;
- de overheden zullen uit een financieel en kwalitatief veel aantrekkelijker aanbod van goederen en diensten kunnen kiezen.

Het was aangewezen om van deze operatie gebruik te maken om tot een reële codificatie van het overheidsopdrachtenrecht over te gaan:

- de regelgeving van 1976 week nogal fors af van de Richtlijnen en omdat deze enkel toepasselijk zijn op de opdrachten vanaf bepaalde drempels, werd men geconfronteerd met een verschillend systeem vanaf of beneden de drempels;
- de Richtlijnen maken een onderscheid tussen opdrachten in de klassieke en de speciale sectoren, hetgeen in het interne recht volslagen onbekend was;
- de Richtlijn die de opdrachten in de speciale sectoren beheerst, heeft niet enkel betrekking op overheidsopdrachten, maar ook op bepaalde *privé-opdrachten* van de (federale) overheidsbedrijven en de privé-monopolies; deze regeling moet discriminatie voorkomen tussen Lidstaten met publieke monopolies in die sectoren (die sowieso onder de Richtlijn zouden vallen) en Lidstaten met privé-monopolies terzake (die er zouden aan ontsnappen).

De Belgische wetgever had deze codificatie omzeggens integraal gerealiseerd met de **Wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten** (hierna “de Wet” genoemd) en een coherent systeem uitgewerkt voor alle opdrachten, zowel vanaf als beneden de Europese drempelbedragen.

De codificatie was slechts op één punt onvoltooid, namelijk voor de overheidsopdrachten van diensten in de speciale sectoren, omwille van het feit dat de bewuste Richtlijn ten tijde van de parlementaire behandeling van de Wet al evenzeer onvoltooid was.

Het KB van 10.1.1996 had daaraan deels verholpen door de Wet aan de Richtlijn aan te passen (op basis van de machtiging in arts. 43 en 64 van de Wet), doch een KB vermocht niets te doen aan de opdrachten beneden de Europese drempelbedragen.

### **1.5. WET VAN 24 DECEMBER 1993-BIS (EN 3<sup>E</sup> GENERATIE EUROPESE RICHTLIJNEN)**

- a) De onstuitbare *européanisering van het overheidsopdrachtenrecht* is ondertussen voortgegaan en **nieuwe Europese Richtlijnen van de derde generatie** hebben zich aangediend.

Het betreft de Richtlijnen 2004/18/EG van 31.3.2004 in de klassieke sectoren en 2004/17/EG van 31.3.2004 in de speciale sectoren.

Vooreerst valt op te merken dat de postdiensten daardoor verhuizen naar de speciale sectoren en de telecommunicatie vervangen als vierde speciale sector (omgezet door de Programmawet van 9.7.2004 – BS 15.7.2004).

Voorts voeren ze heel wat nieuwigheden en spitsvondigheden in, zoals bvb. de concurrentiedialoog, het dynamisch aankoopstelsel en de elektronische veiling, maar doorgaans betreffen dat facultatieve bepalingen die de Lidstaten niet verplicht dienen om te zetten in intern recht.

Het grote voordeel in de klassieke sectoren is echter de fusie van de vroegere aparte Richtlijnen voor werken, leveringen en diensten tot één geheel, wat de zaken Europees toch al iets vereenvoudigt.

- b) België had tegen 31.1.2006 de nieuwe Richtlijnen moeten **omzetten in federale regelgeving**.

De eerste optie van de federale Commissie voor Overheidsopdrachten was – op ons voorstel en aandringen – om de omzetting aan te grijpen voor de opmaak van een volledig nieuwe en integraal herziene regelgeving, zodat er toch enige klaarheid en ordening in de huidige regelgevingchaos zou ontstaan (cf. punt 1.7).

Mede daardoor – maar toch hoofdzakelijk om andere redenen (...) – werd de uiterste omzettingsdatum niet gehaald en zag de federale overheid zich genoodzaakt om via een **eerste nood-KB** van 12.1.2006 (BS 27.1.2006) de Wet en de diverse KB's van 1996 aan te passen en met ingang van 1.2.2006 een paar onoverkomelijkheden in werking te laten treden (bvb. de soms verplichte weging van de gunningscriteria en de nieuwe Europese bekendmakingsmodellen).

- c) De Europese Commissie nam daarmee evenwel geen genoegen en daagde België voor het Europees Hof van Justitie.

Vandaar de noodzaak van een **tweede nood-KB** van 23.11.2007 (BS 7.12.2007) dat – met ingang van 1.2.2008 – de meeste verplichte bepalingen van de Richtlijnen inpaste in de Wet en de diverse KB's van 1996.

Dit KB bracht voornamelijk wijzigingen mee voor de opdrachten vanaf de Europese drempelbedragen (cf. punt 1.4 in fine) en voor de speciale sectoren.



- d) Desondanks werden federaal een aantal zaken over het hoofd gezien (!), maar het is in essentie om belangrijkere redenen dat er – met ingang van 18.8.2008 – nog een **derde nood-Wet en nood-KB** zijn gekomen om de Wet en de diverse KB's van 1996 aan te passen.  
Dat is gebeurd door de Wet houdende diverse bepalingen (II) van 8.6.2008 (BS 16.6.2008 – 2<sup>e</sup> ed.) en het KB van 31.7.2008 (BS 18.8.2008).

Enerzijds zorgde deze ingreep voor een verbetering van het op 15.7.2004 (cf. Programmawet van 9.7.2004 – BS 15.7.2004) nogal improvisatorisch aangepaste systeem van *de informatieplicht en de wachttermijn* en voor een meer volledige en zorgvuldige omzetting van de **eerste Rechtsbeschermingsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten** (Richtlijnen 89/665/EEG van 21.12.1989 in de klassieke sectoren en 92/13/EEG van 25.2.1992 in de speciale sectoren).

De Europese Commissie dreigde er immers mee om België – ook voor deze kwestie – voor het Europees Hof van Justitie te dagen.

Door deze verbetering was de overlapping en niet-overeenstemming verholpen die voordien bestond tussen art. 21bis van de Wet en de arts. 25 & 26, 51 & 52 en 80 & 81 van het KB van 8.1.1996.

Ook was de verplichte wachttermijn na de selectiebeslissing in tweestapsprocedures afgeschaft (maar vanzelfsprekend niet voor de opdrachten vanaf de Europese drempels die waren bekendgemaakt tussen 15.7.2004 en 18.8.2008), enkel na de gunningsbeslissing bleef de verplichting bestaan.

Tegelijk werd het onderscheid tussen de opdrachten 'vanaf' en 'beneden' de Europese drempels vervangen door het onderscheid tussen de opdrachten 'wel' of 'niet' onderworpen aan de voorafgaande Europese bekendmaking (cf. punt 5.5).

Deze vervanging gebeurde omwille van de vereenvoudiging – er hoefden geen uitzonderingen meer te worden vermeld – maar vooral omdat men niet verder wou gaan dan wat strikt Europees was opgelegd (> sommigen kijfden toen al op de Europese Commissie met haar overdreven bedilzucht, maar punt 1.6 zal hen voorgoed alle illusies ontnemen!).

Anderzijds is deze ingreep aangewend om de regelgeving af te stemmen op de metamorfose die de regeling rond de *registratie van aannemers* sinds 1.1.2008 heeft ondergaan (cf. punt 5.7.3.4).

- e) De Europese Commissie bleef intussen in de overtuiging dat de omzetting van de in punt a vermelde Europese Richtlijnen niet voldoende minutieus was gebeurd en kon het Europees Hof van Justitie ertoe brengen om België op 23.4.2009 te veroordelen op een hele reeks (doorgaans terechte, maar soms hilarische) detailpunten.  
Dat leidde uiteindelijk tot een **vierde nood-KB** van 29.9.2009 (BS 2.10.2009 – 2<sup>e</sup> ed.) tot aanpassing van de Wet en de diverse KB's van 1996.

Van deze gelegenheid is tevens gebruik gemaakt om de ganse regeling over de elektronische gunning van overheidsopdrachten – e-procurement en e-tendering – te actualiseren en te liberaliseren (cf. punt 4.14).

Klap op de vuurpijl was dat de Europese Commissie ook nog in dat vierde nood-KB luttele pietluttigheden wist te ontdekken, die de federale overheid dan maar wanhopig remedieerde met een **vijfde nood-KB** door het KB van 10.2.2010 (BS 16.2.2010 – 1<sup>e</sup> ed.) tot aanpassing van de diverse KB's van 1996 (cf. punt 1.6.a).

- > Het resultaat van dit alles is dat de verplichte bepalingen van de Richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG eindelijk allemaal zijn omgezet in Belgisch recht, maar ook dat deze

noodregelingen alvast kunnen tellen als bekroning van **een afschuwelijk en ondoorgrondelijk regelgevingkluwen**.

**1.6. WET VAN 24 DECEMBER 1993-TER (RECHTSBESCHERMINGSWET VAN 23 DECEMBER 2009 EN 3<sup>E</sup> GENERATIE EUROPESE RICHTLIJNEN-BIS)**

- a) Tegen 20.12.2009 diende de omzetting voltooid te zijn van de **tweede Rechtsbeschermingsrichtlijn inzake overheidsopdrachten** (Richtlijn 2007/66/EG van 11.12.2007 tot wijziging van Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG – cf. punt 1.5.d). De **Rechtsbeschermingswet van 23.12.2009** (BS 28.12.2009 – 3<sup>e</sup> ed.) heeft daartoe een boek II-bis over motivering, informatie en rechtsmiddelen ingevoegd in de Wet (arts. 65/1 tot 65/35). Ter uitvoering daarvan (en tegelijk als vijfde nood-KB – cf. punt 1.5.e) heeft het **KB van 10.2.2010** (BS 16.2.2010 – 1<sup>e</sup> ed.) de diverse KB's van 1996 aangepast en de inwerkingtreding van de nieuwe rechtsbeschermingsregeling bepaald op 25.2.2010.
- b) In essentie beoogt deze regeling (cf. punt 5.11) twee doeleinden voor de opdrachten vanaf de Europese drempels (zij het met tentakels naar de opdrachten beneden de Europese drempels):
- alle overtredingen en ontwijkingen van de wachtermijn (vooraleer de opdracht te sluiten) beteugelen door zware sancties;
  - idem dito voor de zonder voorafgaande (Europese) bekendmaking gesloten opdrachten, terwijl die bekendmaking misschien vereist zou zijn, zelfs al zou de overheid van oordeel zijn dat zulks niet het geval is (sic).
- Daartoe voert ze nieuwe verhaalprocedures in zoals de onverbindendverklaring en de alternatieve sanctionering, naast de bestaande (vernietiging, schorsing en schadevergoeding).
- Daarnaast zijn we erin geslaagd om de Babylonische verwarring in het Nederlands rond de begrippen “gunning” en “toewijzing” – die de Raad van State en de gebruikers tegenovergesteld aanwenden – eindelijk te doorbreken door – bij wijze van compromis en geïnspireerd door de terminologie van Richtlijn 2007/66/EG – te opteren voor “gunning” en “sluiting” (cf. punt 5.1.5).
- Ook is nu duidelijk bepaald in welke gevallen en hoe de overheid een gemotiveerde beslissing dient op te maken (cf. punt 5.1.6).
- c) Aan de regelgeving is met ingang van 15.1.2011 een klein appendix toegevoegd door toedoen van de **Europese Richtlijn 2009/33/EG** van 23.4.2009 inzake de *bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen*. Het autonome (niet in de bestaande KB's geïntegreerde) KB van 20.12.2010 (BS 24.12.2010) heeft deze Richtlijn omgezet en is toepasselijk op de levering van wegvoertuigen, zij het beperkt tot de opdrachten vanaf de Europese drempels.
- d) Een laatste aanpassing van de huidige regelgeving is nodig geweest doordat de Wet van 31.1.2009 over de continuïteit van de ondernemingen het gerechtelijk akkoord heeft vervangen door de gerechtelijke reorganisatie. Zo hebben de arts. 60 tot 66 van het **KB van 19.12.2010** (BS 24.1.2011) de diverse KB's van 1996 met die nieuwe terminologie geconformeerd.

## **1.7. NIEUWE WET (EN 3<sup>E</sup> GENERATIE EUROPESE RICHTLIJNEN-BIS)**

- a) Zoals aangegeven in punt 1.5.b “werkt” de federale Commissie voor Overheidsopdrachten sinds eind 2003 aan een volledig nieuwe regelgeving. Daarin zullen ook de facultatieve bepalingen van de Richtlijnen 2004/18/EG en 2004/17/EG terug te vinden zijn (cf. punt 1.5.a).

Een eerste resultaat daarvan vormen de *Wetten van 15 en 16 juni 2006* (BS 15.2.2007), die al van in den beginne een reparatie nodig hebben gehad door de Wetten van 12.1.2007 (BS 15.2.2007) omwille van een onzorgvuldige opsplitsing door de Kamer van Volksvertegenwoordigers van het aanvankelijke unieke wetsontwerp.

Pikant en paradoxaal is wel dat de **Wet van 16 juni 2006** – nog vóór ze ooit toepasselijk zal zijn geweest – **zal worden afgeschaft**.

Deze Wet is immers achterhaald door de nieuwe rechtsbeschermingsregeling (cf. punt 1.6.a en b) die eveneens haar plaats zal moeten krijgen in dit nieuwe wettelijk kader.

- b) De **Wet van 15 juni 2006 is nog niet in werking getreden** omdat een aantal uitvoeringsbesluiten nog – zij het nu in de afwerkingsfase – in voorbereiding zijn bij de federale Commissie voor Overheidsopdrachten. De verwachting is dat het gehele pakket ergens in de loop van 2012 onze nieuwe rechtsbasis zal vormen.

De nieuwe Wet is sindsdien *bijkomend aangepast* door:

- de arts. 46 tot 48 van het KB van 19.12.2010 (cf. punt 1.6.d) in verband met de gerechtelijke reorganisatie;
- de Wetten van 5.8.2011 (BS 29.8.2011), noodzakelijk omwille van de sinds 2007 doorgevoerde wijzigingen in de Wet van 24.12.1993 en een aantal formele en terminologische aanpassingen onder meer conform de Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6.b).

Per 15.2.2007 zijn wèl al een paar bepalingen – die geen federale uitvoering behoeven – in werking getreden: de *opdrachtcentrale* of *aankoopcentrale* (cf. punt 3.1.g) en de *sociale woningbouwprocedure* (cf. punt 6.4).

En ten slotte heeft de Europese Commissie, in gevolge een onbegrijpelijke koehandel rond de bouw van een school in Eupen (cf. commentaartoets bij punt 6.8), België ertoe verplicht om de nieuwe gunningsprocedure van de *concurrentiedialoog* (waarvan de omzetting nochtans facultatief is) voortijdig in werking te doen treden.

Met dat doel heeft het KB van 12.9.2011 (BS 23.9.2011) met ingang van 28.9.2011 een reeks artikelen van de Wet van 15.6.2006 en van het toekomstige KB plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15.7.2011 (BS 9.8.2011 – 1<sup>e</sup> ed.) een prematuur bestaan gegeven, samen met de nodige omkaderende bepalingen inzake rechtsbescherming (boek IIbis van de Wet van 24.12.1993) en uitvoeringsregels (KB van 26.9.1996) uit de regelgeving van 1993-1996.

Opgelet: deze gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet en het KB plaatsing is strikt beperkt tot de concurrentiedialoog !

Het is niet verwonderlijk dat een dergelijke manier van reguleren (bepalingen die elkaar tegenspreken inclusief) alleen maar een legistische miskleun kan opleveren.

Meer uitleg – samen met een ernstige gebruikswaarschuwing – vindt u in punt 6.8.

**>>> zie voor meer details over punten 1.5, 1.6 en 1.7 de knop Regelgeving op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

## 1.8. KRITISCHE NOOT EN TOEKOMSTBLIK

- a) > De Europese Commissie – die vaststelt dat de overheidsopdrachten-mededinging op Europees vlak niet voldoende van de grond is gekomen en dat de bestaande regels niet worden nageleefd en de misbruiken voortduren – blijft obstinaat geloven dat strengere en bijkomende regels de remedie uitmaken.

Wij zijn er daarentegen van overtuigd dat de gedurige toevoeging van regelgeving de slechtst denkbare oplossing is en dat de redding enkel kan komen van:

- een goede interne en externe controle, zowel bij het gunnen, het uitvoeren, als na afloop van de overheidsopdracht, bij iedere overheid;
- een afdoende rechtsbescherming – zonder de overdrijvingen van Richtlijn 2007/66/EG – van de deelnemende concurrenten tegen het onrechtmatig tot stand komen van overheidsopdrachten, met daaraan gekoppeld een sanctionering van tergende en roekeloze vorderingen.

Het valt daarbij te betreuren dat de Europese Richtlijnen niet altijd uitblinken in duidelijkheid en soms overdreven bureaucratisch en onverstandig zijn opgesteld, tot wanhoop van de rechtspractici en vooral van de rechtspersonen die eraan onderworpen zijn.

Zij zien zich vaak voor een uitermate moeilijke toepassing geplaatst.

- b) > De Richtlijn in de speciale sectoren is altijd minder strikt geweest dan die in de klassieke sectoren, o.m. door het hanteren van hogere drempelbedragen en vooral **door de onderhandelingsprocedure met bekendmaking als een standaardgunningsprocedure te aanzien**, naast de open en de beperkte procedure (aanbesteding en offerteaanvraag).

Dit laatste euvel betekent een betreurenswaardige achterstelling van de 'klassieke' aanbestedende overheden ten opzichte van de 'speciale'.

De soepelheid die de onderhandelingsprocedure met bekendmaking kenmerkt, gaat nochtans niet ten koste van de mededinging, die ten volle gegarandeerd blijft.

Een volgende herziening van de Europese Richtlijnen zou dan ook dit euvel dienen recht te zetten, toch minstens voor de opdrachten van diensten.

- c) > We kunnen trouwens in dat verband niet om de vaststelling heen dat de huidige **standaardgunningsprocedures** – in het bijzonder de aanbesteding – in grote mate **achterhaald zijn** doordat ze veel te star, te gedetailleerd en te gesloten georganiseerd zijn. Zelfs de offerteaanvraag zal meer en meer de snelheid en soepelheid blijken te missen die vereist zijn om adequaat te kunnen reageren op sommige mankementen in offertes en gunningsdocumenten enerzijds, en op de vaak vlug wijzigende overheidsbehoeften anderzijds.

Uiteindelijk maakt enkel het *onderhandelingsinstrument* het mogelijk om de ingediende offertes te perfectioneren en optimaal af te stemmen op de behoeften van de overheid, met respect voor de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

- d) > Dit brengt ons tot een ideale **toekomstschets** waarin (naast de specifieke procedures zoals de ontwerpenprijsvraag, de concessie voor openbare werken, enz...) **alleen nog maar onderhandelingsprocedures** zouden overblijven als gunningsprocedure.

De keuze tussen één gunningscriterium (de prijs) en meerdere gunningscriteria zou uiteraard behouden blijven.

Daarbij zouden we één uitzonderingsprocedure en twee standaardprocedures onderscheiden:

- De *onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking* zou – even abstractie makend van de andere specifieke toepassingsgevallen – beperkt zijn tot de opdrachten gesloten met een aanvaarde factuur, mits het limietbedrag ervan te verhogen tot bvb. 15.000 euro;

- De *bepaalde onderhandelingsprocedure* zou toepasbaar zijn in alle gevallen en overeenstemmen met de huidige onderhandelingsprocedure met bekendmaking (dus na de bekendmaking een tweestapsprocedure met eerst het indienen van kandidaatstellingen door de geïnteresseerden);
- De *open onderhandelingsprocedure* zou eveneens toepasbaar zijn in alle gevallen en verlopen als een éénstapsprocedure met bekendmaking, dus met het direct indienen van offertes door de geïnteresseerden (het feit dat dit laatste nu niet mogelijk is bij de onderhandelingsprocedure met bekendmaking is een nadeel dat aldus zou verholpen zijn).

## **1.9. OPZET INITIATIEKST EN BEPERKINGEN**

Deze initiatietekst beschrijft de **hoofdzaken van de regelgeving** op eerder beknopte wijze en met slechts hier en daar een lichte commentaartoets aangevinkt door een >. Hij wil dan ook niet méér zijn dan een wegwijzer in de *doolhof* van de overheidsopdrachten en zeker geen volledigheid betrachten.

Voor de **Vlaamse overheid** heeft de regeling voor de speciale sectoren (cf. arts. 26 tot 41.5° van de Wet) slechts een marginaal belang.

De **Vlaamse Gemeenschap** hoort integraal onder de klassieke sectoren.

Het **Vlaamse Gewest** grotendeels ook, vermits het nauwelijks zelf actief is in de speciale sectoren.

Een mogelijk voorbeeld is nochtans de exploitatie van terreinen voor havens of vervoerterminals voor lucht-, zee-, of binnenvaart (sector vervoer).

Bepaalde Vlaamse *extern verzelfstandigde agentschappen* die gewestbevoegdheden uitoefenen, zoals de 'VVM-De Lijn', 'Waterwegen en Zeekanaal' en 'De Scheepvaart', opereren ook volledig of deels in die sectoren.

Daarom zal deze initiatie zich enkel toespitsen op de **overheidsopdrachten in de klassieke sectoren**.

## **1.10. INTERNETSTEK AFDELING OVERHEIDSOPDRACHTEN**

<http://www.bestuurszaken.be/overheidsopdrachten>

Op de vernieuwde internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten vindt u allerhande **informatie** verdeeld over een knoppenmenu met [E-procurement](#), [Duurzame overheidsopdrachten](#), [Instrumenten](#) (o.a. handleidingen, toelichtingen, modellen, ...), [Regelgeving](#) en [Van A tot Z](#).

De dienstverlening van de afdeling richt zich uitsluitend tot de Vlaamse overheid. Informatie over haar contactpersonen, het vragen van een advies, enz... staat op het (interne) extranet.

## 2. REGELGEVINGSTRUCTUUR

---

**>>> zie de up to date gecoördineerde versie van de regelgeving op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

a) De huidige **regelgeving** is als volgt ingedeeld:

### **1) Europese Richtlijnen:**

Die zijn toepasselijk op de overheidsopdrachten en sommige privé-opdrachten vanaf bepaalde drempelbedragen (cf. punt 5.4.2):

- Richtlijn 2004/18/EG van 31.3.2004 in de klassieke sectoren;
- Richtlijn 2004/17/EG van 31.3.2004 in de speciale sectoren water, energie, vervoer en postdiensten;
- Richtlijn 2007/66/EG van 11.12.2007 tot wijziging van Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG en tot verhoging van de doeltreffendheid van de verhaalprocedures (rechtsbescherming);
- Richtlijn 2009/33/EG van 23.4.2009 tot bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen;
- Richtlijn 2009/81/EG van 13.7.2009 inzake bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied ([de uiterste omzettingsdatum van 21.8.2011 is andermaal niet gehaald door België – deze richtlijn heeft geen impact op de Vlaamse overheid](#)).

Vermeldenswaard is ook Richtlijn 2000/35/EG van 29.6.2000 tot bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties, één van de zeldzame Europese Richtlijnen die zich met de uitvoering van overheidsopdrachten en privé-opdrachten bezighouden.

Intussen is Richtlijn 2011/7/EG van 16.2.2011 verschenen, die de vorige komt verstrengen (uiterlijk om te zetten tegen 16.3.2013).

### **2) Wet van 24.12.1993 (en in zeer beperkte mate de Wet van 15.6.2006):**

- Bevat de *algemene* regels inzake gunning en uitvoering van overheidsopdrachten en sommige privé-opdrachten;
- De *essentie* van de verplichte bepalingen van de Richtlijnen zit erin geïncorporeerd;
- [Een paar omgezette facultatieve bepalingen van de Richtlijnen staan in de Wet van 15.6.2006.](#)

### **3) KB van 8.1.1996:**

- Bevat de *nadere* regels inzake de *gunning* van overheidsopdrachten;
- Regelt enkel de *klassieke* sectoren;
- Met inbegrip van de *details* van de verplichte bepalingen van de Richtlijnen;
- Omvat ook de regels voor de *specifieke* gunningsprocedures.

**4) KB van 10.1.1996:**

- Bevat de *nadere* regels inzake de *gunning* van overheidsopdrachten;
- Regelt enkel de *speciale* sectoren;
- Met inbegrip van de *details* van de verplichte bepalingen van de Richtlijnen.

**5) KB van 26.9.1996:**

- Bevat de *nadere* regels inzake de *uitvoering* van overheidsopdrachten;
- Omvat ook de uitvoeringsregels voor de *concessie*opdrachten voor openbare werken en de *promotie*opdrachten;
- **Bijlage:** het raamreglement voor de uitvoering van overheidsopdrachten (*algemene aannemingsvoorwaarden of AAV*).

**6) KB van 20.12.2010:**

- Toepasselijk op de levering van wegvoertuigen, maar beperkt tot de opdrachten vanaf de Europese drempels;
- Regelt de vereiste energie- en milieu-effecten van de voertuigen tijdens hun operationele levensduur.

**7) KB van 12.9.2011:**

- Voert de gunningsprocedure van de *concurrentiedialoog* in.

b) De **Wet** is als volgt ingedeeld:

- Boek I (overheidsopdrachten)
  - Titels II en III: regelen de overheidsopdrachten in de *klassieke* sectoren;
  - Titel IV: regelt de overheidsopdrachten in de *speciale* sectoren.

- Boek II (privé-opdrachten)

Regelt bepaalde *privé*-opdrachten – vanaf de Europese drempelbedragen – van de overheidsbedrijven en de privé-monopolies in de *speciale* sectoren.  
Het KB van 18.6.1996 bevat de nadere regels voor de gunning van deze opdrachten.

- Boek II-bis (overheidsopdrachten en privé-opdrachten)

Regelt de motivering, informatie en verhaalprocedures (rechtsbescherming) voor de opdrachten van boeken I en II.

Bemerk de *merkwaardige opdeling* van de Wet die te wijten is aan de dubbele dualiteit “overheidsopdrachten – privé-opdrachten” (die juridisch noodzakelijk is) en “klassieke sectoren – speciale sectoren” (die Europees opgelegd is), maar ook aan het nodige stukadoorswerk voor de omzetting van Richtlijn 2007/66/EG.

### 3. TOEPASSINGSGBIED

---

#### 3.1. OP WIE IS DE REGELGEVING TOEPASSELIJK ?

Anders gezegd: wie wordt beschouwd als “aanbestedende overheid”?

Het antwoord op deze vraag staat in de arts. 1 en 4 van de Wet.

We beperken ons tot enkele toelichtingen bij de volgende onderworpen categorieën.

##### a) Overheden

De Wet is op alle overheden toepasselijk.

Voor wat **de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest** betreft, vallen de Regering, de ministers en ministeries in al hun geledingen (bvb. ook de wetenschappelijke instellingen, de diensten met afzonderlijk beheer en de intern verzelfstandigde agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid) onder de toepassing van de Wet. Noteer dat de noemer ‘*Vlaamse overheid*’ slechts een verzamelnaam is voor alle 13 beleidsdomeinen, zodoende geen juridisch bestaansrecht heeft en dan ook niet als aanbestedende overheid kan optreden.

##### b) Overheidsinstellingen met rechtspersoonlijkheid

Onder meer de Vlaamse **intern of extern verzelfstandigde agentschappen met rechtspersoonlijkheid** en de openbare instellingen ressorteren hieronder.

Een niet-limitatieve lijst kan men terugvinden in bijlage 1 van het KB van 8.1.1996.

Deze lijst kan permanent worden bijgewerkt.

Nochtans is een overheidsinstelling aan de Wet onderworpen, zelfs indien ze nog niet expliciet in de lijst is opgenomen.

##### c) Rechtspersonen die cumulatief aan bepaalde voorwaarden voldoen

- Het gaat om de **rechtspersonen die aan beide volgende voorwaarden voldoen** op de dag dat ze beslissen om een overheidsopdracht te lanceren:

1) *Opgericht zijn met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn.*

Het is dus niet de aard van de rechtspersoon maar zijn specifieke opdracht die van industriële of commerciële aard moet zijn om hem aan het toepassingsgebied van de Wet te onttrekken.

De vaststelling dat de rechtspersoon activiteiten uitoefent die van industriële of commerciële aard zijn, volstaat op zich niet om te besluiten dat de regelgeving niet van toepassing zou zijn (zo heeft bvb. een maatschappij die belast is met afvalverwijdering de opdracht om te voorzien in een behoefte van algemeen belang inzake milieubescherming; ze zal daarbij automatisch industriële of commerciële activiteiten ontwikkelen; toch valt ze onder de regelgeving).

Bemerk dat de wijze van oprichting (al dan niet onder een privaatrechtelijke vorm zoals een NV of een VZW) niet relevant is om het toepassingsgebied van de Wet af te lijnen.

2) *Gekenmerkt zijn door een bijzondere overheidsinvloed (via de samenstelling van de beslissende organen, het toezicht of de financiering).*

De rechtspersonen worden:

- hetzij beïnvloed doordat de leden van de directie, van de raad van bestuur of van de raad van toezicht voor meer dan 50 % door overheden, overheidsinstellingen of **de hier bedoelde rechtspersonen** worden aangewezen;



- hetzij in hun beheer onderworpen aan het toezicht van overheden, overheidsinstellingen [of de hier bedoelde rechtspersonen](#);
  - hetzij voor meer dan 50 % gefinancierd door één of meerdere overheden, overheidsinstellingen [of de hier bedoelde rechtspersonen](#).
- Hoewel geen van beide voorwaarden dit met zoveel woorden zegt, werd tot voor kort aangenomen dat de rechtspersonen ook moeten zijn opgericht door een overheid of een overheidsinstelling.  
Het arrest 'Cambridge' van het Europees Hof van Justitie van 3.10.2000 heeft zich echter op de letter van de Richtlijnen gesteund om ervan uit te gaan dat **ook uit zuiver privé-initiatief ontstane rechtspersonen** (zoals de universiteit van Cambridge) door deze bepalingen worden gevisieerd.  
Het arrest bepaalt zelfs dat alle financieringsbronnen van overheidswege in aanmerking moeten worden genomen, ook de onrechtstreekse zoals salarissen, studiebeurzen e.d., naast de rechtstreekse zoals werkingssubsidies.
- > Hoewel vanuit intellectueel oogpunt de vraag kan rijzen of het Hof aldus de geest van de Europese wetgever heeft weerspiegeld, lijkt de gesubsidieerde privé-sector ons geen andere keus te hebben dan zich bij deze evolutie neer te leggen.

>>> zie [het item 'Toepassing overheidsopdrachten bij gesubsidieerde projecten' onder de knop Instrumenten > Toelichting op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten](#)

- Een niet-limitatieve lijst van deze rechtspersonen staat eveneens in bijlage 1 bij het KB van 8.1.1996.  
Of een rechtspersoon al dan niet figureert op deze lijst is niet bepalend.  
Wel bepalend is of hij al dan niet voldoet aan de gestelde voorwaarden op de dag dat hij beslist om een overheidsopdracht te lanceren.
- d) Publiekrechtelijke verenigingen
- Deze **verenigingen** zijn opgericht, hetzij tussen instanties sub a, b en c onderling, hetzij tussen die instanties en particulieren, met het oog op het **verzorgen van een openbare dienst**.  
De overheid behoudt het monopolie van het bestuur of minstens het overwicht in de bestuursorganen.  
De intergemeentelijke samenwerkingsverbanden zijn daarvan een voorbeeld.
- e) Privé-universiteiten
- Art. 4, §2, 9° van de Wet stelt dat de **privaatrechtelijke universitaire instellingen** de Wet enkel moeten toepassen voor de opdrachten die gesubsidieerd worden door de overheid.  
Gelet op het arrest 'Cambridge' – cf. punt c – heeft het KB van 23.11.2007 (cf. punt 1.5.c) deze wetsbepaling aangevuld in die zin dat die instellingen – in zover ze voldoen aan de voorwaarden van punt c – bovendien onder de Wet vallen voor al hun opdrachten vanaf de Europese drempelbedragen.
- f) Privé-persoon met gesubsidieerde opdrachten
- De Wet is toepasselijk op bepaalde **opdrachten van privé rechtspersonen**, die niet voldoen aan de criteria van punt c, indien zij *voor deze opdrachten subsidies ontvangen* van overheden of instellingen die onderworpen zijn aan de Wet.

Deze bepaling is nader omschreven door de *arts. 1, §2 en 53, §2 van het KB van 8.1.1996* (voor opdrachten vanaf de Europese drempelbedragen) en door de *arts. 11 en 63* (voor opdrachten beneden die drempelbedragen maar minstens 135.000 euro belopende). Daarnaast moet de *rechtstreekse subsidie méér dan 50 %* bedragen en moet het gaan om *bepaalde bouwwerken* of opdrachten van diensten bestemd voor die bouwwerken. Bedoeld worden dus de bouwstudie en de bouw van bvb. privé-ziekenhuizen, privé-recreatiecentra, enz... .

g) Opdrachtcentrales of aankoopcentrales

- Een **opdrachtcentrale** is een aanbestedende overheid die (cf. art. 2, 4° van de Wet van 15.6.2006):
  - ofwel *leveringen of diensten verwerft* die bestemd zijn voor andere aanbestedende overheden;
  - ofwel *opdrachten gunt inzake werken, leveringen of diensten* die bestemd zijn voor andere aanbestedende overheden.

Opdat een overheid als opdrachtcentrale voor andere overheden zou kunnen optreden, is het *niet vereist dat ze in die hoedanigheid zou zijn opgericht*.

Elke overheid kan die activiteit ontwikkelen, maar vanzelfsprekend slechts binnen het raam van haar eigen bevoegdheid en opdracht (bvb. een entiteit die zich enkel met onroerend erfgoed bezighoudt, kan niet plots een opdracht over roerend erfgoed gunnen voor een andere overheid).

Een centrale die tot een in het tweede streepje bedoelde opdracht overgaat voor een andere overheid, heeft enkel een *voorafgaande machtiging of overeenkomst* nodig indien die opdracht specifiek op die overheid is toegespitst en niet wanneer het om een generieke opdracht gaat die voor vele overheden van nut kan zijn.

Het ligt voor de hand dat de opdrachtcentrale in het eerste geval pas een gunningsprocedure zal lanceren indien ze daarvoor over een schriftelijke machtiging of overeenkomst beschikt.

- Hoewel een nieuwigheid in de regelgeving (cf. punt 1.7.a) heeft dit type van overheid **sinds lang bestaan in België** en elders in de Europese Unie. De nieuwe Europese Richtlijn heeft dit verschijnsel onderkend en enkel maar met een aantal algemene regels willen stroomlijnen. Centrale aankoop- en gunningstechnieken bieden immers het voordeel dat ze het door hun omvang mogelijk maken om de mededinging te verbreden en de overheidsbestellingen efficiënter te plaatsen.
- Een overheid die een beroep doet op een opdrachtcentrale is **vrijgesteld van de verplichting** om zelf een gunningsprocedure te organiseren (cf. art. 15 van de Wet van 15.6.2006). De klaarblijkelijke fictie is dat die overheid geacht wordt aan alle overheidsopdrachtenregels te hebben voldaan omdat de opdrachtcentrale verplicht is om die zelf na te leven.

h) Noot

Een instelling die niet onderworpen is aan de Wet mag niet worden gebruikt om de letter en de geest ervan te omzeilen.

Dit zou het geval kunnen zijn wanneer een dergelijke instelling de plaatsing van een opdracht zou toevertrouwd krijgen voor rekening van een aanbestedende overheid die wel aan de Wet onderworpen is (bvb. een bankinstelling die in eigen naam een opdracht ten behoeve van een gemeente laat uitvoeren; deze bank zal in dat geval de Wet moeten toepassen).

### **3.2. OP WAT IS DE REGELGEVING TOEPASSELIJK ?**

De Wet is in principe toepasselijk op alle opdrachten van werken, leveringen en diensten die door een opdrachtnemer (aannemer, leverancier of dienstverlener) ten bate van een aanbestedende overheid (cf. punt 3.1) gepresteerd worden.

#### **3.2.1. KWALIFICATIE ALS WERK, LEVERING OF DIENST**

- a) Elke overheidsopdracht kan slechts **één kwalificatie** krijgen: ze is een opdracht van ofwel werken, ofwel leveringen, ofwel diensten, zelfs indien ze gemengd van aard is (cf. punt 3.2.2.b).
- b) De **definities** van werken, leveringen en diensten staan in art. 5 van de Wet.
- 1) Een opdracht van **werken** wordt gedefinieerd als de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een aannemer enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds en die betrekking heeft:
    - hetzij op de uitvoering, hetzij op de uitvoering samen met het ontwerp, van een werk of van werken in verband met de in bijlage 1 van de Wet vermelde werkzaamheden;
    - hetzij op het laten uitvoeren, op welke wijze dan ook, van een werk dat aan de door de aanbestedende overheid vastgestelde eisen voldoet.Het werk is het resultaat van een geheel van bouwwerkzaamheden of werkzaamheden van burgerlijke bouwkunde dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.
  - 2) Een opdracht van **leveringen** wordt gedefinieerd als de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een leverancier enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds en die betrekking heeft op de verwerving door koop- of aannemingsovereenkomst, huur, huurkoop of leasing met of zonder aankoopoptie van producten.  
Deze overeenkomst mag bijkomend plaatsings- of installatiewerkzaamheden omvatten.
  - 3) Een opdracht van **diensten** wordt gedefinieerd als de overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende overheid anderzijds en die betrekking heeft op de in bijlage 2 van de Wet vermelde diensten (dit is dus geen inhoudelijke definitie, maar men heeft geopteerd voor de verwijzing naar een bijlage waarin een hele reeks dienstenopdrachten *met de nodige uitzonderingen* zijn opgesomd).

>>> zie bvb. het item **Onderzoek & ontwikkeling onder de knop Instrumenten > Toelichting op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- c) **Bijlagen 1 en 2** van de Wet zijn vernieuwd door het vierde nood-KB (cf. punt 1.5.e).

Zo is – naast een aantal kleinere wijzigingen – voor de werken de NACE-nomenclatuur opgenomen en voor de diensten de nieuwe CPV-woordenlijst (cf. punt 5.5.4.b).

### 3.2.2. PROBLEEMGEVALLEN

- a) De Wet geeft zeer ruime en algemene definities aan de drie soorten opdrachten wat de praktische toepassing ervan niet altijd gemakkelijk maakt.

Bovendien hanteert de regelgeving op de **erkenning van aannemers** een ruimere omschrijving van het begrip 'werken', in de zin van alle werkzaamheden aan goederen die onroerend zijn uit hun aard of door bestemming.

Dit kan tot mogelijke conflicten leiden bij het onderscheid tussen bepaalde werken en leveringen, dat niet altijd zo duidelijk is, daar een levering bijkomend plaatsings- of installatiewerkzaamheden mag omvatten.

Hetzelfde geldt voor het onderscheid tussen bepaalde werken en diensten.

De twee regelgevingen kan men nochtans verzoenen door de opdracht in voorkomend geval correct te kwalificeren als levering of dienst, maar bij de selectie de nodige erkenning te vereisen (vanzelfsprekend alleen wanneer de Erkenningscommissie zelf nog een erkenning aflevert voor de activiteit in kwestie).

- b) Vaak heeft men te maken met **gemengde opdrachten** van werken & leveringen, werken & diensten of leveringen & diensten of zelfs een combinatie van de drie.

In die gevallen dient men vooreerst uit te gaan van het *hoofdvoorwerp* van de opdracht en de kwalificatie daarvan te bepalen aan de hand van de definities sub 3.2.1.b, inbegrepen de bijlagen bij de Wet en de *nieuwe CPV woordenlijst* (cf. punt 5.5.4.b voor meer details over de CPV).

Vervolgens zijn er een paar *specifieke kwalificatieregels* (cf. art. 54 in fine van het KB van 8.1.1996):

- wanneer een opdracht 'diensten' tot hoofdvoorwerp heeft, maar ook 'werken' omvat die slechts bijkomstig zijn ten aanzien van dit hoofdvoorwerp, dan betreft het een opdracht voor diensten;
  - > het respectievelijke geraamde bedrag van de aandelen 'diensten' en 'werken' is daarbij blijkbaar niet doorslaggevend;
- als een opdracht zowel leveringen als diensten omvat, dan is wèl de kwalificatie determinerend van wat het grootste geraamde aandeel in de opdracht uitmaakt.

Hoewel nergens expliciet bepaald, is deze laatste regel ook toepasselijk wanneer een opdracht zowel werken als leveringen omvat en geen van beide aandelen als hoofdvoorwerp kan worden aangemerkt.

- c) Opdrachten die **niet tegen betaling** zijn aangegaan, zijn niet per definitie *zonder bezwarende titel* gesloten.

Die vallen pas buiten het toepassingsveld van de Wet als de overheid geen enkele tegenprestatie verleent aan de opdrachtnemer en die ook geen enkele prestatie verleent ten voordele van de overheid, om het in ietwat absurde termen te stellen.

Indien bvb. de overheid een bepaalde vergunning zou toekennen in ruil voor een aantal prestaties in natura, dan zou het wel degelijk om een overheidsopdracht gaan.

Hetzelfde zou gelden wanneer een privé-persoon via sponsoring voor de betaling van de opdracht zou zorgen (de bezwarende titel zit dan in het publicitaire voordeel dat de overheid hem verschaft).

Bij sloopwerken kan het zelfs zo zijn dat er een nulprijs of een 'negatieve' prijs is overeengekomen.

### 3.2.3. UITZONDERINGSGEVALLEN

Op bepaalde opdrachten is de regelgeving niet toepasselijk.

- a) De **'internationale' opdrachten** vallen buiten de Wet (cf. art. 3, §1 van de Wet):
- als de realisatie of gezamenlijke uitbating van een project is overeengekomen in een internationaal akkoord – conform het EU-Verdrag – tussen België (of een Gemeenschap of Gewest) en een niet-EU-land;
  - of als ze uit kracht van een internationaal akkoord over de legering van strijdkrachten worden gegund aan opdrachtnemers uit een Lidstaat of een derde land;
  - of als ze uitgaan van, passen in het takenpakket van en worden gegund volgens de specifieke procedure van een internationale instelling.
- b) Tot 21.8.2011 vormden de **militaire leveringen en diensten** op Europees vlak de enige resterende uitgesloten sector.  
Daarin is verandering gekomen door de Richtlijn 2009/81/EG van 13.7.2009 inzake bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, die tegen die datum had moeten omgezet zijn.  
De Wet van 13.8.2011 inzake overheidsopdrachten en bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied is evenwel nog niet gepubliceerd.  
Op nationaal vlak volgen deze militaire opdrachten voorlopig nog het regime van de klassieke sectoren en vallen dus wel degelijk onder de Wet (cf. art. 3, §3 van de Wet), zij het dat er een specifiek uitvoerings-KB voor geldt.

De militaire leveringen en diensten ten behoeve van de internationale samenwerking met Navo- of EU-Lidstaten ontsnappen aan de Wet (cf. art. 3, §4 van de Wet).

- c) De *opdrachten tussen overheden of overheidsinstellingen* zijn evenzeer overheidsopdrachten en in principe onderworpen aan de Wet.  
Er geldt nochtans een uitzondering voor **opdrachten van diensten tussen overheden en overheidsinstellingen** wanneer die diensten worden verleend op grond van een alleenrecht toegekend door een wet of een reglement, dat verenigbaar is met het EU-Verdrag en dat moet passen in het maatschappelijke doel van de instellingen in kwestie (cf. art. 3, §2 van de Wet).
- d) De zgn. **'in house' overeenkomsten** ontsnappen aan de toepassing van de Wet.  
Het betreft doorgaans *binnen eenzelfde overheidstructuur* gesloten overeenkomsten tussen instanties met afzonderlijke rechtspersoonlijkheid, in functie van hun respectieve taken en bevoegdheden.  
Zo aanvaardt de Europese rechtspraak dat een moederoverheid (eventueel in een samenwerkingsverband met andere moederoverheden) zonder beperking een beroep kan doen op een dochteragentschap indien:
- de moeder of moeders op hun dochter toezicht uitoefenen zoals op hun eigen diensten (vandaar het vereiste dat de dochter maagdelijk publiek moet blijven, zonder enige privé-participatie);
  - en de dochter tegelijkertijd het merendeel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de moederoverheid of de moederoverheden.
- Over de relaties in de richting dochter → moeder en dochter → dochter bestaan er nog geen uitspraken, maar allicht zijn die binnen dezelfde context even geoorloofd.

> Dat de in house overeenkomsten buiten de marktwerking mogen blijven, is overigens het evidente gevolg van het recht van iedere overheid om haar interne structuur naar wens op te zetten.

>>> zie het overzicht van de Europese in house rechtspraak **onder de knop Instrumenten > Toelichting op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- e) De Wet is niet toepasselijk op de **concessieopdrachten voor diensten** (dit kunnen 'concessies van openbare dienst' of gewone 'concessies van diensten' zijn), in tegenstelling tot de concessieopdrachten voor openbare werken.
- f) De finaliteit van elke overheidsopdracht is het sluiten van een *overeenkomst met één enkele begunstigde*.  
De ganse regelgeving is vanuit die optiek geschreven, vermits een gunningsprocedure normaliter leidt tot de gunning van de opdracht aan de inschrijver met de laagste of de voordeligste offerte.  
Vaak kan de opdeling in meerdere afzonderlijke opdrachten of percelen helpen om dat eenduidig resultaat te bereiken.  
Toch bestaan er situaties waarin het onontbeerlijk of wenselijk is om te komen tot **overeenkomsten met meerdere begunstigten**.  
Als het dan werkelijk zo is dat een opdracht niet kan worden opgedeeld en de onderhandelingsprocedure met bekendmaking geen uitweg biedt omdat men zich niet in één van de toepassingsgevallen bevindt – of wanneer men de opdracht wil openstellen voor al diegenen die aan de voorwaarden voldoen – dan situeert men zich de facto buiten het toepassingsgebied van de Wet (cf. punten 3.3 en 3.4).
- g) Enigszins verwant met het vorige punt zijn de opdrachten die strikt voorbehouden zijn voor **bepaalde wettelijk georganiseerde ambten** zoals die van notarissen, gerechtsdeurwaarders, gerechtelijke experts, enz...  
Hun wettelijk vastgelegde taken, tarieven en ambtsgebied of hun specifieke aanstellingswijze maken de overheidsopdrachtenregels – hoewel principieel toepasselijk – onwerkzaam.  
Zo is bij overheidsopdrachten de mededinging essentieel gericht op de forfaitaire grondslag van elke opdracht (prijs, uitvoeringswijze en -middelen en andere inhoudelijke elementen, cf. punt 4.3), maar het is daarbij wel de bedoeling dat de forfaitaire grondslag het resultaat is van de mededinging en niet eraan voorafbestaand is (!).  
De regelgeving is hier bijgevolg de facto niet toepasbaar (cf. punt 3.4).

#### 3.2.4. VOORBEELDEN

- Werken:
  - huur van een nog op te richten kantoorgebouw dat aan de vooraf bepaalde wensen van de overheid voldoet;
  - aanleg van betonnen veiligheidsstootbanden;
  - reinigen van gevels.
- Leveringen:
  - huur van een fotokopietoestel;
  - plaatsen van losse personal computers;
  - leveren van gedrukt briefpapier.
- Diensten:
  - kuisen van ramen en kantoren;
  - winterdienst op de wegen;
  - conceptie, opmaak en verdeling van brochures.
- Regelgeving niet toepasselijk of niet toepasbaar:
  - koop of huur van bestaande gebouwen;
  - milieustudie uitgevoerd door Ovam in opdracht van het Vlaamse Gewest;
  - studie door een intergemeentelijk samenwerkingsverband (met of zonder beheersoverdracht, maar binnen zijn maatschappelijk doel) voor een gemeente;
  - concessie van snoep- of drankautomaten;
  - aankoop van emissierechten;
  - keuze van een notaris.

### **3.3. ONDERSCHIED OVERHEIDSOPDRACHTEN – SUBSIDIES**

Het louter subsidiëren van een bepaalde activiteit vormt op zich nooit een overheidsopdracht in hoofde van de subsidiërende overheid, tenzij ze de subsidietechniek zou misbruiken om een overheidsopdracht te camoufleren.

Een **overheidsopdracht** veronderstelt altijd (cf. punten 3.1 en 3.2) een prestatie door een derde ten behoeve van de overheid, in de vorm van een werk, een levering of een dienst, in ruil voor een tegenprestatie door de overheid (doorgaans een betaling). Het gaat dus om *tweerichtingsverkeer* tussen overheid en derde.

Bij een **subsidie** gebeurt er door de gesubsidieerde derde geen rechtstreekse of uitsluitende prestatie ten behoeve van de overheid, wèl een prestatie ten bate van een maatschappelijke activiteit die van algemeen belang wordt geacht en die de overheid daarom ondersteunt. Het gaat dus vooral om *éénrichtingsverkeer* vanuit de overheid.

Maar opgelet: door subsidiëring kunnen privé-personen (die geen aanbestedende overheid zijn) voor bepaalde werken en diensten zelf onder de toepassing van de overheidsopdrachtenregelgeving vallen (cf. punt 3.1.f).

### **3.4. WAT INDIEN DE REGELGEVING NIET TOEPASSELIJK OF TOEPASBAAR IS ?**

Het niet toepasselijk of niet toepasbaar zijn van de overheidsopdrachtenregelgeving bevrijdt een overheid niet van de grondwettelijke **gelijke behandelingsplicht** (mededingingsprincipe) en de overige administratiefrechtelijke **principes van behoorlijk bestuur** (zorgvuldigheidsbeginsel, redelijkheidsbeginsel, rechtszekerheidsbeginsel, enz...) die toepasselijk zijn op elk overheidshandelen.

Ook in deze situatie zal ze bijgevolg verplicht zijn om voor de opdracht in kwestie een *mededinging* te organiseren met een passende *bekendmaking*, tenzij dit om gegronde redenen onmogelijk is.

Hoe dan ook zal ze verlost zijn van alle 'knellende boorden' van de overheidsopdrachtenregelgeving, zoals de beperking tot één begunstigde en de rest van de waaier van overgedetailleerde gunningsbepalingen.

De Europese Commissie – het tegenovergestelde zou verbazen – drijft het nog iets verder (cf. Interpretatieve Mededeling van 1.8.2006 over de gemeenschapswetgeving toepasselijk op opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de Richtlijnen vallen – zie <http://eur-lex.europa.eu>).

Ze steunt zich op de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie die stelt dat – zelfs buiten het toepassingsveld van de Richtlijnen – **de basisregels van het EU-Verdrag** en de daarvan afgeleide regels dienen te worden gerespecteerd.

Die basisregels zijn: het vrij verkeer van personen, goederen en diensten, de non-discriminatie en gelijke behandeling, de transparantie, de proportionaliteit en de wederzijdse erkenning.

Uit de non-discriminatie en gelijke behandeling en de transparantie vloeit volgens het Hof voort dat de overheid voor een passend niveau van bekendmaking (zowel qua medium als inhoudelijk) moet zorgen, evenals voor een controle op het onpartijdig verloop van de plaatsing van overheidscontracten (de zgn. rechtsbescherming).

## 4. BASISBEGINSELEN

---

### 4.1. EUROPESE BEGINSSELEN

Naast het EU-Verdrag (cf. punt 3.4) benadrukken ook de Europese Richtlijnen volgende beginselen:

- **Non-discriminatie:**  
de participatie van concurrenten uit de andere Lidstaten van de EU mag niet worden verhinderd of bemoeilijkt door nationale regelingen of attitudes;
- **Gelijke behandeling:**  
alle deelnemende concurrenten hebben recht op een neutrale beoordeling en een gelijke toepassing van de geldende regels en voorwaarden;
- **Transparantie:**  
het overheidshandelen moet logisch, redelijk en duidelijk zijn, in een dossier traceerbaar zijn en op gemotiveerde wijze gebeuren.

In feite bevestigt het Europese niveau hiermee hetgeen al van oudsher in België geldt, zoals het grondwettelijke principe van de gelijke behandeling van de burgers (cf. arts. 10 en 11 van de Grondwet) en de administratiefrechtelijke principes van behoorlijk bestuur.

### 4.2. MEDEDINGING

- a) De mededinging is een ander belangrijk basisbeginsel van de overheidsopdrachten (cf. art. 1, §1 van de Wet).  
Het vloeit voort uit de plicht tot gelijke behandeling door de overheid, waardoor aan iedereen **gelijke kansen** moet worden geboden voor het in de wacht slepen van een opdracht.  
Daartoe moet iedereen op de hoogte kunnen zijn van de gelanceerde opdrachten en is een **bekendmaking** in principe vereist (cf. punt 5.5).
- b) Qua keuze van gunningsprocedure is de overheid volledig vrij om te kiezen tussen de **aanbesteding** (op basis van één gunningscriterium, de prijs) of de **offerteaanvraag** (op basis van meerdere gunningscriteria) (cf. punt 5.2).

De **onderhandelingsprocedure** (met of zonder bekendmaking) is daarentegen een gunningsprocedure die slechts mogelijk is in de gevallen die uitdrukkelijk zijn omschreven in art. 17 van de Wet (dit is trouwens de reden waarom ze in de Wet zelf zijn opgenomen).  
Noteer dat de onderhandelingsprocedure *zeker niet de mededinging uitsluit*.  
Integendeel, het in mededinging stellen is evenzeer verplicht, zelfs wanneer er geen bekendmaking is, behalve in een paar strikt omschreven gevallen.  
Wèl wordt *de mededinging anders ingekleed* en bestaat er meer vrijheid bij het contracteren door de mogelijkheid tot *onderhandelen* (cf. punt 5.3).

- c) Het principe van de mededinging impliceert ook dat een overheid zich niet over te lange tijd kan verbinden en dat bijgevolg de **looptijd** van iedere overheidsopdracht **beperkt** moet zijn.  
De redelijke duur van elke opdracht is afhankelijk van de concrete omstandigheden van de opdracht in kwestie.



### **4.3. FORFAITAIRE GRONDSLAG**

- a) Een overheidsopdracht wordt gegund en gesloten op forfaitaire grondslag (cf. arts. 1 en 7 van de Wet).  
Dit derde basisbeginsel van de overheidsopdrachten sluit nauw aan bij de mededinging, in die zin dat het ook **tijdens de uitvoering** van de opdracht de **gelijke behandeling** van de inschrijvers handhaaft:
- het zou inderdaad zinloos zijn om vóór het sluiten van de opdracht de mededinging maximaal te laten spelen, als er geen garanties voorhanden zouden zijn om ook na de sluiting van de opdracht de overheid te verplichten om geen onwettige afwijkingen toe te staan qua prijs, termijn of andere contractuele bepalingen;
  - het zou de gelijkheid onder de inschrijvers, die bestaat vóór de sluiting, totaal ongedaan maken;  
het spreekt immers vanzelf dat een inschrijver die bij voorbaat weet te kunnen rekenen op een zeer toegeeflijke behandeling door de opdrachtgever, zich kan permitteren met een zeer concurrerende prijs in te schrijven;
  - om die discriminatie tegen te gaan, bepaalt de Wet dat eens de prijs geboden is, hij onveranderlijk is en dat ook de andere voorwaarden van de gesloten overeenkomst niet meer mogen worden gewijzigd;  
het beginsel van het forfait slaat dus niet zozeer enkel op de prijs, dan wel op het geheel van de contractuele verplichtingen die tegen een bepaalde prijs dienen te worden uitgevoerd.

Voor de forfaitaire prijs draagt de opdrachtnemer het *risico* (technische problemen, feitelijke omvang van de prestaties, loon- en prijsevolutie).

Dit betekent dat in het bedrag van de offerte alle voorzienbare – en zelfs bepaalde onvoorzienbare – lasten begrepen zijn die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht en er onmiddellijk verband mee houden.

- b) Met het forfaitprincipe is nochtans geenszins in strijd een **prijsherzieningsformule** die ofwel precies omschreven is in het bestek, ofwel uitdrukkelijk is toegestaan door het bestek (de opdrachtnemer kan dan zelf een formule voorstellen).

> Dit laatste is nochtans niet aan te raden omdat het de vergelijking van de offertes bemoeilijkt.

De Wet van 30.3.1976 inzake economische herstelmaatregelen (BS 1.4.1976) bevat een aantal **voorwaarden** waaraan de prijsherzieningsformule moet beantwoorden:

- ieder indexeringsbeding, bvb. in functie van de gezondheidsindex, is van rechtswege nietig (art. 57, §1);
- de prijsherziening is beperkt tot maximum 80 % van de eindprijs van de opdracht (art. 57, §2);  
dit betekent dat er een vaste onherzienbare factor van minstens 20 % moet zijn;
- de prijsherzieningsformule moet parameters bevatten die de reële kosten vertegenwoordigen (art. 57, §2);  
dit principe staat ook in art. 7, §1 van de Wet;
- iedere parameter is alleen toepasselijk op dat gedeelte van de prijs dat beantwoordt aan de kosten die het vertegenwoordigt (art. 57, §2).

Van bepaalde federale initiatieven, die overwogen om deze voorwaarden te versoepelen, is voorlopig niets in huis gekomen.

- c) Het forfait wordt evenmin geweld aangedaan door een **herziening** van de contractuele voorwaarden in geval de opdrachtnemer een zeer belangrijk nadeel of voordeel ondervindt door **onvoorzienbare omstandigheden** (cf. punt 7.3.11.4).
- d) In de gevallen van art. 7, §2 van de Wet mag de overheidsopdracht worden gegund **zonder forfaitaire prijsbepaling** (het gaat om innovatieve of spoedeisende opdrachten).

#### **4.4. BELANGENVERMENGING**

- a) In dit verband spreekt men ook over “onverenigbaarheid”.  
De hier bedoelde belangenvermenging is die **aan de zijde van de overheid** (cf. art. 10 van de Wet).  
Ze wordt ook beoogd door art. 245 van het Strafwetboek en in vrij algemene termen strafbaar gesteld.

De belangenvermenging aan de zijde van de deelnemers is hier niet aan de orde (cf. punt 5.7.3.5).

- b) Om een eerlijke en objectieve behandeling van de deelnemers of opdrachtnemers te waarborgen, mogen er zich van overheidszijde geen **personen** met de gunning of de uitvoering van een opdracht bezighouden die een **band** hebben met een deelnemer of een opdrachtnemer.  
De betrokken *personen* kunnen ambtenaar of gezagsdrager zijn of eender welke persoon die door de overheid is belast met een dergelijke opdracht (bvb. een architect of studiebureau).  
De kwestieuze *band* kan meerdere gedaanten aannemen, zoals onder meer:
  - o bloed- of aanverwantschap;
  - o eigendomsrechten of aandeelhouderschap;
  - o vennoot-, directie- of bestuursfunctie.Meer algemeen kan men stellen dat er geen vermenging van de functies van controleur en gecontroleerde mag optreden.
- c) De personen die zich in een dergelijke situatie bevinden, dienen vanzelfsprekend zichzelf te **wraken** (cf. punt 7.6.3 voor bepaalde opdrachtnemers van diensten).

#### **4.5. VERVALSTE MEDEDINGING**

- a) De deelnemers aan een overheidsopdracht kunnen de eerlijke mededinging vervalsen door bepaalde **handelingen** te stellen, **overeenkomsten** aan te gaan of **afspraken** te maken.  
Dit kan vooraf gebeuren, bvb. over de prijszetting of over hun al dan niet deelname aan een gunningsprocedure, maar ook tijdens de gunningsprocedure kunnen deelnemers bvb. afspreken over de wijze van reageren op bepaalde vragen die de overheid over hun offertes moet of kan stellen.  
Omdat deze praktijken de *vrijheid van mededinging* in gevaar brengen en bijgevolg het principe van de mededinging zelf, zijn die handelingen, overeenkomsten of afspraken verboden (cf. art. 11 van de Wet).

Die praktijken zijn bovendien strafbaar gesteld, niet enkel in geval van *geweld of bedreigingen*, maar ook wanneer er *giften, beloften of andere bedrieglijke middelen* gebruikt zijn.

Ze kunnen op ieder ogenblik worden bestraft (cf. art. 314 van het Strafwetboek).

De eenvoudige deelname aan een gunningsprocedure geldt als *impliciete verklaring dat art. 11 van de Wet niet overtreden is* (cf. art. 91 van het KB van 8.1.1996).

- b) In de loop van de *gunningsprocedure* dient men elke offerte die aangetast is door die praktijken te **weren**.  
Bij ontdekking van die praktijken *tijdens de uitvoering* kan de overheid **ambtshalve optreden** tegen de opdrachtnemer of beslissen om de opdracht toch te laten doorgaan (cf. ook punt 7.3.15.9).  
Uiteraard kan er in geen enkel geval sprake zijn van enige schadevergoeding.
- c) Hoewel art. 11 daarover niets zegt, kan de eerlijke mededinging ook aan overheidszijde gevaar lopen, bvb. wanneer er sprake is van **favoritisme** tegenover een deelnemer aan een gunningsprocedure.  
Dergelijke praktijk kan eventueel in aanmerking komen als strafbare omkoping van ambtenaren (cf. arts. 246 en 247 van het Strafwetboek).

De problematiek rond favoritisme is, samen met die van punt 4.4, sinds enige tijd in de schijnwerpers komen te staan onder de noemer "integriteit".

#### **4.6. GEHEIMHOUDING**

Dit beginsel is eveneens belangrijk ter handhaving van een **eerlijk verloop van de mededinging in de gunningsfase** en ter **bescherming van de vertrouwelijke informatie** (zowel in de gunningsfase als bij de uitvoering).

Eigenaardig genoeg is het pas door de Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6) in de arts. 65/10, §2 en 65/26 van de Wet opgenomen.

Het overbodig geworden art. 139 van het KB van 8.1.1996 – dat slechts een heel beperkte strekking had qua vertrouwelijke prijsaspecten – is tezelfdertijd opgeheven.

Het geheimhoudingsbeginsel is bindend voor drie categorieën van betrokken actoren:

- a) De overheid en elke persoon waaraan ze taken heeft toevertrouwd, is gebonden door geheimhouding over:
- de kennis van *vertrouwelijke informatie over een opdracht*;
  - de *vertrouwelijke informatie die deelnemers en opdrachtnemers hebben verstrekt* in het raam van het plaatsen en uitvoeren van een opdracht.
- Onder vertrouwelijke informatie wordt onder meer verstaan de technische of commerciële geheimen en de vertrouwelijke aspecten van de offertes.
- Zo is in ruimere zin eenieder (ambtenaar of derde) die betrokken is bij de gunning van een opdracht verplicht tot geheimhouding over *de indiening of de inhoud van kandidaatstellingen of offertes* en zelfs over *de stand of het verloop van de procedure*.
- b) De kandidaten, inschrijvers en derden hebben – hangende de gunningsprocedure – *geen toegang tot de stukken van het gunningsdossier* (zoals kandidaatstellingen, offertes en interne documenten van de overheid) zolang de minister of de gedelegeerde niet definitief beslist heeft over de selectie, de gunning of de niet-plaatsing, al naargelang.

Pas nadien kan er (met uitzonderingen !) sprake zijn van informatie aan kandidaten of inschrijvers en openbaarheid van bestuur over het besliste item (cf. punt 5.11).

Een speciale casus betreft het *proces-verbaal van de openingszitting*, onverschillig of de zitting verplicht of vrijwillig georganiseerd is.

In dat geval geldt er openbaarheid voor diegenen die toegangsrecht hebben tot de zitting (cf. punten 5.6.4 en 5.8.3.6).

Maar opgelet: deze uitzondering geldt niet voor het proces-verbaal van opening van kandidaatstellingen of offertes indien er geen openingszitting plaatsvindt!

- c) De verhaalinstantie is *verplicht om vertrouwelijk om te gaan met de dossiers van partijen* (en de zakengeheimen die ze kunnen bevatten) en inzonder met het volledige dossier dat de overheid moet overleggen.  
Uiteraard kan ze ervan kennis nemen en die informatie in haar beraad betrekken.  
Maar het komt de verhaalinstantie toe te oordelen in welke mate en op welke wijze de vertrouwelijkheid en het geheime karakter van die informatie moet worden gewaarborgd, rekening houdend met de vereisten van een effectieve rechtsbescherming en het respect voor de rechten van de verdediging en het recht op een eerlijk proces.

## **4.7. VERANDERLIJKHEID**

De “veranderlijkheid van de openbare dienst” is één van de principes van administratief recht. Het wil zeggen dat de overheid in het algemeen belang de openbare dienst steeds moet kunnen **aanpassen aan de noden van het moment**.

### **4.7.1. WIJZIGING**

- a) Dat principe, vertaald naar de overheidsopdrachten, betekent vooreerst de mogelijkheid om de **al gesloten overeenkomsten te wijzigen**.  
Hoewel men de wijzigbaarheid uiteraard met omzichtigheid moet hanteren, vermits de wijziging niet het voorwerp is van enige mededinging (een beginsel dat zwaarder weegt), kunnen de wijzigingen beperkt of ingrijpend van aard zijn.

Het KB van 26.9.1996 bevat hierover twee cruciale artikelen:

- Art. 7 bepaalt dat de overheid de gesloten opdracht *eenzijdig* kan wijzigen, mits het voorwerp ervan onverlet te laten en de opdrachtnemer zo nodig een rechtmatige compensatie toe te kennen.
- Art. 8 maakt het mogelijk om bij gemotiveerde beslissing af te wijken van de bepalingen van de gesloten opdracht.  
Ondanks het feit dat het artikel dit verzwijgt, vergt dergelijke afwijking ook het akkoord van de opdrachtnemer via een *door beide partijen te ondertekenen bijakte of addendum* bij de oorspronkelijke overeenkomst.

**>>> zie de modelbijakte *onder de knop Instrumenten > Modellen*  
op de Internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

Als de wijziging betrekking zou hebben op **aanvullende werken of diensten**, vormt art. 17, §2, 2°, a van de Wet daarop een zekere rem: ze mogen immers samen niet hoger liggen dan 50 % van het bedrag van de hoofdopdracht (cf. punt 5.3.1.2.b.1).

Een wijziging in de loop van de uitvoering kan ook gebeuren **op verzoek van de opdrachtnemer**, doch enkel op voorwaarde dat de overheid de wijziging verantwoord en aangewezen acht.

In het meest verregaande geval zou de overheid aldus van de opdrachtnemer een voorstel kunnen ontvangen tot *overdracht van de opdracht* aan een andere

opdrachtnemer (dan dient de overdragende opdrachtnemer – tenzij die zou ophouden te bestaan – alleszins hoofdelijk aansprakelijk te blijven voor de verdere uitvoering van de opdracht).

- b) De opdracht **lopende de gunningsprocedure wijzigen** is minder eenvoudig:
- **vóór het openen van de offertes** kan men een rectificatiebericht bekendmaken, op voorwaarde dat men de inschrijvers daarna nog een voldoende indieningstermijn gunt om met het bericht rekening te kunnen houden, desnoods door de opening uit te stellen;
  - **na het openen van de offertes** is elke wijziging uitgesloten; enkel bij sommige onderhandelingsprocedures zou dit mogelijk zijn, zij het slechts in zeer beperkte mate en mits de gelijke behandeling en de eerlijke mededinging tussen de inschrijvers te respecteren (cf. punt 5.3.3.2).

#### 4.7.2. VERBREKING

Ook bestaat de mogelijkheid om **al gesloten overeenkomsten te verbreken** in geval de overheid op gemotiveerde wijze *volledig afziet van de verdere uitvoering van de opdracht*, bvb. wegens veranderde behoeften of nieuwe vooruitzichten (cf. art. 1794 van het Burgerlijk Wetboek).

Dat artikel bepaalt dat elke opdrachtgever eender welke opdracht tegen forfait in eender welk stadium kan verbreken, *op voorwaarde dat hij de opdrachtnemer een schadevergoeding toekent* voor diens kosten, arbeid en te voorziene winst.

> Ook in bepaalde andere gevallen (bvb. een te verwachten uiterst langdurige en bijzonder kostelijke schorsing van de opdracht) kan een verbreking veruit de beste en goedkoopste oplossing zijn voor de overheid, tenzij het absoluut noodzakelijk zou zijn om de eenheid van uitvoering en aansprakelijkheid te handhaven.

#### 4.7.3. OPZEGGING

Het overheidsopdrachtenrecht kent daartegenover **geen expliciete opzeggingsmogelijkheid zonder schadevergoeding** van een al gesloten overeenkomst, in de zin van een overeenkomst voor meerdere jaren die bvb. na elk jaar gratis zou kunnen worden opgezegd of in de zin van een opzegging in onderling overleg tussen overheid en opdrachtnemer. De reden is dat een overheidsopdracht in het algemeen belang wordt uitgevoerd en dat men er bijgevolg niet zonder meer een einde kan aan stellen.

In de regelgeving vindt men normaliter de figuur van de *verbreking door de overheid*, die slechts mogelijk is in twee situaties:

- cf. punt 4.7.2 hierboven;
- als sanctiemaatregel bij in gebreke blijven van de opdrachtnemer (cf. punt 7.3.15).

Het betreft nochtans *geen wettelijk verbod*, dus indien men gegronde redenen zou hebben om bvb. een jaarlijkse opzegmogelijkheid in een meerjarige overeenkomst in te bouwen, dan zou dat moeten kunnen.

### **4.8. BESTEK EN TECHNISCHE SPECIFICATIES EN NORMEN**

- a) Het **bestek** bevat de **bijzondere bepalingen en voorwaarden** die een gegeven opdracht beheersen (cf. art. 2, 2° van het KB van 26.9.1996).

Het vermeldt onder meer de aanbestedende overheid, de gunningswijze, het adres en het lokaal voor het indienen van de offertes, datum en lokaal van de eventuele openingszitting, het voorwerp van de opdracht, de prijsvaststelling, de uitvoeringstermijn, de toepasselijk verklaarde documenten, enz...

Het vormt aldus het *basisdocument van iedere overheidsopdracht*, richtinggevend zowel voor de overheid bij het uitschrijven van de opdracht, als voor de inschrijver bij het opmaken van zijn offerte.

Daarom gaat het om een **verplicht document**, behalve bij (cf. arts. 121 en 122, 2° van het KB van 8.1.1996):

- onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking *beneden de Europese drempelbedragen*, maar ook voor die opdrachten valt het aan te raden. Uiteraard is een bestek overbodig voor de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking die worden gesloten met een aanvaarde factuur (cf. punten 5.3.1.1.c en 5.3.4.2.a);
- onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking (*vanaf en beneden de Europese drempelbedragen*) waarvoor men slechts één deelnemer kan uitnodigen.

De Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6) heeft in art. 65/1 van de Wet het overkoepelende begrip **opdrachtdocumenten** ingevoerd, dat verwijst naar alle op de opdracht toepasselijke documenten en desgevallend de bekendmaking en het bestek omvat.

**>>> voor de opmaak van het bestek voor uw dienstenopdracht zie het modelbestek voor diensten onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- b) Het bestek vermeldt de technische specificaties en normen waaraan de uitvoering van de opdracht onderworpen is (cf. arts. 82 tot 85 van het KB van 8.1.1996, zij het dat tot 1.1.2010 op de opdrachten beneden de Europese drempels de arts. 82 en 83 toepasselijk zijn en vanaf de Europese drempels de arts. 82bis en 83bis, ingevoegd door het KB van 23.11.2007 – punt 1.5.c).

Vanaf 1.1.2010 zijn de arts. 82 en 83 opgeheven en zijn de arts. 82bis en 83bis op alle opdrachten toepasselijk (cf. vierde nood-KB – punt 1.5.e).

**Technische specificaties** zijn de technische voorschriften die de vereiste kenmerken omschrijven van de te gebruiken methode of materialen of van het te presteren werk, product, levering of dienst.

**Normen** zijn technische specificaties met een permanent karakter die door een erkende normaliseringsinstelling zijn goedgekeurd.

In principe zijn de **Europese** normen, goedkeuringen en specificaties verplicht.

De technische specificaties **moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden** tot de opdracht en mogen geen ongerechtvaardigde belemmeringen meebrengen voor de mededinging (zoals ter benadrukking ingevoegd in art. 83bis door het vijfde nood-KB – punt 1.5.e).

In dit verband kunnen mogelijke benadeelden *verhaalprocedures* instellen (cf. arts. 65/14 tot 65/16 van de Wet – punt 5.13.2).

**Verboden** zijn technische specificaties die producten van welbepaalde makelij of herkomst of speciale technieken vermelden, waardoor bepaalde ondernemingen worden bevoordeeld of andere uitgeschakeld.

Zo is de opgave van merken, octrooien, types, een bepaalde oorsprong of productie uit den boze.

*Bij wijze van uitzondering* is een dergelijke aanduiding, vergezeld van de vermelding "of gelijkwaardig", toegestaan, doch enkel wanneer het niet mogelijk is om door voldoende

nauwkeurige en voor alle betrokkenen volstrekt begrijpelijke specificaties een beschrijving van het voorwerp van de opdracht te geven (in die zin verstrengd door het vierde nood-KB – cf. punt 1.5.e).

**>>> zie de omzendbrieven over technische specificaties onder de knop Regelgeving op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- c) Het KB van 20.12.2010 (cf. punt 1.6.c) beoogt de bevordering van het gebruik van **schone en energiezuinige wegvoertuigen** en is een eerste regeling uit een reeks die kadert in het duurzaam ontwikkelingsbeleid van de Europese Unie.  
Ze wil de vraag naar dergelijke voertuigen zodanig stimuleren dat het de producenten ertoe aanzet om te investeren in het reduceren van energieverbruik en vervuilende uitstoot.

Het KB is toepasselijk op de levering van wegvoertuigen aan overheden, maar beperkt tot de opdrachten vanaf de Europese drempels.

Bij de gunning is men verplicht om rekening te houden met de energie- en milieu-effecten van de voertuigen tijdens hun operationele levensduur.

#### **4.9. SOCIALE EN FISCALE PLICHTEN EN BTW-SITUATIE**

- a) Art. 12 van de Wet gaat uitvoerig in op de sociale en fiscale verplichtingen van de opdrachtnemers en hun onderaannemers en de sanctiemogelijkheid die de overheid in dat verband heeft.  
De juridische betekenis van die verplichtingen is minder belangrijk, daar het vooral om verplichtingen gaat die door de **sociale en fiscale regelgeving** al zijn opgelegd.  
Deze verwijzing volstaat daarom binnen het bestek van deze initiatie.
- b) De overheid kan in het bestek vermelden waar de inschrijvers informatie kunnen krijgen over de **verplichtingen inzake belastingen, milieubescherming, arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden** die op de plaats van uitvoering van de opdracht toepasselijk zijn. Als het bestek die vermelding bevat, dan dienen de inschrijvers in hun offerte te verklaren dat hun offerte rekening houdt met de verplichtingen rond – enkel – arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden (cf. art. 86bis van het KB van 8.1.1996 ingevoegd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e).
- > Deze Europese lapsus valt te betreuren daar dergelijke verklaringen in offertes niets toevoegen en nutteloos zijn, om de eenvoudige reden dat een offerte juist het engagement in zich draagt om de opdracht volgens alle toepasselijke bepalingen uit te voeren. Veiligheidshalve *raden we af* om die vermelding over arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden in het bestek op te nemen, om elk risico te voorkomen op het onnodig weren van offertes wegens het ontbreken van bewuste verklaring.
- c) Het **niet BTW-plichtig zijn** van bepaalde deelnemers heeft al aanleiding gegeven tot heel wat discussie over het eerlijke verloop van de mededinging.

Het arrest 'Duitsland' van het Europees Hof van Justitie van 20.6.2002 bevestigt het principe dat geen enkele marktspeler zich aan het stelsel van de BTW mag onttrekken onder het mom van een *vrijstelling met een andere finaliteit*.

Zo genieten bvb. de universiteiten een BTW-vrijstelling voor hun onderwijsopdracht, maar ze zouden die vrijstelling misbruiken door geen BTW aan te rekenen wanneer ze op de concurrentiële markt onderzoeksactiviteiten ontwikkelen.

Het is echter aan de BTW-administratie om tegen die misbruiken te ageren, de Vlaamse overheid is daartoe niet bevoegd.

De overheid is dan ook verplicht om bij het onderzoek van de ingediende offertes de **rangschikking van de totale offertebedragen** op te maken volgens de formule “alles inbegrepen wat inbegrepen is”.

Dat betekent dat men bij gebrek aan BTW-plicht geen BTW rekent en dat men in geval van BTW-plicht – of het nu de opdrachtnemer of de aanbestedende overheid zelf is die de belasting moet voldoen – de BTW rekent tegen het toepasselijke tarief, dat gebeurlijk kan verschillen.

#### **4.10. PRIJSVASTSTELLING**

De opdrachten kunnen verschillende methodes van prijsvaststelling hanteren (cf. art. 86 van het KB van 8.1.1996):

- **Opdracht tegen globale prijs:** ofwel omvat die enkel forfaitaire posten (qua bedrag of hoeveelheden) ofwel dekt een forfaitaire prijs het geheel van de prestaties.
- **Opdracht tegen prijslijst:** omvat enkel posten tegen vermoedelijke hoeveelheid waarvoor forfaitaire eenheidsprijzen gelden.  
De werkelijk uitgevoerde hoeveelheden bepalen het verschuldigde bedrag.
- **Opdracht tegen werkelijke uitgaven:** de opdracht gebeurt tegen terugbetaling van de reële kostprijs verhoogd met de winst.  
De overeenkomst dient de bestanddelen, de berekeningswijze en de winst te bepalen;
- **Gemengde opdracht:** de opdracht die een melange is van de vorige.

#### **4.11. BETALINGSGRONDSLAG**

Betaling is slechts mogelijk **na verstrekte en aanvaarde prestaties** (cf. art. 8 van de Wet). Anders gezegd, betalingen kunnen slechts gebeuren nadat de overheid heeft vastgesteld dat de prestaties (eventueel periodiek) zijn *gerealiseerd* en ze vervolgens heeft *aanvaard*.

Het bestek kan bepalen dat goedgekeurde *voorraden* als zodanig kunnen gelden.

Het betalen van *voorschotten* is niet toegestaan, behoudens in een aantal uitzonderingsgevallen (cf. punt 7.2.4).

#### **4.12. DERDENRECHTEN OP SCHULDVORDERINGEN**

Er bestaat een **principieel verbod van overdracht en inpandgeving, beslag en verzet van de schuldvorderingen** van de opdrachtnemer tot aan de voorlopige oplevering van de opdracht (cf. art. 23 van de Wet).

Na de voorlopige oplevering vervalt het verbod.

De bedoeling ervan is vooral om de overheid te beschermen door het administratiefrechtelijk principe van de “continuïteit van de openbare dienst” te handhaven, maar niet zonder dit in zekere mate te verzoenen met de rechtmatige belangen van de schuldeisers van de opdrachtnemer.



a) Overdracht en in pandgeving

De overdracht van schuldvordering en de in pandgeving is enkel toegestaan **ten voordele van de kredietverleners** voor de opdracht in kwestie.

Ze moet *expliciet* gebeuren bij *deurwaardersexploot* of eventueel bij *aangetekende brief*, nu deze versoepeling ingevoerd is door art. 19 van de Wet administratieve vereenvoudiging (II) van 15.12.2005 (BS 28.12.2005) en toepasselijk is op de opdrachten bekendgemaakt vanaf 1.1.2006.

De overheid is verplicht daartoe in het bestek het **adres te vermelden** van de dienst waaraan het exploit of de brief moet worden gericht.

> Voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest raden we aan om het adres van de Kanselarij, Koolstraat 35 in 1000 Brussel, in het bestek te vermelden. Zij zorgen op professionele wijze voor een passende doorsturing van de overdracht en in pandgeving.

>>> zie het modelbestek voor diensten *onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten*

De desbetreffende bepalingen in art. 15, §7 van de AAV zijn achterhaald.

De overdracht of in pandgeving heeft enkel effect voor de betalingsaanvragen die ontvangen zijn vanaf de dag van betekening van het exploit of de brief.

Uit het vereiste van een exploit of aangetekende brief vloeit voort dat het *endosseren van facturen niet toegestaan* is.

b) Beslag, verzet en rechtstreekse vordering

Beslag en verzet in handen van de overheid is slechts toegestaan aan de **arbeiders, bedienden, onderaannemers en leveranciers** van de opdrachtnemer en ook beperkt tot de opdracht waarvoor ze prestaties verleend hebben.

Het moet evenzo gebeuren bij *deurwaardersexploot* (cf. art. 105 van de gecoördineerde wetten op de Rijkscomptabiliteit en art. 1445 van het Gerechtelijk Wetboek).

Dit beslag en verzet hebben voorrang op de overdracht en in pandgeving.

Daartoe geeft de overheid kennis van het beslag en verzet aan de begunstigden van de overdracht en in pandgeving.

Voor de onderaannemers betekent art. 23 een specifiek beschermingssysteem inzake overheidsopdrachten tot aan de oplevering ervan, dat afwijkt van het systeem van art. 1798 van het Burgerlijk Wetboek, zijnde de **rechtstreekse vordering**.

Hoewel deze laatste eveneens beperkt is tot de opdracht waarvoor de prestaties verleend zijn, bestaan er inderdaad duidelijke verschillen.

Enerzijds is art. 23 *ruimer* doordat het niet enkel op werken, maar ook op leveringen en diensten slaat en niet enkel de onderaannemers, maar ook de leveranciers van de opdrachtnemer begunstigt.

Anderzijds is het *beperkter* doordat het alleen betrekking heeft op overheidsopdrachten, de voorschotten van de regeling uitsluit en bepaalde procedurevoorschriften oplegt.

Daar de meer specifieke publieke rechtsregel voorrang heeft op de meer algemene burgerlijke rechtsregel, dient de rechtstreekse vordering zich bij overheidsopdrachten in te passen in de verschillende regeling van art. 23.

De *voorwaarden van art. 23* zijn bijgevolg van overeenkomstige toepassing op de rechtstreekse vordering; zo is ondermeer minstens een beslag of een dagvaarding vereist.

#### **4.13. BEVOEGDHEID EN DELEGATIES**

Iedere overheid heeft haar eigen instantie die bevoegd is **om te beslissen over het gunnen en uitvoeren** van overheidsopdrachten (cf. art. 6 van de Wet).

Bij de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest beschikt de **Vlaamse Regering** over de basisbevoegdheid daartoe.

In haar algemene bevoegdheden- en delegatiebesluiten delegeert de Regering een belangrijk deel van haar bevoegdheden terzake aan de individuele ministers en aan de hoofden van departementen en agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid, die ze op hun beurt verder kunnen subdelegeren aan hun ambtenaren.

Bij het voorstellen of nemen van beslissingen inzake overheidsopdrachten is het dus van belang om rekening te houden met alle geldende delegaties in het beleidsdomein in kwestie.

#### **4.14. ELEKTRONISCHE WEG – E-PROCUREMENT**

Het KB van 18.2.2004 (BS 27.2.2004) heeft de KB's van 8.1.1996 en 26.9.1996 gewijzigd en sinds 1.5.2004 het gebruik van de **elektronische weg juridisch mogelijk** gemaakt bij het gunnen en uitvoeren van overheidsopdrachten.

In het vierde nood-KB (cf. punt 1.5.e) is de regeling inzake gunning geactualiseerd en versoepeld (cf. arts. 81bis, 81ter, 81quater en 81sexies van het KB van 8.1.1996).

##### **4.14.1. ELEKTRONISCHE BEKENDMAKING – E-NOTIFICATION**

Met de e-notificationapplicatie (<https://enot.publicprocurement.be>) kan elke aanbestedende overheid zowel haar Europese als haar nationale opdrachten **online elektronisch bekendmaken**.

Op Europees vlak verschijnen de bekendmakingen in het Publicatieblad van de Europese Unie op de internetstek <http://ted.europa.eu>.

Op nationaal vlak vindt u de bekendmakingen terug in het Bulletin van Aanbestedingen op de internetstek <https://enot.publicprocurement.be> (cf. punten 5.5.1 en 5.5.4.c)

De applicatie biedt ook de mogelijkheid om de **bestekken** en de andere gunningsdocumenten elektronisch ter beschikking te stellen.

Zeker nu het federale Verkoopkantoor opgedoekt is, lijkt het gebruik hiervan voor de hand te liggen en is het eigenlijk compleet achterhaald dat de entiteiten nog zelfstandig bestekken zouden bezorgen, weze het dan per e-mail.

##### **4.14.2. ELEKTRONISCHE GUNNINGSPROCEDURE – E-TENDERING**

a) Het mag duidelijk zijn dat bij een elektronische gunningsprocedure *zeer grote omzichtigheid* geboden is en **waterdichte veiligheidsgaranties** noodzakelijk zijn om elektronische problemen en valse praktijken bij het verloop van de procedure te voorkomen, zowel aan overheidszijde als aan de kant van de deelnemers.

De eisen waaraan de elektronische gunningsprocedure moet voldoen, zijn dan ook bijzonder streng (zie de negen punten van art. 81quater, §1 van het KB van 8.1.1996).

Zo kunnen de deelnemers hun elektronische kandidaatstellingen en offertes enkel op een **specifiek e-platform** indienen en niet simpelweg op het gewone e-mailadres van de overheid (zie nochtans de specifieke situatie van punt c).

Ook moeten de deelnemers hun kandidaatstellingen en offertes elektronisch ondertekenen met een **geavanceerde elektronische handtekening** met een geldig gekwalificeerd certificaat.

Deze handtekening dient te beantwoorden aan de terzake geldende regels van het Europese en Belgische recht en gerealiseerd te zijn via een veilig middel voor het aanmaken van een handtekening.

- b) De Vlaamse overheid maakt inmiddels gebruik van het federale platform, de **e-tenderingapplicatie** (<https://eten.publicprocurement.be>), dat aan alle vereisten voldoet en de proeftests heeft doorstaan.

Elke entiteit kan opdracht per opdracht beslissen of ze het gebruik van elektronische middelen oplegt, toestaat of verbiedt voor het indienen van kandidaatstellingen of offertes (cf. art. 81quater, §2 van het KB van 8.1.1996).

Het gebruik dat een entiteit maakt van "oplegt, toestaat of verbiedt" zal uiteraard zijn weerslag hebben op het al dan niet weren van papieren en elektronische kandidaatstellingen en offertes.

Met de omzendbrief VR 2010/9 geeft de Vlaamse Regering als aanbeveling aan de diensten van de Vlaamse overheid en de Vlaamse instellingen om het gebruik van elektronische middelen bij het indienen van kandidaatstellingen en offertes *toe te staan* vanaf 1.9.2010 en *te verplichten* vanaf 1.7.2011.

[Deze laatste datum is intussen uitgesteld naar 1.1.2012.](#)

Om *wantrouwige marktspelers* over de elektronische streep te trekken, **kan** elke entiteit toestaan (in de bekendmaking of in het bestek) om de elektronische kandidaatstellingen en offertes, ofwel via een dubbele elektronische zending te verzenden (de e-tenderingapplicatie beschikt evenwel niet over deze techniek), ofwel ze elektronisch te verzenden en daarnaast een veiligheidskopie in envelop over te leggen (die veiligheidskopie wordt enkel geopend als er een probleem voorvalt bij de verzending, ontvangst of opening van de elektronische zending).

Art. 81quater, §3 van het KB van 8.1.1996 beschrijft deze procédés in detail.

- c) Bij **onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking** was het gebruik van fax of e-mail sinds 1.5.2004 niet meer mogelijk voor de opdrachten boven de 5.500 euro zonder BTW. Deze beperking is terug afgeschaft, zodat het gebruik van fax of e-mail opnieuw mogelijk wordt voor de uitnodigingen om een offerte in te dienen en voor het indienen van offertes bij alle OPZB's (cf. art. 122, laatste lid van het KB van 8.1.1996). Een schriftelijke bevestiging of elektronische ondertekening is in geen van die gevallen vereist.
- d) De **elektronische correspondentie** tijdens de gunningsprocedure is volledig geliberaliseerd in die zin dat overheid en kandidaten en inschrijvers dit wederzijds kunnen "toestaan" zonder nog langer vooraf een schriftelijke overeenkomst te moeten sluiten (zoals vóór 1.11.2009).

Een elektronische brief kan zelfs een aangetekende brief vervangen, daar waar het KB van 8.1.1996 een aangetekende verzending of bevestiging oplegt.

Die elektronische brief moet dan wel beantwoorden aan de negen punten van art. 81quater, §1 van het KB van 8.1.1996 en onder meer een geavanceerde elektronische handtekening bevatten.

- e) De sanctivering van elektronische stukken met **computervirussen** e.d., door ze verplicht als niet ontvangen te beschouwen, is beperkt tot de gevallen waarin dit technisch noodzakelijk is.

Gaat het om gewone correspondentie, dan wordt de afzender daarover onmiddellijk ingelicht (cf. art. 81ter, §2 van het KB van 8.1.1996).

In geval van kandidaatstellingen en offertes gebeurt de informatie van de afzender volgens de algemene informatieregels bij gunningsprocedures, dus pas na het nemen van de selectiebeslissing, respectievelijk de gunningsbeslissing – cf. punt 5.11 – en dit omwille van de gelijke behandeling van alle kandidaten en inschrijvers (cf. art. 81quater, §1, 1<sup>e</sup> lid, 2<sup>o</sup> van het KB van 8.1.1996).

#### 4.14.3. ELEKTRONISCHE WEG BIJ UITVOERING

Bij de *uitvoering van opdrachten*, ook de lopende opdrachten, bestaat er geen beletsel om de briefwisseling tussen overheid en opdrachtnemer, zelfs de aangetekende, elektronisch te voeren.

Hetzelfde geldt voor het opmaken en uitwisselen van geijkte documenten (bv. werkendagboek).

Overheid en opdrachtnemer moeten het wel eens zijn over het gebruik van die weg. Ze dienen eerst een uitdrukkelijke overeenkomst te sluiten – in de vorm van een bijakte – over de praktische modaliteiten van de elektronische zendingen (cf. arts. 3 bis, ter en quater van het KB van 26.9.1996).

Er mag worden verwacht dat bij de eerstkomende wijziging van laatstvermeld KB ook hier de elektronische correspondentie volledig zal worden geliberaliseerd.

## 5. GUNNING

---

### 5.1. ALGEMEEN

Vooraleer een gunningsprocedure op te starten, dient de overheid precies de behoefte te bepalen die ze wil ingevuld zien en de wijze waarop die invulling best kan gebeuren, door de opdracht goed te omschrijven en de best passende gunningsprocedure te kiezen.

>>> zie het [gunningdraaiboek onder de knop Instrumenten > Handleidingen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten](#)

#### 5.1.1. MARKTVERKENNING EN -RAADPLEGING

Op het ogenblik dat een overheid tot die opdrachtomschrijving wil overgaan, is ze niet altijd voldoende technisch onderlegd of voldoende op de hoogte van wat de markt te bieden heeft, om die goed te kunnen aanpakken.

Vooraleer het opmaken van een goed bestek qua technische of inhoudelijke eisen, doelstellingen of middelen kan voor problemen zorgen.

Daarom is het mogelijk om vooraf over te gaan tot een verkenning van de markt en de marktspelers (actieve vorm) of tot een raadpleging van de markt (passieve vorm).

In het eerste geval doet de overheid prospectie ter plaatse, in het tweede geval lanceert ze een oproep en wacht ze de reacties van de marktspelers af.

Dergelijke verkenning of raadpleging vormt op zich **geen overheidsopdracht** omdat er geen overeenkomst uit voortvloeit; ze is ook nergens in de Wet of het KB geregeld en dient daarom voorzichtig te worden aangepakt.

De actieve **marktverkenning** moet zich richten tot zoveel mogelijk marktspelers (bvb. één enkel bedrijfsbezoek is onvoldoende).

Het initiatief daartoe en de uitwerking daarvan gaan volledig uit van de overheid zelf en ze behoeven geenszins een voorafgaande bekendmaking.

Een bekendmaking levert immers niet noodzakelijk een voldoende representatieve respons op en de overheid zou dan hoe dan ook zelf voldoende andere marktspelers moeten bevragen.

Dit laatste geldt zelfs bij de passieve **marktraadpleging**, waarvoor een bekendmaking hoe dan ook vereist is, maar waarvan de uitkomst altijd onzeker is.

Men mag bij de contactname zeker geen mededeling doen van de precieze voorwaarden van de opdracht, zoals strategische gegevens, draagwijdte van de opdracht, inhoudelijke specificaties, raming, timing, prijsvoorwaarden, enz...

Ook het respect voor de *gelijke behandeling* moet voorop staan en naderhand zijn fenomenen als *mededingingsbeperking of favoritisme uitgesloten* bij het opmaken van de gunningsdocumenten en bij de gunning.

### 5.1.2. SAMENGEVOEGDE OPDRACHT

Overheden kunnen **samenhangende of identieke opdrachten** samenvoegen tot één enkele opdracht (cf. art. 19 van de Wet).

Een klassiek voorbeeld is dat gewestelijke en gemeentelijke overheden samen een gewestweg herinrichten, met inbegrip van de collectoren, rioleringen, stoepen en fietspaden. De gunning en de uitvoering van die opdracht zal dan in hun gezamenlijke naam gebeuren door één van hen of door een door hen aangestelde instantie.

Het doel van de Wet is immers om de opdrachtnemer te behoeden voor een veelheid aan overheden als tegenpartij, in die zin dat hij altijd maar één overheid tegenover zich heeft als contractant.

De overheden sluiten vooraf een *overeenkomst van samengevoegde opdracht*, waarin ze hun onderlinge afspraken vastleggen, onder meer rond de betalingen.

Om begrotingstechnische redenen zullen die overeenkomst en het bestek van de opdracht doorgaans voorzien in *aparte facturatie en betaling* per betrokken overheid (die daarvoor dan ook ieder hun aansprakelijkheid moeten opnemen tegenover de opdrachtnemer).

Een met de samengevoegde opdracht verwante figuur is de **opdracht met medefinanciering**, waarbij meerdere overheden de financiering voor een bepaalde opdracht samenbrengen (niet te verwarren met gesubsidieerde opdrachten).

Om de geest van de Wet te respecteren, moet ook dan één van die overheden naar buiten optreden voor gunning en uitvoering.

### 5.1.3. PERCELEN

Wanneer men een opdracht in verschillende percelen wenst te verdelen (bvb. om geografische redenen of om redenen van uitvoeringsspecialisatie of KMO-bevoordeling), geeft men in het bestek daarover de nodige verduidelijking.

Alleen als het bestek zulks bepaalt, heeft de overheid het recht **om niet alle percelen te gunnen** en de andere percelen eventueel op te nemen in één of meer nieuwe opdrachten, eventueel te gunnen volgens een ander soort procedure (cf. art. 18, 2<sup>o</sup> lid van de Wet).

Elke inschrijver heeft de **keuze** om een offerte in te dienen voor één, voor meerdere of voor alle percelen (cf. art. 101 van het KB van 8.1.1996).

Wanneer de overheid dit wegens noodzaak kan verantwoorden – bvb. om te vermijden dat éénzelfde inschrijver teveel percelen in de wacht zou slepen en de kwaliteit van de uitvoering daaronder zou lijden – zou ze in het bestek die keuze kunnen beperken door een inschrijver slechts offertes te laten indienen voor bvb. maximum drie percelen.

De inschrijver moet voor ieder gekozen perceel een **afzonderlijke offerte** indienen, tenzij het bestek toestaat om de offertes in één enkel document op te nemen.

Hierdoor vermijdt men dat een groot aantal percelen een overvloed aan offertes zou meebrengen.

Het bestek kan toestaan dat inschrijvers, indien hen de gunning zou toevallen van **meerdere percelen** waarvoor ze een offerte hebben ingediend, *prijskortingen* en – enkel bij offerteaanvragen – *verbeteringen* kunnen voorstellen voor de percelen die ze aldus hebben aangestipt.

> Zonder die autorisatie zal men bij de gunning geen rekening mogen houden met een dergelijk voorstel, maar de inschrijver blijft erdoor gebonden mocht het toevallig zo zijn dat de percelen in kwestie met hem worden gesloten.

#### 5.1.4. VARIANTEN

Varianten zijn **alternatieve concepten of uitvoeringswijzen** die, hetzij op vraag van de overheid, hetzij op initiatief van de inschrijvers, *met een afzonderlijke offerte* worden ingediend (cf. art. 16 van de Wet en arts. 113 en 115 van het KB van 8.1.1996).

Het alternatief heeft meestal betrekking op de totaliteit of op een essentieel of significant onderdeel van de opdracht (bvb. schrijfwerk in hout of PVC), soms ook op bepaalde uitvoeringsdetails (bvb. zetelbekleding bij dienstvoertuigen).

Er bestaan drie soorten varianten:

- **Verplichte varianten:**  
Normaliter enkel aangewend bij standaardgunningsprocedures.  
Het bestek legt die op en omschrijft hun voorwerp, aard en draagwijdte.  
De inschrijvers zijn verplicht om een offerte in te dienen voor het basisontwerp en een offerte voor elke opgelegde variante.  
Niet inschrijven voor alle ontwerpen betekent voor die inschrijver de onregelmatigheid van al zijn ingediende offertes.
- **Toegestane varianten:**  
Normaliter enkel aangewend bij standaardgunningsprocedures.  
Hier gelden dezelfde regels, behalve dat de varianten niet verplicht zijn.  
Uiteraard verhoogt een inschrijver zijn kansen door toch voor de varianten in te schrijven.  
Maar alleen offertes indienen voor de varianten is niet geoorloofd.
- **Vrije varianten:**  
Die zijn enkel mogelijk bij offerteaanvragen en onderhandelingsprocedures.  
Het bestek moet evenwel de minimumvoorwaarden vermelden waaraan ze dienen te voldoen en dus de facto vrije varianten expliciet toestaan (in tegenstelling tot de tekst van art. 16 van de Wet die laat uitschijnen dat vrije varianten altijd zijn toegestaan, tenzij het bestek ze verbiedt).  
Voor het overige gaat het initiatief puur uit van de inschrijvers.

Een vrije variante mag men niet weren (cf. art. 84 van het KB van 8.1.1996):

- alleen om het simpele feit dat ze is opgesteld op grond van Europese technische specificaties, goedkeuringen of normen (ervan uitgaande dat het bestek die onterecht zou miskend hebben);
- om de enkele reden dat een opdracht van diensten daardoor een opdracht van leveringen zou worden of vice-versa.

#### 5.1.5. BEGRIPPEN GUNNING, SLUITING EN PLAATSING

a) De Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6) heeft in art. 65/1 van de Wet voor eens en voor altijd komaf gemaakt met de verwarring rond de begrippen “gunning” en “toewijzing” door volgende terminologie te hanteren:

- **gunning** – *Fr. attribution* – voor de genomen beslissing tot aanduiding van de gekozen inschrijver, dus de gunningsbeslissing (cf. punten 5.10.1 en 5.3.4.1);
- **sluiting** – *Fr. conclusion* – voor het ontstaan van de contractuele verbintenis met de gekozen inschrijver, zijnde meestal de betekening van de goedkeuring van zijn offerte (cf. punten 5.12 en 5.3.4.2);
- **begunstigde** – *Fr. adjudicataire* – voor de zojuist bedoelde inschrijver met wie de opdracht is gesloten.

Doorheen de regelgeving gebruikt men **plaatsing** – *Fr. passation* – als neutrale, algemene term.

- b) Het onderscheid tussen gunning en sluiting brengt mee dat de aan de gekozen inschrijver toegezonden informatie over de gunning **geen enkele contractuele verbintenis doet ontstaan** tussen hem en de overheid (cf. art. 65/8, §2 van de Wet en arts. 25, §2, 3<sup>e</sup> lid, 51, §2, 3<sup>e</sup> lid en 80, §2, 3<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996, ingevoegd door het KB van 10.2.2010 – punt 1.6).  
Alleen de sluiting – die een afzonderlijke rechtshandeling uitmaakt – heeft een zodanig gevolg.

Voormeld onderscheid is essentieel voor de werking van een *volwaardige rechtsbescherming*, waarbij men de informatie aan alle inschrijvers over de gunningsbeslissing moet kunnen combineren met het systeem van de wachttermijn die noodzakelijkerwijs de sluiting voorafgaat en doet uitstellen (cf. punt 5.11.4).

### 5.1.6. GEMOTIVEERDE BESLISSING

De arts. 65/4 tot 65/6 en 65/29 van de Wet (cf. Rechtsbeschermingswet – punt 1.6) en de arts. 25, §2, 1<sup>e</sup> lid, 51, §2, 1<sup>e</sup> lid en 80, §2, 1<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996 (cf. KB van 10.2.2010 – punt 1.6) bepalen *in welke gevallen* de overheid een **gemotiveerde beslissing** moet opmaken en *met welke inhoud*.

Het betreft hier een *specifiek – afwijkend – regime* voor de hierna vermelde beslissingen bij het plaatsen van overheidsopdrachten, maar dit regime doet niets af aan het algemene beginsel dat een overheid enkel op gemotiveerde wijze kan optreden, zodat er daarnaast nog multipiele andere gevallen van gemotiveerde beslissingen bij overheidsopdrachten bestaan (cf. Wet van 29.7.1991).

#### 5.1.6.1. Verplichte gevallen bij opdrachten boven 67.000 euro

- a) Dit punt is toepasselijk op alle gunningsprocedures voor opdrachten waarvan het *goed te keuren bedrag* (op het ogenblik van de gunning) hoger is dan 67.000 euro zonder BTW.
- b) De overheid moet een gemotiveerde beslissing opstellen:
- 1) wanneer ze beslist gebruik te maken van een *onderhandelingsprocedure* (zonder of met bekendmaking);
  - 2) wanneer ze – bij een tweestapsprocedure, na het indienen van de kandidaatstellingen – beslist over de *selectie* van de kandidaten;
  - 3) wanneer ze een opdracht *gunt*;
  - 4) wanneer ze *afziet van het plaatsen* van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.
- c) In geval b, 1 dient de motivering te bestaan op het ogenblik van de beslissing, maar kan men de gemotiveerde beslissing pas nadien opstellen, uiterlijk door ze op te nemen in de gunningsbeslissing bedoeld in geval b, 3.

#### 5.1.6.2. Verplichte gevallen bij opdrachten tot 67.000 euro

- a) Dit punt is toepasselijk op alle gunningsprocedures voor opdrachten waarvan het *goed te keuren bedrag* (op het ogenblik van de gunning) **niet** hoger is dan 67.000 euro zonder BTW.  
Het beperkt zich bijgevolg niet tot de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking, hoewel het toch doorgaans daarover zal gaan.



Een gemotiveerde beslissing is evenwel niet opgelegd voor de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking *gesloten met een aanvaarde factuur* (cf. punt 5.3.4.2.b.1) (cf. arts. 25, §4, 51, §4 en 80, §4 van het KB van 8.1.1996).

- b) De overheid moet een gemotiveerde beslissing opstellen:
- 1) wanneer ze – bij een tweestapsprocedure, na het indienen van de kandidaatstellingen – beslist over de *selectie* van de kandidaten;
  - 2) wanneer ze een opdracht *gunt*;
  - 3) wanneer ze *afziet van het plaatsen* van de opdracht en eventueel beslist een nieuwe opdracht uit te schrijven.

### **5.1.6.3. Inhoud beslissing**

Conform de *algemene bestuurlijke motiveringsplicht* moet de beslissing al de juridische en al de feitelijke elementen bevatten, die de beslissing schragen.

Art. 65/5 van de Wet geeft daarbij volgend **inhoudelijk houvast**, verplicht aan te wenden in functie van de voorliggende gunningsprocedure en de aard van de beslissing:

- 1) naam en adres van de *overheid*, het *voorwerp* van de opdracht en het goed te keuren *opdrachtbedrag*;
- 2) in geval van *onderhandelingsprocedure*, de juridische en feitelijke motieven die het gebruik van deze procedure rechtvaardigen of mogelijk maken;
- 3) de *namen* van de kandidaten of inschrijvers;
- 4) de namen van de geselecteerde en niet-geselecteerde kandidaten of inschrijvers en de juridische en feitelijke motieven voor die beslissing inzake *selectie* (cf. punt 5.7.6);
- 5) de namen van de inschrijvers van wie de offerte *onregelmatig* is bevonden en de juridische en feitelijke motieven voor hun wering;
- 6) de namen van de gekozen inschrijver en van de inschrijvers met een regelmatige offerte die niet zijn gekozen en de juridische en feitelijke motieven voor dat onderdeel van de *gunningsbeslissing* (cf. punt 5.10.1);
- 7) de juridische en feitelijke motieven van de beslissing om *af te zien van het plaatsen* van de opdracht en de vermelding van de nieuwe gunningsprocedure die eventueel wordt gevolgd (cf. punt 5.10.2).

Dit inhoudelijk houvast kan – maar moet niet – worden gevolgd voor de in punt 5.1.6.2 bedoelde opdrachten waarvan het goed te keuren bedrag niet hoger is dan 67.000 euro zonder BTW.

Het is de minister of de gedelegeerde die de gemotiveerde beslissing ondertekent.

>>> zie de diverse modellen van gemotiveerde beslissing onder de knop **Instrumenten**  
> **Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

### **5.1.6.4. Proces-verbaal Europese Commissie**

Voor elke opdracht vanaf de Europese drempels, inbegrepen de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking, geldt elke verplichte gemotiveerde beslissing als **proces-verbaal** dat de Europese Commissie eventueel kan opvragen (cf. art. 65/6 van de Wet).

Aan het proces-verbaal voegt men in voorkomend geval het gedeelte van de opdracht toe dat de begunstigde in onderaanneming zal geven.

## **5.2. STANDAARDGUNNINGSPROCEDURES**

### **5.2.1. ALGEMEEN**

De overheid is in principe verplicht om haar opdrachten via de standaardgunningsprocedures **openbare** of **bepaalde aanbesteding** of **algemeen** of **bepaalde offerteaanvraag** te gunnen. Ze kan daarbij volstrekt vrij kiezen tussen die vier procedures.

#### **5.2.1.1. Keuze open – bepaalde procedure**

- a) Bij de **open** gunningsprocedures leidt de bekendmaking tot een **éénstapsprocedure**: de opdracht wordt bekendgemaakt en vervolgens worden de offertes ingediend tegen de zittingsdatum.
- b) Bij de **bepaalde** procedures luidt de bekendmaking integendeel een **tweestapsprocedure** in.  
De bekendmaking omvat enkel een *oproep tot de kandidaten* om kandidaatstellingen (in de regelgeving wat eufemistisch ‘aanvragen tot deelneming’ geheten) in te dienen tegen een bepaalde datum.  
Daarna selecteert de overheid de *geselecteerden* (in de regelgeving al even eufemistisch ‘gegadigden’ geheten) uit de binnengekomen kandidaatstellingen en nodigt hen uit om hun offerte in te dienen tegen de zittingsdatum.

Sinds de inwerkingtreding van de huidige regelgeving op 1.5.1997 is het bij een bepaalde procedure hoe dan ook uitgesloten dat de overheid zomaar een zelf gekozen reeks deelnemers zou aanschrijven, een bekendmaking is altijd verplicht.

- c) Er bestaat dus helemaal **geen onderscheid qua graad van mededinging** tussen de open en de bepaalde procedures, daar ook de bepaalde procedures in eerste instantie voor alle deelnemers openstaan.

Ook blijkt in de praktijk dat de bepaalde procedures zeker **geen tijdswinst** opleveren in vergelijking met de open procedures.

Na ontvangst van de kandidaatstellingen moet de overheid immers eerst de kwalitatieve selectie van de kandidaten en de keuze van de geselecteerden doorvoeren, alvorens de geselecteerden te kunnen uitnodigen om een offerte in te dienen.

Nochtans kan de beperking van het aantal inschrijvers in bepaalde gevallen een **efficiëntievoordeel** opleveren – zowel voor de overheid als voor de marktspelers – bvb. wanneer men zeer veel offertes verwacht of indien het om belangrijke of complexe opdrachten gaat (met navenante offertes).

#### **5.2.1.2. Keuze aanbesteding – offerteaanvraag**

De keuze tussen aanbesteding en offerteaanvraag houdt duidelijk verband met de **aard van het project** en de opportuniteit van het in mededinging stellen van de **kwaliteitsaspecten van de opdracht**.

Zo zal de aanbesteding wellicht meer aangewezen zijn voor een project dat de overheid vooraf tot in het minste detail heeft uitgewerkt, terwijl een offerteaanvraag meer voor de hand zal liggen voor een project waarbij de overheid een opening laat voor de eigen (technische of kwalitatieve) inbreng van de inschrijvers.

In het eerste geval zal de prijs immers de facto het enige gunningscriterium zijn, terwijl in het tweede geval nog andere gunningscriteria een rol zullen spelen.

> Nochtans zal ook in het eerste geval de offerteaanvraag hanteerbaar zijn en bepaalde voordelen hebben tegenover de aanbesteding, die toch vrij eenzijdig is en nog te vaak uit gemakzucht wordt gebruikt.

### 5.2.2. AANBESTEDING

- a) Bij een aanbesteding gaat de gunning naar de inschrijver met de **laagste regelmatige offerte** (cf. art. 15 van de Wet).  
Hier geldt slechts **één gunningscriterium**: de prijs.
- b) Als de overheid bij een aanbesteding de opdracht zou hebben gesloten met een andere inschrijver dan de laagste regelmatige inschrijver, heeft die laatste recht op een **forfaitaire schadevergoeding** van 10 % van het bedrag van zijn offerte zonder BTW.  
Uiteraard kan er geen sprake zijn van schadevergoeding indien er na een onrechtmatige gunning geen sluiting is gevolgd (cf. situatie van niet-plaatsing bedoeld in punt 5.10.2).

### 5.2.3. OFFERTEAANVRAAG

#### 5.2.3.1. Algemeen

- a) Bij een offerteaanvraag wordt de opdracht gegund aan de inschrijver met de **voordeligste regelmatige offerte** (cf. art. 16 van de Wet).  
Hierbij zijn **meerdere gunningscriteria** verplicht, die *opgenomen moeten zijn in het bestek* of eventueel in de bekendmaking.
- b) Voor het geval dat de overheid bij een offerteaanvraag de opdracht ten onrechte niet zou hebben gesloten met de voordeligste regelmatige inschrijver, heeft de Wet **niet voorzien in een automatische forfaitaire schadevergoeding**.  
De inschrijver in kwestie zal moeten bewijzen dat hij in de voorwaarden van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek verkeert (fout, schade en oorzakelijk verband tussen beide) om recht te hebben op een vergoeding.  
Het is in dat verband soms zeer moeilijk om als geweerde inschrijver aan te tonen dat men de voordeligste regelmatige offerte heeft ingediend, gelet op de gecombineerde evaluatie via meerdere gunningscriteria.

#### 5.2.3.2. Gunningscriteria

- a) De Wet stelt dat de gunningscriteria betrekking moeten hebben op het **voorwerp van de opdracht** en somt er bij wijze van voorbeeld een aantal op: kwaliteit van producten of prestaties, prijs, technische waarde, esthetische en functionele kenmerken, milieukenmerken, sociale en ethische overwegingen, uitvoeringstermijn, enz.
- > Men dient op te letten met de *sociale en ethische overwegingen*:
- de vermelding van de ethische overwegingen is zonder meer in strijd met de Europese Richtlijnen, zodat de aanwending ervan uitgesloten is;
  - de sociale overwegingen zijn maar binnen een heel strikte omkadering aanvaard door de Europese Richtlijnen en zijn trouwens in de praktijk quasi ontoepasbaar;
  - om aan sociale en ethische overwegingen tegemoet te komen, is de enige goede oplossing om hieromtrent in het bestek nauwkeurige uitvoeringsvoorwaarden op te leggen.
- b) Inzake de **waarde** van elk gunningscriterium is de regeling verschillend voor de opdrachten vanaf en beneden de Europese drempelbedragen (cf. punt 5.4.2).

- 1) Voor de opdrachten *vanaf de Europese drempels*, die met ingang van 1.2.2006 worden bekendgemaakt, is men verplicht om aan elk gunningscriterium een **gewicht** toe te kennen (cf. art. 115 van het KB van 8.1.1996, zoals gewijzigd door het KB van 12.1.2006 – punt 1.5.b).

Dit gewicht kan men eventueel uitdrukken binnen een *vork* met een passend verschil tussen minimum en maximum.

Als men kan aantonen dat een weging niet mogelijk is, moeten de criteria in volgorde van afnemend belang worden geplaatst.

- 2) Voor de opdrachten *beneden de Europese drempels* vermeldt men voor zover mogelijk de gunningscriteria in **volgorde van afnemend belang** en stipt men die volgorde, het belang of het gewicht aan, zonet hebben ze hetzelfde belang.

c) > Enkele **raadgevingen** van de afdeling Overheidsopdrachten:

- Qua **keuze** van gunningscriteria zijn er *twee hoofdcriteria*, een kwaliteitscriterium, dat men kan uitsplitsen in meerdere criteria of kan onderverdelen in subcriteria, en de prijs, eventueel ook uitsplitsbaar.  
Over het algemeen moeten de criteria aansluiten bij het doel, de kenmerken en de specifieke aard van de opdracht en objectief, voldoende precies en van aard zijn om de offerte te kunnen kiezen die de economisch voordeligste is vanuit het oogpunt van de overheid.  
Zo kan men bvb.:
  - het kwaliteitscriterium voor studiegerichte diensten onderverdelen in methodologische aanpak, resultaatgerichtheid, creativiteit van de aanpak, enz...;
  - het prijscriterium onderverdelen in de prijs voor de realisatie en de prijs voor het onderhoud of de ondersteuning tijdens de daaropvolgende periode.
- Wanneer men verplicht is om aan elk gunningscriterium een **gewicht** toe te kennen (cf. punt b), ontraden we zeer stellig het gebruik van de *vork* (met een passend verschil tussen minimum en maximum).  
Dat gebruik veronderstelt dat men het definitieve gewicht van het gunningscriterium pas bepaalt na de opening van de offertes.  
De vork is dan ook een zeer delicaat en risicovol instrument omdat het tot pure willekeur bij de evaluatie kan leiden, in functie van de inhoud van de ontvangen offertes.
- Men hanteert best **geen puntenverdeling of percentages** om het gewicht van een criterium uit te drukken, omdat dit een kunstmatig, geforceerd effect heeft op de evaluatie (vaak is het resultaat dat de offerte met de meeste punten in de realiteit niet de voordeligste offerte is!).  
Het is beter om met grootteordes te werken (bvb. uitermate groot, zeer groot, groot, middelmatig, klein, zeer klein, uitermate klein).
- Wanneer men aan de criteria een **afnemend belang** mag toekennen (cf. punt b), volstaat dat, zonder daar een cijfer op te plakken.
- Het **prijscriterium** mag niet doorslaggevend zijn qua gewicht of belang omdat de offerteaanvraag anders een verkapte aanbesteding zou worden en haar doel zou missen.
- **Wiskundige formules** kunnen nuttig zijn voor het prijscriterium of andere kwantificeerbare criteria, maar niet voor de pure kwaliteitscriteria, want kwaliteit laat zich niet in cijfers of formules vertalen (sorry, ingenieurs!).

### **5.3. ONDERHANDELINGSPROCEDURES**

Er bestaan twee soorten onderhandelingsprocedures – zonder en met voorafgaande bekendmaking – die elk hun eigen strikt omschreven toepassingsgevallen hebben (cf. art. 17 van de Wet).

Bepaalde gevallen zijn slechts toepasselijk voor bepaalde soorten opdrachten (werken, leveringen of diensten).

#### **5.3.1. ONDERHANDELINGSPROCEDURE ZONDER BEKENDMAKING (OPZB)**

##### **5.3.1.1. Selectie deelnemers OPZB**

- a) De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking verloopt weliswaar *zonder enige voorafgaande bekendmaking*, maar dat neemt niet weg dat daarbij het principe geldt dat het raadplegen van meerdere deelnemers verplicht is, tenzij dit om gegronde redenen onmogelijk is (cf. art.17, §2 van de Wet).
- b) Bij een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor **opdrachten boven 5.500 euro** zonder BTW moet de overheid vooraf:
- hetzij *eigenhandig tot een kwalitatieve selectie overgaan en een objectieve keuze maken* van de deelnemers (minimum drie) die ze vervolgens uitnodigt om een offerte in te dienen;
  - hetzij *een informele kwalitatieve selectieronde organiseren* door een voldoende aantal potentiële deelnemers te contacteren – via telefoon, fax of e-mail – en hen te vragen om aan te tonen dat ze aan de gestelde selectie-eisen voldoen; vervolgens selecteert de overheid *al de gecontacteerde deelnemers die dit effectief hebben aangetoond* en nodigt hen schriftelijk uit om een offerte in te dienen.

Voor de daarbij te stellen selectie-eisen kan de overheid de algemene toegangs- en selectieregels van punt 5.7 geheel of deels toepasbaar maken (cf. arts. 16, 42 en 68 van het KB van 8.1.1996).

In ieder geval dient ze de toestand qua RSZ-bijdragen te controleren (cf. arts. 90, §3 en 122, 2<sup>o</sup> lid van het KB van 8.1.1996).

In voorkomend geval moet de overheid de onmogelijkheid tot het raadplegen van meerdere deelnemers motiveren.

- c) Bij een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor **opdrachten tot 5.500 euro** zonder BTW, *gesloten met een aanvaarde factuur* (cf. punt 5.3.4.2.a), kan men zich tot één deelnemer richten, maar vanzelfsprekend niet steeds tot dezelfde (mededinging in de tijd te spreiden).

Voor elk van deze kleine opdrachten een mededinging organiseren, zou niet meer ten volle renderen en ten koste gaan van de administratieve efficiëntie, reden waarom de vereenvoudigde bijzondere procedure van de ‘aanvaarde factuur’ in het leven is geroepen. Maar uiteraard:

- mag men een opdracht niet saucissonneren om voor elk ‘sneetje’ beneden de 5.500 euro te blijven (een niet-integere en verfoeilijke, maar helaas gretig aangegrepen tactiek);
- kan men toch het vorige punt b toepassen als dat voor een bepaalde opdracht aangewezen is.

### **5.3.1.2. Mogelijke gevallen OPZB**

#### **a) 6 algemene gevallen** (voor werken, leveringen en diensten)

##### 1) Opdrachten beneden bepaalde bedragen (cf. art. 17, §2, 1° a, van de Wet)

De mogelijkheden staan opgesomd in art. 120 van het KB van 8.1.1996:

- Het goed te keuren bedrag ligt niet hoger dan 67.000 euro zonder BTW.

*Voor bepaalde diensten mag men gaan tot juist onder het Europese drempelbedrag (financiële diensten – waaronder verzekeringen –, onderzoek- en ontwikkelingsdiensten en juridische diensten).*

De basis is dus niet het geraamde bedrag, maar het goed te keuren bedrag op het ogenblik van de gunning.

Het betreft de totale uitgave die aan de gunning van de opdracht verbonden is en bvb. niet enkel de jaarlijkse uitgave bij een onderhoudsopdracht met een looptijd van 3 jaar.

- Bij werken beneden 550.000 euro zonder BTW of diensten beneden het Europese drempelbedrag, die onderverdeeld zijn in percelen, voor die percelen waarvan het goed te keuren bedrag niet hoger ligt dan 13.500 euro zonder BTW, voor zover ze gezamenlijk minder dan 20 % bedragen van het totale bedrag.

Vanzelfsprekend mag een opdracht niet worden gesplitst om van deze mogelijkheden te profiteren.

##### 2) Geheime opdrachten en dito (cf. art. 17, §2, 1° b, van de Wet)

Het betreft opdrachten inzake defensie: strikt militaire en veiligheidsopdrachten, militaire leveringen en diensten en transportdiensten voor defensie.

##### 3) In geval van onvoorzienbare dringende spoed (cf. art. 17, §2, 1° c, van de Wet)

Het is de opdracht zelf die met dringende spoed moet worden uitgevoerd, zoniet zou er schade dreigen door het uitstel van de uitvoering (bvb. een dijkbreuk of een neervallend rotsblok).

De *cumulatieve voorwaarden* zijn:

- de spoed moet zodanig dringend zijn dat een beroep op de standaardgunningsprocedures (eventueel met verkorte termijnen) onmogelijk is;
- de dringende spoed moet voortvloeien uit niet te voorziene omstandigheden.

Het spreekt voor zich dat de dringende spoed niet mag veroorzaakt zijn door de eigen nalatigheid van de overheid, een dreigend budgetverlies bij het jaareinde komt bvb. niet in aanmerking (cf. art. 120bis, 1° lid van het KB van 8.1.1996, ingevoegd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e).

##### 4) Er zijn enkel onregelmatige offertes of onaanvaardbare prijzen ingediend bij een standaardgunningsprocedure (cf. art. 17, §2, 1° d, van de Wet)

Het onaanvaardbare karakter van de prijzen moet men kunnen aantonen aan de hand van objectieve beoordelingscriteria (bvb. een recente raming).

Ook mogen de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet in essentie worden gewijzigd (geringe wijzigingen of aanvullingen zijn toegestaan).

Men dient alle inschrijvers van de eerste procedure opnieuw te raadplegen – men mag er dus geen nieuwe bij betrekken (cf. art. 120bis, 2° lid van het KB van 8.1.1996, ingevoegd door het KB van 23.11.2007 – punt 1.5.c) – voor zover:

- ze voldoen aan de toegangs- en selectiecriteria;
- hun offerte beantwoordt aan de formele eisen van de eerste procedure (d.w.z. dat de offerte niet op basis van een formele onregelmatigheid geweerd is; bijgevolg blijven enkel de offertes over die op basis van een materiële onregelmatigheid geweerd zijn).

5) Er zijn geen offertes ingediend bij een standaardgunningsprocedure (cf. art. 17, §2, 1°, e, van de Wet)

Ook hier geldt de beperking dat men de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk mag wijzigen.

> Nochtans kan men twijfelen aan het nut van een dergelijke beperking.

Als er geen offertes ontvangen worden, kan men er redelijkerwijze van uitgaan dat men op basis van ongewijzigde voorwaarden ook bij een onderhandelingsprocedure geen geïnteresseerden zal vinden.

6) Er kan slechts aan één opdrachtnemer worden gegund (cf. art. 17, §2, 1°, f, van de Wet)

Ofwel gaat het om een *monopolie in rechte*, op grond van *alleenrechten*, waarbij bovendien moet worden aangetoond dat er geen materiaal of procédé bestaat waarvoor de mededinging wel mogelijk is.

Ofwel gaat het om een *monopolie in feite*, op grond van *artistieke of technische* redenen, met dien verstande dat het niet volstaat dat het 'aangewezen' is om technische redenen om de opdracht aan één bepaalde opdrachtnemer toe te vertrouwen: hij moet inderdaad op het tijdstip van de gunning van de opdracht de enige zijn die in staat is om de opdracht uit te voeren.

Voor overheidsopdrachten die betrekking hebben op *juridische diensten* inzake raadpleging en vertegenwoordiging voor de rechtbanken bij geschillen, wordt de onmogelijkheid om een minimum aantal gegadigden te laten deelnemen zonder meer erkend (cf. art. 68 van het KB van 8.1.1996).

Dit vloeit onder meer voort uit het intuïtu personae karakter van dergelijke prestaties en uit de noodzaak de vertrouwelijke aard van de raadpleging te waarborgen.

*Juridische studies* daarentegen vallen niet onder deze bepaling.

**b) 5 specifieke gevallen**

1) Aanvullende werken en aanvullende diensten (cf. art. 17, §2, 2°, a, van de Wet)

Deze bepaling moet het mogelijk maken om op een soepele wijze onvoorziene en noodzakelijke of bezwaarlijk scheidbare meerwerken of aanvullende diensten toe te vertrouwen aan de opdrachtnemer die de hoofdopdracht aan het uitvoeren is.

Het soort gunningsprocedure dat voor de hoofdopdracht is gekozen, speelt geen rol. Het totale bedrag van de aanvullende prestaties mag 50 % van het bedrag van de oorspronkelijke opdracht niet overtreffen.

> Merk op dat het absolute van deze limietregel van weinig intelligentie getuigt, nu er gevallen bestaan (vooral bij werken en ermee verband houdende diensten) waar onontwijkbare onvoorziene omstandigheden, ondanks alle zorgvuldige voorstudies, noodgedwongen leiden tot een overschrijding van de limiet.

Voor de goede samenhang van het project en de eenheid van aansprakelijkheid is het dan gewoon ondenkbaar om de aanvullende prestaties met een aparte opdracht in mededinging te stellen.

2) Herhalingsopdrachten (verlengingen) voor werken en diensten (cf. art. 17, §2, 2°, b, van de Wet)

In dit geval moet:

- het gaan om soortgelijke opdrachten (op kleine wijzigingen of verbeteringen na);
- het basisproject zijn gegund bij aanbesteding of offerteaanvraag;
- de mogelijkheid tot het bijbestellen van de herhalingsprestaties al bij de gunning van de basisopdracht zijn gestipuleerd;
- deze bijbestelling(en) gebeuren binnen een periode van drie jaar vanaf de sluiting van de basisopdracht.

Er is als zodanig geen beperking ingebouwd voor het aantal bijbestellingen gedurende deze periode van drie jaar.

Een degelijk bestek bevat nochtans een realistische raming, zodat de inschrijver in staat is om zijn prijszetting te bepalen in functie van de te verwachten herhalingen.

Om een vertekening van de mededingingsvoorwaarden te vermijden, mag het bedrag van de herhalingsopdracht naar boven toe liefst niet te sterk afwijken van de oorspronkelijke opdracht.

Eveneens dienen de oorspronkelijke prijzen in principe behouden te blijven voor de herhalingen, tenzij ze schaalvoordelen zouden opleveren voor de opdrachtnemer en de overheid een prijsverlaging zou kunnen bedingen.

> Deze uitdrukkelijke regeling in de Wet wijst erop dat men normaal gezien bij overheidsopdrachten *geen stilzwijgende verlenging* kan opnemen in de overeenkomst (dit zou trouwens strijdig zijn met het openbaarheids- en motiveringsbeginsel en de expliciteit en transparantie waarin een overheid dient te handelen).

Zie in dit verband ook punt 4.2.c.

3) Onderzoek en ontwikkeling van producten (leveringen) (cf. art. 17, §2, 3°, a, van de Wet)

De studie moet in dit geval leiden tot de vervaardiging van een roerend goed, een soort prototype dat het resultaat is van het onderzoeksproces.

Het gaat hier zeker niet om een studieopdracht waarbij enkel een rapport wordt neergelegd.

4) Bijkomende opdrachten van leveringen (cf. art. 17, §2, 3°, b, van de Wet)

In dit geval:

- gaat het om vervangingen of uitbreidingen van bestaande leveringen, op voorwaarde dat de wijziging van materiaal een technische onverenigbaarheid of buitenmaatse moeilijkheden zou meebrengen;
- moet deze mogelijkheid *niet* zijn opgenomen in het bestek;
- mag de duur van de oorspronkelijke opdracht niet méér dan 3 jaar bedragen en geldt hetzelfde voor het geheel van de bijkomende opdrachten (samengenomen een maximale contractlooptijd van 6 jaar).

5) Studieopdracht na ontwerpenprijsvraag (diensten) (cf. art. 17, §2, 4°, van de Wet)

Deze opdracht volgt op een ontwerpenprijsvraag (cf. punt 6.3).

Ze heeft betrekking op de verdere concretisering van de door de wedstrijd verkregen plannen of ontwerpen (studies en eventueel toezicht op de uitvoering).

De onderhandelingen worden gevoerd met de winnaar (of winnaars) van de wedstrijd.



## 5.3.2. ONDERHANDELINGSPROCEDURE MET BEKENDMAKING (OPMB)

### 5.3.2.1. Bekendmaking OPMB

Bij de onderhandelingsprocedure met bekendmaking is een voorafgaande *bekendmaking voorgeschreven* (cf. art. 17, §3 van de Wet).

In dit geval is er qua bekendmaking en qua verloop – in een tweestapsprocedure – een gelijkschakeling met de beperkte procedures en is een oproep tot de kandidaten evenzeer verplicht (cf. punt 5.2.1.1.b).

De bekendmaking wordt nader uiteengezet in punt 5.5.

### 5.3.2.2. Kandidaatstellingen en geselecteerden OPMB

In de onderhandelingsprocedure met bekendmaking dienen de deelnemers hun *kandidaatstellingen* – in de regelgeving nogal eufemistisch ‘aanvragen tot deelneming’ geheten – in, evalueert de overheid deze kandidaatstellingen op basis van de bekendgemaakte *toegangsvereisten en kwalitatieve selectiecriteria* en kiest ze uit de kandidaten de *geselecteerden* – in de regelgeving al even eufemistisch ‘gegadigden’ geheten – die ze daarna uitnodigt om een offerte in te dienen.

Meer details hierover vindt u in punten 5.6 en 5.7.

In verband met de mogelijkheid om *het aantal geselecteerden te beperken*, zie punt 5.7.5, met dat verschil dat het aantal geselecteerden hier niet kleiner mag zijn dan **drie**, doch dat het aantal geselecteerden in elk geval voldoende moet zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen, voor zover er voldoende geschikte kandidaten zijn (cf. arts. 16, 42 en 68 van het KB van 8.1.1996 na aanpassingen door zowel het vierde als het vijfde nood-KB – punt 1.5.e).

### 5.3.2.3. Mogelijke gevallen OPMB

- 1) Er zijn enkel onregelmatige offertes of onaanvaardbare prijzen ingediend bij een standaardgunningsprocedure (werken, leveringen en diensten) (cf. art. 17, §3, 1°, van de Wet)

In dit geval heeft de overheid niet de bedoeling uitsluitend te onderhandelen met alle inschrijvers die uit de vorige procedure als geselecteerd en formeel regelmatig voortkomen.

Ze wenst ofwel niet alle deelnemers te raadplegen ofwel nieuwe geïnteresseerden aan te trekken (en aan de geweerde deelnemers een nieuwe kans te geven).

- 2) Een voorafgaande prijsvaststelling is onmogelijk (speciale raamopdracht) (werken en diensten) (cf. art. 17, §3, 2°, van de Wet)

De overheid verkeert in casu in de onmogelijkheid om vooraf een volledig inzicht te krijgen in de uit te voeren werken of diensten.

Noodgedwongen zal men pas in de loop van de uitvoering een concrete inhoud kunnen geven aan de contractuele verbintenissen en ze gedurig moeten aanpassen aan de gegevens van het ogenblik, gelet op de grote en niet vooraf gekende moeilijkheden waarmee de uitvoering zal gepaard gaan.

Deze onderhandelingsprocedure leidt derhalve tot een overheidsopdracht die in een eerste fase slechts uit een ‘raam’ bestaat en die daarom traditioneel, vanuit Hollandse origine, *raamopdracht* werd geheten.

Wij hebben er de naam '**speciale raamopdracht**' aan gegeven om haar te onderscheiden van de bestellingsopdracht die in de toekomst de naam van raamovereenkomst zal dragen (cf. punt 6.6).

In die eerste fase is het immers niet alleen onmogelijk om een volledige studie te maken, maar ook om prijzen of hoeveelheden te bepalen.

Bijgevolg is de raamopdracht in hoofdzaak een verbintenis tot samenwerking met een opdrachtnemer (veelal een tijdelijke handelsvennootschap) met het oog op de bestudering en de uitvoering van het project.

Voor iedere stap in de uitvoering worden er dan *deelcontracten* afgesloten, mede in functie van de vaststellingen die tijdens de vorige uitvoeringsfases zijn gedaan.

Deze deelcontracten worden niet noodzakelijk gesloten met de gekozen opdrachtnemer.

De overheid zal oordelen of de door hem geboden condities (na onderhandelingen) aanvaardbaar zijn, zoniet kunnen de deelcontracten in mededinging worden gesteld.

Doorgaans treedt de voor het deelcontract gekozen opdrachtnemer dan op als onderaannemer van de opdrachtnemer van de raamopdracht; deze laatste krijgt dan een (in de raamopdracht bedongen) vergoeding op het bedrag van het deelcontract.

Het is duidelijk dat deze onderhandelingsprocedure slechts zeer uitzonderlijk kan worden toegepast, bvb. voor zeer omvangrijke, ambitieuze of langlopende bouwprojecten of dienstenprojecten.

### 3) Onderzoek en ontwikkeling in bouwsector (werken) (cf. art. 17, §3, 3°, van de Wet)

Het betreft werken die enkel onderzoek en proefneming als doel hebben, zonder nastreving van rendabiliteit of kostendekking.

### 4) De opdrachtspecificaties zijn niet bepaalbaar (diensten) (cf. art. 17, §3, 4°, van de Wet)

Art. 30.1.c van de Richtlijn 2004/18/EG geeft aan dat die bepaling met name kan gelden voor *financiële diensten* en voor *intellectuele diensten*, zoals het ontwerpen van bouwwerken.

Het gaat hier blijkbaar om een nuanceverschil met het geval sub 2.

De redenering is dat een standaardgunningsprocedure niet mogelijk is omdat de aard van de dienst zodanig is dat de overheid de specificaties van de opdracht *niet met voldoende nauwkeurigheid* kan bepalen.

> Die redenering is in die mate rekbaar dat men dit geval dankbaar aangrijpt om voor niet al te strak omschreven diensten de mogelijkheid van onderhandelingen achter de hand te houden.

Men poogt aldus om de opdracht tegen meer optimaal uitgewerkte voorwaarden te sluiten, wat lovenswaardig is, indien met de nodige omzichtigheid gehanteerd.

## 5.3.3. GUNNINGSCRITERIA EN ONDERHANDELINGEN (OPZB EN OPMB)

### 5.3.3.1. Gunningscriteria

a) In een onderhandelingsprocedure moet de overheid de opdracht gunnen aan de inschrijver met de beste offerte in functie van **het gunningscriterium of de gunningscriteria** (resp. de laagste of de voordeligste offerte).

Het gunningscriterium of de gunningscriteria dienen in het bestek te staan, voor zover een bestek verplicht is.

Bij aanwending van meerdere gunningscriteria: zie punt 5.2.3.2.

Voor de evaluatie van de offertes in dat geval: zie punt 5.9.2.e.

- b) Voor een **OPZB beneden de Europese drempelbedragen** zijn er *geen expliciete gunningscriteria* verplicht (ook een bestek is dan trouwens niet verplicht, maar wel aanbevolen – cf. punt 4.8.a).  
De overheid is echter gebonden door de *regels van behoorlijk bestuur* en het *gelijkheidsbeginsel* en zal iedere offerte onderzoeken op haar voor- en nadelen en ze vergelijken met de andere offertes.  
Bij de aanvang van dit onderzoek zal de overheid dus *de facto* gunningscriteria moeten bepalen en daarvan laten blijken in het gunningsdossier.
- c) Voor de onderhandelingsprocedures **vanaf de Europese drempelbedragen** is men met ingang van 1.2.2006 verplicht om aan elk gunningscriterium **een gewicht** toe te kennen (cf. art. 122bis van het KB van 8.1.1996, zoals ingevoegd door het KB van 12.1.2006, dat deze bepaling evenwel in strijd met de Europese Richtlijn beperkte tot de onderhandelingsprocedures met bekendmaking, nadien rechtgezet door het KB van 23.11.2007 – punt 1.5).

Voor meer details: zie punt 5.2.3.2.

### **5.3.3.2. Onderhandelingen**

- a) In een onderhandelingsprocedure kan de overheid – na een eerste evaluatie van de offertes op grond van het gunningscriterium of de gunningscriteria – effectief **onderhandelen** met de beste inschrijver of met meerdere best gerangschikte inschrijvers.

De onderhandelingen kunnen *in één beweging* gebeuren of *in meerdere fases*.

De onderhandelingen kunnen betrekking hebben op de financiële voorwaarden (prijs, prijsherzieningsformule, prijskortingen), de technische voorwaarden (uitvoeringswijze, varianten, kwaliteit) en de administratieve voorwaarden (termijnen, waarborgen, aansprakelijkheid), zij het dat de mogelijkheid om daarbij van de regels van het bestek af te wijken beperkt is: zie hierna punten b en c.

- b) Voor een **OPMB vanaf de Europese drempels** gelden een aantal strikte regels voor de onderhandelingen (cf. art. 122ter van het KB van 8.1.1996, ingevoegd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e):
- tijdens de onderhandelingen waarborgt de overheid de *gelijke behandeling* van alle inschrijvers en geeft zij geen discriminerende informatie die sommige inschrijvers kan bevoordelen tegenover andere;
  - de overheid kan bepalen dat de onderhandeling *in opeenvolgende fases* verloopt, teneinde het aantal te onderhandelen offertes te beperken op grond van de gunningscriteria, maar dient het gebruik van deze mogelijkheid in het bestek te vermelden;
  - de onderhandelingen hebben tot doel *de ingediende offertes aan te passen* aan de eisen vermeld in het bestek en de andere opdrachtdocumenten en om de beste offerte te kiezen.

Uit deze laatste bepaling zou men a contrario kunnen afleiden dat men tijdens de onderhandelingen niet meer mag afwijken van het bestek.

In eerste instantie blijft het natuurlijk de bedoeling dat de onderhandelingen betrekking hebben op het aanpassen van de offertes aan het bestek.

Het is nochtans niet uitgesloten om **het bestek nog op bepaalde punten te wijzigen** tijdens de onderhandelingen, zij het binnen een strikte omlijning, daartoe genoopt door de gelijke behandeling en de eerlijke mededinging:

- zo kan het bestek expliciet een aantal specifieke punten aangeven die eventueel vatbaar zijn voor onderhandelde wijzigingen;

- ook zijn onderhandelde wijzigingen mogelijk die ingegeven zijn door behoorlijke motieven in gevolge bvb. het complex en innovatief karakter van het project, veranderde omstandigheden, nieuwe informatie, technische verbeteringen, budgettaire beperkingen, de duur van de onderhandelingen, enz...

Niet toegestaan zijn:

- substantiële wijzigingen van het voorwerp van de opdracht die de interesse van andere markspelers hadden kunnen wekken;
- wijzigingen die ingaan tegen de resultaten van eerdere besluitvorming in de procedure.

- c) Bij een **OPMB beneden de Europese drempels** en **alle OPZB's** bestaat er een iets ruimere mogelijkheid om het bestek op een aantal punten te wijzigen tijdens de onderhandelingen.

Maar ook dan dienen de gelijke behandeling en de eerlijke mededinging te worden gerespecteerd en moeten de inschrijvers de kans krijgen om hun offerte aan die wijzigingen aan te passen.

Mochten er in een eerdere fase van de onderhandelingen al inschrijvers inhoudelijk geweerd zijn, dan dienen ook zij normaliter die nieuwe kans te krijgen.

#### 5.3.4. GUNNING, RECHTSBESCHERMING EN SLUITING (OPZB EN OPMB)

##### 5.3.4.1. Gunning en rechtsbescherming

- a) Het begrip gunning is omschreven in punt 5.1.5.

De zeer gedetailleerde **bepalingen die de eigenlijke gunning en sluiting regelen** bij aanbesteding en offerteaanvraag (cf. punten 5.8, 5.9 en 5.12.2) **zijn niet toepasselijk** op de onderhandelingsprocedures.

Het gaat om de regels over de regelmatigheid en de evaluatie van de offertes en de sluiting die in titel VI van het KB van 8.1.1996 staan, zijnde de arts. 89 tot 119 (cf. art. 122 van het KB van 8.1.1996).

Er geldt wel (in hoofdzaak) een uitzondering voor art. 90 dat voorschrijft wat de inschrijver in zijn offerte dient te vermelden.

Indien men titel VI toch geheel of gedeeltelijk wil toepassen op een onderhandelingsprocedure, moet men dat in het bestek uitdrukkelijk opnemen.

> Dit lijkt ons in de regel niet aan te bevelen omdat men dan net afstand doet van de soepelheid die de onderhandelingsprocedure biedt.

- b) Voor de uiteindelijk te nemen **gunningsbeslissing** of (eventueel) **beslissing tot niet-plaatsing**: zie punt 5.10.  
Inzake de **informatieverplichtingen** en de eventueel na te leven **wachtermijn**: zie punt 5.11.
- c) Voorafgaand aan de sluiting van de opdracht kan men een **bekendmaking van vrijwillige transparantie ex ante** publiceren om een vordering te voorkomen tot onverbindendverklaring van de gesloten overeenkomst (cf. art. 65/18 van de Wet – punten 5.5.2.2 en 5.13.2.4).

- d) De **verhaalprocedures** zijn beschreven in punt 5.13.

##### 5.3.4.2. Sluiting

- a) De omschrijving van het begrip sluiting staat in punt 5.1.5 (zie ook punt 5.12.1).

- b) Art. 122 van het KB van 8.1.1996 bepaalt **op welke wijze** men een opdracht via onderhandelingsprocedure kan sluiten (tot stand kan doen komen):
- 1) Ofwel met een **aanvaarde factuur** wanneer het goed te keuren bedrag niet hoger ligt dan 5.500 euro zonder BTW (cf. punt 5.3.1.1.c):
    - de basis is dus niet het geraamde bedrag, maar het uiteindelijk goed te keuren bedrag;
    - in dit geval is de aanvaarde – goedgekeurde – factuur het enige verplichte schriftelijke stuk;
    - het valt toch aan te raden om de bestelling niet mondeling, maar per brief, fax of e-mail te doen (zie ook punt 7.2.2.c).
  - 2) Ofwel op grond van briefwisseling volgens **handelsgebruiken**:
    - enkel voor onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking,
    - en enkel beneden de Europese drempelbedragen.
  - 3) Ofwel door de **betekening van de goedkeuring van de gekozen offerte** – zoals zij eventueel na onderhandelingen werd aangepast – aan de begunstigde.
  - 4) Ofwel op grond van een door de partijen ondertekende **overeenkomst**.
- c) Voor de nadien verplichte **bekendmaking** van de gesloten opdrachten vanaf de Europese drempels: zie punt 5.5.2.3.

#### **5.4. RAMING OPDRACHTBEDRAG EN EUROPESE DREMPELS**

Punt 5.4 is toepasselijk op alle gunningsprocedures.

##### **5.4.1. RAMING OPDRACHTBEDRAG**

###### **5.4.1.1. Algemeen**

- a) Vooraleer een opdracht te lanceren moet men **de waarde ervan ramen**, omdat de erop toepasselijke regels afhankelijk zijn van het geraamde opdrachtbedrag, in principe *ongeacht het bedrag van de ingediende offertes*.

Als men bvb. het opdrachtbedrag boven de Europese drempel raamt en de uiteindelijk gekozen offerte beneden die drempel blijft, zal de gunningsprocedure toch onder het Europese regime blijven ressorteren en vice-versa.

Art. 65/3 van de Wet (ingevoegd door de Rechtsbeschermingswet – cf. punt 1.6) heeft dit principe echter serieus op de helling gezet.

Als het goed te keuren bedrag van een beneden de Europese drempel geraamde opdracht *deze drempel met méér dan 20 % overschrijdt*, dan zal inzake rechtsbescherming (wachtermijn en verhaalprocedures) plots het Europese regime van toepassing zijn op deze opdracht (cf. punten 5.1.6, 5.5.2.2, 5.11.4, 5.12.1 en 5.13.2).

- > Dit artikel – dat nochtans niet voortvloeit uit Richtlijn 2007/66/EG en ondanks onze tegenkanting is ingevoerd – dient te worden veroordeeld als één van de minst verstandige bepalingen van de ganse regelgeving:
- een blind cijfer kan nooit zinvol in de plaats komen van een beoordeling ‘geval per geval’ van overschrijdingen van de raming, waarvan de oorzaken en omstandigheden vaak heel specifiek kunnen zijn;

- vicieuze geesten kunnen het artikel lezen als een uitnodiging tot het systematisch onderramen van opdrachten met 20 % (zeker in de nabijheid van de Europese drempel).

Ook de specifieke rechtsbeschermingsregeling voor *werken beneden de Europese drempel* tast het ramingsbeginsel aan (cf. punten 5.4.2, 5.5.2.2, 5.11.4, 5.12.1 en 5.13.2).

- b) Het geraamde opdrachtbedrag valt onder de *geheimhouding* (cf. punt 4.6), teneinde de mededinging niet te beïnvloeden en ondanks het daartoe bestemde vakje in het bekendmakingsmodel.

> Wenst men hier om bijzondere motieven van af te wijken, dan raden we aan om voor de raming geen vast bedrag te vermelden, maar ze binnen een vork te situeren.

- c) Voor **alle opdrachten** houdt het geraamde bedrag rekening met:

- de percelen waarin de opdracht is verdeeld;
- de herhalingsopdrachten die het bestek in het mogelijke vooruitzicht stelt;
- de eventuele opties – een in intern recht vooralsnog onbekend begrip – en eventuele verlengingen van de opdracht (cf. arts. 2, 2<sup>e</sup> lid, 28, 3<sup>e</sup> lid en 54, 7<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996, ingevoegd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e).

#### **5.4.1.2. Werken**

Voor werken moet men de geraamde kostprijs van het **volledige project** in aanmerking nemen, inbegrepen het geraamde bedrag van de leveringen die nodig zijn voor de uitvoering van de werken en ter beschikking gesteld worden van de opdrachtnemer (cf. art. 2 van het KB van 8.1.1996, [met verwijzing ernaar in art. 120](#)).

Dat betekent ook dat men alle **percelen** die tot het project horen moet samentellen. Het begrip ‘perceel’ dient hier bovendien ruim te worden geïnterpreteerd, zowel in de klassieke betekenis als in de zin van ‘afzonderlijke opdrachten behorende tot eenzelfde project’.

Bij de aanleg van een weg bvb. moet dus worden gerekend vanaf de prille studie tot en met de ultieme afwerking, zoals verlichting, signalisatie, straatmeubilair en beplanting.

Uit het verslag aan de Koning blijkt bovendien dat de *leveringen en diensten* die niet noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de werken, niet aan de werkenopdracht mogen worden toegevoegd met de bedoeling ze te onttrekken aan de Europese mededinging voor leveringen en diensten.

Deze bepaling vindt geen grond in de tekst van art. 2 van het KB van 8.1.1996, maar steunt blijkbaar op de geest van de Europese Richtlijnen.

#### **5.4.1.3. Leveringen**

Art. 28 van het KB van 8.1.1996 ([met verwijzing ernaar in art. 120](#)) bepaalt:

- in het 1<sup>e</sup> lid hoe voor huur, huurkoop en leasing het geraamde opdrachtbedrag wordt berekend;
- in het 2<sup>e</sup> lid de berekeningswijze van het bedrag bij regelmatig terugkerende of hernieuwbare opdrachten.

#### **5.4.1.4. Diensten**

Art. 54 van het KB van 8.1.1996 ([met verwijzing ernaar in art. 120](#)) stelt als principe dat als geraamd bedrag de **volledige geraamde vergoeding van de dienstverlener** dient te worden genomen.

Het artikel bevat voorts nadere bepalingen voor:

- verzekeringsdiensten, bankdiensten en diensten voor studie en ontwerp;
- diensten die geen totale prijs vermelden;
- diensten die met een zekere regelmaat worden gegund of herhaald;
- diensten die tegelijk betrekking hebben op bijlagen 2 A en 2 B van de Wet.

De toepassing van die bepalingen is niet zo eenvoudig.

#### 5.4.2. EUROPESE DREMPELBEDRAGEN

- a) De Europese Richtlijnen zijn alleen toepasselijk op de opdrachten waarvan de raming de **Europese drempels** bereikt.  
Deze dualiteit “vanaf de drempels” en “beneden de drempels” weerspiegelt zich dan ook in de Belgische regelgeving.

Eigenlijk gaat het om sinds 1.1.1996 internationaal vastgelegde drempels in het **akkoord van Marrakech** of **GPA** gesloten in het raam van de Wereldhandelsorganisatie. Omdat die drempels in speciale trekkingsrechten zijn bepaald, waarvan de waarde schommelt, wordt hun tegenwaarde in euro om de twee kalenderjaren aangepast. Met ingang van 1.1.2006 heeft de Europese Commissie de andere specifieke drempelbedragen, die louter Europees werden vastgelegd in ronde bedragen en ontsnapt aan dat aanpassingsritme, afgeschaft en vervangen door de internationale drempels.

- b) Hierna volgen de drempelbedragen voor **2012 en 2013**.

Voor **werken** ligt de drempel op **5.000.000 euro** zonder BTW (cf. art. 1, §3 van het KB van 8.1.1996).

> Dit drempelbedrag is astronomisch hoog vergeleken met de belachelijk lage drempelbedragen voor leveringen en diensten, maar of een binnenlands aannemingsbedrijf zich daarvoor de verplaatsing naar een vreemdtalige andere EU-Lidstaat gaat getroosten?

De **halve drempel** voor werken bedoeld in de rechtsbeschermingsregeling – cf. punten 5.5.2.2, 5.11.4, 5.12.1 en 5.13.2 – belooft **2.500.000 euro** (let op, deze drempel betreft niet het geraamde bedrag, maar het goed te keuren bedrag van de opdracht!).

Voor **leveringen** bedraagt de drempel **200.000 euro** zonder BTW (cf. art. 27, §2 van het KB van 8.1.1996) (het drempelbedrag van 130.000 euro is niet toepasselijk op de Vlaamse overheid).

Voor **diensten** ligt de drempel op **200.000 euro** zonder BTW (cf. art. 53, §3 van het KB van 8.1.1996) (het drempelbedrag van 130.000 euro is niet toepasselijk op de Vlaamse overheid).

- c) Vanzelfsprekend mogen opdrachten **niet worden gesplitst** om de Europese drempelbedragen te ontwijken.

#### 5.5. BEKENDMAKING

Punt 5.5 is toepasselijk op alle gunningsprocedures waarvoor een voorafgaande bekendmaking verplicht is (zie nochtans punten 5.5.2.2 en 5.5.2.3).

### 5.5.1. ALGEMEEN

De **voorafgaande bekendmaking** van de te gunnen opdracht is de eerste stap in de praktische vertaling van het principe van de mededinging en is dus essentieel.

De opdrachten **vanaf de Europese drempels** kennen zowel een nationale als een Europese bekendmaking, beide volgens dezelfde Europees opgelegde regels.

Voor opdrachten **beneden de Europese drempels** is enkel een nationale bekendmaking verplicht, volgens minder strenge regels.

Op Europees vlak verschijnen de bekendmakingen in het *Publicatieblad van de Europese Unie* (gevestigd in Luxemburg) op de internetstek <http://ted.europa.eu>.

Op nationaal vlak verschijnen ze in het *Bulletin van Aanbestedingen* dat sinds 1.1.2011 volledig in de e-notificationapplicatie geïntegreerd is.

U vindt het Bulletin van Aanbestedingen vanaf die datum terug op de internetstek <https://enot.publicprocurement.be> (cf. punt 4.14.1 rond e-notification).

De bekendmakingregels staan in het KB van 8.1.1996, arts. 1 tot 15 voor werken, arts. 27 tot 41 voor leveringen, arts. 53 tot 67 voor diensten.

### 5.5.2. OPDRACHTEN VANAF EUROPESE DREMPELS

#### **5.5.2.1. Enuntiatieve bekendmaking**

Deze term uit de Richtlijnen van de 2<sup>e</sup> generatie (cf. punt 1.4) – Richtlijn 2004/18/EG kiest gelukkig voor ‘vooraankondiging’ – doelt op een beknopte gegroepede **vóórbekendmaking** van alle opdrachten die een overheid zinnens is (of overweegt) te gunnen in het raam van een bepaald programma of begrotingsjaar.

#### 1) Wanneer en wat ?

Voor *werken* moet de bekendmaking zo snel mogelijk gebeuren na de goedkeuring van het programma waarin de werken zijn opgenomen.

De bekendmaking slaat op alle opdrachten die aan de gewone Europese bekendmaking zijn onderworpen (cf. art. 3 van het KB van 8.1.1996).

Bij *leveringen* dient ze zo snel mogelijk na het begin van het begrotingsjaar te gebeuren, doch slechts voor de gegroepede opdrachten volgens de statistische classificatie CPA van *meer dan 750.000 euro zonder BTW* die in dat jaar gepland zijn (cf. art. 29 van het KB van 8.1.1996).

Noteer dat in dit geval een specifieke en niet-individuele drempel geldt.

Voor *diensten* moet de bekendmaking eveneens zo snel mogelijk na het begin van het begrotingsjaar gebeuren, doch slechts voor de per categorie gegroepede diensten van bijlage 2 A van de Wet die een identiek totaal bedrag overschrijden (cf. art. 55 van het KB van 8.1.1996).

Noteer hier hetzelfde als bij leveringen.

#### 2) Voordeel

Volgens de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie betreft de vóórbekendmaking geen verplichting en dit is thans bevestigd door art. 35.1 van Richtlijn 2004/18/EG.

Ze is enkel vereist wanneer men de indieningstermijnen voor de offertes wenst in te korten (cf. arts. 5, 6, 31, 32, 57 en 58 van het KB van 8.1.1996).



- > Eigenaardig genoeg geldt dit voordeel niet voor de termijnen voor kandidaatstellingen.

### **5.5.2.2. Bekendmaking vrijwillige transparantie ex ante**

De overheid kan – onmiddellijk voorafgaand aan de sluiting van de opdracht en volgens het passende model – een Europese *bekendmaking van vrijwillige transparantie ex ante* publiceren, zelfs al zou ze ervan overtuigd zijn dat een initiële – voorafgaande – bekendmaking voor die opdracht niet vereist is (cf. arts. 65/18 en 65/32 van de Wet en arts. 26, 52 en 81 van het KB van 8.1.1996).

Naar onze bescheiden mening kan het gaan om volgende gevallen:

- *onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking* vanaf de Europese drempels;
- *onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking* voor werken met een goed te keuren opdrachtbedrag vanaf de helft van de drempel (beneden de Europese drempel gaat het vanzelfsprekend enkel om een Belgische bekendmaking ex ante);
- *opdrachten vanaf de Europese drempels* waarvoor een voorafgaande Europese bekendmaking nagelaten is, hoewel ze niet verplicht is (zoals bvb. voor de diensten van bijlage 2 B van de Wet);
- *opdrachten vanaf de Europese drempels* waarvoor een voorafgaande Europese bekendmaking nagelaten is, hoewel ze verplicht is;
- *beneden de Europese drempels geraamde opdrachten* waarvan het goed te keuren bedrag die drempels met méér dan 20 % overschrijdt (cf. punt 5.4.1.1.a).

Door aldus te handelen voorkomt men de toepassing van de verhaalprocedure tot *onverbindendverklaring* van de gesloten overeenkomst (cf. punt 5.13.2.4).

> Het is op grond van Richtlijn en Wet nochtans volstrekt onduidelijk of de bekendmaking ex ante enkel dient voor de eerste drie streepjes – en dus puur op voorzorg en voorzichtigheid steunt – dan wel ook voor de laatste twee streepjes geldt – en dus ook kan dienen voor het achteraf rechtzetten van een kaduuke voorafgaande bekendmaking.

> U zult ondertussen eveneens begrepen hebben dat deze regeling getuigt van een aberrante Europese (en Belgische) paradoxie.

### **5.5.2.3. Bekendmaking gesloten opdracht**

Voor de opdrachten vanaf de Europese drempels bestaat er ook een bekendmakingsverplichting *na de sluiting van de opdracht*, zelfs voor de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking (behalve voor de “geheime” OPZB bedoeld in art. 17, §2, 1°, b van de Wet – cf. punt 5.3.1.2.a.2).

**Binnen 48 dagen na de sluiting van de opdracht** zijn de in het model van “aankondiging van gegunde opdracht” bepaalde inlichtingen aan bekendmaking onderworpen (cf. arts. 8, 34 en 60 van het KB van 8.1.1996).

Er zij op gewezen dat geen gegevens kunnen worden meegedeeld die de commerciële privacy of de eerlijke mededinging tussen de deelnemers kunnen aantasten. Deze bepaling vormt een concrete uitzondering op het beginsel van de openbaarheid van bestuur (cf. punt 5.11.5).

### **5.5.2.4. Speciaal regime percelen bij werken en diensten**

Voor **werken** geldt er een uitzondering op de voorafgaande Europese bekendmaking in die zin dat men de percelen *beneden 1 miljoen euro* zonder BTW niet Europees moet bekendmaken, voor zover ze gezamenlijk minder dan 20 % bedragen van het totale project (cf. art. 2, 3° lid van het KB van 8.1.1996).

Voor **diensten** bestaat er een gelijkaardige uitzondering dat men de percelen *beneden 80.000 euro* zonder BTW niet Europees moet bekendmaken, voor zover ze gezamenlijk minder dan 20 % bedragen van het totale project (cf. art. 54, 4<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996).

In beide gevallen neemt dat niet weg dat deze percelen meetellen voor de raming van de waarde van het totale project.

De overblijvende percelen zijn dus desgevallend onderworpen aan de Europese bekendmaking, zelfs als ze apart of samen beneden de Europese drempel liggen. En een Belgische bekendmaking blijft natuurlijk altijd vereist.

Voor **leveringen** bestaat er vooralsnog geen uitzondering voor percelen die een bepaald bedrag niet bereiken.

#### **5.5.2.5. Speciaal regime diensten bijlage 2 B Wet**

De diensten van bijlage 2 B bij de Wet genieten van een uitzondering op de voorafgaande Europese bekendmaking: alleen de **sluiting** van die opdrachten moet achteraf Europees worden bekendgemaakt.

Een voorafgaande **Belgische** bekendmaking is evenwel altijd verplicht (cf. art. 53, §4 van het KB van 8.1.1996).

> Deze diensten zijn dus onderworpen aan de Europese bekendmaking van art. 60 van het KB, eerder dan “enkel aan de toepassing van artikel 60” zoals in de tekst staat (zo moet men bvb. voor de raming van deze diensten art. 54 toepassen).

#### **5.5.3. OPDRACHTEN BENEDEN EUROPESE DREMPELS – LIJST VAN GESELECTEERDEN**

Bij beperkte procedures en onderhandelingsprocedures met bekendmaking voor de *uitsluitend nationaal bekend te maken opdrachten*, kan de voorafgaande oproep tot de kandidaten ook leiden tot een *periodiek samengestelde lijst van geselecteerden* (in de regelgeving ‘lijst van gegadigden’ geheten, cf. arts. 13, 39 en 65 van het KB van 8.1.1996).

Deze mogelijkheid is in principe toepasselijk op *gelijkaardige opdrachten met een repetitief karakter*.

De lijst blijft maximaal één jaar geldig vanaf de selectiebeslissing.

Deze lijst biedt het voordeel dat, gedurende de geldigheidsduur ervan, de overheid telkens **al de geselecteerde kandidaten die op de lijst staan**, kan uitnodigen om een offerte in te dienen voor één of meer opdrachten, zonder dat nog een bekendmaking voor elke opdracht afzonderlijk nodig is.

#### **5.5.4. BEKENDMAKINGSMODELLEN**

a) Alle bekendmakingen, zowel de nationale in het Bulletin als de Europese in het Publicatieblad, geschieden sinds 1.2.2006 volgens dezelfde **Europese modellen**, gevoegd als bijlage bij het KB van 8.1.1996.

Het wijzigende KB van 12.1.2006 (cf. punt 1.5.b) heeft inderdaad de pas sinds 1.9.2004 ingevoerde “vereenvoudigde” Belgische bekendmakingsmodellen afgeschaft.

Het enige Belgische bekendmakingsmodel dat behouden is, betreft de *lijst van geselecteerden* (cf. vorige punt) omdat die modaliteit niet bestaat op Europees vlak (cf. bijlage 5 bij het KB van 8.1.1996).

De Europese Commissie legt de bekendmakingsmodellen vast bij verordening en past die tussentijds aan (cf. punt c).

b) Bij het **invullen** van de Europese modellen dient u op volgende zaken te letten:

- Bepaalde vakjes van die modellen zijn *met een \** gemerkt: ze kunnen vooralsnog niet worden gebruikt in België doordat de facultatieve bepalingen van de nieuwe Richtlijnen nog niet zijn omgezet.
- Voor de *uitsluitend nationaal bekend te maken opdrachten* volstaat de invulling van slechts een beperkt aantal vakjes *gemerkt met \*\** (overheid, type opdracht en opdrachtomschrijving met CPV- en NUTS-code, kwalitatieve selectiecriteria, desgevallend verkrijgingswijze bestek, gunningswijze, uiterste indieningsdatum).
- Ze vergen het gebruik van de Europese statistische classificatie **CPV** (Common Procurement Vocabulary), een Europese catalogus van werkzaamheden, producten en diensten.  
De CPV bevat overeenstemmingstabellen met de NACE-, CPA- en CPC-classificaties (resp. voor werken, leveringen en diensten).  
Voor de bekendmakingen vanaf 17.9.2008 is het gebruik van de **nieuwe CPV-woordenlijst** verplicht (cf. Verordening 213/2008/EG van 28.11.2007 van de Europese Commissie – PBEU 15.3.2008 – zie <http://eur-lex.europa.eu> of onze internetstek – zie ook de omzendbrief van de Eerste Minister van 27.8.2008 – BS 2.9.2008).

Samen met de geografische **NUTS**-code (cf. bijlage 7 bij het KB van 8.1.1996) stelt de CPV de marktspelers in staat om gericht te zoeken naar de opdrachten die hen interesseren.

- Er is een vakje opgenomen om de persoon te vermelden waaraan **bijkomende inlichtingen** over de geplande opdracht kunnen worden gevraagd.

> Deze vermelding is *niet zonder risico*.

Zo kan de gelijke behandeling in het gedrang komen, doordat niet alle deelnemers op de hoogte zijn van de verstrekte bijkomende informatie, zeker wanneer die schriftelijk zou worden gegeven aan de aanvrager.

De beste formule om aan deze wettelijke bezorgdheid tegemoet te komen is een **informatievergadering** voor de potentiële deelnemers, die uiteraard enkel zinvol is voor de belangrijke opdrachten.

Plaats, datum en uur worden bij voorkeur reeds in de bekendmaking opgenomen.

We raden ten stelligste af om een *schriftelijk verslag met vragen en antwoorden* te maken van de informatievergadering.

Het gevaar voor tegenspraak met het bestek, dat voor de partijen de unieke wet vormt, zou te groot zijn.

Zulk verslag kan dan ook in geen geval het bestek wijzigen.

Wijzigingen van het bestek noodzaken bovendien – zeker in het geval van een open procedure – een rectificatiebericht, dat op dezelfde wijze moet worden bekendgemaakt als de initiële bekendmaking van de opdracht (cf. punt 4.7.1.b).

c) Met de e-notificationapplicatie (<https://enot.publicprocurement.be>) kan elke aanbestedende overheid de – altijd up to date gehouden – bekendmakingsmodellen **online invullen** en **gratis publiceren** in het Bulletin en, in voorkomend geval, ook automatisch in het Publicatieblad.

Deze **e-notification** is de eerste stap in het verhaal van de elektronische gunningsprocedure (cf. punt 4.14.1).

## **5.6. INDIENING KANDIDAATSTELLINGEN EN OFFERTES**

Punt 5.6 is toepasselijk op alle gunningsprocedures.

### **5.6.1. INDIENINGSRECHT**

In de huidige regelgeving staan **geen bepalingen** die voor alle gunningsprocedures het recht regelen voor kandidaten om kandidaatstellingen in te dienen (in een tweestapsprocedure) en voor inschrijvers of geselecteerden om offertes in te dienen (in een open of een tweestapsprocedure).

We kunnen nochtans een aantal vanzelfsprekendheden opsommen (ervan uitgaande dat men in een eerlijke mededinging niet op twee paarden kan wedden):

- a) Een *kandidaat* kan zich slechts **éénmaal kandidaatstellen** per opdracht (dus bvb. niet apart en dan nog eens in combinatie met een andere persoon).
- b) Een *inschrijver of geselecteerde* kan slechts **één offerte** indienen per opdracht (de situatie van varianten – cf. punt 5.1.4 – buiten beschouwing gelaten).
- c) In een *tweestapsprocedure* mogen **enkel de geselecteerden** een offerte indienen, dus de identiteit van de inschrijver moet precies overeenstemmen met de identiteit van een geselecteerde.  
Nochtans kan men in het bestek expliciet offertes aanvaarden die zijn ingediend door een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid *bestaande uit een geselecteerde en een niet-geselecteerde persoon* (cf. art. 93, §2 van het KB van 8.1.1996).  
Anderzijds kan het bestek het gezamenlijk indienen van één enkele offerte door meerdere geselecteerden beperken of verbieden, teneinde een voldoende mededinging te waarborgen.
- d) Bij een *onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking* mogen **enkel de uitgenodigde deelnemers** een offerte indienen.  
Het achteraf uitnodigen van bijkomende deelnemers of het ‘toevallig’ ontvangen van andere offertes is uitgesloten, want strijdig met de regels van een eerlijke mededinging.
- e) De **rechtsopvolging van een rechtspersoon** (kandidaat of inschrijver) door een andere rechtspersoon (bvb. door fusie, andere vennootschapsvorm) in de loop van de gunningsprocedure, vormt geen probleem, mits de overheid daarover ingelicht wordt.  
De selectie, gunning of sluiting zal dan, in voorkomend geval, de rechtsopvolger toevallen.
- f) Zie ook punt 5.1.3 inzake **percelen**.

### **5.6.2. INDIENINGS- EN UITNODIGINGSWIJZE**

- a) Het indienen van **kandidaatstellingen** – *in een tweestapsprocedure* – kan schriftelijk gebeuren of per fax, per e-mail of zelfs telefonisch (sic).

Telefonische kandidaatstellingen dienen in ieder geval schriftelijk te worden bevestigd binnen de indieningstermijn (> maar wat is dan het nut van het telefoontje?).

Als de kandidaatstellingen per fax of per e-mail worden ingediend, moeten ze enkel binnen een bepaalde termijn *schriftelijk worden bevestigd* als die termijn en die verplichting in de bekendmaking zijn vermeld (cf. arts. 6, §3, 32, §3 en 58, §3 van het KB van 8.1.1996 zoals gewijzigd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e – voor de opdrachten vanaf de Europese drempels en arts. 14, §1, 40, §1 en 66, §1 van het KB van 8.1.1996 zoals gewijzigd door het vijfde nood-KB – punt 1.5.e – voor de opdrachten beneden de Europese drempels).

> Het is echter weinig zinvol om in de bekendmaking laatstbedoelde schriftelijke bevestiging te vragen, vermits er geen verplichting bestaat dat de kandidaatstellingen uitgaan van een persoon die bevoegd of gemachtigd is om de kandidaat te verbinden. Een ondertekende schriftelijke kandidaatstelling zou dan ook geen toegevoegde waarde hebben.

- b) De overheid moet de **uitnodigingen tot het indienen van een offerte** *in een tweestapsprocedure* gelijktijdig en schriftelijk versturen aan de geselecteerden. Doet ze dit per fax of per e-mail, dan moet ze die schriftelijk bevestigen. De uitnodigingen horen aan bepaalde voorwaarden te voldoen en onder meer het bestek en de andere gunningsdocumenten te bevatten (cf. arts. 6, 14, 32, 40, 58 en 66 van het KB van 8.1.1996).

Bij een *onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking* geldt hetzelfde principe: de uitnodiging van de gekozen deelnemers tot het indienen van een offerte gebeurt gelijktijdig (cf. punt 5.6.1.d).  
Gebeurt de uitnodiging per fax of per e-mail, dan is een schriftelijke bevestiging niet vereist (cf. punt 4.14.2.c).

- c) Het indienen van **offertes** kan enkel schriftelijk gebeuren (zie ook punt 4.14.2 i.v.m. e-tendering).

> Het spreekt voor zich dat een offerte enkel geldig is als ze ondertekend is door de personen die bevoegd zijn om de inschrijver te vertegenwoordigen.

Voor de afwijkende situatie bij *onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking*: zie punt 4.14.2.c.

### 5.6.3. INDIENINGSTERMIJNEN

#### 5.6.3.1. Algemeen

Indieningstermijnen heten in de regelgeving 'termijnen voor ontvangst' (> het is maar vanuit welk standpunt u het bekijkt!).

Bij het **vaststellen van de indieningstermijn** – dus het uiterste indieningstijdstip – dient men rekening te houden met (cf. arts. 7, 15, 33, 41, 59 en 67 van het KB van 8.1.1996):

- de *complexiteit van de opdracht* en de nodige tijd voor het opmaken van een offerte (ingevoegd door het vierde nood-KB – punt 1.5.e);
- het feit dat de opgelegde termijnen slechts *minimumtermijnen* zijn;
- het feit dat men die bijgevolg in bepaalde omstandigheden moet *verlengen* (dit laatste kan zich ook voordoen in geval van bekendmaking van een rectificatiebericht – cf. punt 4.7.1.b);

- het feit dat men de opgelegde termijnen slechts mag *inkorten* wanneer er gerechtvaardigde en dringende redenen voorhanden zijn;
- het feit dat zowel de Europese als de Belgische termijnen *netto termijnen* zijn, waarin zowel de dag van verzending als de uiterste dag van indiening niet meetellen (cf. art. 65/35 van de Wet zoals ingevoegd door de Rechtsbeschermingswet – punt 1.6).

De overheid dient daarnaast de gunningsdocumenten en aanvullende inlichtingen binnen vastgestelde korte termijnen te verstrekken.

### **5.6.3.2. Opdrachten met Europese bekendmakingsplicht**

Bij **open procedures** bedraagt de indieningstermijn voor de offertes minstens **52 dagen** vanaf de verzending van de bekendmaking (cf. arts. 5, 31 en 57 van het KB van 8.1.1996).

Bij **tweestapsprocedures** – *beperkte procedures, onderhandelingsprocedures met bekendmaking en concurrentiedialoog* – bedraagt de minimumtermijn voor indiening van de kandidaatstellingen **37 dagen** vanaf de verzending van de bekendmaking (cf. arts. 6, 32 en 58 van het KB van 8.1.1996).

Voor de beperkte procedures belooft de indieningstermijn voor de offertes minimum **40 dagen** vanaf de verzending van de uitnodigingen tot het indienen van een offerte aan de geselecteerden.

Voor de onderhandelingsprocedures met bekendmaking en de concurrentiedialoog is niet voorzien in een indieningstermijn voor de offertes (door de overheid in rede te bepalen).

In geval van tijdige en afdoende enuntiatieve bekendmaking mogen de indieningstermijnen voor de offertes in bepaalde mate worden *ingekort*.

### **5.6.3.3. Opdrachten met enkel Belgische bekendmakingsplicht**

Bij **open procedures** bedraagt de indieningstermijn voor de offertes minstens **36 dagen** vanaf de verzending van de bekendmaking (cf. arts. 12, 38 en 64 van het KB van 8.1.1996).

Bij **tweestapsprocedures** – *beperkte procedures en onderhandelingsprocedures met bekendmaking* – bedraagt de minimumtermijn voor indiening van de kandidaatstellingen **15 dagen** vanaf de verzending van de bekendmaking (cf. arts. 14, 40 en 66 van het KB van 8.1.1996).

De indieningstermijn voor de offertes is minimum **15 dagen** vanaf de verzending van de uitnodigingen tot het indienen van een offerte aan de geselecteerden.

Voor de onderhandelingsprocedures met bekendmaking is hier wel voorzien in een indieningstermijn voor de offertes, *echter niet voor de concurrentiedialoog*.

De inkorting van de indieningstermijnen voor kandidaatstellingen en offertes is hier bovendien slechts mogelijk voor zover er minstens 7 dagen verlopen tussen de publicatie en de uiterste datum van indiening.

### **5.6.4. OPENING EN PROCES-VERBAAL**

De kandidaatstellingen en offertes mogen pas worden geopend onmiddellijk **na het uiterste indieningstijdstip**.

De organisatie van een *openingszitting* is enkel vereist bij de standaardgunningsprocedures en dan nog enkel voor het openen van de offertes (cf. punt 5.8.3.6).

In ieder geval is het aangewezen om altijd een **proces-verbaal** op te maken van de ingediende kandidaatstellingen en offertes.

Het proces-verbaal is soms onderworpen aan de geheimhouding, soms niet (cf. punt 4.6).

**>>> zie de modellen van proces-verbaal van opening  
kandidaatstellingen en offertes *onder de knop Instrumenten > Modellen*  
op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

## **5.7. SELECTIE – TOEGANGSRECHT EN KWALITATIEVE SELECTIE**

Punt 5.7 is toepasselijk op alle gunningsprocedures, tenzij anders aangegeven bij de bespreking van een bepaalde gunningsprocedure.

Van zodra ze ingediend zijn, onderzoekt de overheid de kandidaatstellingen en de offertes op het vlak van het toegangsrecht en aan de hand van de kwalitatieve selectiecriteria. Het begrip **selectie** overkoepelt het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie.

### **5.7.1. ALGEMEEN**

- a) De toegangs- en selectievoorwaarden hebben alleen betrekking op de **persoonlijke en kwalitatieve situatie van de deelnemers** die meedingen naar overheidsopdrachten. Ze hebben niets te maken met de kwaliteit of de inhoud van hun offerte.

Om die reden is het mogelijk om **ontbrekende documenten** inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie na de indiening van de kandidaatstelling of offerte op te vragen, voor zover de documenten betrekking hebben op vooraf bestaande en vaste gegevens, wat vaak – maar niet altijd – het geval is (cf. arts. 20, §3, 46, §3 en 72, §4 van het KB van 8.1.1996).

- b) De overheid moet in de **bekendmaking** van de opdracht – en bij open procedures ook in het bestek – opnemen op grond van welke **inlichtingen, documenten en criteria** ze het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie van de deelnemers gaat beoordelen; het gaat om:
- het gebruik van de ‘verklaring op erewoord’ (cf. punt 5.7.3.2);
  - de in punt c bedoelde *elektronische inlichtingen en documenten* die de overheid zelf gaat opzoeken;
  - de andere – door de deelnemers over te leggen – *inlichtingen en documenten*;
  - de *kwalitatieve selectiecriteria* inzake financiële en economische draagkracht en technische bekwaamheid (cf. punt 5.7.4).

Indien deze vermeldingen, in het bijzonder die betreffende de kwalitatieve selectiecriteria, te volumineus zouden zijn om in de bekendmaking te worden opgenomen, kan men zich beperken tot de essentie en voor het overige verwijzen naar een **selectieleidraad** die bij de overheid verkrijgbaar is.

- c) Bepaalde officiële inlichtingen en documenten in verband met het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie zijn **kosteloos en elektronisch beschikbaar** voor de overheid. Zo kunnen de overheden in België na autorisatie door hun veiligheidsbeheerder het federale **Digiflow** consulteren, onder meer voor het *attest van niet-faillissement*, het *RSZ-attest*, de *BTW-plicht* en de *jaarrekeningen* van de ondernemingen (globale omzet). Op dezelfde wijze is de (Verrijkte) **Kruispuntbank voor Ondernemingen** raadpleegbaar voor allerlei informatie zoals *ondernemingsnummer, zetel, statuten, groepsstructuur, omzet, enz...*

In essentie zijn deze systemen beperkt tot de personen en ondernemingen die in België gevestigd zijn of er personeel tewerkstellen (zie nochtans bijlage 8 bij het KB van 8.1.1996 – ingevoegd door het vierde nood-KB, cf. punt 1.5.e – in verband met de beroeps- of handelsregisters in een aantal EU-Lidstaten).

Sinds 1.10.2005 moet de overheid in bedoelde gevallen aangeven – conform punt b – dat ze **zelf de nodige opzoeken doet** (cf. arts. 20, §4, 46, §4 en 72, §5 van het KB van 8.1.1996).

In die gevallen mag ze aan de deelnemers niet meer vragen om nog inlichtingen of documenten over te leggen.

Deze wijziging is doorgevoerd door het KB ‘administratieve vereenvoudiging’ van 20.7.2005 (BS 22.8.2005).

### 5.7.2. TOEGANGSRESERVATIE

Voor opdrachten beneden de Europese drempels kan de overheid de *toegang* tot die opdrachten *reserveren* voor **sociale werkplaatsen** of **sociale inschakelings-ondernemingen** (cf. art. 18bis, §2 van de Wet).

De bedoeling van die bepaling is om dergelijke ondernemingen, die soms buiten het normale commerciële en concurrerende circuit functioneren, een deel van de overheidsopdrachtenkoek te garanderen.

### 5.7.3. TOEGANGSVERBOD

#### 5.7.3.1. Algemeen

- a) Men kan aan deelnemers *de toegang tot de overheidsopdrachten ontzeggen* in twee soorten gevallen, enerzijds in een aantal **uitsluitingsgevallen** dat met hun persoonlijke toestand te maken heeft en anderzijds in bepaalde gevallen van **belangenvermenging** (ook “onverenigbaarheid” geheten).
- b) Hoewel de overheid dit toegangsverbod moet checken in de eerste fase van het onderzoek van de ontvangen kandidaatstellingen of offertes (zie nochtans de ‘verklaring op erewoord’ in punt 5.7.3.2 in fine), blijft het verbod uiteraard van toepassing *tijdens de gehele duur van de gunningsprocedure*.
- c) Wanneer *deelnemers zich verenigen* om samen een kandidaatstelling of een offerte in te dienen, gelden de bepalingen inzake toegangsrecht voor elke partner afzonderlijk.

#### 5.7.3.2. Uitsluitingsgevallen

Een overheid moet of kan de *toegang weigeren* aan een deelnemer in een aantal **strikt omschreven** uitsluitingsgevallen (cf. arts. 17, 17bis, 43, 43bis, 69 en 69bis van het KB van 8.1.1996).

De overheid is daartoe verplicht als de deelnemer definitief veroordeeld is voor (ingevoegd door het KB van 23.11.2007 voor de opdrachten vanaf de Europese drempels en door het vierde nood-KB ook beneden de drempels – cf. punten 1.5.c en 1.5.e):

- deelname aan een criminele organisatie;
- omkoping;
- fraude;
- witwassen van geld.



De verplichting vervalt indien de overheid dwingende redenen van algemeen belang kan invoeren.

De overheid heeft daartoe de mogelijkheid (> eigenlijk een quasi-verplichting) als de deelnemer:

- in een aanloopprocedure naar of in staat verkeert van *faillissement*, vereffening of *gerechtelijke reorganisatie* (ex-gerechtigd akkoord, zoals vervangen door de arts. 60 tot 62 van het KB van 19.12.2010 – cf. punt 1.6.d);
- definitief *veroordeeld is* voor een misdrijf dat zijn professionele integriteit aantast;
- een ernstige *beroepsfout* heeft begaan;
- niet in orde is met de *RSZ-bijdragen* (cf. punten 5.7.3.3 en 5.7.3.4);
- *fiscale schulden* heeft (cf. punt 5.7.3.4);
- in ernstige mate *valse verklaringen* heeft afgelegd inzake toegangsrecht en kwalitatieve selectie.

Dat de deelnemer zich niet in zo 'n uitsluitingsgeval bevindt, wordt aangetoond door *officiële documenten of getuigschriften* of een *verklaring op erewoord*, expliciet of impliciet (cf. punt 5.7.1.b).

In dit laatste geval zal de overheid op het gepaste moment de juistheid nagaan van de verklaring van de deelnemers waarvoor dit aangewezen is.

**>>> zie de rondzendbrief over de 'impliciete verklaring op erewoord' onder de knop [Regelgeving op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten](#)**

### **5.7.3.3. RSZ-bijdragen**

- a) Aangaande de RSZ-bijdragen moet een **attest** aantonen dat de deelnemer:
- in orde is met de aangiften tot en met het *voorlaatste afgelopen kalenderkwartaal* vóór het openen van de kandidaatstellingen of offertes;
  - geen *bijdrageschuld* van meer dan 2.500 euro heeft of, in geval van een hogere schuld, de verkregen betalings spreiding strikt respecteert.

Ook wanneer hij, in geval van hogere schuld, in zijn kandidaatstelling of offerte kan bewijzen dat hij zelf *schuldeiser is van overheden voor een gelijkwaardig bedrag*, op de vermelde 2.500 euro na, ondergaat hij geen toegangsverbod.

De schuldvordering moet wel niet enkel zeker en opeisbaar zijn, maar eveneens vrij van elke verplichting tegenover derden, wat betekent dat ze noch beslagen, noch overgedragen, noch in pand gegeven mag zijn.

- b) De **rekeningstand van de RSZ-bijdragen** moet men beoordelen op de dag vóór het openen van de kandidaatstellingen of offertes.  
Deze bepaling is voorgeschreven om te verhinderen dat deelnemers, die de sociale zekerheidsregels niet naleven, hun toestand bij de RSZ pas zouden regulariseren wanneer zou blijken dat zij een kans maken om geselecteerde of begunstigde te zijn.
- c) Voor geraamde opdrachten of offertes tot 22.000 euro zonder BTW mag men aan de deelnemers **geen attest** vragen, zelfs niet indien de overheid in kwestie geen toegang zou hebben tot Digiflow (cf. punt 5.7.1.c).  
In dat geval is de overheid verplicht om zelf naar de RSZ-toestand van de deelnemer te informeren, hetgeen de overheid trouwens altijd kan doen.
- d) **Buitenlandse deelnemers** kunnen een alternatief bewijs leveren van het nakomen van hun sociale zekerheidsplichten, indien het land waar zij hun zetel hebben geen attesten uitreikt.

- e) Bepaalde deelnemers verklaren hun **onbekendheid bij de RSZ** doordat ze geen personeel in dienst hebben en:
- *ofwel* uitsluitend samenwerken met zelfstandige ondernemers: in dit geval moet men nagaan of er niet manifest sprake is van een onderlinge relatie van gezag en ondergeschiktheid en dus van onwettige **schijnzelfstandigheid**;
  - *ofwel* stellen dat ze aanstonds na de sluiting het nodige personeel gaan aanwerven: in dit geval moet men nagaan of de noodzaak om over personeel te beschikken voor de uitvoering van de opdracht dan niet manifest wijst op een gebrek aan technische bekwaamheid en een ontwijking van de RSZ-verplichtingen.

#### **5.7.3.4. Sociale en fiscale schulden en registratie van aannemers**

- a) De **registratie** is een typisch Belgische *certificatie van sociale en fiscale oorbaarheid*, in 1978 ingevoerd – in het raam van de strijd tegen het zwartwerk – **voor bepaalde opdrachten in onroerende staat**.  
Doordat deze regeling een zekere protectionistische nevenwerking vertoonde ten voordele van de Belgische aannemers, heeft het Europees Hof van Justitie ze veroordeeld in zijn arrest 'België' van 9.11.2006.

De Programmawet van 27.4.2007 (BS 8.5.2007) en het KB van 27.12.2007 (BS 31.12.2007) hebben de registratie dan ook volledig moeten hervormen met ingang van 1.1.2008.

Sedertdien is de overheid niet meer door de registratie beschermd tegen haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de sociale en fiscale schulden van haar opdrachtnemer. Daardoor was het nutteloos en strijdig om dit systeem nog verder verplicht te stellen bij overheidsopdrachten en heeft het KB van 31.7.2008 (cf. punt 1.5.d) kortweg alle verwijzingen naar de registratie van aannemers in de regelgeving geschrapt. Dit betekent niet dat het registratiesysteem is afgeschaft, enkel dat de registratie geen rol meer speelt bij overheidsopdrachten.

- b) Inzake het toegangsverbod zal de **controle van de afwezigheid van sociale en fiscale schulden** voortaan voor alle opdrachten op dezelfde gewone wijze geschieden (cf. punten 5.7.3.2 en 5.7.3.3).

Voor wat de **hoofdelijke aansprakelijkheid** van de overheid betreft – als ze een opdracht in onroerende staat aan een inschrijver gunt – zal die nu afhangen van het feit of de inschrijver op dat moment *daadwerkelijk sociale en fiscale schulden heeft*. De overheid is in dergelijk geval verplicht om de verificatie van die schulden te doen vlak vóór de gunning van de opdracht en de inschrijver eventueel alsnog uit te sluiten. Die verificatie moet opnieuw gebeuren bij elke betaling (cf. punt 7.3.9.5).

**>>> zie de adviezen van de federale Commissie voor Overheidsopdrachten  
(BS 1.8.2008 en 19.2.2009) onder de knop Regelgeving op de  
internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

#### **5.7.3.5. Belangenvermenging**

- a) Een deelnemer aan de gunningsprocedure van een opdracht ondergaat een *toegangsverbod*, indien hij voordien **belast was met het onderzoek, de beproeving, de studie of de ontwikkeling** van die opdracht (cf. art. 78 van het KB van 8.1.1996). Deze *belangenvermenging aan de zijde van de deelnemers* geldt alleen als die deelnemer daardoor *een voordeel geniet dat de eerlijke mededinging vervalst*.

Als de overheid overweegt om in die zin de toegang aan een deelnemer te weigeren, moet ze hem eerst de gelegenheid geven om binnen 12 dagen het **tegenbewijs** van dat voordeel te leveren, tenzij de nodige stukken al bij de kandidaatstelling of offerte staken.

- b) Dezelfde regels zijn van toepassing op elke met die deelnemer “**verbonden onderneming**”, hetzij dat de ene op de andere een overheersende invloed heeft, hetzij dat een derde op beiden die invloed heeft.

De *overheersende invloed* kan blijken uit het bezit van het meerderheidskapitaal, de stemmenmeerderheid via aandelenbezit of de aanstelling van de meerderheid van de leden van de topinstantie van de onderneming.

Indien de verbonden onderneming kan aantonen dat er ofwel geen overheersende invloed is ofwel die invloed voor de opdracht in kwestie van geen betekenis is, geldt het toegangsverbod niet.

- c) Deze voorschriften zijn **niet toepasselijk**:

- op de projecten die *zowel ontwerp als uitvoering* omvatten (> uiteraard, vermits het om dezelfde opdracht gaat !);
- op de *onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking*;
- op de *onderaannemers van de voorbereidende opdracht*, daar zij geen band hebben met de overheid en dus niet door haar ‘belast’ zijn geweest met die voorbereidende opdracht;
- op de begunstigde van de voorbereidende opdracht, wanneer die *louter als onderaannemer* wil optreden voor de begunstigde van de vervolgoedpracht.

> Overigens verdient dit toegangsverbod ons inziens een **redelijke interpretatie**.

Het uitvoeren van een bepaalde opdracht in een keten van opeenvolgende opdrachten, betekent dikwijls helemaal niet dat men de erop volgende opdracht “onderzocht, beproefd, bestudeerd of ontwikkeld” heeft!

In dat geval is er geen vertekening van de mededinging.

Zeker wanneer men bij de gunning van de volgende opdracht alle uit de vorige opdracht(en) voortvloeiende stukken ter beschikking stelt van de deelnemers, is de mededinging volgens ons maximaal gegarandeerd.

Anderzijds – en om een flagrant voorbeeld te geven – kan de opsteller van een bestek uiteraard niet meedingen naar de opdracht die voorwerp is van dat bestek.

- d) Naast dit algemeen geval van belangenvermenging kunnen er bij bepaalde opdrachten **specifieke belangenvermengingen** voorkomen, die gelieerd zijn aan het voorwerp van de opdracht (bvb. vermenging van onderzoeker en onderzoeksonderwerp). Zij leiden evenzeer tot een toegangsverbod, dat men eventueel in de gunningsdocumenten kan specificeren.

### **5.7.3.6. Beperkt toegangsrecht deelnemers uit derde landen**

Het toegangsrecht van deelnemers uit niet-EU-landen tot de overheidsopdrachten binnen de EU verloopt volgens de bepalingen en voorwaarden van de internationale akte die hun land heeft gesloten met de EU of met België of een Gemeenschap of Gewest (cf. arts. 24, 50 en 79 van het KB van 8.1.1996).

De toegang is uitdrukkelijk geregeld voor de Lidstaten van de Europese Economische Ruimte en voor de partijen bij het Akkoord van Marrakech of GPA gesloten in het raam van de Wereldhandelsorganisatie.

Op diens internetstek [www.wto.org/english/tratop\\_e/gproc\\_e/gp\\_gpa\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm) valt te zien welke landen al dan niet partij zijn bij dit akkoord en al dan niet bepaalde wederkerige verbintenissen zijn aangegaan over het openstellen van overheidsopdrachten.

Dit toegangsrecht is beperkt tot de opdrachten vanaf de Europese drempelbedragen.

Beneden de drempels hebben de ondernemingen van die staten geen toegang tot onze opdrachten.

Daarbuiten kunnen enkel afzonderlijke bilaterale akkoorden eventuele bijkomende toegangsrechten verschaffen.

#### 5.7.4. KWALITATIEVE SELECTIE EN SELECTIECRITERIA

##### 5.7.4.1. Doel en overzicht selectiecriteria

- a) De kwalitatieve selectie beoogt de deelnemers te beoordelen op hun **financiële en economische draagkracht** en hun **technische bekwaamheid**.

De **selectiecriteria** gaan dus de *kwalitatieve bekwaamheid* na van de kandidaten of inschrijvers op financieel, economisch en technisch vlak.

Men dient ze daarom goed te onderscheiden van de **gunningscriteria**, die bedoeld zijn om de *inhoudelijke waarde van de offertes* te beoordelen.

- b) De arts. 18 tot 20ter (voor *werken*), 44 tot 47 (voor *leveringen*) en 70 tot 74 (voor *diensten*) van het KB van 8.1.1996 stellen vast op grond van welke criteria de selectie kan gebeuren. De bij KB van 23.11.2007 ingevoegde arts. 19, laatste lid, 20bis, 20ter, 45, laatste lid, 46bis, 73bis en 73ter, die uitsluitend toepasselijk waren op de opdrachten vanaf de Europese drempels, zijn door het vierde nood-KB ook toepasselijk gemaakt beneden de drempels (cf. punten 1.5.c en 1.5.e).

Inzake de **financiële en economische draagkracht** zijn de hierna opgesomde criteria of referenties *niet limitatief* (andere relevante criteria zijn mogelijk): passende bankverklaringen (niet te verwarren met een bankgarantie, die niet passend is als selectievoorwaarde), bewijs van beroepsverzekering, jaarrekeningen, totale of gerelateerde omzet over de laatste drie boekjaren.

Inzake de **technische bekwaamheid** zijn de criteria of referenties *niet identiek dezelfde* voor werken, leveringen en diensten (er zijn evenwel een paar constanten: lijst van uitgevoerde opdrachten, beschikbare technische uitrusting, beschikbare technici of technische diensten).

Bovendien moet men een – zij het door het vierde nood-KB gemilderd – kafaiaans onderscheid maken:

- Voor de opdrachten van leveringen zonder plaatsings- of installatiewerkzaamheden zijn de opgesomde criteria of referenties limitatief (men kan niet buiten het beschreven raam treden).
- Voor de opdrachten van werken, de opdrachten van leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn en de opdrachten van diensten kan men buiten de limitatieve opsomming treden door gebruik te maken van de arts. 19, laatste lid, 45, laatste lid en 71, 1<sup>e</sup> lid om de technische bekwaamheid van de deelnemer te beoordelen op grond van zijn *know-how, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid*.

Nochtans, als men voor deze opdrachten verwijst naar een criterium uit de opsomming, dan is men gebonden door de in het criterium gestipuleerde voorwaarden.

#### **5.7.4.2. Aanwending en toetsing selectiecriteria**

- a) De aangewende kwalitatieve selectiecriteria moeten verband houden met en in verhouding staan tot het **voorwerp van de opdracht** (ingevoegd door het vierde nood-KB in de arts. 16, 42 en 68 van het KB van 8.1.1996 – punt 1.5.e).
- b) Bij **open procedures** dienen de selectiecriteria – telkens wanneer dit mogelijk is – als *minimale criteria* te worden geformuleerd.  
Alle inschrijvers die de minimumdrempels halen moeten dan worden geselecteerd en hun offertes verder onderzocht.  
Bij **tweestapsprocedures** is het werken met minima weliswaar mogelijk, maar minder effectief, toch als men die procedures doelmatig wil aanwenden om het aantal geselecteerden te kunnen beperken (cf. punt 5.7.5).
- c) Wanneer **deelnemers zich verenigen** om samen een kandidaatstelling of een offerte in te dienen, dient men de kwalitatieve selectiecriteria te toetsen ten opzichte van hun **gecombineerde** kwalitatieve bekwaamheden.
- > In goed te motiveren uitzonderingsgevallen is het nochtans mogelijk om op te leggen dat de individuele partners voldoen aan bepaalde selectiecriteria.
- d) Een deelnemer kan zich in zijn kandidaatstelling of offerte eveneens beroepen op de *kwalitatieve bekwaamheden van andere entiteiten*, op voorwaarde dat hij de **verbintenissen** van die entiteiten bijvoegt dat ze hem de noodzakelijke middelen daadwerkelijk ter beschikking zullen stellen bij de uitvoering van de opdracht.  
Die verbintenissen kunnen bvb. uitgaan van onderaannemers.  
Het KB van 12.1.2006 (cf. punt 1.5.b) heeft de desbetreffende artikelen van het KB van 8.1.1996 op dit punt geëxpliciteerd.

#### **5.7.4.3. Erkenning aannemers van werken**

- a) Voor *opdrachten van werken* maakt de kwalitatieve selectie voor een groot deel **dubbel gebruik** uit met de regelgeving op de *erkenning van aannemers van werken* (Wet van 20.3.1991).  
De overheid kan zich *bij open procedures* dan ook beperken tot het eisen van de passende erkenning (cf. arts. 16 en 20 van het KB van 8.1.1996).
- b) Volgens de **drievoudige benadering** van de vermelde Wet (cf. arts. 3, §1 en 5) moet de deelnemer in zijn kandidaatstelling of offerte:
- *ofwel* aantonen dat hij een Belgische erkenning draagt;
  - *ofwel* de bewijzen bijvoegen dat hij over een erkenning door een andere EU-Lidstaat beschikt, die gelijkwaardig is met de vereiste erkenning;
  - *ofwel* de bewijsstukken bijvoegen dat hij wel degelijk voldoet aan de voorwaarden van de voor dergelijke werken vereiste erkenning.

In beide laatste gevallen zal de overheid de bewijsstukken onmiddellijk voor advies voorleggen aan de *Erkenningscommissie*, waarna de voor erkenning van aannemers bevoegde Gewestminister erover beslist.

- c) In eerste instantie zal de erkenning als waarborg gelden voor het financieel, economisch en technisch vermogen van de aannemer, maar indien zulks verantwoord is – *en in het bijzonder bij tweestapsprocedures* – kunnen er aanvullende kwalitatieve eisen worden gesteld op basis van de in punt 5.7.4.1 vermelde bepalingen van het KB.

### 5.7.5. SELECTIEBEPERKING

Bij **tweestapsprocedures** is het aangewezen de selectiecriteria zo te formuleren – vrij neutraal, niet als minimale criteria – dat de kandidaten in competitie worden gesteld op het stuk van kwalitatieve selectie (een combinatie met absolute minimumdrempels is weliswaar mogelijk).

De bedoeling is om het aantal geselecteerden te beperken door alleen de kwalitatief waardevolste kandidaten te selecteren, want anders moet de overheid alle kandidaten selecteren die aan de minimale selectiecriteria voldoen (zoals bij de open procedures).

In de bekendmaking van een *beperkte procedure* kan men dan een **minimum** – niet minder dan 5, tenzij er onvoldoende in aanmerking komen – en een **maximum** – 20 – stellen voor het **aantal geselecteerden** (cf. arts. 16, 42 en 68 van het KB van 8.1.1996).

Om alle mogelijke keuzes voor meer of minder geselecteerden open te houden – en ondanks al de invulvakjes die het nieuwe bekendmakingsmodel biedt – raden we volgende zinsnede in de bekendmaking aan: “*De overheid heeft het recht om het aantal geselecteerde kandidaten te beperken tot vijf*”.

Voor de selectiebeperking bij *onderhandelingsprocedure met bekendmaking*: zie punt 5.3.2.2.

### 5.7.6. SELECTIETIJDSTIP EN SELECTIEBESLISSING

- a) Bij **open procedures** gebeurt de kwalitatieve selectie bij de aanvang van het onderzoek van de offertes.  
Enkel de *geselecteerde offertes* worden vervolgens verder onderzocht.  
De selectiebeslissing door de minister of de gedelegeerde zal nochtans pas gebeuren op het einde, samen met en geïncorporeerd in de gunningsbeslissing.
- b) Bij **beperkte procedures** gebeurt de selectie na het onderzoek van de kandidaatstellingen.  
Enkel de *geselecteerden* krijgen dan een uitnodiging om een offerte in te dienen.  
Het aantal geselecteerden dient in ieder geval voldoende te zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen (cf. arts. 16, 42 en 68 van het KB van 8.1.1996).

In dit geval moet men een **gemotiveerde selectiebeslissing** opmaken (cf. punt 5.1.6), waarin wordt uiteengezet welke kandidaatstellingen toegangsgerechtigd en kwalitatief geselecteerd zijn en welke niet.

>>> zie het model van selectiebeslissing onder de knop *Instrumenten > Modellen* op de internetstek van de afdeling *Overheidsopdrachten*

Eventueel kan men het onderzoek van de kandidaatstellingen opnemen in een **selectieverslag**.

De *praktisch best hanteerbare formule* voor de verwerking van de motivering is dan om in de selectiebeslissing enkel de grote lijnen op te nemen en voor de motivering te verwijzen naar het bijgaande selectieverslag (op voorwaarde dat het goed gemotiveerd is), dat dan een ondeelbaar geheel vormt met de beslissing.

Maar als men geen selectieverslag maakt, dient men vanzelfsprekend alles in de selectiebeslissing te vermelden.

## **5.8. ONDERZOEK EN REGELMATIGHEID OFFERTES BIJ STANDAARDGUNNINGSPROCEDURES**

Punt 5.8 is enkel toepasselijk op aanbestedingen en offerteaanvragen.

### **5.8.1. ALGEMEEN**

- a) In de loop van het onderzoek van de offertes (tot en met de gunningsbeslissing) is de **contactname** van de overheid met de inschrijvers strikt geregeld (cf. ook punt 4.6):
- bij **aanbestedingen** is elk contact **verboden**, behalve inzake het toegangsrecht en de kwalitatieve selectie (cf. punt 5.7.1.a) en in geval van abnormale prijzen (cf. punt 5.8.4.8);
    - > dit verbod vloeit voort uit de klassieke visie (steunende op een enge interpretatie van de gelijke behandeling en de redenering dat met de prijsvoorlezing op de openingszitting “les jeux sont faits”) dat de aanbesteding een gesloten systeem is;
  - bij **offerteaanvragen** mag men **enkel** contact opnemen **om de draagwijdte** van hun offerte **te verduidelijken** of aan te vullen (naast de hierboven bij aanbesteding vermelde gevallen);  
dat betekent helemaal niet dat ze de inhoud van hun offerte zouden mogen aanvullen, zoals het verkeerd vertaalde 6<sup>e</sup> lid van art. 115 van het KB van 8.1.1996 laat uitschijnen.
- b) Welke ook de gekozen gunningsprocedure, de aard of de waarde van de opdracht is, komen er enkel **regelmatige** offertes in aanmerking voor gunning (cf. arts. 15 en 16 van de Wet).  
Daarmee bedoelt men dat alleen die offertes ontvankelijk zijn die beantwoorden aan de geldende wettelijke regels en de bestekbepalingen.  
Natuurlijk is dat “al dan niet beantwoorden” niet altijd eenvoudig te bepalen.
- c) In de volgorde van het offerteonderzoek moet men eerst de **formele regelmatigheid** nagaan en nadien de **materiële regelmatigheid**.  
Uiteraard dient men in de open procedures voorafgaandelijk het toegangsrecht te checken en de kwalitatieve selectie te doen.

### **5.8.2. ZGN. SUBSTANTIËLE EN RELATIEVE ONREGELMATIGHEID**

- a) De dualiteit tussen het eerste en het tweede zinsdeel (“kan”) van art. 110, §2 van het KB van 8.1.1996 zou een indicatie geven van het onderscheid dat men inzake regelmatigheid zou moeten maken tussen de zgn. **substantiële** en **relatieve onregelmatigheden**.  
Ook in rechtspraak en rechtsleer wordt deze *academische theorie* aangehangen.
- > Wij zijn daar echter geen voorstanders van om de simpele reden dat dit onderscheid in de feiten niet zo uitgesproken bestaat.  
Niet elke zgn. substantiële onregelmatigheid is noodzakelijkerwijs van dien aard dat ze de onregelmatigheid van de offerte meebrengt (zie punt b).  
Anderzijds zijn we nog geen enkele zgn. relatieve onregelmatigheid tegengekomen waarbij de overheid werkelijk de vrije (“discretionaire”) keuze zou hebben gehad tussen het al dan niet onregelmatig verklaren van de offerte.

Sinds de verplichte motivering van bestuurshandelingen is dergelijke situatie uitgesloten: altijd zal één bepaalde keuze beter motiveerbaar zijn dan de andere en derhalve onontkoombaar zijn.

Omdat er met dit fameuze onderscheid zo courant uitpakkt wordt, geven we er toch enige duiding bij.

- b) **Substantieel onregelmatig** zijn de offertes welke afwijken van de essentiële besteksbepalingen, zoals prijzen, termijnen, technische specificaties en dergelijke (cf. art. 89 van het KB van 8.1.1996).  
Deze opsomming van de essentiële besteksbepalingen is niet limitatief, terwijl ook niet elke afwijking op de bepalingen m.b.t. de prijzen, termijnen en technische specificaties een onregelmatigheid zal opleveren.

Volgens een algemene en theoretische stelregel gaat het om de besteksbepalingen die een weerslag hebben op de gelijkheid van de inschrijvers, op de vergelijkbaarheid van de offertes en op de rangschikking.

De afwijking dient dus werkelijk mededingingvervalsend te zijn.

Substantiële onregelmatigheden leiden tot de nietigheid van de offerte en tot het weren ervan.

De overheid heeft daarover geen enkele appreciatiebevoegdheid.

- c) Bij **relatieve onregelmatigheden** kan de overheid de offertes beoordelen en in overweging nemen en leidt het vaststellen van die relatieve onregelmatigheid niet automatisch tot de nietigheid en het weren van de offerte.

Relatief onregelmatig zijn de offertes die:

- ofwel afwijkingen bevatten op een besteksbepaling die niet essentieel is;
- ofwel op één of meer minder belangrijke punten een voorbehoud bevatten.

De overheid *kan ze in aanmerking nemen* op voorwaarde dat:

- de begane onregelmatigheid niet zodanig is dat de vergelijkbaarheid van de offerte onmogelijk wordt;
- de gelijke behandeling gevrijwaard is, d.w.z. dat elke inschrijver op grond van dezelfde maatstaven wordt beoordeeld;
- de verbintenis van de inschrijver ondubbelzinnig is;
- de onregelmatigheid redelijkerwijze niet met bedrieglijk inzicht is begaan.

Deze voorwaarden moeten *gezamenlijk* vervuld zijn.

Hoe dan ook mag de sanctie van de nietigheid niet buiten verhouding staan tot de vastgestelde onregelmatigheid, zeker indien de overheid de onregelmatigheid zelf heeft uitgelokt, bvb. ingevolge dubbelzinnige, tegenstrijdige of onduidelijke besteksbepalingen.

### 5.8.3. FORMELE REGELMATIGHEID

De formele regelmatigheid heeft betrekking op de **vormelijkheden** die elke offerte moet respecteren.

#### 5.8.3.1. Identiteit bepaalde inschrijvers

- a) In verband met de geselecteerden bij een beperkte procedure: zie punt 5.6.1.c.
- b) Art. 95 van het KB van 8.1.1996 staat de vervanging toe, in de loop van de gunningsprocedure, van een **natuurlijk persoon** die een offerte heeft ingediend, door de **rechtspersoon waarin hij zijn beroepsactiviteit heeft ondergebracht**.



De overheid kan die vervanging aanvaarden, zonder daartoe verplicht te zijn, en geniet dan het voordeel dat de oorspronkelijke inschrijver hoofdelijk aansprakelijk blijft voor de verbintenissen van zijn offerte.

### **5.8.3.2. Offerteformulier**

Art. 89 van het KB van 8.1.1996 bepaalt dat de inschrijver het bij het bestek behorende **formulier** gebruikt voor het opmaken van zijn *offerte*.

>>> zie de **modelofferteformulieren voor werken, leveringen en diensten onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

Hetzelfde geldt in voorkomend geval voor de detailprijsopgave voor de posten (dit zijn de over welomschreven fracties verdeelde contractuele prestaties met hun meeteenheid en hoeveelheden), in ons jargon geheten *samenvattende opmeting* (voor werken) of *inventaris* (voor leveringen en diensten).

Indien de inschrijver die documenten *op een andere manier opmaakt* dan op het voorgeschreven formulier, moet de inschrijver **op elk van die documenten verklaren** dat het document conform het bij het bestek behorende formulier is. Dit voorschrift is bij uitsteking van toepassing op de *uitprints van geïnformatiseerde documenten* die de inschrijvers zeer courant aanwenden in hun offertes. Ze dragen dan wel via voormelde verklaring de verantwoordelijkheid voor de volledige overeenstemming van die documenten met de officiële formulieren.

### **5.8.3.3. Inhoud offerte**

- a) Arts. 90, §1 en §2 en 96, §3 van het KB van 8.1.1996 bevatten een opsomming van de gegevens die de offerte moet bevatten of die men erbij moet voegen:
- de *identiteitsgegevens* van de inschrijver;
  - (telkens in cijfers en in letters) de *totale offertesom* met BTW en de eventuele algemene of gedeeltelijke *prijskortingen of prijstoeslagen*;
  - zijn *financiële rekening*;
  - de *nationaliteit* van de eventuele *onderaannemers*;
  - voor opdrachten van *werken*, de *identificatie* van de eventuele *onderaannemers*; als die op dat ogenblik nog niet gekend zijn, moet de inschrijver dit verantwoorden en ze alleszins kenbaar maken vooraleer een onderaannemer enige prestatie mag leveren op de bouwplaats;
  - de oorsprong en de waarde van de *producten en materialen* die van *buiten de EU* afkomstig zijn;
  - de *documenten, modellen, monsters en andere gegevens* die het bestek vereist, tenzij het bestek die toevoeging niet zou opleggen en een andere terbeschikkingstelling zou voorschrijven.
- b) Waar men er in art. 90, §3 tot §5 nog van uitgaat dat de RSZ-verplichtingen een regelmatigheidsvoorwaarde vormen, zijn deze bepalingen duidelijk achterhaald gelet op de regeling inzake het toegangsverbod (cf. punt 5.7.3). De identieke bepaling inzake het voldoen aan de regels over de registratie van aannemers is geschrapt door het KB van 31.7.2008 (cf. punten 1.5.d en 5.7.3.4).

### **5.8.3.4. Ondertekening offerte**

- a) De inschrijver dient het formulier, zijnde de **eigenlijke offerte** te tekenen, d.w.z. het document waarop de inschrijver zich verbindt tot de uitvoering van de opdracht volgens de

besteksbepalingen en tegen de door hem geboden prijs (cf. art. 89 van het KB van 8.1.1996).

Deze verplichting is fundamenteel: daarmee staat of valt immers de verbintenis van de inschrijver tegenover de overheid.

Daarnaast ondertekent hij ook de *samenvattende opmeting* (voor werken) of de *inventaris* (voor leveringen en diensten) en de andere bijlagen die de wezenlijke inhoud van de offerte meebepalen.

> De eventuele niet-ondertekening van deze bijlagen doet normaal geen probleem rijzen, nu de inschrijver niet zal of kan ontkennen dat die stukken deel uitmaken van zijn ondertekende offerte.

- b) Hetzelfde handtekeningvoorschrift geldt voor de **doorhalingen, overschrijvingen, aanvullingen of wijzigingen** die de essentiële voorwaarden van de opdracht *kunnen* beïnvloeden, zoals prijzen, termijnen en technische specificaties (cf. art. 89). Ook aangeboden kortingen of toeslagen op de prijzen moeten ondertekend zijn. Dit voorschrift is vanzelfsprekend niet toepasselijk op de elektronische offerte, waarin per definitie geen doorhalingen, enz. voorkomen en die de inschrijver als geheel elektronisch ondertekent.
- > De rechtspraak van de Raad van State is overdreven formalistisch over het lot van offertes waarin bepaalde *doorhalingen of wijzigingen van prijzen* niet ondertekend zijn (een veel voorkomend geval is de verbetering van prijzen met correctievloeistof, zonder dat de verbeterde prijzen ondertekend zijn). De Raad beschouwt die offertes onder alle omstandigheden en in alle gevallen als substantieel onregelmatig. Terecht oordeelt hij dat de verplichte handtekening tot doel heeft de inschrijver niet de kans te geven om, eenmaal de offertes geopend, de aangebrachte wijziging te ontkennen of onbesproken te laten, al naargelang hij de opdracht al dan niet wenst te verkrijgen (er is immers geen zekerheid over de instemming van de inschrijver met de aangebrachte doorhalingen of wijzigingen). Wij staan nochtans een meer genuanceerde toepassing voor, vertrekkende van de zinsnede "kunnen beïnvloeden" van art. 89 en van de toetsing van elk concreet geval aan de gelijke behandeling (is er ontkenning mogelijk?), de vergelijkbaarheid van de offertes (is de bedoeling duidelijk?) en de rangschikking van de offertes (die liefst niet beïnvloed wordt, hoewel dit niet determinerend is).
- c) De offertes die namens een **rechtspersoon** worden ingediend, moeten ondertekend zijn door de personen die bevoegd zijn om de vennootschap te vertegenwoordigen, met bijvoeging van de stukken waaruit hun bevoegdheid blijkt. Deze vertegenwoordigingsbevoegdheid kan blijken uit de statuten van de vennootschap of uit een bijzondere volmacht.
- Als gemachtigden hun bevoegdheid halen uit een **volmacht** die niet is bijgevoegd en niet bestond op het ogenblik van de opening van de offertes, dient de overheid de offerte te weren (cf. art. 94 van het KB van 8.1.1996). De volmacht kan in geen geval met terugwerkende kracht worden verleend.
- d) Als verschillende natuurlijke of rechtspersonen een **vereniging zonder rechtspersoonlijkheid** vormen, doorgaans een *tijdelijke handelsvennootschap*, en aldus een offerte indienen, moeten ze allen de offerte ondertekenen (cf. art. 93, §1 van het KB van 8.1.1996). Ze dienen zich ook hoofdelijk te verbinden en aan te duiden welke partner de vereniging tegenover de overheid vertegenwoordigt.

### **5.8.3.5. Indiening offerte**

- a) Art. 103 van het KB van 8.1.1996 stelt dat de inschrijver slechts **één enkele offerte** per opdracht mag indienen, onverminderd de eventuele mogelijkheid om varianten voor te stellen (cf. punt 5.6.1.b).

> We raden af om het indienen van **kopieën** op te leggen: men heeft nooit zekerheid over de perfecte overeenstemming met het origineel en uiteindelijk is enkel de originele offerte rechtsgeldig.

- b) De papieren offerte – of de elektronische offerte die niet elektronisch wordt overgelegd – dient te steken in een **definitief gesloten envelop**, met daarop de identificatie van de gunningsprocedure in kwestie, en aldus te worden afgegeven op het adres en in het lokaal dat het bestek vermeldt (cf. art. 104, §1 van het KB van 8.1.1996).

> We raden evenzeer af om een ontvangstbewijs af te leveren aan de bode die een offerte komt afgeven, omdat een dergelijk stuk noch de inhoud van de envelop kan garanderen, noch dat de envelop tijdig bij de voorzitter van de openingszitting terechtkomt (cf. de strikte regel sub c hieronder, die hoe dan ook prevaleert).

Bij verzending via de post moet men die envelop in een tweede gesloten envelop schuiven en daarop “offerte” schrijven.

Als men die voorschriften niet naleeft, loopt men het risico dat de overheid de offerte voortijdig opent, waardoor de offerte onregelmatig wordt.

- c) De **ultieme plaats en moment om een offerte in te dienen** is bij de voorzitter van de openingszitting vlak vóór hij de zitting opent (cf. arts. 104, §2 en 106, 2<sup>o</sup> lid, 3<sup>o</sup> van het KB van 8.1.1996).

Vanaf dat openingsogenblik kan geen enkele offerte nog worden aangenomen (men dient ze ongeopend terug te geven of te bewaren).

Ook de op het juiste adres maar op de verkeerde plek of lokaal (zelfs tijdig) bezorgde offertes komen niet meer in aanmerking.

Deze streng ogende zwart-wit regeling is een basis-spelregel bij aanbestedingen en offerteaanvragen, die rechtstreeks appelleert aan het grondwettelijk principe van de gelijke behandeling.

Precies door het stellen van een absolute limiet, heeft elke deelnemer de garantie dat een niet-tijdig ingediende offerte zal worden geweerd.

Dat is de primaire verantwoording van de spelregel, het vermijden van manipulaties is slechts secundair.

De *enige uitzondering* geldt voor de later ontvangen offerte die ten laatste 4 dagen vóór de dag van de openingszitting aangetekend bij de post werd afgegeven, mits de overheid de goedkeuring van zijn offerte nog niet heeft betekend aan de begunstigde (“aangetekend bij de post” wil zeggen dat koerierbedrijven niet van deze uitzondering kunnen genieten). In dit geval vindt er een extra openingszitting plaats (cf. punt 5.8.3.6.c).

Zie ook punt 4.14.2.b voor de elektronische offertes.

- d) De **intrekking of wijziging** van een reeds ingediende offerte moet schriftelijk en onvoorwaardelijk gebeuren – eventueel elektronisch conform punt 4.14.2 – en uiteraard ook tijdig bij de voorzitter van de zitting toekomen (cf. art. 105 van het KB van 8.1.1996). Anders is de intrekking of wijziging ongeldig, wat betekent dat de inschrijver gebonden blijft door zijn ingediende offerte.

De intrekking kan ook per fax gebeuren, mits dit bevestigd wordt door een aangetekend schrijven afgegeven bij de post ten laatste de dag voor de openingszitting.

### **5.8.3.6. Openingszitting offertes en proces-verbaal**

- a) In een **open** procedure is de openingszitting voor de offertes **openbaar** en voor iedereen toegankelijk.  
Bij een **bepaalde** procedure is het **enkel de geselecteerden** toegestaan om aanwezig te zijn.
- b) De **volgorde van de verrichtingen** staat beschreven in art. 106 van het KB van 8.1.1996. De voorzitter *opent* vooreerst de zitting en vervolgens alle offertes, papieren en elektronische.  
Hij of een bijzitter *parafeert* blad per blad de papieren offertes, met inbegrip van de door hem belangrijkste geachte – en niet langer de “op straf van nietigheid voorgeschreven” – bijlagen (cf. vierde nood-KB, punt 1.5.e), alsook de documenten tot wijziging en tot intrekking van een offerte.  
De voorzitter *leest de namen van de inschrijvers* voor en, maar dan enkel bij aanbestedingen, de totale offertesommen met BTW (zoals vermeld in de eigenlijke offerte, niet in de samenvattende opmeting of inventaris).

De afwezige inschrijvers kunnen – vanzelfsprekend – mededeling krijgen van de voorgelezen gegevens (cf. art. 109 van het KB van 8.1.1996 en punt 4.6).

De voorgelezen gegevens en de eventuele incidenten worden in een **proces-verbaal** opgenomen (cf. art. 107 van het KB van 8.1.1996).

De ontvangst van de in punt 5.8.3.5.c.1<sup>e</sup> alinea bedoelde laattijdige en niet meer in aanmerking komende offertes vermeldt men best in een *aanvullend proces-verbaal*.

- c) Een **extra openingszitting**, waartoe men alle inschrijvers van de vorige zitting gelijktijdig uitnodigt, vindt plaats wanneer er (cf. art. 108 van het KB van 8.1.1996):
- offertes, intrekkingen of wijzigingen te laat zijn binnengekomen, die men niettemin in aanmerking kan nemen volgens punt 5.8.3.5.c.3<sup>e</sup> alinea of punt 5.8.3.5.d;
  - technische moeilijkheden zijn gerezen bij de opening van elektronische offertes tijdens de vorige zitting, tenzij men toen zonder problemen een veiligheidskopie kon openen (cf. art. 81quater, §3, 1<sup>e</sup> lid, 2<sup>o</sup> van het KB van 8.1.1996).

Ook van deze extra zitting wordt een *proces-verbaal* opgesteld.

### **5.8.3.7. Gestanddoeningstermijn**

De inschrijvers blijven **60 dagen** gebonden door hun offerte, maar het bestek kan een langere termijn vermelden, vaak 120 dagen (cf. art. 116 van het KB van 8.1.1996).

Bij *leveringen en diensten* kan het bestek toestaan dat de inschrijvers zelf een gestanddoeningstermijn bepalen.

De gestanddoeningstermijn wordt **geschorst** indien er na de informatie over de gunningsbeslissing een *wachttermijn* toepasselijk is (cf. art. 65/8, §2 van de Wet – de schorsing is in de plaats gekomen van de verlenging ingevoerd door het KB van 31.7.2008 – punt 1.5.d).

Deze schorsing is bedoeld om een zeker nadeel van het systeem van de wachttermijn op te vangen (cf. punt 5.11.4).

De schorsing eindigt:

- als er *geen schorsingsvordering* is ingediend binnen de wachttermijn, na verloop van deze termijn;
- als er *wel een schorsingsvordering* is ingediend binnen de wachttermijn, na uitspraak van de verhaalinstantie over deze vordering;

- in ieder geval *45 dagen* na de informatie over de gunningsbeslissing.

#### 5.8.4. MATERIELE REGELMATIGHEID

##### 5.8.4.1. Algemeen

Een offerte kan niet alleen om vormelijke redenen onregelmatig zijn, maar ook om redenen die te maken hebben met **materiële of inhoudelijke elementen** van de offerte. Het betreft gevallen waarin offertes *inhoudelijk afwijken* van de regelgeving of een besteksbepaling, terzake een *voorbehoud* bevatten of *bestanddelen die niet met de werkelijkheid overeenstemmen* (cf. art. 110, §2 van het KB van 8.1.1996).

Men dient telkens na te gaan of de inhoudelijke afwijking (bvb. technische non-conformiteit) of het voorbehoud enig belang vertoont, dan wel een detailvoorschrift betreft (en dan geen onregelmatigheid meebrengt).

Hierna bekijken we een aantal speciale situaties, eerst met betrekking tot het opmaken van de offertes, nadien tot het onderzoek van de offertes.

##### 5.8.4.2. Samenvattende opmeting of inventaris: leemtes, hoeveelheden en detailprijsopgave

###### 1) Werken

In de samenvattende opmeting kunnen **leemtes**, zijnde ontbrekende prestaties, en verkeerde **forfaitaire hoeveelheden** voorkomen, indien men die vergelijkt met de inhoud van de plans en het bestek (cf. art. 96 van het KB van 8.1.1996). De inschrijver brengt in dat geval de nodige aanvullingen en verbeteringen aan en voegt een verantwoordingsnota bij zijn offerte.

Hij handelt op dezelfde wijze voor de **vermoedelijke hoeveelheden** op voorwaarde dat het bestek die verbetering toestaat en ze minstens 10 % van de hoeveelheid belooft (in dit geval bestaan er nog nadere regels).

> Zelfs wanneer die voorwaarden niet vervuld zijn, is het, mits de gelijkheid en de vergelijkbaarheid te respecteren, aangewezen om gesignaleerde verbeteringen van *belangrijke vergissingen* in de vermoedelijke hoeveelheden te aanvaarden, om twee redenen:

- o het is in ieders belang om de gunning op zo correct mogelijke basis te doen;
- o de inschrijvers zouden anders door de volgende alinea in een patsituatie belanden.

In deze situatie geldt evenwel niet de speciale bevoordelingsregeling qua rangschikking bij aanbestedingen bedoeld in punt 5.8.4.7.c, omdat het om een uitzonderlijke afwijking gaat waarvan het toepassingsgebied niet zomaar kan worden uitgebreid.

Na de opening van de offertes kan de inschrijver *geen aanspraak meer maken op niet gesignaleerde leemtes of fouten*; de prestaties in kwestie dient hij dan, gesteld dat hij begunstigde zou worden, gratis uit te voeren (cf. §5).

De gegevens van de samenvattende opmeting zijn immers in hoofdzaak een hulpmiddel voor de detailprijsopgave en gelden hoogstens als aanvulling van onvolkomenheden van het bestek en de plans (die altijd doorslaggevend zijn).

De **detailprijsopgave** moet de *relatieve waarde van de posten* respecteren: elke prefinanciering door de eerst uit te voeren posten buiten proportie te doen aanzwellen is verboden en leidt tot de onregelmatigheid van de offerte.

Evenzo dienen de algemene onkosten en winst proportioneel te worden verdeeld over alle posten.

De inschrijvers vermelden onderaan de samenvattende opmeting – telkens enkel in cijfers – de **totale som zonder BTW** van alle posten en **afzonderlijk daarvan de BTW** (cf. arts. 96, §3 en 100, §1 van het KB van 8.1.1996).

## 2) Leveringen en diensten

De verkeerde hoeveelheden van de inventaris mogen **niet** worden verbeterd, tenzij het bestek het uitdrukkelijk toestaat (cf. art. 97 van het KB van 8.1.1996).

### 5.8.4.3. Onoverkomelijke leemtes en vergissingen

In de gunningsdocumenten kunnen zodanige leemtes of vergissingen voorkomen, dat het **opmaken of onderling vergelijken van offertes onmogelijk wordt** (cf. art. 98 van het KB van 8.1.1996).

De inschrijver signaleert dit euvel tijdig aan de overheid, die dan beslist over de eventuele bekendmaking van een rectificatiebericht en uitstel van de openingszitting (cf. punt 4.7.1.b).

> Deze bepaling moet latere moeilijkheden bij gunning of uitvoering voorkomen, maar wordt helaas te weinig toegepast door de inschrijvers, die aldus tekortschieten in hun precontractuele plichten.

### 5.8.4.4. Prijsopgave

a) De inschrijvers calculeren alle **heffingen en belastingen** in hun prijzen (cf. art. 100, §1 van het KB van 8.1.1996).

Dit geldt **niet voor de BTW** die meestal een afzonderlijke post uitmaakt.

b) Normaal geeft de inschrijver de totale offertesom – in de eigenlijke offerte – en de eenheidsprijzen – in de samenvattende opmeting of de inventaris – voluit geschreven op (cf. art. 100, §2 van het KB van 8.1.1996).

In geval van **verschil tussen een prijs in letters en in cijfers** telt de eigenlijke bedoeling van de inschrijver, die men met alle middelen (onderzoek van de offerte, vergelijking met de andere offertes, vergelijking met de marktprijzen) moet achterhalen.

Lukt dit niet, dan heeft de voluit geschreven prijs voorrang.

Een geheel of gedeeltelijk **ontbrekende prijsopgave** betekent normaliter de onregelmatigheid van de offerte (zie nochtans punt 5.8.4.7 voor *werken*).

### 5.8.4.5. Aansprakelijkheid inschrijver

In algemene zin kunnen de inschrijvers zich niet beroepen op mogelijke **vormgebreken, leemtes of fouten** in hun offerte (cf. art. 99 van het KB van 8.1.1996).

Een gezonde mededinging vereist immers dat de ingediende offertes ongewijzigd blijven, anders zou er ook geen gelijke behandeling en geen vergelijkbaarheid van de offertes zijn.

### 5.8.4.6. Rechtzetting fouten

a) De overheid heeft de redelijke plicht om **rekenfouten en materiële fouten in de offertes**, vooral in de prijsopgave, recht te zetten (cf. arts. 111 en 114, §1 van het KB van 8.1.1996). Dit is nochtans geen recht voor de inschrijvers en brengt geenszins de aansprakelijkheid van de overheid mee; de inschrijver blijft instaan voor alle niet-rechtgezette fouten (cf. vorig punt).

> Hoewel het KB daarover niets zegt, is een analoge rechtzetting van *voor de hand liggende, de ogen uitstekende materiële fouten in de gunningsdocumenten* (bvb. een foutieve meeteenheid) evenzeer aangewezen.

Het motief daarvoor is dat de gunning, in de mate van wat wettelijk mogelijk is, op een zo correct mogelijke basis moet gebeuren.

Hierbij geldt wel het voorbehoud dat de rechtzetting in alle offertes moet kunnen worden doorgevoerd en dat de gelijke behandeling en de vergelijkbaarheid van de offertes gevrijwaard moet blijven.

- b) De rechtzetting gebeurt door met alle middelen (onderzoek van de offerte, vergelijking met de andere offertes, vergelijking met de marktprijzen) de **eigenlijke bedoeling** van de inschrijver na te gaan.

Bij **aanbestedingen** is het vragen van nadere toelichting aan de inschrijver niet toegestaan (cf. punt 5.8.1.a) .

Als de bedoeling onduidelijk is, moet de overheid beslissen tot de best motiveerbare piste: ofwel de offerte met de klaarblijkelijke fout aanvaarden, ofwel de offerte als onregelmatig weren.

Als de bedoeling onduidelijk is bij **offerteaanvragen**, moet de overheid nadere toelichting vragen aan de inschrijver.

Geeft hij die niet tijdig, dan dient de overheid te beslissen tot de best motiveerbare piste: ofwel de offerte volgens eigen overwegingen verbeteren, ofwel de offerte als onregelmatig weren.

- c) Bij het aanbrengen van een rechtzetting in een **elektronische offerte** (cf. arts. 112, §5 en 114, §4 van het KB van 8.1.1996):

- bewaart de overheid de oorspronkelijke versie van de offerte;
- dient de rechtzetting duidelijk identificeerbaar te zijn;
- moeten de oorspronkelijke gegevens zichtbaar blijven;
- plaatst de overheid bij de rechtzetting of de aangepaste versie haar geavanceerde elektronische handtekening (cf. punt 4.14.2.a).

#### **5.8.4.7. Aangevulde leemtes (en ontbrekende prijs) en verbeterde hoeveelheden**

Dit punt is **enkel toepasselijk op werken**.

- a) De overheid onderzoekt de gegrondheid van de **aangevulde leemtes** en verbetert ze eventueel volgens eigen berekeningen (cf. arts. 112, §2 en 114, §2 van het KB van 8.1.1996).

Met de leemtes die zijn aangevuld in *onregelmatig verklaarde offertes* wordt geen rekening gehouden.

De overheid vult de aanvaarde leemtes *ook in de andere offertes* aan volgens de in art. 112, §2 bepaalde formule en regels.

De aangevulde leemtes gelden evenzeer voor de rangschikking van de offertes, in tegenstelling tot wat het geval is voor de verbeterde hoeveelheden bij aanbestedingen (cf. punt c).

Wanneer *geen enkele inschrijver een normale prijs biedt* voor een bepaalde leemte, kan de overheid ofwel de opdracht niet gunnen, ofwel de opdracht toch gunnen, maar dan zonder met die leemte rekening te houden.

In dit laatste geval bedingt de overheid met de gunstigste inschrijver een prijs voor de leemte, nog vóór het nemen van de gunningsbeslissing.

> Zie hoe zelfs de overheidsopdrachtenregelgeving niet vrij is van kunst- en vliegwerk!

- b) De overheid kan dezelfde regels als voor de leemtes toepassen indien een inschrijver voor een bepaalde post van de samenvattende opmeting **geen prijs** heeft ingevuld (cf. arts. 112, §4 en 114, §3 van het KB van 8.1.1996).  
Dit tempert de normale sanctie die in dat geval geldt: de onregelmatigheid van de offerte.
- c) Als er in een offerte **verbeterde hoeveelheden** staan, dan ziet de overheid die na, verbetert die zo nodig volgens eigen berekeningen en corrigeert eventueel alle offertes in die zin (cf. art. 112, §1 van het KB van 8.1.1996 en de aldaar bepaalde nadere regels). Ze houdt daarbij rekening met de verbeteringen die door inschrijvers van *onregelmatige offertes* zijn aangebracht (in tegenstelling tot punt a).

Bij *aanbestedingen* geldt er voor de *rangschikking* een speciale regeling in die zin dat de *verminderde hoeveelheden* enkel in het voordeel spelen van de inschrijvers die ze gemeld hebben, doch alleen in de mate dat ze aanvaard zijn.

> Deze regeling is bedoeld om het signaleren van verminderde hoeveelheden te bevorderen (om het zuinigheidsbeginsel te respecteren), maar of ze compatibel is met de gelijke behandeling van de inschrijvers en waarom ze enkel bestaat voor aanbestedingen en niet voor offerteaanvragen, is een andere kwestie!

- d) Voor aanvullingen en verbeteringen in een **elektronische offerte** geldt hetzelfde als voor de rechtzettingen (cf. punt 5.8.4.6.c).

#### **5.8.4.8. Prijsonderzoek en prijsverantwoording**

##### 1) Algemeen

Tegelijk met de correcties bedoeld in de vorige punten is de overheid verplicht om de offertes aan een grondig **prijsonderzoek en prijsvergelijking** te onderwerpen.

Voor zover het bestek zulks bepaalt, kan de overheid daarbij **prijsverantwoording** vragen aan de inschrijvers en zelfs tot de nodige boekhoudkundige verificaties ter plaatse (laten) overgaan (cf. art. 88, §2 en §3 van het KB van 8.1.1996).

In ieder geval moet het prijsonderzoek zich toespitsen op de detectie van **abnormale prijzen**: offertes die abnormale prijzen bevatten doen de eerlijke mededinging geweld aan en kunnen om die reden onregelmatig zijn.

##### 2) Abnormale prijzen

Het kan gaan om **totale offertebedragen** of **eenheidsprijzen** of **totale prijzen** per post, die **abnormaal laag of hoog** zijn (cf. art. 110, §3, 1<sup>e</sup> tot 3<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996). De overheid onderzoekt daarom nauwgezet de totale bedragen en postprijzen van alle offertes.

Prijzen die op het eerste zicht abnormaal lijken, kunnen toch aanvaardbaar zijn. Pas wanneer de overheid een reëel vermoeden heeft van een abnormaal totaal offertebedrag of van één of meer abnormale postprijzen, die geen verwaarloosbaar belang vertonen, en om die reden de offerte onregelmatig wil verklaren, treedt het *mechanisme van art. 110, §3* in werking.

Ze vraagt de inschrijver dan om binnen 12 dagen een **verantwoording van de prijzen** in kwestie te verstrekken.

Die verantwoording moet steunen op *objectieve factoren*.

Zo kan de overheid onder meer met volgende verantwoordingen rekening houden:



- de doelmatigheid van het bouwproces, het productieproces of de dienstverlening;
- de gekozen technische oplossingen of de uitzonderlijk gunstige omstandigheden waarvan de inschrijver bij de uitvoering van de opdracht kan profiteren;
- de originaliteit van de door de inschrijver aangeboden werken, producten of diensten;
- de naleving van de bepalingen inzake arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden die gelden op de plaats waar de opdracht wordt uitgevoerd;
- de eventuele ontvangst door de inschrijver van rechtmatig toegekende overheidssteun.

Deze opsomming is gepreciseerd en uitgebreid door het vierde nood-KB (cf. punt 1.5.e).

De overheid onderzoekt de verstrekte verantwoording en beslist definitief over de prijsnormaliteit en de regelmatigheid van de offerte.

### 3) Abnormaal lage offerte wegens overheidssteun

Wanneer de overheid vaststelt – bij opdrachten vanaf de Europese drempels – dat een offerte abnormaal laag is doordat de inschrijver overheidssteun heeft ontvangen, kan de offerte alleen – op uitsluitend die grond – als onregelmatig worden geweerd, indien de inschrijver niet kan aantonen dat de steun rechtmatig is toegekend (cf. art. 110, §3, laatste lid van het KB van 8.1.1996).

De inschrijver dient daartoe over een door de overheid bepaalde voldoende lange termijn te beschikken.

De overheid informeert de **Europese Commissie** wanneer ze in een dergelijke situatie een offerte weert.

Zowel het tweede als het vijfde nood-KB (cf. punten 1.5.c en 1.5.e) hebben deze kwestie geregeld, resp. gewijzigd.

### 4) Abnormaal laag totaal offertebedrag bij aanbesteding van werken

Deze regeling is uitsluitend gericht op het **totale offertebedrag** en geldt enkel voor **aanbestedingen van werken met minstens vier ontvangen offertes** (cf. art. 110, §4 van het KB van 8.1.1996).

Elke offerte *die minstens 15 % ligt onder het gemiddelde bedrag* (zie berekeningswijze in het KB) van de offertes van de geselecteerden (al dan niet regelmatigheid speelt geen rol), wordt beschouwd als een potentieel abnormale offerte die de overheid op prijsvlak moet onderzoeken.

Na dit onderzoek beslist de overheid:

- hetzij het prijsbezwaar te verwerpen en de offerte op dit stuk als regelmatig te aanzien;
- hetzij de inschrijver te vragen om binnen 12 dagen een verantwoording van het totaal offertebedrag te bezorgen.

Als er geen verantwoording komt of als ze niet aanvaardbaar is, is de overheid verplicht om de offerte onregelmatig te verklaren.

### 5) Melding Erkenningscommissie

Telkens wanneer – bij opdrachten van werken – de overheid een offerte weert volgens punten 2, 3 of 4, brengt ze binnen 15 dagen na de gunning de **Commissie voor Erkenning van Aannemers van werken** op de hoogte (cf. art. 110, §5 van het KB van 8.1.1996).

Daarnaast deelt ze ook de namen mee van de inschrijvers die de gevraagde verantwoording niet binnen de gestelde termijn hebben bezorgd.

## **5.9. EVALUATIE OFFERTES BIJ STANDAARDGUNNINGSPROCEDURES**

Punt 5.9 is enkel toepasselijk op aanbestedingen en offerteaanvragen.

Nadat de toegangsgerechtigde, kwalitatief geselecteerde en regelmatige offertes zijn overgehouden, moet de overheid **na evaluatie de gunstigste offerte kiezen** (cf. punt 5.2). Deze evaluatie vertoont vooral een belang bij offerteaanvragen, maar ook bij aanbestedingen zijn er een paar specifieke regels toepasselijk.

### **5.9.1. AANBESTEDING**

Voor de rol die de **BTW** speelt in de rangschikking van de totale offertebedragen: zie punt 4.9.c.

In geval van **verplichte of toegestane varianten** blijkt de laagste offerte uit een unieke rangschikking van basisoffertes en variantenoffertes (cf. art. 113 van het KB van 8.1.1996).

In geval van **percelen** moet ieder perceel als een *afzonderlijke opdracht* worden bekeken voor de gunning.

Dat neemt niet weg dat als een inschrijver een *prijskorting* heeft aangeboden in geval van **meerdere met hem gesloten percelen**, de laagste offerte wordt bepaald door de rangschikking van de *gecombineerde percelen*.

Bij **gelijk bod** (gelijke prijzen) kunnen de betrokkenen een *korting* aanbieden. Geeft dit geen oplossing, dan gaat de overheid over tot een *loting*.

### **5.9.2. OFFERTEAANVRAAG**

a) Voor de rol die de **BTW** speelt bij de evaluatie van de totale offertebedragen aan de hand van het gunningscriterium 'prijs': zie punt 4.9.c.

b) Rond de **verplichte, toegestane en vrije varianten** is de regeling veel onduidelijker dan bij aanbestedingen (cf. art. 115 van het KB van 8.1.1996). Er staat alleen dat er bij de gunning "rekening wordt gehouden" met die varianten. Ze zijn dus zeker onderworpen aan dezelfde gunningscriteria als de basisoffertes.

> De vraag is echter of de overheid een variantenofferte om technische redenen kan weigeren, hoewel uit de evaluatie blijkt dat ze voordeliger is dan de voordeligste basisofferte?

Ons antwoord is voorzichtig positief, op voorwaarde dat die beslissing op grondige motieven berust.

c) In geval van **percelen** moet ieder perceel als een *afzonderlijke opdracht* worden bekeken voor de gunning.

Dat neemt niet weg dat als een inschrijver een *verbeteringsvoorstel* heeft aangeboden in geval van **meerdere met hem gesloten percelen**, de voordeligste offerte wordt bepaald door de vergelijking van de *gecombineerde percelen*.

d) Bij **gelijkwaardig bod** (even voordelige offertes) kunnen de betrokkenen een verbeteringsvoorstel doen.

> Als dit geen oplossing geeft, dan gaat de overheid best over tot een *loting*, naar analogie met de situatie bij aanbestedingen, niettegenstaande art. 115 van het KB van 8.1.1996 daarover zwijgt.

e) > Enkele **raadgevingen** van de afdeling Overheidsopdrachten:

- De evaluatie niet alleen doen, maar, zeker voor de belangrijke opdrachten, een *evaluatieteam* of een *gunningswerkgroep* samenstellen;
- Een goede evaluatie is een *puur beschrijvende en gemotiveerde evaluatie* die, uitgaande van het afnemende belang of het gewicht van de criteria, haast automatisch tot de voordeligste offerte leidt;
- *Simpelweg punten toekennen volstaat niet* als evaluatie en zeker niet als motivering, zelfs niet wanneer men het gemiddelde neemt van de punten van de team- of werkgroepleden. Punten kunnen hooguit het uitvloeisel zijn van de uitgeschreven evaluatie en motivering!;  
Nog in dit verband is het toekennen van 0 punten voor een bepaald criterium (omdat de offerte op dat vlak niet toetsbaar of afgrijselijk slecht is) gewoon absurd, daar dat erop wijst dat de offerte technisch niet conform is en door die onregelmatigheid zelfs niet voor evaluatie in aanmerking komt;
- Voorzichtig omspringen met *computerprogramma's* of andere hulptechnieken, want bij niet doelmatig gebruik kunnen die naar alles behalve de voordeligste offerte leiden! Men vergeet al te gemakkelijk dat men ook de scores die men aan de computer voedert, eerst dient te motiveren!  
In dit verband is het niet onbelangrijk te signaleren dat de Raad van State zeer argwanend staat tegenover deze digitale hulpmiddelen!;
- Hoe dan ook een degelijk gemotiveerd *evaluatieverslag of gunningsverslag* opmaken, waarop nadien de gunningsbeslissing kan steunen.

## **5.10. GUNNING EN NIET-VERPLICHTE PLAATSING**

Punt 5.10 is toepasselijk op alle gunningsprocedures.

### **5.10.1. GUNNINGSBESLISSING**

Voor de gunning van elke opdracht – behalve bij de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking gesloten met een aanvaarde factuur – moet men een **gemotiveerde gunningsbeslissing** opmaken (cf. punt 5.1.6), waarin wordt uiteengezet:

- welke offertes *toegangsgerechtigd en kwalitatief geselecteerd zijn* of niet (behalve bij tweestapsprocedures en onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking, want daar is de selectiebeslissing al eerder gebeurd);
- welke offertes *formeel en materieel onregelmatig zijn* of niet (hoofdzakelijk van belang bij standaardgunningsprocedures) of *besteksconform zijn* of niet (bij onderhandelingsprocedures);
- welke de *evaluatie* is van de overblijvende offertes (met inbegrip van de kenmerken en relatieve voordelen van de gekozen offerte indien men gunt op basis van meerdere gunningscriteria).

De *praktisch best hanteerbare formule* voor de verwerking van de motivering is om in de gunningsbeslissing enkel de grote lijnen op te nemen en voor de motivering te verwijzen naar

het bijgaande gunningsverslag (op voorwaarde dat het goed gemotiveerd is), dat dan een ondeelbaar geheel vormt met de beslissing.  
Maar als er geen gunningsverslag bestaat, dient men vanzelfsprekend alles in de gunningsbeslissing te vermelden.

**>>> zie het model van gunningsbeslissing onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

In de standaardgunningsprocedures impliceert de gunning tevens de *goedkeuring van de gekozen offerte*.  
Bij onderhandelingsprocedures is dit slechts één van de mogelijkheden (cf. punt 5.3.4.2.b.3).

### 5.10.2. NIET-VERPLICHTE PLAATSING

Het opstarten van een gunningsprocedure hoeft niet noodzakelijk tot een gunningsbeslissing of tot een sluiting te leiden (cf. art. 18, 1<sup>e</sup> lid van de Wet).

De overheid kan immers op ieder ogenblik de procedure stopzetten en de opdracht ofwel:

- niet plaatsen;
- niet plaatsen en een nieuwe identieke procedure starten;
- niet plaatsen en een nieuwe niet-identieke procedure starten.

De Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6) heeft ten deze de verplichte motivering van bestuurshandelingen geconsacreerd en een **gemotiveerde beslissing tot niet-plaatsing** verplicht gemaakt (cf. punt 5.1.6).

Deze beslissing mag men nochtans niet lichtzinnig nemen.

Als het enigszins mogelijk is, moet men overgaan tot gunning en sluiting.

Zonder grondige reden de procedure overdoen, kan de gunstigste inschrijver van de eerste procedure benadelen en betekent een soort valse herkansing van de mededinging die reeds heeft plaatsgehad en haar geheimen heeft prijsgegeven.

**>>> zie het model van beslissing tot niet-plaatsing onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

## 5.11. INFORMATIE EN WACHTTERMIJN

Punt 5.11 is toepasselijk op alle gunningsprocedures.

De arts. 65/7 tot 65/10 en 65/29 van de Wet (cf. Rechtsbeschermingswet – punt 1.6) en de arts. 25, §2, 51, §2 en 80, §2, telkens tweede tot laatste lid, van het KB van 8.1.1996 (cf. KB van 10.2.2010 – punt 1.6) bepalen de **informatieverplichtingen** van de overheid.

**>>> zie de informatiemodellen onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

### 5.11.1. INFORMATIE BIJ OPDRACHTEN BOVEN 67.000 EURO

a) Dit punt is toepasselijk op alle gunningsprocedures voor opdrachten waarvan het *goed te keuren bedrag* (op het ogenblik van de gunning) hoger is dan 67.000 euro zonder BTW.

- b) Van zodra de **selectiebeslissing** in een tweestapsprocedure is genomen (cf. punt 5.7.6), moet men elke *niet-geselecteerde kandidaat* onmiddellijk volgende informatie schriftelijk toesturen:
- de *motivering van zijn niet-selectie* (uittreksel van de selectiebeslissing);
  - de volledige *selectiebeslissing*, indien die een selectiebepanking inhoudt (cf. punt 5.7.5).

De uitnodiging tot het indienen van een offerte mag niet aan de geselecteerden worden gericht vóór de verzending van deze informatie.

- c) Onmiddellijk na de **gunningsbeslissing** moet men volgende informatie schriftelijk toesturen:

- Aan elke *niet-geselecteerde inschrijver*, de *motivering van zijn niet-selectie* (uittreksel van de gunningsbeslissing).  
Die niet-selectie komt doorgaans voor bij open procedures, maar ook bij tweestapsprocedures is het mogelijk dat een inschrijver niet meer aan het toegangsrecht voldoet tijdens de tweede stap.
- Aan elke *inschrijver met een onregelmatig verklaarde offerte*, de *motivering van zijn wering* (uittreksel van de gunningsbeslissing).
- Aan elke *inschrijver met een niet-gekozen offerte* en aan de gekozen inschrijver, de *gemotiveerde gunningsbeslissing*.  
Die informatie betekent voor de gekozen inschrijver *geen sluiting van de opdracht* (cf. punt 5.1.5).

Deze informatie gebeurt onverwijld en **verplicht per fax of per e-mail** of een ander elektronisch middel, met *bevestiging per aangetekende brief* op dezelfde dag (de fax of de e-mail mag men dus enkel versturen als men ook nog op dezelfde dag de aangetekende brief kan verzenden).

Wanneer de overheid – verplicht of vrijwillig – een **wachttermijn** respecteert, omvat de informatie eveneens:

- de ‘nauwkeurige’ vermelding van de ‘exacte’ duur van de wachttermijn (sic);
- de aanbeveling om de overheid binnen die termijn per fax, e-mail of een ander elektronisch middel te verwittigen indien de belanghebbende een schorsingsvordering instelt (met toevoeging van het faxnr. of elektronisch adres van de overheid).

- d) Onmiddellijk na de **beslissing tot niet-plaatsing** en tot het eventueel uitschrijven van een nieuwe opdracht (cf. punt 5.10.2) moet men die beslissing schriftelijk toesturen aan de betrokken kandidaten en inschrijvers.

De definities van ‘betrokken kandidaat’ en ‘betrokken inschrijver’ staan in art. 65/1 van de Wet en komen kortweg neer op alle kandidaten en inschrijvers die nog in de running zijn d.w.z. dat ze niet geweerd zijn door een definitieve gemotiveerde beslissing, waarover ze geïnformeerd zijn en waartegen een verhaal niet meer mogelijk is of afgewezen is.

- e) In alle gevallen dient men in de mededeling de vernietigingsmogelijkheid en de modaliteiten van de vernietigingsvordering te vermelden om de verhaaltermijn te doen lopen.

De verhaalinstantie – die voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest bevoegd is voor vernietigingsvorderingen inzake overheidsopdrachten – is de *Raad van State*.

Deze verplichting vloeit voort uit de openbaarheidsregeling en de rechtsplegingsregels bij de Raad.

### 5.11.2. INFORMATIE BIJ OPDRACHTEN TOT 67.000 EURO

a) Dit punt is toepasselijk op alle gunningsprocedures voor opdrachten waarvan het *goed te keuren bedrag* (op het ogenblik van de gunning) **niet** hoger is dan 67.000 euro zonder BTW.

Het beperkt zich bijgevolg niet tot de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking, hoewel het toch doorgaans daarover zal gaan.

Enige informatieplicht bestaat evenwel niet voor de onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking *gesloten met een aanvaarde factuur* (cf. punt 5.3.4.2.b.1 – arts. 25, §4, 51, §4 en 80, §4 van het KB van 8.1.1996).

b) De overheid deelt volgende informatie schriftelijk mee:

- Van zodra de **selectiebeslissing** in een tweestapsprocedure is genomen (cf. punt 5.7.6) licht ze elke *niet-geselecteerde kandidaat* onmiddellijk over dat feit in.
- Onmiddellijk na de **gunningsbeslissing** licht ze elke *niet-geselecteerde kandidaat (sic) of inschrijver* over dat feit in.  
Die niet-selectie komt doorgaans voor bij open procedures, maar ook bij tweestapsprocedures is het mogelijk dat een inschrijver niet meer aan het toegangsrecht voldoet tijdens de tweede stap.
- Onmiddellijk na de **gunningsbeslissing** licht ze elke *inschrijver met een onregelmatig verklaarde of niet-gekozen offerte* en de gekozen inschrijver over het overeenkomstige feit in.  
Die informatie betekent voor de gekozen inschrijver *geen sluiting van de opdracht* (cf. punt 5.1.5).  
  
> Voor deze opdrachten van beperkte omvang zou men nochtans aan de gekozen inschrijver met dezelfde brief informatie kunnen verschaffen over de gunning en tegelijk de sluiting betekenen (de dubbele bedoeling moet dan wel duidelijk blijken uit de gebruikte bewoordingen).
- Onmiddellijk na de **beslissing tot niet-plaatsing** en tot het eventueel uitschrijven van een nieuwe opdracht (cf. punt 5.10.2) licht ze elke betrokken kandidaat of inschrijver over dat feit in.

c) Binnen 30 dagen na de in b vermelde informatie kan schriftelijk:

- Elke *niet-geselecteerde kandidaat of inschrijver* de motivering van *zijn niet-selectie* opvragen (uittreksel van de beslissing).
- Elke *inschrijver met een geweerde offerte* de motivering van de *wering* opvragen (uittreksel van de beslissing).
- Elke *inschrijver met een niet-gekozen offerte* en de *begunstigde de gemotiveerde gunningsbeslissing* opvragen.
- Elke *betrokken kandidaat of inschrijver* de *beslissing tot niet-plaatsing* opvragen.

De overheid moet deze informatie versturen binnen 15 dagen na ontvangst van het verzoek.

Punt 5.11.1.e is eveneens toepasselijk op deze informatie.

- d) In de arts. 25, §2, 51, §2 en 80, §2, telkens laatste lid, van het KB van 8.1.1996 staat nu ook de mogelijkheid vermeld om de informatie in deze gevallen *in één beweging* te doen, zoals in punt 5.11.1, hetgeen vroeger natuurlijk ook al vrijwillig kon.

Men verwijst eveneens naar de faculteit om *vrijwillig een wachtermijn te respecteren* (cf. punt 5.11.4.b).

- > Dat zulks vrij belachelijk overkomt voor deze toch zeer kleine opdrachten, is de opstellers van het Rechtsbeschermings-KB blijkbaar ontgaan.

### 5.11.3. UITZONDERINGEN BIJ INFORMATIE

Art. 65/10, §1 van de Wet stelt dat bepaalde gegevens in het raam van deze informatieverplichtingen *niet mogen worden meegedeeld* als het openbaar maken ervan:

- de toepassing van een wet zou belemmeren;
- in strijd zou zijn met het openbaar belang;
- nadelig zou zijn voor de rechtmatige commerciële belangen van overheidsbedrijven of particuliere ondernemingen;
- de eerlijke mededinging tussen de ondernemingen zou kunnen schaden.

Concreet gaat het bvb. over de raming van het opdrachtbedrag en de geboden eenheids- of totale prijzen voor de posten van de samenvattende opmeting of de inventaris (dus niet de totale offertebedragen).

Om de informatie (en ook de openbaarheid van bestuur) voor het overige te garanderen, is het aangewezen om de desbetreffende passages in de gunningsbeslissing en het gunningsverslag **onleesbaar te maken**.

### 5.11.4. WACHTTERMIJN

- a) De wachtermijn – vaak standstill geheten – is een nog altijd vrij recente innovatie in het Belgische overheidsopdrachtenrecht, die door de Rechtsbeschermingswet – laat ons maar zeggen op een wat over-vervolmaakte wijze – opnieuw is gestroomlijnd (cf. arts. 65/11 tot 65/13 en arts. 65/30 en 65/32 van de Wet – punten 1.5.d en 1.6).

Onder wachtermijn wordt verstaan de **termijn van non-actie** die de overheid moet in acht nemen tussen de *gunning* en de *sluiting* van de opdracht.

De bedoeling is om niet onmiddellijk na de gunning het contract te doen ontstaan, zodat de niet-geselecteerde, geweerde of niet-gekozen inschrijvers in tussentijd een verhaalprocedure kunnen instellen om de schorsing te verkrijgen van de gunningsbeslissing.

- b) De overheid **moet een wachtermijn naleven**:

- voor al de opdrachten vanaf de Europese drempel;
- voor de opdrachten voor werken met een goed te keuren bedrag vanaf de helft van de Europese drempel;
- als het goed te keuren bedrag van een beneden de Europese drempel geraamde opdracht deze drempel met méér dan 20 % overschrijdt (cf. punt 5.4.1.1.a).

Beneden die gevallen kan de overheid *zich vrijwillig een wachtermijn opleggen* voor een bepaalde opdracht (in het bestek of uiterlijk in de informatie op te nemen).

Het ganse wachtermijnregime wordt dan toepasselijk, behoudens punt f hieronder.

- c) De naleving van een **wachtermijn is niet vereist**:

- wanneer de gekozen inschrijver de enige betrokken inschrijver is en er geen betrokken kandidaten zijn (cf. punt 5.11.1.d voor definitie van 'betrokken');
  - voor de opdrachten voor diensten van bijlage 2 B van de Wet;
  - voor de opdrachten gegund via onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking.
- d) De duur van de wachtermijn is bepaald op **15 dagen** – ook deze termijn is een netto-termijn (cf. punt 5.6.3.1, laatste streepje) – en gaat in de dag nadat de informatie over de gunningsbeslissing (cf. punt 5.11.1.c) aan de betrokken kandidaten en inschrijvers is verzonden.  
Indien de elektronische en aangetekende verzendingen niet op dezelfde dag gebeuren, telt de laatste verzendingsdatum.
- e) Als een *schorsingsvordering* wordt ingediend binnen de wachtermijn, **mag de overheid de opdracht niet sluiten** voordat de verhaalinstantie – in voorkomend geval van eerste aanleg – uitspraak heeft gedaan, hetzij over een vordering tot voorlopige maatregelen, hetzij over de schorsingsvordering (cf. punt 5.13.2.2).  
Dit verbod strekt enkel tot voordeel van de indiener van een schorsingsvordering.

Als er *geen schorsingsvordering* wordt ingediend binnen de wachtermijn, mag de overheid de opdracht sluiten na afloop van de termijn (dus ten vroegste de 16<sup>e</sup> dag).

- f) De schorsing van de gunningsbeslissing door de verhaalinstantie leidt van rechtswege tot de **schorsing van de uitvoering van de opdracht** die in strijd met de wachtermijnregeling zou zijn gesloten.  
De overheid informeert de begunstigde onverwijld en geeft hem het bevel om de uitvoering van de opdracht niet te beginnen of stop te zetten.  
Wanneer daarna geen enkele vordering tot nietigverklaring van de gunningsbeslissing of tot onverbindendverklaring van de opdracht tijdig wordt ingediend, volgt van rechtswege de *opheffing* van de schorsing van de gunningsbeslissing en van de opdracht.

#### 5.11.5. OPENBAARHEID VAN BESTUUR

- a) Het principe van de bestuurlijke openbaarheid is vanzelfsprekend ook op overheidsopdrachten van toepassing.  
Het *eerlijke verloop van de mededinging* vereist wel dat de openbaarheid pas begint te gelden **vanaf de definitieve beslissing over de selectie of de gunning** (cf. punt 4.6).
- b) Op het openbaarheidsbeginsel bestaan nochtans **uitzonderingen**, zoals voor documenten die vertrouwelijke commerciële of industriële informatie bevatten.  
In de overheidsopdrachtenregelgeving zijn deze uitzonderingen nog gedetailleerder omschreven (cf. punt 5.11.3).

Deze uitzonderingen zijn zowel van toepassing bij het geven van informatie als bij het verlenen van inzage in bestuursdocumenten.

### **5.12. SLUITING**

Punt 5.12 (behalve punt 5.12.2) is toepasselijk op alle gunningsprocedures.

#### 5.12.1. ALGEMEEN

Het begrip **sluiting** is omschreven in punt 5.1.5.



Eens gesloten is de opdracht – dus de overeenkomst, niet de gunningsbeslissing – **onaantastbaar** door verhaalprocedures (cf. arts. 65/21 en 65/30 van de Wet).

Voor de *opdrachten vanaf de Europese drempels* (voor werken ook die met een goed te keuren opdrachtbedrag vanaf de helft van de drempel) geldt er echter een **uitzondering** wanneer:

- ofwel de *wachttermijn* niet is nageleefd en de verhaalinstantie de schorsing van de gunningsbeslissing uitspreekt (waardoor automatisch ook de opdracht geschorst is, cf. art. 65/13 van de Wet – punt 5.11.4.f);
- ofwel de verhaalinstantie beslist tot de *onverbindendverklaring* van de opdracht (cf. punt 5.13.2.4).

## 5.12.2. SLUITING BIJ STANDAARDGUNNINGSPROCEDURES

Bij aanbesteding en offerteaanvraag gelden bijzondere regels voor de sluiting (voor de sluitingsvormen bij onderhandelingsprocedure: zie punt 5.3.4.2.b).

### 5.12.2.1. Algemeen

- a) De **sluiting** vindt plaats door de *betekening van de goedkeuring van zijn offerte aan de begunstigde* (cf. art. 117 van het KB van 8.1.1996 zoals vervangen door het vijfde nood-KB – punt 1.5.e).

Noteer dat er derhalve geen sprake is van het opmaken van een extra overeenkomst tussen overheid en opdrachtnemer (de gunningsdocumenten + de offerte + de betekening vormen hier de overeenkomst)!

- b) De sluiting gebeurt **bij aangetekende brief**.

Een sluiting per fax of per e-mail (of andere elektronische middelen) is eveneens geldig en bindend op voorwaarde dat men de inhoud binnen 5 dagen per aangetekende brief bevestigt.

Hoewel de sluiting het contract in werking stelt en dus belangrijke gevolgen heeft, is het administratief bekeken een *eenvoudige uitvoeringsmaatregel van de gunning* en daarom behoeft de brief geen ministeriële of gedelegeerde ondertekening.

De sluiting moet **onvoorwaardelijk** zijn.

Men wil voorkomen dat de sluiting afhankelijk zou zijn van een onzekere gebeurtenis, zoals bvb. de subsidiëring van de opdracht, en de gekozen inschrijver de garantie geven op uitvoering van de opdracht.

- c) De overheid moet de opdracht **sluiten binnen de gestanddoeningstermijn** (cf. punt 5.8.3.7).

De dag van afgifte van de aangetekende brief of de dag van verzending van de fax of e-mail is bepalend.

Als de termijn dreigt te verstrijken zonder zicht op een tijdige sluiting, verdient het aanbeveling om aan de nuttigst gerangschikte inschrijvers te vragen *om de geldigheid van hun offerte met x dagen te verlengen*.

Deze praktijk laat zich perfect inpassen in arts. 118, 1<sup>e</sup> lid en 119, 1<sup>e</sup> lid van het KB van 8.1.1996.

### **5.12.2.2. Sluiting buiten gestanddoeningstermijn**

- a) In geval van **sluiting buiten de gestanddoeningstermijn** (wanneer de vraag om verlenging vergeten, onbeantwoord of geweigerd is) bevatten dezelfde arts. 118 en 119 een regeling, respectievelijk voor aanbestedingen en voor offerteaanvragen. Het *principe* is dat de sluiting dan slechts effectief is op voorwaarde dat de gekozen inschrijver daarmee *schriftelijk en zonder voorbehoud* heeft ingestemd.

Als de inschrijver zijn offerte **niet handhaaft**, richt de overheid zich tot de tweede gerangschikte regelmatige inschrijver en desnoods tot de volgende.

- b) Bij **aanbestedingen** kan de gekozen inschrijver de sluiting doen afhangen van:

- *Prijsverhoging:*

In de mate dat ze verantwoord is door omstandigheden die dateren van na de openingszitting en op voorwaarde dat zijn offerte de laagste blijft, is de overheid verplicht om de sluiting met die prijsverhoging te aanvaarden.

Blijft zijn offerte niet de laagste, dan kan de overheid:

- hetzij zich richten tot de inschrijver met de laagst geworden regelmatige offerte en desnoods tot de volgende;
- hetzij een prijsronde houden bij de andere regelmatige (> dit adjectief staat niet in het KB, maar lijkt ons de logica zelve, zoals bij het vorige bolletje) inschrijvers en, na vergelijking met de verantwoorde prijsverhoogde offerte, de opdracht gunnen aan de inschrijver met de nieuwe laagste offerte.

> Hoewel niet expliciet bepaald, lijkt de gekozen inschrijver zich door het vragen van een niet-verantwoorde prijsverhoging buitenspel te zetten.

- *Andere voorwaarden:*

Hier stelt de gekozen inschrijver zich zeer zeker buitenspel en moet de overheid zich richten tot de tweede laagste regelmatige inschrijver en desnoods tot de volgende.

- c) Bij **offerteaanvragen** kan de gekozen inschrijver de sluiting doen afhangen van het verkrijgen van een *wijziging van de offerte*.

In de mate dat ze verantwoord is door omstandigheden die dateren van na de openingszitting en op voorwaarde dat zijn offerte de voordeligste blijft, is de overheid verplicht om de sluiting met die wijziging te aanvaarden.

Blijft zijn offerte niet de voordeligste, dan kan de overheid:

- hetzij zich richten tot de inschrijver met de voordeligst geworden regelmatige offerte en desnoods tot de volgende;
- hetzij een herzieningsronde houden bij de andere regelmatige (> dit adjectief staat niet in het KB, maar lijkt ons de logica zelve, zoals bij het vorige bolletje) inschrijvers en, na vergelijking met de verantwoorde gewijzigde offerte, de opdracht gunnen aan de inschrijver met de nieuwe voordeligste offerte.

> Hoewel niet expliciet bepaald, lijkt de gekozen inschrijver zich door het vragen van een niet-verantwoorde wijziging buitenspel te zetten.

- d) Het aanvaarden van een prijsverhoging of een wijziging of het niet sluiten met de initieel best gerangschikte offerte veronderstelt het opmaken van een **aanvullende of nieuwe gunningsbeslissing**.

## 5.13. VERHAALPROCEDURES

Punt 5.13 is toepasselijk op alle gunningsprocedures en op alle opdrachten (vanaf en beneden de Europese drempels), tenzij anders vermeld.

### 5.13.1. ALGEMEEN

Verhaalprocedures rond het plaatsen van overheidsopdrachten zijn **geen nieuw gegeven**. Traditioneel bestond de mogelijkheid om beslissingen, die de overheid in dat kader neemt, door de Raad van State te laten *schorsen en/of vernietigen*.

Daarnaast kon een geweerde kandidaat of inschrijver – mits het aantonen van een bestuurlijke fout, van zijn schade en van het oorzakelijk verband tussen beide – bij de gewone rechter aanspraak maken op een *schadevergoeding* (toepassing van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek of eventueel art. 15 van de Wet – cf. punten 5.2.2.b en 5.2.3.1.b). Theoretisch kon men bij de gewone rechter ook aankloppen met een vordering tot *schorsing en/of vernietiging van de onrechtmatig tot stand gekomen overeenkomst*.

Zowel de benadeelden als de rechtspraak benaderden deze mogelijkheid echter met zeer veel schroom en argwaan, waardoor ze – gelukkig – heel weinig toegepast is.

De Rechtsbeschermingswet (cf. punt 1.6) heeft voor het eerst alle verhaalmogelijkheden bij het plaatsen van overheidsopdrachten – oude en nieuwe verhaalprocedures – gecodificeerd en geïncorporeerd in de overheidsopdrachtenregelgeving zelf.

> Dit is een pluspunt van de nieuwe Wet, hoewel het een voorlopige en onvolkomen regeling betreft, omdat aan de procedurale dualiteit – Raad van State versus gewone rechter – niet binnen dit (tijds)bestek kon worden verholpen.

Er valt enkel te hopen dat een komende hervorming van het gerechtelijke landschap in ons land van een danige luminositeit zal getuigen dat een gespecialiseerde gerechtelijke instantie of kamer uitsluitend bevoegd zal zijn voor alle overheidsopdrachtengeschillen, zo gunning als uitvoering betreffende.

### 5.13.2. VERHAALPROCEDURES

#### 5.13.2.1. Vernietiging

- a) Een omslachtig geformuleerde bepaling omschrijft deze nochtans vanouds gekende vordering tot *vernietiging van beslissingen van de overheid* (cf. arts. 65/14 en 65/31 van de Wet).
- b) De vordering gebeurt **op verzoek van elke belanghebbende** die een opdracht is misgelopen of dreigt mis te lopen en een hieronder vermelde schending aanvoert die hem benadeelt of dreigt te benadelen.

De verhaalinstantie kan beslissingen vernietigen die:

- ofwel berusten op *discriminerende* technische, economische en financiële *specificaties*;
- ofwel een *machtsafwending* inhouden;
- ofwel een *inbreuk vormen op de gunningsregels*, de algemene rechtsbeginselen (sic) of de opdrachtdocumenten.

### **5.13.2.2. Schorsing en voorlopige maatregelen**

- a) Deze verhaalprocedures zijn mogelijk *in dezelfde situatie* als hierboven in punt 5.13.2.1.b (cf. arts. 65/15 en 65/31 van de Wet).  
Het bewijs van een moeilijk te herstellen ernstig nadeel is niet vereist (voorheen wel bij de Raad van State).  
De vordering tot voorlopige maatregelen kan men afzonderlijk indienen of samen met een schorsings- of vernietigingsverzoek.
- b) Eventueel op straf van een *dwangsom* kan de verhaalinstantie:
- de uitvoering van de in punt 5.13.2.1.b bedoelde beslissingen **schorsen**;
  - de **voorlopige maatregelen** bevelen om de aangevoerde schending ongedaan te maken of belangenschade te voorkomen of die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van haar uitspraak.  
Dit laatste punt geldt ook voor de Raad van State zolang het vernietigingsverzoek bij hem aanhangig is.
- c) De verhaalinstantie houdt rekening met de *vermoedelijke gevolgen* van haar uitspraak *voor alle belangen* – ook het openbaar belang – die schade kunnen oplopen.  
Ze kan beslissen om de schorsing of de voorlopige maatregelen niet toe te staan wanneer de negatieve gevolgen groter zouden zijn dan de voordelen.
- > Dit is een kleine revolutie voor de Raad van State met zijn soms ‘blinde’ wijze van rechtspreken.

### **5.13.2.3. Schadevergoeding**

De verhaalinstantie kent een schadevergoeding toe aan de persoon die benadeeld is door één van de in punt 5.13.2.1.b bedoelde beslissingen – die voorafgaan aan de sluiting van de opdracht – op voorwaarde dat de verhaalinstantie *zowel de schade als het oorzakelijk verband tussen de schade en de aangevoerde schending bewezen acht* (cf. arts. 65/16, 1<sup>o</sup> lid en 65/31 van de Wet).

### **5.13.2.4. Onverbindendverklaring**

- a) Deze verhaalprocedure is toepasselijk (cf. arts. 65/17 tot 65/20 en 65/32 van de Wet):
- voor al de opdrachten vanaf de Europese drempel;
  - voor de opdrachten voor werken met een goed te keuren bedrag vanaf de helft van de Europese drempel;
  - als het goed te keuren bedrag van een beneden de Europese drempel geraamde opdracht deze drempel met méér dan 20 % overschrijdt (cf. punt 5.4.1.1.a).

Men kan ze afzonderlijk indienen of samen met een vernietigingsvordering.

- b) Elke belanghebbende kan de verhaalinstantie verzoeken om **een gesloten opdracht onverbindend te verklaren** wanneer ze is gesloten:
- *zonder voorafgaande Europese bekendmaking*, terwijl die verplicht is;
  - *zonder een wachtermijn na te leven* of zonder te wachten tot de verhaalinstantie – in voorkomend geval van eerste aanleg – uitspraak heeft gedaan over de schorsingsvordering of de vordering tot voorlopige maatregelen;  
**en** hij daardoor geen schorsingsvordering heeft kunnen instellen of voleindigen;  
**en** zijn kansen om de opdracht te verkrijgen nadelig zijn beïnvloed door nog een andere schending van de gunningsregels.

De verhaalinstantie betreft de overheid en de begunstigde in de procedure.

- c) De onverbindendverklaring bedoeld in punt b, 1<sup>e</sup> streepje is niet toepasselijk als de overheid – onmiddellijk voorafgaand aan de sluiting van de opdracht – een Europese **bekendmaking van vrijwillige transparantie ex ante** publiceert, onverschillig of een initiële (voorafgaande) Europese bekendmaking nu verplicht is of niet (cf. punt 5.5.2.2).

Wèl gaat er daags na de bekendmaking ex ante een **wachttermijn van 10 dagen** in en mag de sluiting pas daarna plaatsvinden (cf. punt 5.11.4.e).

- d) Indien de verhaalinstantie **beslist tot onverbindendverklaring** van de opdracht, moet ze:
- hetzij alle contractuele verbintenissen *met terugwerkende kracht vernietigen*;
  - hetzij de werking van de vernietiging *beperken tot de nog uit te voeren verbintenissen*.
- In deze hypothese legt ze bovendien een boete op bij wijze van alternatieve sanctie (cf. punt 5.13.2.5).

- e) De verhaalinstantie kan – ondanks een onwettige sluiting volgens punt b – **beslissen tot niet-onverbindendverklaring** van de opdracht als ze van oordeel is dat dwingende redenen van algemeen belang zulks noodzakelijk maken. In dat geval legt ze alternatieve sancties op (cf. punt 5.13.2.5).

Economische belangen mogen alleen als dwingende redenen van algemeen belang worden beschouwd wanneer – in uitzonderlijke omstandigheden – de onverbindendheid onevenredig grote gevolgen zou hebben.

Die economische belangen mogen evenwel in geen geval rechtstreeks verband houden met de opdracht in kwestie (zoals o.m. de kosten die voortvloeien uit de vertraging van de uitvoering, de kosten van een nieuwe procedure, de kosten veroorzaakt doordat een ander bedrijf de opdracht moet uitvoeren, de kosten van wettelijke verplichtingen ingevolge de onverbindendheid).

#### **5.13.2.5. Alternatieve sancties**

- a) De alternatieve sancties zijn toepasselijk (cf. arts. 65/22 en 65/32 van de Wet):
- voor al de opdrachten vanaf de Europese drempel;
  - voor de opdrachten voor werken met een goed te keuren bedrag vanaf de helft van de Europese drempel;
  - als het goed te keuren bedrag van een beneden de Europese drempel geraamde opdracht deze drempel met méér dan 20 % overschrijdt (cf. punt 5.4.1.1.a).

Ze worden *door de verhaalinstantie ambtshalve opgelegd* of *door een belanghebbende gevorderd* (sic).

> De slechte karakters onder de markspelers wezen hierbij uitgenodigd.

De verhaalinstantie betreft desgevallend de overheid en de begunstigde in de procedure.

- b) De opgelegde sanctie moet **doeltreffend, evenredig en afschrikkend** zijn (sic). De verhaalinstantie kan daarbij alle relevante factoren in aanmerking nemen, zoals de ernst van de schending, de houding van de overheid en de mate waarin de opdracht verbindend blijft. De toekenning van schadevergoeding komt niet als sanctie in aanmerking.

Er bestaan **twee soorten** alternatieve sancties:

- *de looptijd* van de opdracht *inkorten*;
- het opleggen van *een boete*.  
De boete bedraagt maximum 15 % van het gegunde opdrachtbedrag zonder BTW. Ze wordt gestort aan de Schatkist.

- c) Elke belanghebbende kan de verhaalinstantie verzoeken om een alternatieve sanctie op te leggen wanneer de opdracht is gesloten *zonder de wachtermijn geheel na te leven*, maar waarbij:
- dit voor hem geen beletsel vormde om een schorsingsvordering in te stellen;
  - en zijn kansen om de opdracht te verkrijgen niet nadelig zijn beïnvloed door een andere schending van de gunningsregels.

### 5.13.3. VERHAALTERMIJNEN

Men moet de verhaalprocedures **binnen vaste uiterste termijnen** instellen vanaf de bekendmaking, de kennisgeving of de kennisneming van de rechtshandeling, al naargelang (cf. arts. 65/23 en 65/33 van de Wet).

- a) De **vernietigingsvordering**: binnen **60** dagen.
- b) De **schorsingsvordering**: binnen **15** dagen (cf. punt 5.11.4.d) of **10** dagen (cf. punt 5.13.2.4.c).  
Deze termijnen gelden:
- ongeacht of er een wachtermijn toepasselijk is of niet;
  - zowel voor de opdrachten vanaf de Europese drempels als beneden deze drempels.

- c) De **schadevergoedingsvordering**: binnen **vijf jaar**.

Deze termijn komt bijgevolg – althans voor gunningsgeschillen – in de plaats van zowel de verjaringstermijnen in de comptabiliteitsregelgeving, als die in het Burgerlijk Wetboek.

- d) De **vordering tot onverbindendverklaring**:
- Hetzij binnen **30** dagen daags na:
    - ofwel de bekendmaking van gesloten opdracht (aankondiging van gegunde opdracht – cf. punt 5.5.2.3) indien er geen voorafgaande bekendmaking is gebeurd en de verantwoording daarvan in deze bekendmaking is opgenomen;
    - ofwel de kennisgeving aan de betrokken kandidaten en inschrijvers van het sluiten van de opdracht (sic), samen met de gemotiveerde beslissing die op hen betrekking heeft.

> Curieus, want de regelgeving voorziet eigenlijk nergens in een directe informatie over de sluiting!
  - Hetzij binnen **zes maanden** daags na het sluiten van de opdracht, wanneer de overheid het vorige blokje niet respecteert.
- e) De **vordering tot alternatieve sancties**: binnen **zes maanden**.

### 5.13.4. VERHAALINSTANTIES

De arts. 65/24 tot 65/27 en 65/33 van de Wet betreffen dit item.

- b) Voor de **Vlaamse Gemeenschap** en het **Vlaamse Gewest** en de andere administratieve overheden die onder de rechtsmacht van de Raad van State vallen (cf. art. 14, §1 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State) zijn de verhaalinstanties:

- De afdeling bestuursrechtspraak van de **Raad van State** voor de *vernietigingsvordering*, de *schorsingsvordering* en de *vordering tot voorlopige maatregelen*.
- De **gewone rechter** voor de *andere verhaalprocedures*.

Voor de aanbestedende instanties die niet onder de rechtsmacht van de Raad van State vallen is de gewone rechter in alle gevallen bevoegd.

- c) De **schorsingsvordering** (> en wellicht ook de afzonderlijk ingediende vordering tot voorlopige maatregelen) wordt ingediend volgens een procedure bij *uiterst dringende noodzakelijkheid* bij de Raad van State en in *kort geding* bij de gewone rechter.

Op dit vlak:

- krijgen deze uitzonderingsprocedures een *standaardkarakter*;
- gelden ze ongeacht of er een wachtermijn toepasselijk is of niet;
- gelden ze zowel voor de opdrachten vanaf de Europese drempels als beneden deze drempels.

Wanneer de verhaalinstantie een schorsingsvordering ontvangt, deelt zij dit onmiddellijk mee aan de overheid.

Voor de vordering tot **onverbindendverklaring** en tot **alternatieve sancties** zetelt de rechter *zoals in kort geding*.

- d) In geval van een **tergende en roekeloze verhaalprocedure** kan de overheid of de begunstigde aan de verhaalinstantie vragen om de verzoeker te veroordelen om aan hen een passende schadevergoeding te betalen.  
De totale schadevergoeding mag in geen geval 5 % van het gegunde opdrachtbedrag zonder BTW overschrijden.

## 6. SPECIFIEKE GUNNINGSPROCEDURES EN OPDRACHTEN

---

### 6.1. ALGEMEEN

Punt 6 verenigt:

- een aantal **specifieke gunningsprocedures** die bestaan naast de standaardgunningsprocedures en de onderhandelingsprocedures, zoals de wedstrijd, de ontwerpenprijsvraag, de sociale woningbouwprocedure [en de concurrentiedialoog](#);
- een aantal **specifieke opdrachten** met specifieke kenmerken, die aparte types van overeenkomsten uitmaken, zoals de bestellingsopdracht en de promotieopdracht;
- een **combinatie van een specifieke gunningsprocedure en een specifieke opdracht**, zoals de concessie voor openbare werken (en in de toekomst de raamovereenkomst).

Een *specifieke gunningsprocedure* kent (geheel of deels) haar eigen gunningsregels.

Een *specifieke opdracht* wordt gegund volgens de standaardgunningsprocedures of (voor zover mogelijk) de onderhandelingsprocedures [of de concurrentiedialoog](#).

### 6.2. WEDSTRIJD

- a) Deze gunningsprocedure heeft betrekking op **het ontwerpen en het uitvoeren** van een project (cf. arts. 23 en 49 van het KB van 8.1.1996).  
Een wedstrijd slaat ofwel op werken, ofwel (maar nooit meegemaakt) op leveringen.
- b) Kenmerkend is het optreden van een onafhankelijke en deskundige *jury* (met minstens één lid uit de privé-sector) voor het beoordelen en rangschikken van de projecten.  
De gunningscriteria krijgen verplicht een bepaald *belang* (en vanaf de Europese drempels een *gewicht* – cf. punt 5.2.3.2.b).  
De overheid kan ook al dan niet *premies* toekennen voor de beste niet gekozen projecten.  
Voor het overige wordt volledig de procedure van de *offerteaanvraag* gevolgd.
- c) Bij de Vlaamse overheid mag men de wedstrijdprocedure nog steeds hanteren, hoewel de Vlaamse Bouwmeester vanzelfsprekend preferereert dat men via zijn tussenkomst naar een aparte ontwerper zoekt (zie hierna).

### 6.3. ONTWERPENPRIJSVRAAG

- a) Deze gunningsprocedure heeft een verwarrende naam.  
Het gaat eigenlijk om een **ontwerpenwedstrijd** waarbij een prijsvraag – in de zin van vraag naar prijsbieding – helemaal niet te pas komt (cf. arts. 20 en 21 van de Wet en arts. 74bis tot 77 van het KB van 8.1.1996 – deze laatste artikelen zijn aangevuld en gewijzigd door het KB van 23.11.2007 en het vierde nood-KB, cf. punten 1.5.c en e).  
  
> Art. 74bis is ongeveer het meest idiote artikel ooit, nochtans ingevoerd onder dwang van de Europese Commissie en het Europees Hof, maar over voldoende intelligentie beschikken om te beseffen dat het KB van 8.1.1996 geen uitstaans heeft met de speciale sectoren was blijkbaar te veel gevraagd van die instanties (cf. punt 1.5.e) !



Deze wedstrijd beoogt het opmaken van **een plan of een ontwerp**, bvb. inzake ruimtelijke ordening, urbanisme, architectuur, ingenieurskunst of gegevensverwerking. Aldus kan de overheid een beroep doen op de meest creatieve professionelen, bvb. voor het bevorderen van de architecturale kwaliteit van de openbare gebouwen. Dat is althans de theorie, want in de betrokken sector heerst er virulente kritiek op deze gunningsprocedure en wordt de voorkeur gegeven aan de door de Vlaamse Bouwmeester (naar Nederlands voorbeeld) ontworpen en door de Vlaamse Regering in 2001 goedgekeurde alternatieve '**open oproep-procedure**'.

De Vlaamse Regering heeft in maart 2005 de open oproep bevestigd als te hanteren procedure, maar wegens wettigheidsbezwaren de uitwerking ervan gewijzigd om hem *formeel in te passen* in de ontwerpenprijsvraag (zie internetstek Vlaamse Bouwmeester).

> Ze is daar nochtans te ver in gegaan, zodat de open oproep 'nieuwe stijl' een onherkenbare en ingewikkelde procedure is geworden, die nu opnieuw aan herziening toe is door de gewijzigde regelgeving.

- b) Belangrijk voor de **raming** van een ontwerpenwedstrijd is dat, wanneer de overheid in de bekendmaking een op de wedstrijd volgende studieopdracht niet uitsluit, de raming ook de geraamde waarde van die studieopdracht dient te omvatten.

Hoe dan ook vormen het eventuele **prijzengeld** en de **vergoedingen** aan de deelnemers de basis voor de raming van het opdrachtbedrag.

- c) Men kan de ontwerpenwedstrijd organiseren volgens de *open* of de *beperkte* (tweestaps-) procedure. De **bekendmaking** vermeldt de duidelijke en niet-discriminerende *selectiecriteria* (daarbij niet gebonden door punt 5.7.4). Bij een beperkte procedure dient het aantal geselecteerden in ieder geval voldoende te zijn om een daadwerkelijke mededinging te waarborgen.

De *beoordelingscriteria* dienen in het **bestek** te staan, samen met hun *belang*. De ontwerpen moeten worden beoordeeld door een onafhankelijke en deskundige **jury** met minstens vijf leden, waarvan één uit de privé-sector en waarvan minstens één derde een gelijkwaardige beroepskwalificatie heeft als van de deelnemers wordt gevraagd. Het bestek bepaalt of de jury, die altijd autonoom oordeelt, een *beslissings- of adviesbevoegdheid* heeft.

Voor de opdrachten vanaf de Europese drempels worden de ontwerpen **anoniem** aan de jury voorgelegd.

De jury stelt een **proces-verbaal** op van haar beoordeling van alle ontwerpen, van haar eventuele opmerkingen en te vragen verduidelijkingen, van de eventueel daaropvolgende dialoog met de ontwerpers en van haar eventueel aangepaste eindbeoordeling.

- d) De ontwerpenwedstrijd leidt **hetzij** tot de keuze van **één of meer winnaars**, die al dan niet een *premie* ontvangen, maar in ieder geval met respect voor de rangschikking door de jury, **hetzij** tot deze keuze gekoppeld aan een **studieopdracht** die eventueel ook het toezicht op de uitvoering kan omvatten.

De overheid kan deze studieopdracht gunnen via de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (cf. punt 5.3.1.2.b.5).

## **6.4. SOCIALE WONINGBOUWPROCEDURE**

- a) Deze gunningsprocedure betreft een **nieuwigheid** uit art. 31 van de Wet van 15.6.2006 (cf. punt 1.6.a).  
Ze kan uitsluitend worden toegepast voor het **ontwerpen en bouwen van een complex van sociale woningen**.

Dergelijke projecten kaderen vaak in een *publiek-private-samenwerkingsconstructie*. Men gaat er daarbij van uit dat die projecten – omwille van hun omvang, complexiteit en vermoedelijke duur – van meet af aan gebaseerd moeten zijn op de nauwe samenwerking van een team bestaande uit afgevaardigden van de overheid en deskundigen. De procedure beoogt de keuze van de *aannemer* die het meest geschikt is om te worden opgenomen in dat team.

- b) De uitvoering van art. 31 is **aan de Gewesten toevertrouwd**.  
Het komt aan de Vlaamse Regering toe om, binnen de perken van art. 34 van de Richtlijn 2004/18/EG, het verloop van deze nieuwe gunningsprocedure uit te tekenen (ze kan er evenwel ook voor opteren om – gelet op de door ons aan het beleidsdomein in kwestie gesignaleerde beperkingen en regelgevingsproblemen – geen gebruik te maken van deze nieuwe mogelijkheid).

## **6.5. CONCESSIE VOOR OPENBARE WERKEN**

### **6.5.1. BEGRIP**

Een concessie voor openbare werken is een gunningsprocedure/opdracht waarbij de overheid aan de concessiehouder het recht toekent om **het werk uit te baten**, in voorkomend geval tegen vergoeding, in ruil voor de verbintenis van de concessiehouder tot hetzij het oprichten van het werk, hetzij het ontwerpen en het oprichten van het werk, hetzij het doen uitvoeren van het werk op welke wijze dan ook (cf. art. 24 van de Wet).

De maximale duur van de concessie is 50 jaar.

De concessie is één van de oudste voorbeelden van alternatieve financiering en *publiek-private samenwerking*.

### **6.5.2. GUNNINGSPROCEDURE**

- a) Qua **verloop** vormt de concessieprocedure een doorslag van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking (cf. arts. 123 tot 131 van het KB van 8.1.1996).

Ook hier gebeurt er een bekendmaking (oproep tot de kandidaten), dienen de deelnemers hun *kandidaatstellingen* in, evalueert de overheid die op basis van vrij gekozen *selectiecriteria* (daarbij niet gebonden door punt 5.7.4) en kiest uit de kandidaten de *geselecteerden* die daarna een offerte mogen indienen.

De overheid evalueert vervolgens de offertes aan de hand van de *gunningscriteria* en kan tot *onderhandelingen* overgaan, tenzij het bestek dit verbiedt.

- b) Een opvallende bepaling is dat de offerte moet aangeven welk percentage van de werken de concessiehouder *aan derden zal uitbesteden* (het bestek mag een percentage van minstens 30 opleggen).

Maar als derden gelden niet de *eigen partners* in de inschrijvende vereniging zonder rechtspersoonlijkheid of de ondernemingen die met één van hen zijn *verbonden* (zie voor de haast identieke definitie van “verbonden onderneming” punt 5.7.3.5.b).

- c) Voor de gunning van *aanvullende werken* aan de concessiehouder – bij een opdracht vanaf de Europese drempels – bestaat voortaan een analoge regeling als beschreven in art. 17, §2, 2°, a, van de Wet – cf. punt 5.3.1.2.b.1 (cf. art. 25bis van de Wet, ingevoegd door het KB van 23.11.2007 – punt 1.5.c).

> Op Europees vlak gaat men uit van het verbazende axioma dat een concessie voor openbare werken geen overheidsopdracht is en daarom onderworpen is aan een afzonderlijk regime.

### 6.5.3. CONTRACTUELE VOORSCHRIFTEN

- a) De concessiehouder kan een **publiekrechtelijke persoon** zijn (cf. art. 25, §1 van de Wet). Hij valt dan volledig onder de overheidsopdrachtenregels voor de opdrachten die hij in het raam van de concessie aan derden gunt.
- b) Een **privé-concessiehouder** is niet onderworpen aan de Wet voor het gunnen van *leveringen en diensten* aan derden in het raam van de concessie (cf. art. 25, §2 van de Wet).

Voor het gunnen van *werken* aan derden is hij – voor de opdrachten vanaf de Europese drempels – enkel gebonden door de in arts. 133 en 134 van het KB van 8.1.1996 (zoals aangevuld door de KB's van 23.11.2007 en 31.7.2008 – cf. punten 1.5.c en d) bepaalde bekendmakingsregels, dus niet door de gunningsregels.

Hij mag nochtans vrijelijk werken laten uitvoeren door de *eigen partners* of door *verbonden ondernemingen* (cf. punt 6.5.2.b).

- c) De arts. 28 tot 40 van het KB van 26.9.1996 bevatten *nadere bepalingen* rond:
- de inhoud van het bestek;
  - de borgtocht;
  - de terreinen bestemd voor de uitbating;
  - de verplichtingen van de concessiehouder in verband met:
    - continuïteit van openbare dienst;
    - lijst van onderaannemingen;
    - erkenning;
    - verzekeringen;
    - tienjarige aansprakelijkheid;
  - de prijs en de retributie;
  - het begin en het einde van de concessie.

## 6.6. BESTELLINGSOPDRACHT (RAAMOVEREENKOMST)

### 6.6.1. BEGRIP

- a) Bij een bestellingsopdracht (in de toekomstige regelgeving “raamovereenkomst”, maar in het verleden vaak onder meer “stockcontract” geheten) doet de sluiting weliswaar een contract ontstaan, maar wordt daaraan pas een concrete invulling gegeven door de **aparte bestellingen** van de overheid, volgens en naarmate de behoeften zich aandienen. Het kan zijn dat de overheid wel zeker is over haar soort behoefte, doch niet over de (volledige) omvang ervan, bvb. in geval van onderhoudsopdrachten, of niet over de juiste hoeveelheden en spreiding ervan, bvb. voor levering van courante goederen.
- b) Hoewel de bestellingsopdracht **al van oudsher** bestaat, *maakt de huidige regelgeving er als zodanig geen gewag van*, buiten de allusie erop in art. 97, §2, 2<sup>o</sup> lid van het KB van 8.1.1996 en in arts. 52, §2 en 69, §2 van de AAV, zij het enkel voor leveringen en diensten.
- c) Er is hoe dan ook **niets verkeerd** aan die opdrachtformule, aangezien de ervaring uitwijst dat de mededinging zelfs in die context goed kan functioneren. De toekomstige regelgeving zal ze daarom consacreran.
- d) Het gunnen van een bestellingsopdracht verleent de opdrachtnemer **geen monopolie** voor de bestelling van alle soortgelijke prestaties gedurende de looptijd. Het volstaat dat de overheid de bepalingen van het contract respecteert.

### 6.6.2. BESTEKSBEPALINGEN

Men dient een bestellingsopdracht **strikt in de hand te houden** door aangepaste besteksbepalingen.

- a) De looptijd mag de *4 jaar* niet overschrijden, behoudens in uitzonderlijke en behoorlijk gemotiveerde gevallen.
- b) Een *realistische inschatting* van de beoogde hoeveelheden bevordert een goede prijsbieding, een optimale mededinging en een voldoende vastlegging (zie hierna punt 6.6.3).  
In het bestek dient men aan die vermoedelijke hoeveelheden een *vork* te koppelen, waarbinnen de minimale en de maximale bestellingen zullen blijven.  
Die vork hanteert ofwel coëfficiënten, ofwel uitgeschreven hoeveelheden, ofwel bedragen. De raming van het opdrachtbedrag moet alleszins uitgaan van het maximale volume.
- c) Als het bedrag van de totale bestellingen *het bedrag overeenstemmend met het aangegeven minimum niet bereikt*, is het om billijkheidsredenen en vanuit correct bestuur aangewezen om een vergoeding van 5 à 10 % van het te weinig bestelde bedrag toe te kennen (naar analogie met art. 42, §4 en conform art. 52, §1 en 69, §1 van de AAV).
- d) Het is aanbevolen om te stipuleren dat, *voor de toepassing van de uitvoeringsregels* – en enkel daarvoor – , elke bestelling als een afzonderlijke opdracht wordt aanzien. Aldus heeft elke bestelling haar eigen uitvoeringstermijn, oplevering, sancties, enz..., zonder afbreuk te doen aan het geheel van de bestellingsopdracht (in dat verband niet vergeten te voorzien in een afzonderlijke oplevering van de ganse opdracht). Inzake de *borgtocht* moet men overwegen of men ook daarvoor elke bestelling als een aparte opdracht aanziet, dan wel één globale borgtocht voorschrijft voor de ganse bestellingsopdracht.

### 6.6.3. BUDGETTAIRE AANPAK

De Initiatietekst begeeft zich hier even op een boekhoudkundig zijspoor om uw bestellingsopdracht goed op de rails te houden.

De **comptabiliteitsregelgeving** omvat immers *geen uitdrukkelijke bepalingen* over de vastlegging van bestellingsopdrachten.

Hoewel men te maken heeft met een *meerjarige overeenkomst* is het volgens het departement Financiën en Begroting toch mogelijk om:

- het bedrag van **elke bestelling afzonderlijk vast te leggen**;
- zijn budget aldus niet te bezwaren met het in één maal en volledig vastleggen van de globale bestellingsopdracht;
- geen verplicht beroep te doen op gesplitste kredieten.

**De voorwaarde is** nochtans **dat het bestek voorziet in:**

- hetzij een jaarlijkse opzegmogelijkheid (maar het overheidsopdrachtenrecht kent zulke mogelijkheid niet echt, cf. punt 4.7.3);
- hetzij een jaarlijkse herhalingsmogelijkheid (cf. punt 5.3.1.2.b.2);
- hetzij een bepaling dat het om een meerjarige ('open') bestellingsopdracht gaat, waarbij de opdrachtnemer prestaties verricht op grond van deelbestellingen per begrotingsjaar.

Die techniek zou zelfs de mogelijkheid bieden om *vanuit verschillende departementen en agentschappen bestellingen te plaatsen op dezelfde bestellingsopdracht* en de vastlegging daarvan op eigen kredieten te doen.

Als de overheid in het bestek evenwel een **minimumbestelling** opneemt (cf. punt 6.6.2.b en c) en de uitgave wenst aan te rekenen op *niet-gesplitste kredieten*, dan is ze tot volgende keuze verplicht:

- ofwel garandeert ze het minimum te bestellen tijdens het eerste jaar en dan moet ze dat minimumbedrag vastleggen bij de gunning van de bestellingsopdracht;
- ofwel garandeert ze het minimum enkel over meerdere jaren te bestellen en dan moet ze het nog niet bereikte deel van het minimumbedrag vastleggen bij de aanvang van het laatste jaar van de bestellingsopdracht.

### 6.7. PROMOTIEOPDRACHT

a) Bij een promotieopdracht wordt niet enkel de uitvoering van de **werken** uitbesteed, maar ook de **financiering** ervan en eventueel de studie of een andere verbandhoudende dienstverlening (cf. art. 9 van de Wet).

Een promotie voor leveringen is ook mogelijk, maar bij ons weten nooit toegepast.

Ook de promotie is een vorm van alternatieve financiering via *publiek-private samenwerking*.

b) De **vergoeding van de promotor** gebeurt via huur, huur met aankoopoptie, huur met eigendomsoverdracht op termijn, afbetaling door annuïteiten, toekennen of nemen van een erfpachtrecht of recht van opstal (cf. art. 21 van het KB van 8.1.1996).

De promotor moet voldoen aan de eisen inzake **toegangsrecht en kwalitatieve selectie** bij het indienen van zijn kandidaatstelling of offerte, al naargelang. Daardoor is de promotor ipso facto gebonden door de regeling voor erkenning van aannemers.

Het KB van 31.7.2008 heeft dan ook in art. 22 van het KB van 8.1.1996 de nadere bepalingen geschrapt rond erkenning en registratie van aannemers en de desgevallend bij te voegen lijst van drie aannemers (cf. punt 1.5.d).

Door de vroegere invoeging in het KB van de arts. 18, 2<sup>e</sup> lid en 19, 2<sup>e</sup> lid is die hele uitbreiding trouwens overbodig geworden (cf. punt 5.7.4.2.c).

- c) De arts. 11 tot 17 en 21 tot 27 van het KB van 26.9.1996 bevatten *nadere bepalingen* rond:
- de inhoud van het bestek;
  - de rechten van partijen op de bouwterreinen;
  - de verbreking van de opdracht;
  - de verplichtingen van de overheid;
  - de verplichtingen van de promotor in verband met:
    - borgtocht;
    - tienjarige aansprakelijkheid;
    - erkenning;
    - sociale en fiscale verplichtingen;
    - algemene aannemingsvoorwaarden;
    - verzekeringen;
  - de uitvoering van de opdracht (o.m. prijs, betaling, vertragsboete, ambtshalve optreden, ...).
- d) De overheid kan in het bestek nog een supplementaire *voltooiingswaarborg* opleggen, maar ze is door de regelgeving daartoe niet verplicht.

## **6.8. CONCURRENTIEDIALOOG**

- a) Deze *nieuwe gunningsprocedure* is in extremis ingevoerd door het KB van 12.9.2011 als voorafname op de nieuwe Wet van 15.6.2006 en het nieuwe KB plaatsing overheidsopdrachten klassieke sectoren van 15.7.2011 (cf. punt 1.7.b).

Op ons voorstel hebben de federale Commissie voor Overheidsopdrachten en nadien de wetgever geopteerd voor de benaming 'concurrentiedialoog' boven de als te omslachtig beschouwde term 'concurrentiegerichte dialoog' uit Richtlijn 2004/18/EG.

- b) De overheid mag de concurrentiedialoog enkel toepassen *als volgende zeer strenge voorwaarden cumulatief vervuld zijn* (cf. art. 27, 1<sup>e</sup> lid van de Wet van 15.6.2006):
- het moet gaan om een **bijzonder ingewikkelde opdracht**;
  - de overheid moet van oordeel zijn dat ze de opdracht **onmogelijk via aanbesteding of offerteaanvraag** kan plaatsen;
  - de overheid moet **objectief niet in staat zijn** om de technische middelen te bepalen voor haar behoefte-invulling of om te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen.

Sowieso betekenen deze voorwaarden dat men de concurrentiedialoog  Slechts bij hoge uitzondering  kan gebruiken.

- c) De arts. 111 tot 114 van het KB plaatsing en – inzake rechtsbescherming – de arts. 5 tot 13 van het KB van 12.9.2011 doen de procedure als volgt verlopen:
- Opstellen van een *gemotiveerde beslissing* ter verantwoording van het gebruik van de procedure van de concurrentiedialoog.
  - Opmaak van een *beschrijvend document* met volgende inhoud:
    - de in te vullen behoefte en eisen, samen met de dwingende randvoorwaarden;

- de gunningscriteria, met hun gewicht of belang (cf. punt 5.2.3.2); op grond van overweging 46, 2<sup>o</sup> lid van de Richtlijn 2004/18/EG kan men er nochtans van uitgaan dat men aan de gunningscriteria onmogelijk een gewicht kan toekennen in dit stadium, gezien de complexiteit van de opdracht (de criteria dient men dan in volgorde van afnemend belang te vermelden);
- eventueel de bepaling dat de dialoog in opeenvolgende fases verloopt, ten einde het aantal te bespreken oplossingen te verminderen op basis van de gunningscriteria;
- eventueel de bepaling van de vergoedingen voor de deelnemers aan de dialoog, gelet op de aanzienlijke kosten die het uitwerken van diverse oplossingen kan meebrengen.

De essentiële elementen van het beschrijvend document (zoals bvb. de gunningscriteria) mogen niet worden gewijzigd in de loop van de procedure, omdat zulks mededingingversturend of discriminerend kan zijn.

- *Bekendmaking* van de opdracht (oproep tot de kandidaten) met vermelding van de selectie-eisen en vervolgens *indiening van de kandidaatstellingen*.
- *Gemotiveerde beslissing tot selectie van de kandidaten* die aan de dialoog mogen deelnemen en onmiddellijke *informatie van de niet-geselecteerde kandidaten* (cf. punt 5.11.1.b).
- Daarna worden de geselecteerde deelnemers gelijktijdig en schriftelijk *uitgenodigd tot de dialoog* en in kennis gesteld van het beschrijvend document.
- De *dialoog* start pas na een voldoende voorbereidingstijd en gebeurt met elke deelnemer afzonderlijk.  
De dialoog betreft alle aspecten van de opdracht en beoogt finaal de bepaling van welke middelen het best geschikt zijn om de behoefte in te vullen.  
Zoals de overheid geen discriminerende informatie mag geven die sommige deelnemers kan bevoordelen, mag ze evenmin – behoudens instemming van de betrokkene – de voorgestelde oplossingen of andere vertrouwelijke inlichtingen aan de andere deelnemers meedelen.
- Als de dialoog *in opeenvolgende fases verloopt*, moet in de slotfase het verminderde aantal oplossingen voldoende zijn voor een daadwerkelijke mededinging, voor zover er genoeg geschikte oplossingen zijn.
- *Afsluiten van de dialoog* nadat de overheid, na vergelijking en op grond van de gunningscriteria, met een *gemotiveerde beslissing* bepaald heeft *welke oplossing of oplossingen* de behoefte kan of kunnen invullen.
- Onmiddellijke *informatie van de deelnemers met een niet-gekozen oplossing*, onder toevoeging van deze gemotiveerde beslissing.
- Gelijktijdige en schriftelijke *uitnodiging* van iedere deelnemer van wie één of meer oplossingen zijn gekozen, *om een offerte in te dienen* voor één of meer van zijn gekozen oplossingen.  
Offertes voor gemeenschappelijke oplossingen kan de overheid enkel vragen indien de betrokkenen ermee instemmen (> geen cherry-picking!).  
De uitnodiging vermeldt:
  - een passende indieningstermijn (cf. punt 5.6.3);
  - de toepasselijke uitvoeringsregels op basis van het KB van 26.9.1996 (cf. art. 4 van het KB van 12.9.2011):

- > indien men ze opneemt in een bijlage, mag die geen ‘bestek’ heten om verwarring met het beschrijvend document te vermijden;
  - men kan met een gemotiveerde beslissing afwijken van de bepalingen van het KB van 26.9.1996 in de mate dat zulks noodzakelijk is omwille van de bijzondere eisen van de opdracht in kwestie en voor zover die afwijking niet in strijd is met de dwingende Europese regels (zoals de betalingstermijnen van Richtlijn 2000/35/EG).
- De *ingediende offertes* dienen *alle vereiste en noodzakelijke elementen* voor de uitvoering van de opdracht te bevatten.  
De overheid kan de inschrijvers vragen om hun offertes toe te lichten, te verduidelijken of aan te vullen.  
Deze toelichtende, verduidelijkende of aanvullende gegevens mogen de essentiële elementen van de offerte en het beschrijvend document niet wijzigen, omdat zulks mededingingverstorend of discriminerend kan zijn.
  - De overheid *beoordeelt de offertes* op basis van de gunningscriteria, *kiest de offerte* die vanuit haar oogpunt de *economisch voordeligste* is en geeft daarvan weerslag in de *gemotiveerde gunningsbeslissing*.  
Voor de *informatie* over de gunningsbeslissing en de *wachttermijn*: zie punten 5.11.1.c, 5.11.3 en 5.11.4).
  - De *sluiting van de opdracht* gebeurt door de ondertekening van een overeenkomst tussen de partijen.
- > Het voordeel van de concurrentiedialoog is weliswaar dat de overheid – voor complexe projecten – een adequate technische oplossing (technisch bestek) kan uitwerken in dialoog met de marktspelers.  
Het nadeel is echter dat de overheid voor het vervolg van de procedure (onderzoek en evaluatie van de offertes) niet de mogelijkheid heeft om wat dan ook nog aan de offertes te laten wijzigen, laat staan de mogelijkheid om erover te onderhandelen!  
De concurrentiedialoog is daardoor een procedure die bij de aanvang misschien interessante perspectieven opent voor de overheid, maar die haar nadien onaangename verrassingen kan bezorgen.

Daarom blijft de ‘speciale raamopdracht’ (cf. punt 5.3.2.3.2) – een toepassingsgeval van de onderhandelingsprocedure met bekendmaking – ons inziens de ideale formule voor het plaatsen van complexe opdrachten.

Ook daar kan men – samen met de gekozen combinatie – de geknipte technische oplossing uitwerken in de studiefase (1<sup>e</sup> deelcontract) van de opdracht en kan men tenminste onderhandelen over iedere verdere stap in het project (daaropvolgende deelcontracten) en continu voor de nodige bijsturing zorgen.

Naast het feit dat deze procedure ook nog eens veel minder tijd in beslag neemt dan de concurrentiedialoog, leest u in het vermelde punt welke andere markante voordelen ze biedt.



## 7. UITVOERING

---

### 7.1. ALGEMEEN

De bepalingen die de uitvoering van de opdrachten regelen, bestaan uit de **algemene uitvoeringsregels** en de **algemene aannemingsvoorwaarden**.

De *algemene uitvoeringsregels* staan in de arts. 1 tot 10 van het KB van 26.9.1996.

De *algemene aannemingsvoorwaarden (AAV)* zijn vanzelfsprekend ook algemene uitvoeringsregels, maar om redenen van historische traditie zijn ze in een aparte bijlage ondergebracht (ze hebben altijd een afzonderlijke tekst gevormd, met een sinds lang gekende nummering).

### 7.2. ALGEMENE UITVOERINGSREGELS

#### 7.2.1. BESTEK

Zie punt 4.8.a.

#### 7.2.2. REGELING TOEPASSELIJKHEID AAV

De algemene aannemingsvoorwaarden zijn **niet op alle overheidsopdrachten van rechtswege toepasselijk** (cf. art. 3 van het KB van 26.9.1996).

- a) De AAV zijn sowieso **van toepassing** op de opdrachten **vanaf een geraamd bedrag van 22.000 euro** zonder BTW.
- b) Het bestek kan de AAV **toepasselijk verklaren** op de opdrachten **beneden de 22.000 euro** zonder BTW.  
Doet het bestek dat niet, dan zijn toch van rechtswege een aantal *elementaire artikelen* toepasselijk: 10, §2, 15 tot 18, 20 tot 22, 30, §2, 36 en 41.  
Mocht in dit geval de gekozen offerte niet onder de 22.000 euro blijven, dan kan men de opdracht slechts gunnen als het verschil met het geraamde bedrag lager uitkomt dan 10 % van dit bedrag.
- c) De AAV zijn **niet van toepassing** op de opdrachten **tot 5.500 euro** zonder BTW gesloten met een aanvaarde factuur.  
Het verdient nochtans aanbeveling om bij de bestelling de AAV tòch toepasselijk te verklaren (of toch minstens art. 15 van de AAV), omdat men anders gebonden is door de factuurvoorwaarden van de opdrachtnemer.

#### 7.2.3. AFWIJKINGSMOGELIJKHEID AAV

In de mate dat de AAV van toepassing zijn op de opdracht, mag het bestek **er in principe niet van afwijken** (cf. art. 3, §1 van het KB van 26.9.1996).

Volgende voorschriften gelden vanzelfsprekend ook voor de *type- of standaardbestekken* die het bestek toepasselijk verklaart.

- a) Het bestek mag enkel van de AAV afwijken wanneer dit **onontbeerlijk is wegens de bijzondere eisen** van de opdracht.  
De *lijst van de artikelen* waarvan het bestek afwijkt, moet vooraan in het bestek worden opgenomen.  
Het bestek kan echter **in geen geval de betalingstermijnen van art. 15 verlengen** (elke bepaling in die zin is ongeldig).
- b) De afwijkingen van de **essentiële artikelen** 5 tot 7, 10, §2, 15 tot 18, 20 tot 22, 30, §2, 36 en 41 dient men bovendien uitdrukkelijk te motiveren in het bestek.  
Hierop geldt een *uitzondering* voor de opdrachten van financiële diensten van categorie 6 van bijlage 2 bij de Wet.
- > Bij het opmaken van een bestek of standaardbestek moet men er bijgevolg op letten om vooraan de lijst op te nemen van de artikelen van de AAV waarvan men afwijkt.  
Ook moet men de motivering van de afwijkingen van de essentiële artikelen van de AAV vermelden bij de bewuste artikelen.

#### 7.2.4. BASISREGELS BETALINGEN EN BTW

In de arts. 4 en 5 van het KB van 26.9.1996 vindt men een aantal basisbetalingsregels.

- a) Telkens als de uitvoeringsregels over een bedrag spreken, bedoelt men het **bedrag zonder BTW**.
- b) De **betaling van de opdracht** gebeurt ofwel ineens na uitvoering, ofwel met afkortingen na *periodieke* of *gefaseerde* uitvoering.  
Een afkorting in *percentsgewijze delen* (bvb. bij een studieopdracht) is enkel mogelijk als ze gedekt is door een meetbare prestatie: bvb. het indienen van een verslag of de bewijsstukken van gedane uitgaven.  
  
Elke betaling veronderstelt het indienen van een *schuldvordering* door de opdrachtnemer en het opmaken van een *proces-verbaal* door de overheid (behalve voor de opdrachten gesloten met een aanvaarde factuur).
- c) De voornaamste gevallen waarin **voorschotten** kunnen worden toegestaan zijn:
- de opdrachten die, in verhouding tot hun bedrag, voor hun uitvoering *zeer belangrijke voorafgaande investeringen* vergen;
  - de opdrachten aan *monopolistische leveranciers of dienstverleners*, als ze de betaling van voorschotten als voorwaarde stellen.

Het totale voorschot is begrensd op *50 % van de opdrachtsom*.

In de gevallen van het 2<sup>e</sup> streepje hierboven geldt die grens niet, maar een voorschot kan uiteraard nooit de volledige opdrachtsom omvatten (tenzij monopolisten dergelijke voorwaarde stellen).

Het bestek schrijft bovendien de *waarborg* voor die de opdrachtnemer moet verlenen.  
Volgens het verslag aan de Koning valt onder deze term elke mogelijke waarborg, die de overheid ervan kan overtuigen dat ze de voorschotten aan een solvabele en betrouwbare opdrachtnemer uitkeert.

De voorschotten worden *gecompenseerd* op de contractuele betalingen.

De overheid kan ze *opschorten* wanneer de opdrachtnemer zijn contractuele of zijn sociale en fiscale verplichtingen niet naleeft.

### 7.2.5. BESCHERMING ONDERAANNEMERS

- a) De onderaannemer heeft recht op de toepassing van een **prijsherzieningsformule** indien ook de opdrachtnemer daarvan geniet (cf. art. 7, §1 van de Wet), op voorwaarde dat het onderaannemingscontract voldoet aan de voorwaarden van art. 13, §5 van de AAV. De prijsherzieningsformule van het onderaannemingscontract moet tevens aan *bepaalde regels* beantwoorden (cf. art. 6, §1 van het KB van 26.9.1996).

De overheid kan van de opdrachtnemer de overlegging vorderen van de *verklaring van de onderaannemer* dat er wel degelijk een prijsherzieningsformule wordt toegepast, zoniet stelt de opdrachtnemer zich bloot aan bestraffing volgens art. 20, §4 van de AAV (cf. art. 6, §2 van het KB van 26.9.1996).

- b) Daarnaast worden de onderaannemers beschermd door een zo groot mogelijke **transparantie in de onderlinge betalingen** tussen de diverse actoren van de opdracht (cf. art. 6, §3 van het KB van 26.9.1996).

Daarom zal de opdrachtnemer zijn onderaannemer *in kennis moeten stellen* van de met de overheid overeengekomen betalingsvoorwaarden (cf. art. 15, §1, §2, §4 en §5 van de AAV, zoals eventueel aangevuld door het bestek).

De onderaannemer zal zich op deze voorwaarden kunnen beroepen om van de opdrachtnemer betaling te eisen van de verschuldigde sommen voor de door hem uitgevoerde prestaties.

Dezelfde regeling geldt voor de onderaannemers van de onderaannemers.

### 7.2.6. PERCELEN

Art. 9 van het KB van 26.9.1996 verduidelijkt dat, wanneer een bestek betrekking heeft op meerdere percelen, elk perceel een **afzonderlijke opdracht** uitmaakt voor wat de uitvoering betreft (net zoals voor de gunning).

Het bestek mag evenwel in de andere zin beschikken.

## **7.3. GEMEENSCHAPPELIJKE ALGEMENE AANNEMINGSVOORWAARDEN**

Dit eerste deel van de algemene aannemingsvoorwaarden is op alle soorten opdrachten toepasselijk (werken, leveringen en diensten).

### 7.3.1. LEIDEND AMBTENAAR

De leidend ambtenaar – een geijkte functietitel in de AAV – staat in voor **de leiding en het toezicht** op de uitvoering (cf. art. 1 van de AAV).

In principe is de leidend ambtenaar een *ambtenaar*, maar de mogelijkheid bestaat dat hij dat niet is (bvb. een privé-architect).

De overheid bepaalt bij de sluiting van de opdracht of in het bestek (of in het type- of standaardbestek):

- elke eventuele **bepanking van de bevoegdheden** van de leidend ambtenaar-ambtenaar;
- of de draagwijdte van het eventuele **mandaat** van de leidend ambtenaar-privé-persoon.

### 7.3.2. TOEZICHT EN PLANNEN

- a) De overheid kan steeds **toezicht houden** op de voorbereiding en uitvoering van de prestaties (cf. art. 2 van de AAV).  
De opdrachtnemer dient dit toezicht maximaal te faciliteren, maar het ontslaat hem geenszins van zijn aansprakelijkheid.
- b) De prestaties moeten overeenstemmen met de **technische specificaties** en de **plans, documenten en voorwerpen** (cf. art. 3 van de AAV).  
Zelfs als die er niet zijn, behoren de prestaties aan de *regels van goed vakmanschap* te voldoen.  
*De plans zijn bepalend* voor de vorm, afmeting en aard van het productmateriaal.

Art. 4, §1 van de AAV omvat nog een aantal *secundaire bepalingen* i.v.m. de plans, documenten en voorwerpen.

- c) De **detailplans** maakt de opdrachtnemer op zijn kosten op (cf. art. 4, §2 van de AAV).  
Als ze volgens het bestek **goedkeuring** behoeven door de overheid, dient dit *binnen 30 dagen* te gebeuren (voor nodige verbeteringen is dat binnen 15 dagen).  
Non-respect van deze termijnen leidt automatisch tot een evenredige *termijnverlenging*, tenzij de overheid aantoont dat het werkelijke termijnnadeel korter uitvalt.

De opdrachtnemer behoudt zijn *intellectueel recht* op de detailplans en de overheid mag ze niet aan derden overleggen.

### 7.3.3. BORGTOCHT

#### 7.3.3.1. Borgstelling

- a) De borgtocht is de som die de opdrachtnemer moet beschikbaar stellen als **onderpand voor het nakomen van zijn verbintenis** tot het integraal uitvoeren van de opdracht (cf. art. 5 van de AAV).

De overheid houdt van de borg van ambtswege de bedragen af die haar toekomen bij laattijdige uitvoering of gehele of gedeeltelijke niet-uitvoering of bij ontbinding of verbreking (cf. art. 7 van de AAV).

- b) De borgtocht is bepaald op **5 % van de oorspronkelijke opdrachtsom**, zij het afgerond op het hogere tiental in euro (cf. art. 5 van de AAV).

Bij opdrachten van leveringen en diensten *zonder totale prijs* vermeldt het bestek de berekeningswijze, zoniet belooft de borg zesmaal het geraamde maandelijks bedrag.

Er wordt **geen borgtocht** voorgeschreven:

- voor opdrachten beneden 22.000 euro zonder BTW (cf. punt 7.2.2);
- voor de opdrachten van leveringen en diensten met een uitvoeringstermijn tot 30 kalenderdagen;
- voor de opdrachten van diensten van de categorieën 6, 21, 24 en 25 van bijlage 2 van de Wet (financiële diensten, juridische diensten, onderwijsdiensten en gezondheids- en sociale diensten).

Het bestek kan echter altijd een borgtocht opleggen.

- c) De borgstelling gebeurt hetzij **in speciën**, hetzij **via gezamenlijke borgstelling** (door een collectieve instantie opgericht door een bepaalde beroepsgroep van opdrachtnemers),

hetzij **via een bank- of verzekeringswaarborg** door een binnen de wet opererende instelling.

Enkel in de eerste twee gevallen wordt de borg gesteld in handen van de Deposito- en Consignatiekas of bij een andere openbare instelling, die vergelijkbaar is met de Deposito- en Consignatiekas en die door een Gemeenschap of een Gewest is opgericht.

In geval van een bank- of verzekeringswaarborg geldt de afgeleverde verbintenisakte als borgstelling.

- d) De opdrachtnemer stelt de borg **binnen 30 dagen na de sluiting** van de opdracht, tenzij het bestek in een langere termijn voorziet.  
De borgstelling zelf moet dus tijdig gebeuren, het bewijsstuk ervan mag de overheid later bereiken.  
Deze termijn blijft opgeschort tijdens de officiële jaarlijkse sluitingsperiode(s) van het bedrijf van de opdrachtnemer.  
Het bestek kan desgevallend vragen dat de inschrijver deze periode in zijn offerte vermeldt of aan de overheid meedeelt van zodra het tijdstip ervan bekend is.
- e) De opdrachtnemer moet het **bewijsstuk van de borgstelling** aan de overheid overleggen. Het gaat *ofwel* om het attest van de Depositokas of de door haar geviseerde akte van gezamenlijke borg, *ofwel* om het origineel van de verbintenisakte van de bank of de verzekeringsinstelling.
- f) Men heeft in de mogelijkheid voorzien om de **borgtocht aan te passen** in de loop van de uitvoering.  
Een wijziging van de oorspronkelijke opdrachtsom met meer dan 20 % in min of meer volstaat daartoe.

### **7.3.3.2. Borgverzuim**

Als de opdrachtnemer de borg niet tijdig stelt, past de overheid *van rechtswege en zonder ingebrekestelling* een **straf** toe van 0,02 % van de oorspronkelijke opdrachtsom per dag vertraging, met een maximum totaal van 2 % (cf. art. 6 van de AAV).

De overheid kent na ingebrekestelling (maar zonder proces-verbaal) een laatste termijn van 15 dagen toe.

Als de borg dan nog altijd niet gesteld is, kan de overheid:

- ofwel de borg ambtshalve afhouden van de betalingen (de straf is dan forfaitair op 2 % bepaald);
- ofwel ambtshalve optreden (cf. punt 7.3.15.4).

### **7.3.3.3. Borgstelling door derden**

Wanneer de borgtocht door een derde is gesteld, is die derde **solidair borg** en **gebonden door elke gerechtelijke beslissing** in om het even welke betwisting over die bepaalde opdracht (cf. art. 8 van de AAV).

De voorwaarde is wel dat de borgsteller *bij deurwaardersexploot* kennis krijgt van de betwisting vóór de gerechtelijke inleidingszitting.

Door deze bepaling kan de overheid zich in bepaalde gevallen wapenen tegen de insolventie van de opdrachtnemer op het ogenblik van de gerechtelijke uitspraak.

#### 7.3.3.4. Borgvrijgave

- a) Bij opdrachten van **werken** gebeurt de vrijgave van de borg in **twee beurten**: de *eerste helft* na de voorlopige oplevering en de *tweede helft* na de definitieve oplevering (cf. art. 9 van de AAV).

Als het bestek enkel in een definitieve oplevering voorziet, is er een integrale vrijgave nadien.

Bij opdrachten van **leveringen** en **diensten** is de vrijgave eveneens **volledig**, maar dan *na de voorlopige oplevering*, tenzij het bestek anders beschikt.

- b) Het is steeds **aan de opdrachtnemer om de borgvrijgave te vragen** (de overheid kan dit niet op eigen initiatief, behalve om komaf te maken met een eindeloos aanslepend geval).

De overheid verleent de vrijgave *binnen 15 dagen na dit verzoek* aan de instelling die de borg heeft gesteld, maar dan enkel in zover dat er effectief een grond is voor de vrijgave (bvb. de oplevering is zonder voorwaarden of opmerkingen toegestaan).

Als de overheid meldt dat er beslag op de borg nodig is, moet de instelling die som aan de overheid overmaken en verleent de overheid enkel vrijgave voor het eventuele surplus.

- c) Als de borg zonder gegronde reden **laattijdig is vrijgegeven**, heeft de opdrachtnemer recht op een vergoeding:
- bij een borg *in speciën* is dat de *intrest* bedoeld in art. 15, §4 van de AAV, verminderd met de intrest die de borg intussen bij de instelling heeft opgebracht;
  - bij de *andere borgtochten* is dat een *vergoeding van de werkelijk gemaakte kosten*.

#### 7.3.4. ONDERAANNEMING

De opdrachtnemer **kan een beroep doen op onderaannemers** om het geheel of een deel van de opdracht uit te voeren.

Er is immers vrijheid van onderneming.

De *aansprakelijkheid van de opdrachtnemer* tegenover de overheid blijft echter onverkort en de overheid is *in geen enkel opzicht contractueel verbonden* met die onderaannemers (cf. art. 10 van de AAV).

Dat neemt niet weg dat die onderaannemers moeten voldoen aan de erkennings-verplichtingen als die van toepassing zijn (cf. ook art. 12, §6 van de Wet).

Onderaannemers mogen evenmin op enigerlei wijze het voorwerp zijn van een uitsluitings-toegangsverbod (cf. punt 5.7.3.1 tot 5.7.3.4).

#### 7.3.5. MEERDERE LOPENDE OPDRACHTEN

Een overheid en een opdrachtnemer kunnen tezelfdertijd door meerdere lopende opdrachten gebonden zijn.

**Elke opdracht staat nochtans op zich** (cf. art. 11 van de AAV).

Moeilijkheden in één opdracht kunnen noch voor de overheid, noch voor de opdrachtnemer een grond vormen om daarop te reageren in het raam van een andere opdracht.

De **wettelijke schuldvergelijking** onder de voorwaarden van art. 1291 van het Burgerlijk Wetboek dient aanzien als een *uitzondering* op dit principe.

Er geldt ook een *uitzondering* voor **identieke leveringen** of identieke bestellingen bij een bestellingsopdracht van leveringen; in dat geval rekent men de leveringen op de ene of de

andere opdracht aan in functie van het verstrijken van de leveringstermijnen (cf. art. 51 van de AAV).

### 7.3.6. KEURINGEN

Het doel van de keuringen is om na te gaan of de contractuele prestaties, in welk stadium van uitvoering dan ook, wel **beantwoorden aan de voorwaarden van de opdracht**.

Keuringen geschieden steeds *op tegenspraak*.

Het uiterst lange art. 12 van de AAV behandelt achtereenvolgens de:

- Soorten keuringen:
  - o voorafgaande keuring;
  - o a posteriori keuring;
  - o ad hoc keuring;
- Wijze waarop de opdrachtnemer om keuring verzoekt;
- Gecertificeerde producten;
- Keuring van producten;
- Afkeuring van producten;
- Keuringskosten;
  - o er wordt uitgegaan van het *principe* dat de keuringskosten *ten laste vallen van de opdrachtnemer*, doch enkel op voorwaarde dat het bestek de berekeningswijze van de keuringskosten bepaalt;
  - o de kosten vallen ten laste van de overheid wanneer ze de keuring eist van gecertificeerde producten;
- Keuringstermijnen;
  - o bij overschrijding van de vastgestelde keuringstermijn krijgt de opdrachtnemer van rechtswege een termijnverlenging, met uitsluiting van elke schadevergoeding;
- Proefstukken;
- A posteriori keuring;
  - o bij de betaling van opdrachten, onderworpen aan deze keuring, wordt een door het bestek bepaalde som afgehouden tot het resultaat van de keuring bekend is.

### 7.3.7. PRIJSHERZIENING

#### **7.3.7.1. Prijsherzieningsformule voor evolutie kostprijsbestanddelen**

- a) Voor opdrachten van **werken** is een prijsherzieningsformule **verplicht** (cf. art. 13, §1 van de AAV en punt 4.3.b).  
Ze vangt de evolutie op van de toepasselijke *salarissen en sociale bijdragen*.  
Eventueel kan ze ook de evolutie van *andere kostprijsbestanddelen* volgen, zoals de materiaalprijzen.
- b) Voor opdrachten van **leveringen en diensten** is een prijsherzieningsformule **niet verplicht** (cf. art. 13, §2 van de AAV).  
Het bestek kan er niettemin één bevatten, die de evolutie vertaalt van o.m. de salarissen, sociale bijdragen, grondstofprijzen, wisselkoersen, ...
- c) De werking van de **prijsherzieningsformule wordt getemperd** in het voordeel van de overheid, voor die prestaties die de opdrachtnemer *laattijdig* heeft uitgevoerd (cf. art. 13, §4 van de AAV).

### 7.3.7.2. Prijsherziening voor evolutie belastingen

- a) Elke **belastingwijziging** (o.m. tolrechten, accijnsrechten, retributies, ...) die een werkelijke en bewezen weerslag heeft op de opdrachtsom, kan *zowel voor de overheid als de opdrachtnemer* een grond vormen voor prijsherziening in zoverre:
- de wijziging in het Staatsblad is bekendgemaakt later dan 10 dagen vóór de opening van de offertes (bij onderhandelingsprocedures later dan de instemming van de opdrachtnemer);
  - èn de belasting niet rechtstreeks (noch onrechtstreeks via een prijsindex) in de prijsherzieningsformule is opgenomen.
- b) De vordering tot prijsherziening moet op straf van verval gebeuren *binnen 90 dagen na de voorlopige oplevering*.

### 7.3.8. INTELLECTUELE RECHTEN

Art. 14 van de AAV behandelt deze materie zeer uitgebreid.

- a) De **aankoop van octrooirechten** en de **vergoedingen voor octrooilicenties, tekeningen, modellen en alle andere intellectuele eigendomsrechten** vallen ten laste van de opdrachtnemer, *als ze in het bestek zijn vermeld*.  
In het andere geval draagt de overheid de kosten en staat ze in voor de schadevergoeding die de intellectuele titularis zou eisen.

*Als de inschrijvers zelf deel hebben aan het concept van de opdracht, dienen ze hun eventuele intellectuele rechten te declareren, zonder daarvoor een prijsverhoging te vorderen.*

- b) De overheid mag de **resultaten van de intellectuele prestaties** slechts gebruiken voor de *in het bestek gespecificeerde* behoeften van zichzelf of van derden.  
De *publicatie van algemene gegevens* over de opdracht en de resultaten is evenwel toegestaan, mits de opdrachtnemer daarvan vooraf weet heeft.

Het bestek regelt het *commerciële gebruik* van die gegevens door de opdrachtnemer.  
Gaat de opdracht om *onderzoek en ontwikkeling* die de overheid meefinanciert, dan bepaalt het bestek eventueel de vergoeding die de opdrachtnemer verschuldigd is voor zijn gebruik van de resultaten.

- c) De overheid krijgt niet de intellectuele en industriële eigendom van de **uitvindingen, methodes en know-how** die bij de uitvoering zijn totstandgekomen of gebruikt.  
Die titels mogen geenszins een belemmering betekenen voor de overheid bij het gebruik van de resultaten.  
De methodes en know-how zijn *vertrouwelijk*, tenzij ze precies voorwerp van de opdracht zijn.

De opdrachtnemer doet binnen een maand aan de overheid mededeling van elke **octrooiaanvraag** voor de uitvindingen die hij ontwikkeld of gebruikt heeft bij de uitvoering.  
Binnen het gebruik dat de opdracht haar toestaat, heeft de overheid recht op een *octrooilicentie* met mogelijkheid tot sublicentie.

- d) In geval van **derdenvorderingen** over intellectuele rechten, dienen overheid en opdrachtnemer elkaar bij te staan om die aanspraken te bestrijden.

Indien de opdrachtnemer de rechten van derden niet zou geëerbiedigd hebben, staat hij *borg* voor elk verhaal van de derde tegen de overheid.



Deze waarborg is beperkt tot het bedrag van de opdracht, tenzij het bestek anders bepaalt.

### 7.3.9. BETALING EN INTREST

#### 7.3.9.1. Begrip “betaling”

Het begrip “betaling” heeft in de regelgeving van 1993-1996 dezelfde inhoud als in het **gemeen recht**.

Zo is het niet de betalingsopdracht die binnen de betalingstermijn moet gebeuren, maar wel de betaling zelf (*dus de creditering van de rekening van de opdrachtnemer*).

Omdat dit laatste tijdstip onbekend is voor de overheid, zou men als dag van betaling kunnen aanzien de dag van de betalingsopdracht plus twee bankwerkdagen.

Het is dus kwestie van tijdig opdracht te geven tot betalen!

>>> zie de beslissingsboom betalingen onder [de knop Instrumenten > Handleidingen](#)  
op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten

#### 7.3.9.2. Betaling bij werken

- a) Zodra er grond is voor een betaling, legt de opdrachtnemer een **schuldvordering** over, samen met een **gedetailleerde werkenstaat**, die volgens hem de betaling rechtvaardigt (cf. art. 15, §1 van de AAV).

Die staat omvat:

- de werken uitgevoerd op grond van de samenvattende opmeting;
- de hoeveelheden die de vermoedelijke hoeveelheden hebben overschreden;
- de op overheidsbevel uitgevoerde meerwerken;
- de werken waarover nog geen prijsakkoord met de overheid bestaat.

- b) De overheid **controleert en verbetert** de werkenstaat.

Prijzen waarover geen akkoord bestaat, stelt ze ambtshalve vast met behoud van alle rechten van de opdrachtnemer.

Ze maakt een **proces-verbaal** op met het volgens haar verschuldigde bedrag.

Ze deelt dit mee aan de opdrachtnemer en verzoekt hem om binnen 5 dagen een **factuur** in te dienen voor dat bedrag.

Voor deze taken krijgt de overheid een **termijn van 30 dagen**, maar alleen wanneer het gaat om de *saldobetaling* van de opdracht of wanneer de opdracht *in één keer wordt betaald* (dus niet voor de tussentijdse betalingen).

Die takentermijn start op de ontvangstdag van de schuldvordering.

- c) De **betaling** moet gebeuren **binnen 60 dagen** vanaf de ontvangstdag van de schuldvordering.

Die termijn wordt verlengd met de overschrijding van de factuurtermijn van 5 dagen.

Als de takentermijn van 30 dagen toepasselijk is (cf. punt b), begint de betalingstermijn pas de dag nadien te lopen, zij het dat de betalingstermijn dan wordt ingekort met de eventuele overschrijding van de takentermijn van 30 dagen.

#### 7.3.9.3. Betaling bij leveringen

De betalingstermijn bedraagt **50 dagen** (cf. art. 15, §2, 1° van de AAV).

De termijn begint te lopen vanaf de dag van het *einde van de keuringsformaliteiten*, op voorwaarde dat de overheid op dat ogenblik de *factuur* en de eventuele *andere nodige documenten* in bezit heeft.

Als het gaat om een in de tijd gespreide levering, loopt de betalingstermijn vanaf de dag van het einde van de laatste keuringsformaliteiten van de deelleveringen.

De factuur geldt als schuldvordering.

#### **7.3.9.4. Betaling bij diensten**

Ook hier belooft de termijn voor betaling **50 dagen** (cf. art. 15, §2, 2° van de AAV).

In principe begint de termijn vanaf de *ontvangst van de schuldvordering* (het woord “keuring” in art. 15 is een verkeerde vertaling), in zoverre de overheid tijdig over de vereiste documenten beschikt.

De concrete betalingsprocedure hangt echter vooral af van de **specifieke besteksbepalingen** (> er bijgevolg op letten dit goed in het bestek te regelen!).

#### **7.3.9.5. Betaling bij opdrachten in onroerende staat**

Bij opdrachten in onroerende staat is de overheid **hoofdelijk aansprakelijk** voor de sociale en fiscale schulden van haar opdrachtnemer (cf. punt 5.7.3.4).

Zij kan zich van die hoofdelijke aansprakelijkheid enkel bevrijden door:

- 1° *bij elke betaling te verifiëren of de opdrachtnemer op dat ogenblik daadwerkelijk sociale en fiscale schulden heeft;*
- 2° *indien zulks het geval is, bij die betaling de nodige inhoudingen te doen ten voordele van de RSZ en de fiscus.*

**>>> zie de adviezen van de federale Commissie voor Overheidsopdrachten  
(BS 1.8.2008 en 19.2.2009) onder de knop Regelgeving op de  
internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

#### **7.3.9.6. Betaling bij beslag en verzet**

In dit geval krijgt de overheid een **supplementaire betalingstermijn van 15 dagen** nadat het betalingsbeletsel is verdwenen.

#### **7.3.9.7. Intrest bij laattijdige betaling**

- a) Als de betalingstermijn is overschreden, heeft de opdrachtnemer recht op intrest per dag vertraging en dit **van rechtswege en zonder ingebrekestelling** (cf. art. 15, §4 van de AAV).

Voor de *opdrachten gesloten sinds 8.8.2002* geldt per semester een bepaalde intrestvoet van de Europese Centrale Bank verhoogd met 7 % en afgerond op het hogere halve percent (cf. Richtlijn 2000/35/EG – punt 2.a.1).

De federale minister van Financiën publiceert voor elk semester de – ook voor privé-handelstransacties – toepasselijke intrestvoet (bvb. 8 % voor het eerste semester 2010). Voor overheidsopdrachten is altijd minimaal de wettelijke intrestvoet van toepassing, ook als is de gepubliceerde intrestvoet lager.

Men heeft voorzien in de mogelijkheid om het verhogingspercentage van 7 % te verminderen, maar het betreft hier een puur theoretische mogelijkheid die voor de Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest alleen uitzonderlijk te rechtvaardigen is.

Voor de *voordien gesloten opdrachten* bestaan andere toepasselijke intrestvoeten, afhankelijk van de regelgeving waaronder ze vallen.  
De intrestvoeten die nog het meest van actueel belang zijn, zijn van toepassing op de sinds 1.1.1981 bekendgemaakte opdrachten.

>>> zie het overzicht van de voornaamste intresten onder de knop *Instrumenten op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten*

- b) Nog een paar **intresttoemaatjes**:
- o de ingediende schuldvordering of factuur voor de hoofdsom geldt als schuldvordering voor de intrest;
  - o er zijn enkel intresten verschuldigd van minstens 5 euro per te laat betaalde schuldvordering of factuur;
  - o art. 15, §4 van de AAV is niet toepasselijk op de betaling van schadevergoedingen.

#### **7.3.9.8. Artikel 1254 Burgerlijk Wetboek**

Door de toepassing van art. 1254 van het Burgerlijk Wetboek (elke betaling eerst aanrekenen op de verschuldigde intresten, pas daarna op de verschuldigde hoofdsom) kan het zo zijn dat, als de overheid een hoofdsom betaalt, zij in feite de lopende intrest heeft betaald en er een **stuk hoofdsom onbetaald blijft**.

Dit proces kan zich zelfs eindeloos herhalen.

> Om dit boekhoudkundige euvel te vermijden, is het aangewezen om in het bestek de toepassing van art. 1254 uit te sluiten.

>>> zie het modelbestek voor diensten onder de knop *Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten*

#### **7.3.10. MELDING EN INDIENING EISEN OPDRACHTNEMER**

Bij de uitvoering van een opdracht kunnen zich **feiten of omstandigheden** voordoen die de opdrachtnemer wil inroepen voor het **eisen** van een **termijnverlenging**, een **schadevergoeding**, een **herziening** of de **verbreking** van de opdracht.  
Een aantal artikelen van de AAV verschaffen de juridische basis voor die eisen (cf. punt 7.3.11).

*Dit punt is van suppletief recht*, hetgeen wil zeggen dat deze bepalingen slechts gelden als er in de artikelen van de AAV géén of geen afwijkende meldings- of indieningsvoorschriften staan (cf. art. 16, §7 van de AAV).

##### **7.3.10.1. Melding eisen opdrachtnemer**

- a) De hier bedoelde feiten of omstandigheden moet de opdrachtnemer **zo spoedig mogelijk schriftelijk melden** aan de overheid (cf. art. 16, §3 van de AAV).  
De ratio legis van deze *meldingsplicht* is dat de overheid anders het bestaan van de feiten of omstandigheden niet kan nagaan, noch hun invloed op de opdracht, noch de eventueel vereiste maatregelen kan nemen.  
Op die manier kan de opdrachtnemer trouwens de overheid doen participeren in het bewijs van de feiten of omstandigheden (bewijs waarvoor hij anders alléén dient in te staan).

Uit het woord “schriftelijk” volgt dat **een mondelinge klacht niet volstaat** en dat de melding in principe per brief moet gebeuren.

Nochtans kan men uit het arrest van het Hof van Cassatie van 21 september 2007 afleiden dat ook een vermelding in het dagboek van de werken of in een periodiek verslag aan dat vereiste kan beantwoorden, mits aan alle andere gestelde voorwaarden is voldaan.

Hieromtrent past het nodige voorbehoud, vermits niet alleen het feit moet worden gemeld, maar ook de weerslag ervan op de opdracht en op de prijs en de vraag is of zulks kan in een beknopt document als een dagboek of een verslag.

Een eis gesteund op bovenvermelde feiten of omstandigheden is **enkel ontvankelijk** als ze gemeld zijn **binnen 30 dagen** na hun voorval of na de kennisname ervan door de opdrachtnemer.

- b) De meldingsplicht is **niet toepasselijk op de contractuele overheidsbevelen en -feiten**, aangezien de overheid die per definitie moet kennen (de algemene overheidsactie buiten de contractuele sfeer valt niet onder deze uitzondering).

In dat geval dient de opdrachtnemer weliswaar de nadelige invloed van het bevel op de opdracht te melden, maar zonder dat daarop de sanctie van niet-ontvankelijkheid rust.

### **7.3.10.2. Indiening eisen opdrachtnemer.**

- a) Iedere eis op grond van de hier bedoelde feiten of omstandigheden moet de opdrachtnemer **behoorlijk gerechtvaardigd** èn **becijferd** èn **schriftelijk** indienen (cf. art. 16, §4 van de AAV).

Dit voorschrift duidt op de *bewijsplicht* die de opdrachtnemer heeft voor elke euro of tegemoetkoming die hij van de overheid rechtstreeks of onrechtstreeks (bvb. via een gewijzigde prijsherzieningsformule) vordert.

Noteer hierbij dat er **op schadevergoedingen geen BTW verschuldigd is**, terwijl dit op (prijs)herzieningsvergoedingen (te beschouwen als een stuk van de prijs voor de verleende prestaties) wèl het geval is.

De overheid heeft in alle gevallen het recht om ter plaatse bij de opdrachtnemer alle mogelijke **boekhoudkundige controles** uit te – laten – voeren (cf. art. 16, §5 van de AAV).

Het indienen van een eis en de eventuele discussies die erop volgen, *geven de opdrachtnemer geenszins het recht* om het uitvoeringstempo van de opdracht te vertragen of haar uitvoering te onderbreken (cf. art. 16, § 8 van de AAV).

- b) **Op straf van verval** moet de indiening van de eis gebeuren:
- *vóór het einde van de uitvoeringstermijn* voor een termijnverlenging of de verbreking van de opdracht;
  - *binnen 90 dagen na de betekening van het proces-verbaal van voorlopige oplevering* van de opdracht voor een schadevergoeding of een herziening;
  - *binnen 60 dagen na het einde van de waarborgperiode* voor feiten of omstandigheden voorgevallen in die periode.

### **7.3.11. EISEN OPDRACHTNEMER EN SCHADEVERGOEDINGSHANDLEIDING**

Op 5.12.2008 heeft de Vlaamse Regering de omzendbrief BZ-OVO-08-02 “**schadevergoedingshandleiding overheidsopdrachten**” uitgevaardigd.

Deze omzendbrief omvat een uitgebreide handleiding voor het toekennen van contractuele vergoedingen bij de uitvoering van overheidsopdrachten.

Hij is gericht tot alle entiteiten van de Vlaamse overheid (Vlaamse Gemeenschap en Vlaamse Gewest en de door hen opgerichte rechtspersonen) en is toepasselijk op de vanaf 1.1.2009 door opdrachtnemers schriftelijk ingediende eisen.

In de omzendbrief staan achtereenvolgens:

- de rechtsgronden waarop contractuele vergoedingseisen moeten steunen;
- de ontvankelijkheidsvereisten;
- de basisregels voor de berekening van de vergoedingen en de mogelijke schadeposten;
- een aantal praktische richtlijnen;
- de opheffing en aanpassing van een reeks federale beslissingen en omzendbrieven van vóór 1 januari 1989 (in het bijzonder rond de toepassing van art. 16, §2 van de AAV);
- een aantal hapklare modeldocumenten.

**>>> zie de schadevergoedingshandleiding onder de knop Instrumenten > Handleidingen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

### **7.3.11.1. Schorsingsbevel door overheid**

Als de overheid het bevel geeft om de uitvoering van de opdracht te schorsen, heeft de opdrachtnemer in principe recht op **schadevergoeding** (cf. art. 15, §5 van de AAV).

- a) De schorsing moet voldoen aan volgende **voorwaarden**:
- de *overheid* heeft het bevel gegeven;
  - de totale schorsingen *overschrijden 1/20<sup>e</sup> van de uitvoeringstermijn* en 10 werkdagen of 15 dagen (naargelang het type van uitvoeringstermijn);
  - de schorsing mag *geen gevolg zijn van slecht weer*;
  - ze mag *niet in het bestek zijn vooropgesteld*;
  - ze moet plaatsvinden *binnen de uitvoeringstermijn*.
- b) Normaal gezien **mag de overheid enkel een schorsingsbevel geven** wanneer de oorzaak van de schorsing eveneens bij de aanbestedende overheid ligt (bvb. onteigeningen die nog niet rond zijn of indien er nog geen bouwvergunning is) en niet uitsluitend bij een vreemde oorzaak (bvb. seizoensgebonden prestaties of onvoorzienbare omstandigheden). Maar van zodra er een schorsingsbevel is gegeven, komt de regeling van art.15, §5 voor toepassing in aanmerking, ongeacht de oorzaak van het bevel.
- c) Na het indienen van de schadeëis is voorzien in een **overleg** tussen overheid en opdrachtnemer **over het schadebedrag**. De opdrachtnemer kan dit overleg niet invoeren om na de schorsing de uitvoering niet te hervatten.
- d) Als de schorsing minstens 30 dagen duurt, heeft de opdrachtnemer sowieso **recht op betaling van de uitgevoerde prestaties** (zelfs als het contractuele betalingstijdstip pas later valt).

### **7.3.11.2. Laattijdige betaling door overheid**

De opdrachtnemer kan in principe **het uitvoeringstempo van de opdracht vertragen of ze onderbreken** indien hij de 30<sup>e</sup> dag na het einde van de betalingstermijn nog niet betaald is (cf. art. 15, §6 van de AAV).

- a) Deze bepaling is *enkel toepasselijk op de betaling van contractuele prestaties* en niet op intresten en schadevergoedingen, omdat daarvoor geen betalingstermijn bestaat. Ook moet de *schuld* voor de te late betaling *bij de overheid* liggen.

- b) De opdrachtnemer heeft altijd recht op **termijnverlenging** (ook als hij niet vertraagt of onderbreekt) volgens het aantal dagen tussen de vermelde 30<sup>e</sup> dag en de betaling, mits hij daartoe een eis indient.
- c) Hij kan **schadevergoeding** vorderen op voorwaarde dat hij werkelijk het uitvoeringstempo heeft vertraagd of de uitvoering heeft onderbroken.  
Hij moet nochtans zijn beslissing om te vertragen of te onderbreken *aangetekend aan de overheid meedelen* ten laatste 15 dagen vóór de daadwerkelijke vertraging of onderbreking (vroeger mag dus ook).
- d) Als de **overschrijdingen** van meerdere betalingstermijnen elkaar **overlappen**, mogen ze slechts één keer worden aangerekend.
- e) Het **belang** van het achterstallige bedrag **moet voldoende groot zijn** om aanspraak te kunnen maken op de bepalingen van art. 15, §6.
- f) Het ligt voor de hand dat de opdrachtnemer de uitvoering op normale wijze moet **hervatten na de uiteindelijke betaling**.  
Die hervatting kan men aannemelijk situeren op de werkdag na de tweede bankwerkdag na de betalingsopdracht door de overheid.

### **7.3.11.3. Overheidsfeiten of -fouten**

De overheid kan als contractant of precontractant feiten of fouten begaan die tijdens de uitvoering **een vertraging of een nadeel** meebrengen voor de opdrachtnemer (bvb. gebrekkige conceptie van de prestaties, gebrekkige coördinatie).

Die kan zich daarop steunen om **termijnverlenging, schadevergoeding, herziening of verbreking** van de opdracht te eisen (cf. art. 16, §1, 1<sup>e</sup> lid van de AAV).

*Deze bepaling is van suppletief recht* en geldt slechts als er in de AAV geen meer specifieke toepasselijke bepaling voorhanden is, zoals bvb. art. 15, §5 of §6 (cf. art. 16, §7 van de AAV).

Een opdrachtnemer die opteert voor schadevergoeding of herziening kan daarbij – volgens de ene of de andere techniek – aanspraak maken op de *integrale vergoeding* van de door hem geleden en bewezen schade.

### **7.3.11.4. Onvoorzienbare omstandigheden**

Bij de uitvoering van de opdracht kan de opdrachtnemer te maken krijgen met **onvoorzienbare, onontwijkbare en onverhelpbare** (hoewel hij al het nodige daarvoor heeft gedaan) **omstandigheden**, waaraan beide partijen vreemd zijn (bvb. abnormaal slecht weer, abnormale prijsstijgingen).

In dat geval heeft hij recht op **termijnverlenging** en, op voorwaarde dat hij een zeer belangrijk nadeel heeft geleden, op **herziening of verbreking** van de opdracht (cf. art. 16, §2 van de AAV).

*Ook deze bepaling is van suppletief recht* en geldt slechts als er in de AAV geen meer specifieke toepasselijke bepaling voorhanden is, zoals bvb. art. 13, §3 (cf. art. 16, §7 van de AAV).

- a) Gewoonlijk onderscheidt men vier soorten onvoorzienbare omstandigheden:
  - **overmacht** waartoe kan behoren:
    - abnormaal slecht weer voor de plaats en het seizoen, in zoverre door de overheid erkend;

- in gebreke blijven van een onderaannemer, in zoverre die zelf in een situatie conform artikel 16, §2 verkeert;
  - overstroming;
  - staking;
  - niet-foutieve daden van derden;
  - foutieve daden door onbekende derden;
- **overheidsdaden** slaan op de inwerking op de opdracht van maatregelen die de aanbestedende overheid neemt in het raam van haar algemene overheidsmacht (bvb. nieuwe milieumaatregelen rond stortbeperkingen of materiaalkeuze door het Vlaamse Gewest);
  - **grondmechanische omstandigheden** slaan op problemen in de ondergrond (bvb. onbekende ondergrondse omwallingsoverblijfselen);
  - **socio-economische omstandigheden** betreffen de inwerking van de algemene socio-economische situatie (bvb. abnormale materiaalprijsstijgingen); in de mate dat de schadevergoedingshandleiding toepasselijk is op een bepaald geval aanvaardt de Vlaamse overheid deze omstandigheden als beantwoordende aan art. 16, §2 (zoniet geldt de afwijzende beslissing van de minister van Openbare Werken van 15.7.1988).
- b) Omstandigheden die **niet** in aanmerking komen zijn de **foutieve daden door bekende derden**, tenminste wanneer die daden geen verband houden met een contractuele relatie tussen die derden en de overheid.

In dat geval zijn de omstandigheden niet “onverhelpbaar” in hoofde van de opdrachtnemer, aangezien hij op basis van art. 1382 van het Burgerlijk Wetboek beschikt over een rechtstreeks en integraal vorderingsrecht tegen de bekende derden die hem schade berokkenen (derden waartegenover de overheid contractueel onmachtig staat als het er geen contractuele band mee heeft).

Maar als de opdrachtnemer door die daden termijnschade oploopt, moet de overheid gelet op de schadebeperkingsplicht wel een billijke termijnverlenging toestaan, omdat anders de boetes wegens laattijdige uitvoering de schade voor de opdrachtnemer dreigen te verhogen.

- c) De **drempel van de voorwaarde van het “zeer belangrijk nadeel”** ligt – althans voor de Vlaamse overheid en in de mate dat de schadevergoedingshandleiding toepasselijk is op een bepaald geval – op 5 % van de initiële opdrachtsom zonder BTW (zoniet geldt het percentage van 2,5 van de beslissing van het MCEC van 20.1.1983). Dat betekent dat iedere eis die daaronder blijft niet gegrond is en niet in aanmerking komt voor herziening of verbreking.

Indien de opdrachtnemer binnen dezelfde opdracht te maken krijgt met meerdere onvoorzienbare, onontwijkbare en onverhelpbare omstandigheden, mag hij zijn gezamenlijke nadeel meten aan de gestelde drempel (“*vele kleintjes maken één groot*”).

- d) De **herzieningsvergoeding** valt niet gelijk te stellen met de integrale schadevergoeding waartoe art. 16, §1 van de AAV kan leiden. Volgens de cassatierechtspraak beoogt de herziening alleen maar het **herstel van het contractuele evenwicht**.

De bepaling van een geldelijke herziening (bvb. via een vergoeding of nieuwe prijzen) is dus een moeilijke evenwichtsoefening, letterlijk een zoektocht naar een nieuw contractueel evenwicht.

Het komt erop neer om een zekere **moderatie** in acht te nemen bij de bepaling van de diverse posten van de vergoeding, in die zin dat de moderatie duidelijk aantoonbaar is, evenwel zonder dat achteraf een bepaald deel van de berekende vergoeding in mindering zou zijn gebracht.

De moderatie mag ook niet in percenten zijn uitgedrukt, noch hoeft ze een minimumpercentage te bereiken.

De herziening houdt bijgevolg geen integrale, doch wel een **bijna integrale vergoeding** in.

- e) Voor opdrachten van **werken** geldt er **één enkele uitzondering** op het “zeer belangrijk nadeel” en de “gemodereerde vergoeding”.

Op voorwaarde dat het werkelijk gaat om onvoorzienbare, onontwijkbare en onverhelpbare omstandigheden en op voorwaarde dat ze van **grondmechanische aard** zijn (de andere soorten omstandigheden komen niet in aanmerking), kunnen de eruit voortvloeiende **zuivere meerprestaties integraal worden vergoed**.

Meerprestaties veronderstellen het bestaan van meerwerken zoals bedoeld in art. 42 van de AAV, hetgeen betekent de extra inzet van materiaal, materieel en arbeid, in die zin dat ze tastbaar bijdragen tot het werk en normaal gezien een aparte post van de samenvattende opmeting zouden gevormd hebben.

Deze uitzondering steunt per analogie op art. 25, §1, 2<sup>o</sup> lid, 3<sup>o</sup>, b van de AAV en tevens op het gebrek aan wilsovereenstemming op dit punt op het ogenblik van het sluiten van het contract, zoals dat door de rechtspraak in het gemeen recht is aanvaard.

Alles wat een **schadevergoedend karakter** heeft, valt hoe dan ook **buiten deze uitzondering**.

#### **7.3.11.5. Teruggave boetes voor laattijdige uitvoering**

Boetes voor laattijdige uitvoering worden ook kortweg **vertragingsboetes** genoemd.

In bepaalde gevallen is een teruggave mogelijk van ingehouden boetes (cf. art. 17 van de AAV).

- a) Een *eerste mogelijkheid* tot teruggave, *geheel of gedeeltelijk*, stemt overeen met de mogelijkheid om termijnverlenging te krijgen op grond van **art. 16, §1 en §2** van de AAV (cf. punten 7.3.11.3 en 4).  
Op de ingeroepen feiten of omstandigheden is de *meldingsplicht* van art. 16, §3 van de AAV toepasselijk.

Op de teruggegeven boete loopt vanaf de inhouding een *intrest* tegen de intrestvoet van art. 15, §4 van de AAV.

- b) Een *tweede mogelijkheid* tot teruggave, maar alleen *gedeeltelijk*, bestaat wanneer er een **wanverhouding** is tussen de boete en het geringe belang van de te laat uitgevoerde prestaties.

De overheid kan de boete dan terugbrengen tot 10 % van de waarde van die laattijdige prestaties en de rest teruggeven (dit is althans ons standpunt).

Bij **werken** is er sowieso sprake van een **wanverhouding** als de te laat uitgevoerde prestaties geen 5 % bedragen van de totale opdrachtsom, weliswaar op voorwaarde dat de werken reeds konden worden gebruikt en de opdrachtnemer alle moeite heeft gedaan voor een snelle beëindiging.

- c) Om **ontvankelijk** te zijn moet elke eis tot teruggave gebeuren **binnen 60 dagen** na de:
- *saldobetaling*, voor opdrachten van werken;
  - *factuurbetaling* waarop de inhouding gebeurde, voor opdrachten van leveringen en diensten.
- d) De vertragingsboetes zijn de enige contractuele sancties die een teruggaveregeling kennen, waarop de opdrachtnemer zich rechtstreeks kan steunen.



Voor de **andere sancties** zoals *straffen* en *kortingen voor minderwaarde* is daarin niet voorzien.

Om aan een dergelijk verzoek van de opdrachtnemer tegemoet te komen, mocht het gegrond zijn, kan de overheid enkel toepassing maken van het wijzigbaarheidsbeginsel bepaald in art. 8 van het KB van 26.9.1996 (cf. punt 4.7.1).

### 7.3.12. EISEN OVERHEID

*Deze bepalingen zijn eveneens van suppletief recht* en gelden slechts als er in de AAV geen meer specifieke toepasselijke bepalingen voorhanden zijn, zoals bvb. arts. 20, resp. 13, §3 (cf. art. 16, §7 van de AAV).

#### 7.3.12.1. Fouten opdrachtnemer

- a) Ook de overheid kan zich beroepen op fouten van de opdrachtnemer als die voor haar een vertraging of een nadeel veroorzaken.  
Ze kan daarvoor **schadevergoeding, herziening of verbreking** van de opdracht eisen (cf. art. 16, §1, 2<sup>e</sup> lid van de AAV).

Deze bepaling kan bvb. nuttig zijn in volgende situatie.

Bij gelijktijdige of perceelsgewijze uitgevoerde grote opdrachten kan een bepaalde opdrachtnemer op een kritiek ogenblik zodanig in gebreke blijven, dat zelfs de toepassing van de sancties van art. 20 van de AAV geen redding zou brengen voor de zware schade die de overheid zou lijden (bvb. omdat het aanvangsbevel van een andere grote opdracht pas later kan worden gegeven en daarvoor een belangrijke schadevergoeding moet worden betaald, die een vertragingsboete geenszins zou kunnen compenseren).

- b) > Er is eigenaardig genoeg *niet voorzien in meldings- of indieningsvoorschriften* die de overheid zou moeten naleven bij het invoeren van deze bepaling.

#### 7.3.12.2. Onvoorzienbare omstandigheden

- a) Het is een feit dat de opdrachtnemer door onvoorzienbare omstandigheden een zeer belangrijk nadeel kan ondergaan (cf. punt 7.3.11.4), maar gebeurlijk ook een **zeer belangrijk voordeel** kan genieten.  
Om het evenwicht van de AAV te bewaren, heeft de overheid daarom de mogelijkheid gekregen om in dit laatste geval een **herziening** van de opdracht te eisen (cf. art. 16, §2, 4<sup>o</sup> van de AAV).
- b) De overheid is verplicht, op straf van verval, de ingeroepen omstandigheden en hun invloed op de opdracht *ten spoedigste* aan de opdrachtnemer te **melden**.  
De **herzieningseis** zelf moet ze stellen *binnen 90 dagen na de betekening van het proces-verbaal van voorlopige oplevering* van de opdracht.
- c) > Dit is een voorbeeld van een heel mooi en idealistisch idee dat door ons ooit uit pure spitsheid is geopperd, maar qua toepassing wel voor 99 % *wishful thinking* zal blijven.

### 7.3.13. RECHTSVORDERING OPDRACHTNEMER

Als de opdrachtnemer een **rechtsvordering** wil instellen tegen de Vlaamse overheid – over de uitvoering van een opdracht – dient hij met een **aantal specifieke elementen** rekening te houden.

- a) **De Vlaamse Gemeenschap en het Vlaamse Gewest** (de Vlaamse overheid en de beleidsdomeinen, ministeries, departementen en agentschappen zonder rechtspersoonlijkheid hebben geen van alle rechtspersoonlijkheid) kunnen enkel geldig worden **gedagvaard** op het **kabinet van de minister-president van de Vlaamse Regering**.

Elders aangeboden dagvaardingen mag men niet aannemen en de deurwaarders in kwestie moet men doorverwijzen naar de Kancelarij, Koolstraat 35, 1000 Brussel.  
Bij uitbreiding geldt dit adres voor *alle deurwaardersexploten* (bvb. overdracht van schuldvordering, beslag).

**>>> zie het modelbestek voor diensten onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- b) Een rechtsvordering die steunt op **feiten of omstandigheden bedoeld in art. 16, §1 en §2** van de AAV moet verplicht voorafgegaan zijn door een *melding* en een *schriftelijke eis* (cf. punten 7.3.10 en 7.3.11.5.c).  
In het andere geval is de rechtsvordering **vervallen** (cf. art. 18, §1 van de AAV).
- c) De **uiterste datum** om een rechtsvordering tegen de overheid in te stellen is *twee jaar na de betekening van het proces-verbaal van definitieve oplevering*.  
Vanaf dan is de rechtsvordering **vervallen** (cf. art. 18, §2 van de AAV).  
Als er geen proces-verbaal is voorgescreven, geldt de dag van de definitieve oplevering zelf.  
Is er geen van beide, dan kan de kennisgeving van een gelijkwaardig feit, zoals de vrijgave van de ganse borgtocht, daarvoor doorgaan.
- d) De termijn uit vorig punt wordt **verlengd** in geval overheid en opdrachtnemer **besprekingen hebben gevoerd** en de beslissing van de overheid pas is betekend in de laatste drie maanden van de termijn of daarbuiten (cf. art. 18, §3 van de AAV).  
De verlenging loopt tot het einde van de derde maand na de maand waarin de beslissing is betekend.

*Besprekingen* laten zich verstaan als het overleg dat gaande is tussen overheid en opdrachtnemer om tot een vergelijk over de vordering te komen.  
Eenvoudige vragen van de overheid tot nadere toelichting van zijn vordering kunnen niet als onderhandelingen of besprekingen worden beschouwd.  
Ook als de opdrachtnemer al op de hoogte is gebracht van de beslissing van de overheid over zijn vordering en hij verder blijft aandringen, dan kan een antwoord dat het eerder ingenomen standpunt louter bevestigt, ook niet gelden als besprekingen.

#### 7.3.14. OPLEVERING EN WAARBORGTERMIJN

- a) Het doel van een *oplevering* is om na te gaan of de contractuele prestaties wel **beantwoorden aan de regels van goed vakmanschap en aan de voorwaarden van de opdracht** (cf. art. 19 van de AAV).

De verwantschap met de keuringen van art. 12 van de AAV is zeer groot, maar een keuring is meer op een individuele prestatie of product gericht en een oplevering meer op het totaalbeeld van de opdracht of een deel ervan.

De oplevering kan slechts doorgang vinden nadat de contractuele *controles, keuringen en proeven* voldoening hebben geschonken.

- b) Men kan een onderscheid maken tussen een **voorlopige oplevering** bij het beëindigen van de contractuele prestaties en een **definitieve oplevering** na afloop van de waarborgtermijn.

**>>> zie het model proces-verbaal oplevering & het modelattest referentie uitgevoerde opdracht onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- c) De **opleveringskosten** zijn voor rekening van de opdrachtnemer als het bestek er de berekeningswijze van bepaalt, anders niet.
- d) Het bestek bepaalt de duur en de voorwaarden van de **waarborgtermijn**.

Gedurende de waarborgtermijn staat de opdrachtnemer in voor de *gebreken in de uitgevoerde prestaties en de beschadigingen door normaal gebruik ervan*, maar niet voor de beschadigingen die aan toeval, overmacht of abnormaal gebruik zijn te wijten.

Wanneer de opdrachtnemer tot herstelling of vervanging moet overgaan, doet hij dit op vrijwillige basis, zoniet kan de overheid dit, na ingebrekestelling bij proces-verbaal, zelf (laten) doen.

Dit gebeurt op kosten van de opdrachtnemer indien hij aansprakelijk is voor het gebrek of de beschadiging.

### 7.3.15. SANCTIES TEGEN OPDRACHTNEMER

De overheid beschikt over diverse sanctiemaatregelen om op te treden tegen een opdrachtnemer **die zijn contractuele verplichtingen niet nakomt** (cf. arts. 20 tot 22 van de AAV).

*Deze algemene bepalingen moet men altijd samen lezen met de specifieke artikels 48 voor werken, 66 voor leveringen en 75 voor diensten, anders komt de sanctie halfslachtig voor de dag.*

**>>> zie ook het document 'faillissement van de opdrachtnemer' onder de knop Instrumenten > Handleidingen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

#### 7.3.15.1. Ingebrekeblijven opdrachtnemer

- a) Als de opdrachtnemer de contractuele verplichtingen niet naleeft (art. 20, §1 van de AAV geeft daarvan voorbeelden), stelt de overheid zijn ingebrekeblijven vast in een **proces-verbaal** (cf. §2).  
Ze betekent dit onmiddellijk met een aangetekende brief aan de opdrachtnemer.

Dit is de noodzakelijke *eerste stap in het sanctioneringproces* (behalve voor de vertragingsboetes).

**>>> zie het model proces-verbaal vaststelling ingebrekeblijven onder de knop Instrumenten > Modellen op de internetstek van de afdeling Overheidsopdrachten**

- b) De opdrachtnemer dient zijn tekortkomingen **zonder uitstel te verhelpen**.

Binnen 15 dagen na de postdatum van het proces-verbaal kan hij zijn **verweer** meedelen, zoniet geldt zijn stilzwijgen als een erkenning van de vaststellingen in het proces-verbaal.

### **7.3.15.2. Straffen**

De straffen van art. 20, §4 van de AAV zijn de **algemeen toepasselijke sancties** voor de inbreuken op het contract waarvoor geen specifieke sancties in de AAV of in het bestek bestaan.

Men onderscheidt:

- een **eenmalige straf** van 0,07 % van de initiële opdrachtsom, met een minimum van 27 en een maximum van 270 euro;
- een **dagelijkse straf** (als de inbreuk onmiddellijk moet ophouden) van 0,02 % van de initiële opdrachtsom, met een minimum van 13 en een maximum van 135 euro per dag; deze straf loopt van de derde dag na de postdatum van het proces-verbaal tot de dag dat de inbreuk is gestopt.

### **7.3.15.3. Boetes voor laattijdige uitvoering**

Deze boetes gelden als **forfaitaire vergoeding** voor de latere voltooiing van de opdracht (cf. art. 20, §5 van de AAV).

Ze zijn **van rechtswege opeisbaar zonder ingebrekestelling** (een proces-verbaal is niet nodig) voor het totale aantal dagen vertraging.

In deze paragraaf herhaalt men nog eens het principe van art. 16, §1, 2<sup>o</sup> lid van de AAV (cf. punt 7.3.12.1) door te stellen dat de verdragingsboete niets afdoet van de **vrijwaringsplicht** van de opdrachtnemer voor de schadevergoeding die de overheid aan derden moet betalen voor de schade die ze lijden door de vertraging.

### **7.3.15.4. Ambtshalve optreden**

a) Als er met de opdrachtnemer geen land meer te bezeilen valt – bvb. stopt de prestaties zonder aanvaardbare reden, voert de prestaties niet-conform uit, legt overheidsbevelen naast zich neer – en een proces-verbaal en straf niet helpen, kan de overheid tegen hem ambtshalve optreden door (cf. art. 20, §6 van de AAV):

- ofwel de opdracht **éénzijdig te verbreken**;  
de *borgtocht* komt dan als *forfaitaire schadevergoeding* aan de overheid toe; deze mogelijkheid is de *minst gunstige* voor de overheid en daarom alleen uitzonderlijk aan te wenden (bvb. als men van de verdere uitvoering afziet of de uitvoering over een totaal andere boeg wil gooien);
- ofwel de resterende opdracht geheel of deels **in eigen beheer** uit te voeren;
- ofwel de resterende opdracht geheel of deels **door één of meer derden** te laten uitvoeren via het gunnen van één of meer nieuwe opdrachten.

Het optreden bedoeld in de twee laatste streepjes gebeurt *op kosten en risico van de in gebreke gebleven opdrachtnemer* (uitgezonderd de sancties tegen de nieuwe opdrachtnemer).

b) > Het is belangrijk om bij een ambtshalve optreden de **procedureregels zeer stipt op te volgen**, teneinde de opdrachtnemer geen argumenten toe te spelen voor een betwisting van het ambtshalve optreden.

c) De **beslissing tot ambtshalve optreden** wordt schriftelijk aan de opdrachtnemer betekend. Vanaf dat ogenblik moet de opdrachtnemer de opdracht stopzetten.

In geval van optreden volgens het derde streepje krijgt ook de in gebreke gebleven opdrachtnemer het **bestek** van de ambtshalve opdracht(en).

Als de uitvoering in eigen beheer of door derden *méér kost* dan de oorspronkelijke opdracht, moet de in gebreke gebleven opdrachtnemer die **meerkost** dragen.  
In het andere geval komt de minderkost ten goede van de overheid.

#### **7.3.15.5. Compensatie sanctiebedragen**

Alle bedragen die op grond van bovenstaande sancties aan de overheid toekomen, worden eerst **ingehouden op om het even welke betaling** aan de opdrachtnemer en daarna desnoods op de borgtocht.

#### **7.3.15.6. Sancties inzake toegang of selectie**

Bij **werken** staat de opdrachtnemer bloot aan de sancties waarin de *erkenningsregeling* voorziet (cf. punt 5.7.4.3).

Het gevolg is dat de uitgesproken sanctie algemeen geldig is en alle overheden bindt.

In geval van **leveringen** of **diensten** kan de opdrachtnemer voor bepaalde tijd een *toegangsverbod* worden opgelegd (cf. punt 5.7.3.2).  
Hier is de sanctie enkel bindend voor de overheid die het toegangsverbod heeft uitgesproken.  
De overheid moet de opdrachtnemer vooraf horen in zijn verdediging en hem daarna de beslissing betekenen.

#### **7.3.15.7. Korting voor minderwaarde**

*Prestaties die niet aan de besteksbepalingen beantwoorden* dient de overheid in principe te weigeren en te laten overdoen.

In sommige gevallen kan ze die **tòch aanvaarden mits een korting** aan te rekenen om de minderwaardigheid van de prestaties te compenseren.

De voorwaarde is wel dat het enkel mag gaan om *afwijkingen van niet-essentiële besteksbepalingen*, die bovendien *slechts miniem* mogen zijn en *geen grote gebruikshinder* mogen doen ontstaan.

> De ervaring leert dat er op die strikte voorwaarden enige rek zit, maar er zijn natuurlijk limieten die redelijkerwijze niet te overschrijden vallen.

#### **7.3.15.8. Verbreking opdracht**

a) Een opdracht *gegund aan één natuurlijk persoon* is bij diens **overlijden** van rechtswege **verbroken**, tenzij de overheid oordeelt dat de rechtsopvolgers de opdracht kunnen voortzetten, tenminste indien zij daartoe bereid zijn (cf. art. 21, §1 tot §3 van de AAV).

Is de opdracht *gegund aan meerdere natuurlijke personen*, dan heeft de overheid in geval van **overlijden** de **keuze** tussen de verbreking en de voortzetting door de overblijvers.

b) In art. 21, §4 en §5 van de AAV staan heel wat mogelijke **andere situaties** waarin de overheid de opdracht kan **verbreken** (en de gevolgen daarvan).

> Het is evenwel onduidelijk of die gevallen gereserveerd zijn voor de opdrachtnemer-natuurlijk persoon of dat ze bij uitbreiding voor alle opdrachtnemers gelden.  
Uit de context van het artikel zouden we eerder tot het eerste geneigd zijn.  
Maar eigenlijk zien we niet in waarom de overheid in die situaties voor die verbreking zou kiezen, aangezien het ambtshalve optreden van art. 20, §6 van de AAV heel wat voordeliger is voor de overheid (zeker het derde streepje ervan).

We besteden daarom geen verdere aandacht aan deze verbreking.

### **7.3.15.9. Sancties voor vervalste mededinging**

Als blijkt dat de opdrachtnemer art. 11 van de Wet heeft overtreden, kan de overheid **één of meer sancties** treffen (cf. punt 4.5 en art. 22 van de AAV):

- ambtshalve optreden;
- sancties inzake toegang of selectie;
- een *speciale straf* toepassen bestaande uit driemaal het bedrag dat de opdrachtsom verhoogde en aan derden een winst of voordeel moest bezorgen.

## **7.4. ALGEMENE AANNEMINGSVOORWAARDEN VOOR WERKEN**

### **7.4.1. PRIJSOPGAVE EN DRAAGWIJDTE FORFAIT**

- a) Bij **werken tegen globale prijs** gaat men ervan uit dat de opdrachtnemer de opdrachtsom heeft bepaald volgens zijn eigen bewerkingen, berekeningen en ramingen (cf. art. 24 van de AAV).

Hij kan dan ook *geen aanspraak maken op leemtes of fouten* in de samenvattende opmeting (cf. punt 5.8.4.2.1).

Als er *onderlinge tegenstrijdigheid is tussen de gunningsdocumenten*, geldt deze interpretatievolgorde: eerst de plannen, dan het bestek en laatst de samenvattende opmeting.

Vertonen de plannen tegenstrijdigheden, dan kan de opdrachtnemer zich terecht steunen op de gunstigste hypothese, tenzij de samenvattende opmeting daarover uitsluitsel zou geven.

- b) Punt a is ook toepasselijk op de **forfaitaire posten** van de gemengde werkenopdrachten.
- c) Bij **werken tegen een andere prijsvaststelling** dient men de vooraf niet vastliggende betalingsfactoren (bvb. hoeveelheden) op tegenspraak vast te stellen.

- d) In alle werkenopdrachten wordt de opdrachtnemer geacht **de aard van de bouwplaatsterreinen te kennen** en prijs te hebben gegeven op grond van zijn eigen berekeningen (cf. art. 25 van de AAV). Dit artikel geeft een gedetailleerd overzicht van de *uitvoeringswerken, -metingen, -kosten en -vergunningen* die voor zijn rekening zijn. De opdrachtnemer draagt eveneens de kosten van *alle prestaties die uiteraard af- of samenhangen* met degene die in de plannen en het bestek zijn beschreven (dit bevestigt dat de interpretatievolgorde dezelfde is voor alle soorten werkenopdrachten, cf. punt 5.8.4.2.1). Ook de *voorlopige werken* en sommige kosten van de *bijkomende grondonderzoeken* vallen te zijnen laste (cf. art. 34 van de AAV).

### **7.4.2. KEURINGEN**

Hoewel er in art. 12 van de AAV (cf. punt 7.3.6) reeds heel wat aandacht aan de keuringen is besteed, **weidt art. 27 van de AAV daar nogmaals ellenlang over uit** (> een grondige sanering van die artikelen dringt zich op).

Uit dit art. 27 onthouden we:

- een *absolute keuringsmacht* in hoofde van de overheid, weliswaar in het bestek te omschrijven;

- de mogelijke *keuringsmodaliteiten*;
- wat niet in de *keuringstermijn* is begrepen;
- de regels rond de *keuringsplaats*;
- het recht van beide partijen op een *tegenkeuring*, die beslissend is, en de eventueel toe te kennen termijnverlenging, met uitsluiting van elke schadevergoeding;
- de bepalingen over *aanvaarde of geweigerde producten*;
- de *eigendomsoverdracht* aan de overheid van zodra de aangevoerde producten voor betaling zijn aanvaard (dit impliceert geen aansprakelijkheidsoverdracht).

#### 7.4.3. AANVANGSBEVEL EN UITVOERINGSTERMIJN

- a) De overheid geeft het **aanvangsbevel** voor de opdracht (cf. art. 28, §1 van de AAV). Ze moet daarbij de **aanvangsdatum** stellen binnen volgende termijnen:
- *tussen de 15<sup>e</sup> en de 45<sup>e</sup> dag* na de sluiting van de opdracht, voor de gewone werken van klasse 5 of lager (cf. erkenningsregeling);
  - *tussen de 30<sup>e</sup> en de 60<sup>e</sup> dag* na de sluiting van de opdracht, voor de werken van klasse 6 of hoger en voor de speciale werken van klasse 5 of lager.

Deze bepalingen gelden niet voor werkenopdrachten die gesloten zijn *tijdens de winter*, in zoverre die werken noodzakelijkerwijs pas op een gunstiger tijdstip kunnen worden aangevat.

Alleszins moeten er *minstens 15 dagen* verlopen tussen het aanvangsbevel en de initiële aanvangsdatum van de opdracht (behalve voor dringende werken).

- b) Als de overheid **geen aanvangsbevel** heeft gegeven *of de aanvangsdatum buiten de bovenvermelde termijnen heeft gesteld*, heeft de opdrachtnemer recht op **schadevergoeding** of **verbreking** van de opdracht.

Hij moet daartoe *een eis indienen binnen 30 dagen* na afloop van de toepasselijke termijn, anders is zijn recht vervallen.

De *rechtspraak* past dit rechtsverval niet altijd in zijn volle gestrengheid toe, afhankelijk van de concrete omstandigheden van de voorliggende zaak.

> *Het is hoe dan ook van belang* om tijdig een aanvangsbevel te geven of om – als er een beletsel bestaat voor de start van de werken (bvb. ontbrekende bouw- of milieuvergunning) – de opdracht niet voorbarig te sluiten.

De werken doen aanvagen om ze nadien onmiddellijk te schorsen is vanzelfsprekend geen oplossing, want dan kan er evenzeer schadevergoeding verschuldigd zijn.

- c) De opdrachtnemer is **verplicht de werken effectief te starten** op de aanvangsdatum en ze regelmatig voort te zetten.
- d) Een **uitvoeringstermijn in werkdagen** omvat in principe geen:
- zaterdagen, zondagen en feestdagen;
  - officiële vakantiedagen en inhaaldagen;
  - dagen met slecht weer waardoor het werk voor minstens 4 uur onmogelijk is.
- e) Een **uitvoeringstermijn in kalendertermijnen** omvat doorlopend alle dagen van de termijn.  
Dit geldt niet voor de vakantieperiodes als de uitvoeringstermijn 80 dagen of minder bedraagt.

#### 7.4.4. BOUWPLAATSORGANISATIE

In de AAV staan *een hele reeks artikelen* die de organisatie – in ruime zin – van de bouwplaats regelen (cf. arts. 26, 28, §2 tot 33 en 35 tot 37).

##### 7.4.4.1. Leiding, toezicht, controle en briefwisseling

- a) De *opdrachtnemer verzorgt* – persoonlijk of via een gemachtigde – *de leiding en het toezicht* over de werken (cf. art. 26 van de AAV).  
De overheid beslist of ze de gemachtigde aanvaardt en ze kan hem op eender welk tijdstip doen vervangen.
- b) De *overheid oefent de controle uit* over de werken, onder meer via het geven van dienstbevelen en het opstellen van processen-verbaal.  
Deze en andere *briefwisseling* aan de opdrachtnemer dient aangetekend te worden verstuurd.  
Hetzelfde geldt vanzelfsprekend voor de briefwisseling van de opdrachtnemer aan de overheid.  
Onverminderd vanzelfsprekend punt 4.14.

##### 7.4.4.2. Incidenten

- a) Bij (in het bestek te vermelden) **gelijktijdig uitgevoerde opdrachten** schikt de opdrachtnemer zich naar de bevelen van de leidend ambtenaar (cf. art. 28, §2 van de AAV).
- b) De overheid kan de werken een bepaalde tijd **onderbreken** als die naar haar oordeel op dat ogenblik niet zonder bezwaar kunnen worden uitgevoerd (cf. art. 29, §1 van de AAV).  
Het gaat om *beperkte onderbrekingen veroorzaakt door externe factoren* (bvb. weers- of seizoensomstandigheden die bepaalde werken onmogelijk maken).

De opdrachtnemer heeft recht op een overeenkomstige **termijnverlenging**, maar niet op schadevergoeding.

Deze situatie valt niet te verwarren met die van art. 15, §5 van de AAV (cf. punt 7.3.11.1).

- c) Bij ontdekking van **archeologische vondsten** verwittigt de opdrachtnemer aanstonds de overheid en onderbreekt hij de uitvoering van de opdracht (cf. art. 29, §2 van de AAV).  
Op dit incident acht men desgevallend *art. 15, §5 van de AAV wèl toepasselijk*.  
De *eigendom* van de vondsten hoort toe aan de overheid.

##### 7.4.4.3. Algemene maatregelen

- a) De opdrachtnemer **staat in voor de orde en de veiligheid** op de bouwplaats (art. 30, §1 van de AAV).  
Het *KB van 25.1.2001 inzake de tijdelijke of mobiele bouwplaatsen* (en specifiek de *veiligheidscoördinatie*) (BS 7.2.2001) is toepasselijk telkens wanneer er tegelijkertijd of achtereenvolgens meer dan één aannemer (al dan niet in opdracht van de overheid) op de bouwplaats actief is.  
Dit KB is meermaals gewijzigd (actuele versie op [www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be)).

De opdrachtnemer **voorkomt onnodige hinder** voor het verkeer en de natuurlijke afwatering **en elk gevaar** voor schade of ongevallen.

Bij mogelijke schade of storing van diensten van openbaar nut moet hij die diensten minstens 15 dagen vooraf verwittigen.

Hij treft op zijn kosten *alle noodzakelijke maatregelen voor de instandhouding van bestaande constructies* en neemt alle voorzorgen om **de naburige eigendommen te**



**vrijwaren** en *te vermijden dat daaraan door zijn fout hinder zou worden bezorgd* (cf. art. 30, §2 van de AAV).

- b) De opdrachtnemer moet de **toegang weigeren aan vreemden** die niet over een toelating van de overheid beschikken.
- c) De overheid geeft aan de opdrachtnemer **enkel de eigenlijke bouwplaats als terrein** ter beschikking, tenzij het bestek of de plans anders luiden (cf. art. 32, §1 van de AAV). Voor andere door hem nodig geachte terreinen moet de opdrachtnemer zelf instaan. Het bestek kan hem toestaan voordeel te halen uit de terreinen en afgravingen, anders is dit verboden.
- d) Het bestek bepaalt welke **lokalen** de opdrachtnemer op zijn kosten **ter beschikking** dient te stellen **van de overheid** (cf. art. 30, §3 van de AAV). De overheid kan ook **lokalen ter beschikking** stellen **van de opdrachtnemer**, mits die ervoor zorgt als een goed huisvader (cf. art. 32, §2 van de AAV).
- e) Rond het **uitzetten van het tracé** van de werken en de aan te brengen hoogtemerken bevat art. 31 van de AAV een aantal leuke, soms wat ouderwets aandoende bepalingen.

#### **7.4.4.4. Afbraakmateriaal**

De **opdrachtnemer wordt eigenaar** van de materialen en voorwerpen die voortkomen van rooi- of afbraakwerken en die hij regelmatig moet ruimen, tenzij het bestek anders beschikt (cf. art. 33 van de AAV).

#### **7.4.4.5. Personeel**

- a) De opdrachtnemer is verplicht **voldoende en bekwaam personeel** in te zetten (cf. art. 35 van de AAV). De overheid heeft een vervangingsrecht.
- b) Het op de bouwplaats aangewende **personeel wordt dagelijks opgelijst** door de opdrachtnemer en zijn onderaannemers (cf. art. 36 van de AAV). Voor het overige accentueert dit artikel een aantal sociale verplichtingen van de opdrachtnemer en zijn onderaannemers.

#### **7.4.4.6. Werkendagboek**

- a) De opdrachtnemer zorgt voor een werkendagboek op de bouwplaats, dat een **afgevaardigde van de overheid dagelijks bijhoudt** omtrent de (cf. art. 37 van de AAV):
  - weersomstandigheden, werkonderbrekingen, werkuren, ingezet personeel, aangevoerde materialen, al dan niet ingezet materieel, enz...;
  - *werkenstaat* (uitgevoerde prestaties en hoeveelheden en andere elementen die de verschuldigde betalingen bepalen).

Een werkendagboek is *niet verplicht voor opdrachten tegen globale prijs*, anders wel, maar het is duidelijk dat het voor alle opdrachten een nuttig instrument kan zijn.

- b) Het dagboek wordt *dagelijks door beide partijen ondertekend*. Bij *onenigheid* maakt de opdrachtnemer binnen 15 dagen zijn opmerkingen bekend. Na onderzoek kan de overheid de werkenstaat desnoods ambtshalve opmaken. Hetzelfde gebeurt wanneer de opdrachtnemer binnen 15 dagen geen opmerkingen heeft gemaakt.

> **Het goed bijhouden van het werkendagboek is zeer belangrijk.**

De vermeldingen op tegenspraak zijn medebepalend voor de berekening van de eventueel toe te kennen schadevergoedingen.

#### 7.4.5. AANSPRAKELIJKHEID OPDRACHTNEMER EN VERZEKERING

- a) Uit art. 30, §2 van de AAV vloeit voort dat de **opdrachtnemer niet aansprakelijk is voor foutloze burenhinder** bedoeld in art. 544 van het Burgerlijk Wetboek (cf. punt 7.4.4.3.a). Het is immers de overheid die ter plaatse eigenaar is (of toch alleszins als bouwheer over een eigendomsattribuut beschikt) en buur is tegenover zijn burenen.
- > Enkele raadgevingen van de afdeling Overheidsopdrachten:
- Het verdient *geen aanbeveling om de aansprakelijkheid voor foutloze burenhinder aan de opdrachtnemer over te dragen* in het bestek, gelet op de beperkte afwijkingsmogelijkheid ten aanzien van art. 30, §2 (cf. punt 7.2.3). Voor belangrijke werken met veel omliggende gebouwen kan men wel overwegen om de opdrachtnemer te verplichten zich ten gunste van de overheid te *verzekeran tegen burenhinder* (cf. punt d infra) (uiteraard zal hij de premies dan in zijn offerte verrekenen en zal de eventuele franchise dan ten laste vallen van de overheid).
  - In elk geval is het aangewezen om de opdrachtnemer in het bestek te belasten met het opmaken van een *plaatsbeschrijving* van de naburige eigendommen (vóór de start van de werken èn na het einde ervan). Aldus kan men de door burenen gesignaleerde schade met kennis van zaken beoordelen.
- b) De opdrachtnemer is **aansprakelijk voor al de door hemzelf en door zijn onderaannemers uitgevoerde werken**, met dien verstande dat hij (cf. arts. 39 en 41 van de AAV):
- vanaf de voorlopige oplevering en tot aan de definitieve oplevering enkel gebonden is door de *waarborgverplichtingen*;
  - vanaf de voorlopige oplevering daarenboven de *tienjarige aansprakelijkheid* van arts. 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek (voor ernstige stabiliteits- of stevigheidsgebreken of omvangrijke gebreken bij bouwwerken) moet respecteren.
- De **waarborgverplichtingen** houden in dat de werken in prima staat dienen te blijven door *de nodige herstellingen en onderhoudswerken uit te voeren*. De opdrachtnemer is nochtans alleen aansprakelijk voor de schade die aan zijn fout te wijten is (de andere schadeherstellingen zijn voor rekening van de overheid).
- Eenzelfde regel is toepasselijk wanneer de overheid de werken al vóór de voorlopige oplevering geheel of deels **in gebruik neemt** (cf. art. 40 van de AAV).
- c) De overheid kan – al dan niet in combinatie met een *ambtshalve optreden* en andere passende sanctiemaatregelen – de opdrachtnemer **verplichten om de uitgevoerde werken** geheel of deels **te slopen en te herbouwen** als (cf. arts. 43, §1 en 45 van de AAV):
- het werk niet aan de *besteksbepalingen* voldoet;
  - het werk niet volgens de *regels van goed vakmanschap en bouwkunde* is uitgevoerd;
  - het werk in een *verbodsperiode* is uitgevoerd;
  - er *niet-aanvaarde producten* zijn verwerkt;
  - ze *bedrog of gebrekkig werk* vermoedt.

In dit laatste geval gebeurt de sloop en herbouw op kosten van de opdrachtnemer wanneer het vermoeden achteraf blijkt te kloppen (en omgekeerd).

- d) De opdrachtnemer is verplicht een **verzekering** af te sluiten voor arbeidsongevallen en voor zijn burgerlijke aansprakelijkheid voor derden bij ongevallen (cf. art. 38 van de AAV). Hij legt de nodige *bewijsstukken* voor aan de overheid binnen 15 dagen na de sluiting van de opdracht.  
Het bestek kan voorzien in een *ruimere verzekeringsplicht*.

#### 7.4.6. WIJZIGING OPDRACHT EN SPELING HOEVEELHEDEN

##### 7.4.6.1. Wijzigingsbevel

- a) De overheid moet **elke wijziging** aan de opdracht **schriftelijk bevelen** (cf. art. 42, §1 van de AAV).  
Een *mondeling bevel* is nochtans geldig als de opdrachtnemer het binnen 48 uur per brief meldt en de overheid het niet ontkent binnen de daaropvolgende drie dagen.  
*Minder belangrijke wijzigingen* kunnen ook in het werkendagboek worden vermeld.
- b) De wijziging dient het **voorwerp van de opdracht** te respecteren en **binnen de perken** ervan te blijven.  
Sowieso begrenst art. 17, §2, 2°, a van de Wet de wijzigingsmogelijkheid omdat het slechts aanvullende werken toestaat tot 50 % in meer (cf. punt 5.3.3.1.b.1).
- c) Vanzelfsprekend is de opdrachtnemer verplicht om de **bevelen op te volgen**.
- > De bepaling dat hij niet meer gebonden is tot de uitvoering van meerwerken van zodra hun waarde 50 % van de opdrachtsom overschrijdt, is duidelijk achterhaald in het licht van de tweede zin van punt b.

##### 7.4.6.2. Prijsbepaling bij wijziging

- a) De wijzigingen dienen in principe te worden verrekend **tegen de prijzen van de offerte** van de opdrachtnemer en, zo die er niet zijn, tegen overeen te komen prijzen (cf. art. 42, §2 van de AAV).

Voor de bepaling van de **overeen te komen prijzen** schrijft de omzendbrief MOW/2006/01 van 15.9.2006 over de Kostenschaal voor Aannemersmaterieel CMK-2003 (BS 6.10.2006) voor dat men – in verplichte volgorde – een beroep doet op:

- prijzen die op basis van de offerteprijzen worden berekend, dus met respect voor het prijsniveau van de offerte;
- prijzen die op basis van vergelijkbare werken of courant gangbare prijzen worden berekend;
- prijzen die mede op basis van de kostenschaal CMK-2003 worden berekend, rekening houdend met de *toepassingsvoorwaarden* die bovenvermelde omzendbrief oplegt binnen de Vlaamse overheid.

> Het ligt voor de hand die omzendbrief *in het bestek* een contractuele draagwijdte te geven.

- b) In volgende gevallen **kunnen overheid en opdrachtnemer een prijsherziening eisen** voor de wijziging die slaat op **identieke werken** als beschreven in de samenvattende opmeting:

- o als de meerwerken *het drievoudige overtreffen* van de initiële hoeveelheid van de post in kwestie;
- o als de meerwerken voor de post in kwestie *10 % van de opdrachtsom overtreffen* en minstens 1.350 euro bedragen;
- o als de minderwerken *één vijfde overtreffen* van de initiële hoeveelheid van de post in kwestie.

Bij de eerste twee bolletjes geldt de herziene prijs *enkel voor de hoeveelheden die de initiële overtreffen*.

- c) De eis tot prijsherziening gebeurt **schriftelijk** en **binnen 15 dagen na het wijzigingsbevel** (cf. art. 42, §3 van de AAV).

Als er geen overeenstemming is over de herziene prijs, stelt de overheid die *ambtshalve* vast, maar behoudt de opdrachtnemer alle rechten.

Alle discussies die hiermee gepaard gaan, geven de opdrachtnemer geenszins het recht om het uitvoeringstempo van de opdracht te vertragen of haar uitvoering te onderbreken.

#### **7.4.6.3. Verrekening bij wijziging**

Alle wijzigingen geven aanleiding tot het **opmaken van verrekeningen**, zijnde *aanpassingen van de samenvattende opmeting* (cf. art. 44, §1 van de AAV).

> Men ziet de parallel met wat een bijakte is ten aanzien van het bestek en de offerte.

#### **7.4.6.4. Termijnverlenging bij wijziging**

In het wijzigingsbevel, in de verrekening of in de bijakte **kan de overheid eventueel een termijnverlenging toekennen** *in verhouding tot de meerwerken* (cf. art. 42, §5 van de AAV).

De opdrachtnemer kan ook een termijnverlenging eisen, mits art. 16, §4 van de AAV na te leven (cf. punt 7.3.10.2).

#### **7.4.6.5. Schadevergoeding bij wijziging**

- a) Alle verrekeningen in min en in meer *die het gevolg zijn van wijzigingsbevelen van de overheid* kunnen samengenomen leiden tot een **vermindering van de oorspronkelijke opdrachtsom** (eventuele andere verrekeningen blijven buiten beschouwing).

In dat geval heeft de opdrachtnemer het recht om een schadevergoeding (zonder BTW !) te eisen van **10 % van die vermindering** (cf. art. 42, §4 van de AAV).

- b) Een wijzigingsbevel, waarbij een deel van de prestaties onttrokken wordt aan de opdracht, mag men niet verwarren met een **verbreking van de opdracht**, waarbij de overheid *volledig afziet van de verdere uitvoering van de opdracht* (cf. punt 4.7.2).

#### **7.4.6.6. Speling hoeveelheden**

- a) Bij posten tegen vermoedelijke hoeveelheid kunnen de *werkelijk uitgevoerde hoeveelheden* soms fors verschillen van de hoeveelheden in de samenvattende opmeting en dat zonder ook maar enige invloed van een wijzigingsbevel van de overheid.

Dat fenomeen heet gemeenzaam “**speling van vermoedelijke hoeveelheden**” (cf. art. 42, §6 van de AAV).

- b) **De overheid en de opdrachtnemer kunnen een prijsherziening eisen** wanneer de werkelijk uitgevoerde hoeveelheden van een bepaalde post:
- o *het drievoudige overtreffen* van de initiële hoeveelheid;
  - o *minder dan de helft bedragen* van de initiële hoeveelheid.

De herziene prijs geldt slechts *voor de hoeveelheden die het drievoudige overtreffen* (dit verschilt dus van het geval sub 7.4.6.2.b).

Beiden kunnen ook een **termijnverlenging of -verkorting** eisen, zelfs als de bovenvermelde drempels niet bereikt zijn, maar de omvang van de speling zulks verantwoordt.

- c) De eisen tot prijsherziening en termijnaanpassing gebeuren **behoorlijk gerechtvaardigd en schriftelijk** en **binnen 15 dagen na de indiening van de schuldvordering** – de tekst is op dit punt wat onduidelijk – waaruit blijkt dat de werkelijk uitgevoerde hoeveelheid het drievoudige bereikt.

Zijn de eisen pas later gesteld, dan gelden ze enkel voor de nadien uitgevoerde hoeveelheden.

Noteer dat deze regels *niet toepasselijk zijn* in de situatie “minder dan de helft”.

Als er geen overeenstemming is over de herziene prijs, stelt de overheid die *ambtshalve* vast, maar behoudt de opdrachtnemer alle rechten.

Alle discussies die hiermee gepaard gaan, geven de opdrachtnemer geenszins het recht om het uitvoeringstempo van de opdracht te vertragen of haar uitvoering te onderbreken.

#### 7.4.7. OPLEVERING EN WAARBORGTERMIJN

##### 7.4.7.1. Voorlopige oplevering en vergoeding bij te late oplevering

- a) De **voorlopige oplevering** geeft de overheid de *volle beschikking* over de uitgevoerde werken (cf. art. 40 van de AAV).

Wenst de overheid reeds voordien *de afgewerkte gedeelten in gebruik te nemen*, dan kan dit op voorwaarde dat ervan een plaatsbeschrijving wordt opgemaakt.

Dergelijk ingebruikname, zelfs indien ze volledig is, *geldt niet als voorlopige oplevering*.

- b) Als de resultaten van keuringen en proeven bekend zijn, maakt de overheid al naargelang een **proces-verbaal van voorlopige oplevering** of **van weigering van voorlopige oplevering** op (cf. art. 43, §2 van de AAV).

Dit geschiedt *binnen 15 dagen na de uiterste voltooiingsdatum* van het gehele werk of na het bekend zijn van de resultaten als dit later valt.

Als de *effectieve voltooiingsdatum* vóór of na de uiterste datum valt, moet de opdrachtnemer schriftelijk die effectieve datum melden en de voorlopige oplevering aanvragen, waarna de overheid binnen 15 dagen het bovenvermelde doet.

- c) De overheid die de termijn van 15 dagen *door haar schuld overschrijdt*, is verplicht een **vergoeding** te betalen.

Die belooft *per dag vertraging* 0,07 % van de bedragen waarvan de betaling afhankelijk is van de voorlopige oplevering, met een maximum van 5 %.

- d) Wanneer de voorlopige oplevering is toegekend, heeft ze **terugwerkende kracht** tot de uiterste voltooiingsdatum of de effectieve voltooiingsdatum, al naargelang (cf. punt b). Tegenbewijs is echter mogelijk.

#### **7.4.7.2. Waarborgtermijn**

De waarborgtermijn start op de datum van voorlopige oplevering en **duurt één jaar** als het bestek terzake zwijgt.

#### **7.4.7.3. Definitieve oplevering**

- a) De overheid maakt een **proces-verbaal van definitieve oplevering of van weigering van definitieve oplevering** op binnen 15 dagen vóór het einde van de waarborgtermijn (cf. art. 43, §3 van de AAV).  
Wordt de oplevering *geweigerd*, dan brengt de opdrachtnemer de werken in staat van definitieve oplevering en meldt dit schriftelijk, waarna de oplevering volgt binnen 15 dagen.
- b) Wanneer de definitieve oplevering is toegekend, heeft ze **terugwerkende kracht** tot de einddatum van de waarborgtermijn of de meldingsdatum, al naargelang (cf. punt a).  
Tegenbewijs is echter mogelijk.

#### **7.4.7.4. Aanvullende opleveringsregels**

Het *opleveringsnazicht ter plaatse* geschiedt **op tegenspraak**.

Ofwel is de opdrachtnemer aanwezig, ofwel is hij minstens 7 dagen vooraf schriftelijk verwittigd.

Als er door **slecht weer** tijdens de opleveringstermijn geen opleveringsnazicht kan plaatsvinden, stelt de overheid dit op tegenspraak en bij proces-verbaal vast.  
Er start dan een nieuwe termijn van 15 dagen nadat het beletsel verdwenen is.

### **7.4.8. SANCTIES TEGEN OPDRACHTNEMER**

#### **7.4.8.1. Boetes voor laattijdige uitvoering**

- a) Voor werken geldt er een **specifieke berekeningsformule** voor de boete als de eindtermijn niet is gerespecteerd (cf. art. 48, §2 van de AAV).

Wanneer opdrachten uit *verschillende delen of fases* bestaan, met een eigen bedrag en uitvoeringstermijn, dan worden die als afzonderlijke opdrachten beschouwd voor de toepassing van die boeteformule.

Normaal zijn *gedeeltelijke uitvoeringstermijnen* niet dwingend en speelt de boeteformule enkel voor de eindtermijn.

Als het bestek nochtans bepaalt dat de gedeeltelijke uitvoeringstermijnen wèl dwingend zijn, kan het daarvoor speciale boetes instellen, zolang is de boeteformule van toepassing met een maximum bepaald volgens een andere formule.

- b) Het **totale boetebedrag** mag nooit hoger zijn dan 5 % van de opdrachtsom.  
Een totale boete van *minder dan 55 euro per opdracht* wordt niet opgelegd.

#### **7.4.8.2. Ambtshalve optreden**

- a) Voor werken stelt men expliciet dat de beslissing tot ambtshalve optreden pas kan volgen **na een voorafgaande ingebrekestelling met een proces-verbaal** en na ontvangst van het verweer van de opdrachtnemer of na verloop van de verweertermijn (cf. art. 48, §3 van de AAV).
- b) De in gebreke gebleven opdrachtnemer moet de opdracht *stopzetten* op de aangegeven dag (elk later uitgevoerd werk is gratis voor de overheid).

Hij wordt opgeroepen voor de opmaak van de *beschrijvende staat* van werken, materieel en materiaal.

De overheid kan van dit *materieel en materiaal tegen vergoeding gebruik maken* om de opdracht te (laten) voltooien.

De opdrachtnemer *verwijdert* zo snel mogelijk *het andere materieel en materiaal* van de bouwplaats.

De overheid neemt daarnaast elke nodige *bewarende maatregel* op kosten van de in gebreke blijvende.

De opdrachtnemer mag de *voltooiingswerken volgen*, maar niet de uitvoering van de overheidsbevelen hinderen.

Hij wordt uitgenodigd voor de *oplevering van de voltooiingswerken*.

- c) Bij uitvoering van de resterende opdracht *in eigen beheer* of *door één of meer derden* zijn de **meerkosten** voor rekening van de in gebreke gebleven opdrachtnemer (cf. art. 20, §6 van de AAV):
- 1) Behoren **niet** tot die meerkosten:
    - de *meerwerken of minwerken* die de overheid binnen de perken van art. 42, §1 van de AAV heeft opgedragen, na de mededeling van de beslissing tot ambtshalve optreden;
    - de *prijsherziening* bedoeld in art. 13 van de AAV;
    - de *nieuwe prijzen* die de overheid met de ambtshalve opdrachtnemer is overeengekomen, met toepassing van art. 42, §2 en §6 van de AAV;
  - 2) Behoren **wél** tot die meerkosten:
    - de *boetes voor laattijdige uitvoering tegen maximumtarief*, zelfs al is er geen aanvangsbevel gegeven;
    - de *gunningskosten van de nieuwe opdracht(en)* bepaald op 1 % van haar(hun) bedrag, met een maximum van 11.000 euro.
- d) Als de opdrachtnemer zijn **waarborgverplichtingen** of zijn **tienjarige aansprakelijkheid** niet nakomt stelt de overheid hem in gebreke met een proces-verbaal. Daarna kan de overheid de onderhouds- en herstellingswerken voor zijn rekening (laten) uitvoeren.

#### **7.4.8.3. Inhoudingen voor lonen, sociale bijdragen en bedrijfsvoorheffing**

Mocht de opdrachtnemer die niet hebben betaald aan of voor zijn personeel, kan de overheid de nodige inhoudingen doen op de betalingen en die bedragen rechtstreeks overmaken aan de rechthebbenden.

> Men mag twee keer raden of dit al ooit is toegepast ...

### **7.5. ALGEMENE AANNEMINGSVOORWAARDEN VOOR LEVERINGEN**

#### **7.5.1. DRAAGWIJDTE FORFAIT EN EIGENDOMSRECHT**

- a) Alle kosten en heffingen **dienen in de offerteprijs te zijn begrepen** (cf. art. 49 van de AAV):
- de *verpakking*, behalve wanneer het bestek bepaalt dat de overheid er geen eigenaar van wordt;
  - het *laden, overslag, vervoer, verzekering en inklaring*;
  - het *lossen, uitpakken en stapelen* op het leveringsadres, op voorwaarde dat het bestek de juiste leveringsplek en de toegang erheen vermeldt;

- de *documentatie* bij de geleverde producten;
  - het *monteren en bedrijfsklaar maken*;
  - de *keurings- en opleveringskosten*;
  - de *tol- en accijnsrechten*.
- b) Van zodra de leveringen *voor betaling zijn aanvaard*, **wordt de overheid er eigenaar van** (cf. art. 50 van de AAV).
- > Blijkbaar heeft men bij het opstellen van dit artikel uit het oog verloren dat een leveringsopdracht ook via huur, huurkoop of leasing kan tot stand komen (cf. punt 3.2.1.b).

## 7.5.2. UITVOERINGSMODALITEITEN

### 7.5.2.1. Gegarandeerde hoeveelheden

Indien de overheid de in het bestek bepaalde – en daardoor gegarandeerde – *vaste of minimale hoeveelheden* vermindert, heeft de opdrachtnemer **recht op schadevergoeding** (cf. art. 52, §1 van de AAV en punt 6.6.2.c).

Die is niet in een voorgeschreven vergoedingspercentage vertaald zoals bij werken (cf. punt 7.4.6.5).

### 7.5.2.2. Uitvoeringstermijn

- a) Een uitvoeringstermijn **in werkdagen** omvat in principe geen (cf. art. 52, §3 van de AAV):
- zaterdagen, zondagen en feestdagen;
  - officiële vakantiedagen en inhaaldagen.

Een uitvoeringstermijn **in kalendertermijnen** omvat doorlopend alle dagen van de termijn, maar *niet* de officiële vakantiedagen, *tenzij* de uitvoeringstermijn meegespeeld heeft als gunningscriterium.

- b) De uitvoeringstermijn **vangt aan** op de dag na de sluiting van de opdracht of op de dag van de bestelling.  
Zijn deze laatste per fax gebeurd, dan is de faxdatum geldig als de fax binnen 5 dagen aangetekend wordt bevestigd.

### 7.5.2.3. Keuringen

Art. 53 van de AAV behandelt achtereenvolgens:

- de *plaats van de proeven en controles* nodig voor de keuring, naar keuze van de overheid;
- de *keuringsmodaliteiten*;
- wat niet in de *keuringstermijn* is begrepen;
- de *controlemiddelen* die de opdrachtnemer ter beschikking moet stellen;
- het recht van de overheid om te allen tijde *nazicht en toezicht* uit te oefenen;
- het recht van beide partijen op een *tegenkeuring* en desnoods een *expertise*, die beslissend zijn, en de eventueel toe te kennen termijnverlenging, met uitsluiting van elke schadevergoeding.

### 7.5.2.4. Melding termijnverlengingseisen opdrachtnemer

De opdrachtnemer kan aan de overheid **feiten melden** ter ondersteuning van een eis tot termijnverlenging (cf. art. 54, §3 van de AAV).

De overheid *onderzoekt de gegrondheid*, doet de nodige *vaststellingen op tegenspraak*, stelt daarvan een *proces-verbaal* op en legt het aan de opdrachtnemer ter *ondertekening* voor.



> Dit lijkt alleszins een originele aanvulling – voor leveringen – van de meldingsplicht van art. 16, §3 van de AAV (cf. punt 7.3.10.1).

#### **7.5.2.5. Leveringsplaats en -formaliteiten**

- a) De opdrachtnemer levert **op de plaats die het bestek aangeeft** (cf. art. 55, §1 van de AAV).  
Indien noodzakelijk kan de overheid *elders doen leveren* (de opdrachtnemer kan zich daartegen niet verzetten) maar dient dan de bijkomende kosten en risico's te dragen.
- b) Bij elke levering voegt de opdrachtnemer een **leveringslijst** – eventueel op te nemen in de factuur – waarin hij allerlei *specificaties* van de geleverde producten moet vermelden (cf. art. 55, §2 van de AAV).
- c) De overheid doet het **nazicht van de leveringen** op de leveringsplaats (cf. art. 55, §3 en §4 van de AAV).  
De *resultaten* noteert ze in een proces-verbaal, op de leveringslijst of op de factuur.  
Ze heeft daartoe *15 dagen na de levering* of na de dag dat ze beschikt over de leveringslijst of factuur.

**In geval van afkeuring** doet de overheid het nodige om te vermijden dat de producten opnieuw in onveranderde staat zouden kunnen worden aangeboden.  
Leveringen die gebeuren *met miskennen van de leveringsformaliteiten* – of die welke kosten dan ook meebrengen – kan de overheid met afgekeurde leveringen gelijkstellen.

- d) De overheid beschikt over een in het bestek bepaalde termijn om de **verpakkingen** terug te sturen die eigendom van de opdrachtnemer blijven (cf. art. 56, §2 van de AAV).  
Eens die termijn voorbij mag de opdrachtnemer ervoor de (in zijn offerte vermelde) *kosten aanrekenen*.

#### **7.5.2.6. Aansprakelijkheid opdrachtnemer**

De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer blijft doorlopen **tot op het ogenblik dat het nazicht is voltooid** (cf. art. 55, §5 van de AAV).

Ze houdt nochtans op als er *op de leveringsplaats producten verloren of beschadigd geraakt zijn* door onvoorzienbare omstandigheden of door overheidsfeiten of -fouten bedoeld in art. 16 van de AAV.

### **7.5.3. OPLEVERING EN WAARBORGTERMIJN**

#### **7.5.3.1. Voorlopige opleveringen en vergoeding bij te late oplevering**

- a) Bij leveringsopdrachten bestaan er **verschillende types van voorlopige oplevering** (cf. art. 57, §1 van de AAV):
  - 1) De voorlopige oplevering **van het gewone type** is die op het einde van de nazichttermijn van 15 dagen (cf. punt 7.5.2.5.c).  
De overheid stelt een *proces-verbaal van oplevering* of van weigering van oplevering op, al naargelang.
  - 2) Het bestek kan bepalen dat de oplevering **anders verloopt** (en tezelfdertijd geldt als keuring a posteriori):

- hetzij een dubbele oplevering, met een gedeeltelijke oplevering op de fabricageplaats en een volledige oplevering op de leveringsplaats (cf. arts. 58 tot 60 van de AAV);  
in die artikels leest men:
  - o de opdrachtnemer *vraagt de gedeeltelijke oplevering aan*;
  - o de datum van terbeschikkingstelling voor gedeeltelijke oplevering *geldt als leveringsdatum* voor de toepassing van de vertragingsboetes;
  - o de opleveringstermijn belooft *30 dagen* vanaf de aanvraag (60 dagen als een labo tussenkomt);
  - o de *documenten, voorwerpen en apparatuur* waarvoor de opdrachtnemer moet zorgen en de *omstandigheden* waarin de gedeeltelijke oplevering verloopt;
  - o als de leveringen niet in staat zijn, geldt de aanvraag tot oplevering als *onbestaande*;
  - o de *verzegeling* van de gedeeltelijk opgeleverde en verpakte leveringen;
  - o het *merken of verzegelen* van de te beproeven stukken of materiaal;
  - o de *aflevering* van de gedeeltelijk opgeleverde leveringen *op de leveringsplaats* binnen 15 dagen;
  - o het *merken of blokkeren* van wegens laboproeven afgekeurde leveringen.
  
- hetzij een volledige oplevering op de leveringsplaats, zonder gedeeltelijke oplevering op de fabricageplaats (cf. art. 61 van de AAV);  
*daarin staat*:
  - o de opleveringstermijn belooft *30 dagen* vanaf de levering (60 dagen als een labo tussenkomt);
  - o de oplevering gebeurt *met oproeping* van de opdrachtnemer;
  - o het *merken of achterhouden* van afgekeurde leveringen, tenzij de opdrachtnemer ze verkoopt of vernietigt;
  - o de opdrachtnemer *haalt de afgekeurde leveringen weg* binnen 15 of 30 dagen (> tegenspraak in de tekst) na de mededeling van de afkeuring, zoniet kan de overheid ze op zijn kosten terugsturen of een dagelijkse straf toepassen.

b) Als het nazicht aantoonde dat minstens 10 % van de levering niet voldoet, kan de overheid **ofwel de ganse partij afkeuren ofwel overgaan tot een schifting** en de levering deels aanvaarden (cf. art. 62 van de AAV).  
Beneden 10 % gebeurt er sowieso een schifting.  
De opdrachtnemer draagt de schiftingskosten.

c) De overheid die de opleveringstermijn *door haar schuld overschrijdt*, is verplicht een **vergoeding** te betalen (cf. art. 57, §2 van de AAV).  
Die belooft *per dag vertraging* 0,07 % van de bedragen waarvan de betaling afhankelijk is van de voorlopige oplevering, met een maximum van 5 %.

### **7.5.3.2. Waarborgtermijn**

De waarborgtermijn loopt vanaf de dag van de voorlopige oplevering op de leveringsplaats en **duurt één jaar**, tenzij het bestek anders beschikt (cf. art. 63 van de AAV).

De opdrachtnemer *vervangt* op zijn kosten de producten die gebreken vertonen en niet normaal gebruikt kunnen worden en verleent er een *nieuwe waarborg* op.

### **7.5.3.3. Definitieve oplevering**

De definitieve oplevering vindt plaats **op het einde van de waarborgtermijn** (cf. art. 64 van de AAV).

Binnen een termijn van 15 dagen vóór dat tijdstip maakt de overheid een proces-verbaal van oplevering of van weigering van oplevering op, in zoverre *de levering aanleiding heeft gegeven tot een klacht* tijdens de waarborgtermijn. Anders geschiedt ze *stilzwijgend*.

#### **7.5.3.4. Bezwaren opdrachtnemer**

Als de opdrachtnemer bezwaren heeft tegen een opleveringsbeslissing van de overheid, laat hij die schriftelijk kennen **binnen 15 dagen** nadat de overheid de beslissing verzonden heeft (cf. art. 65 van de AAV).

### **7.5.4. SANCTIES TEGEN OPDRACHTNEMER**

#### **7.5.4.1. Boetes voor laattijdige uitvoering**

- a) Deze boete **tikt per dag vertraging aan tegen 0,07 %** van de waarde van de met eenzelfde vertraging geleverde goederen, met een maximum van 5 % (cf. art. 66, §1 van de AAV).

De *waarde van de leveringen* laat zich berekenen op grond van de oorspronkelijke opdrachtsom (zoals eventueel aangepast door bijaktes), abstractie makend van de prijsherzieningen van art. 13 van de AAV en de kortingen voor minderwaarde.

Een totale boete van *minder dan 55 euro per opdracht* wordt niet opgelegd.

- b) In geval van **verplicht gespreide leveringen** berekent men de boetes voor elke gedeeltelijke levering afzonderlijk.

Wanneer opdrachten uit **verschillende delen of fases** bestaan, met een eigen bedrag en uitvoeringstermijn, dan worden die als afzonderlijke opdrachten beschouwd voor de toepassing van de boete.

Normaal zijn **gedeeltelijke uitvoeringstermijnen** niet dwingend en speelt de boete enkel voor de eindtermijn.

Als het bestek nochtans bepaalt dat de gedeeltelijke uitvoeringstermijnen wél dwingend zijn, dan kan het daarvoor speciale boetes instellen, zolang het de gewone boeteberekening van toepassing is.

#### **7.5.4.2. Ambtshalve optreden**

Art. 66, §2 van de AAV vult de bepalingen van art. 20, §6 van de AAV aan.

- a) De overheid kan na schriftelijke ingebrekestelling elders **soortgelijke goederen** bestellen, mits ze die in de ingebrekestelling omschrijft en de opdracht betrekking heeft:
- ofwel op leveringen die niet of niet meer in de handel zijn;
  - ofwel op leveringen die enkel de in gebreke gebleven opdrachtnemer kon aanbieden;
  - en het voor de overheid onmogelijk is om elders identieke goederen te vinden.

De soortgelijke leveringen ondergaan de door de overheid bepaalde *proeven*.

- b) De ambtshalve uitgevoerde leveringen zijn onderworpen aan de *keuringen* en *opleveringen* van het oorspronkelijke bestek.

De in gebreke gebleven opdrachtnemer wordt uitgenodigd voor *alle proeven, keuringen en opleveringen*.

De ambtshalve opdrachtnemer kan diens aanwezigheid nochtans weigeren als die verrichtingen in zijn eigen installaties moeten plaatsvinden (dan kan de mededeling van de resultaten worden geëist).

- c) Bij uitvoering van de resterende opdracht *in eigen beheer* of *door één of meer derden* zijn de **meerkosten** voor rekening van de in gebreke gebleven opdrachtnemer (cf. art. 20, §6 van de AAV):
- 1) Behoren **niet** tot die meerkosten:
    - de *extra leveringen* door de ambtshalve opdrachtnemer, buiten degene die in de oorspronkelijke opdracht waren begrepen;
    - de *leveringen* die begrepen waren in de oorspronkelijke opdracht, maar *niet hernomen* zijn in de ambtshalve opdracht;
    - de *prijsherziening* bedoeld in art. 13 van de AAV;
  - 2) Behoren **wèl** tot die meerkosten:
    - de *boetes voor laattijdige uitvoering* gerekend tot de dag van werkelijke levering of (bij uitvoering door derden) tot het einde van de ambtshalve uitvoeringstermijn;
    - de *gunningskosten van de ambtshalve opdracht* bepaald op 1 % van haar bedrag, met een maximum van 11.000 euro.

## **7.6. ALGEMENE AANNEMINGSVOORWAARDEN VOOR DIENSTEN**

Deze aannemingsvoorwaarden bestonden niet in vroegere regelgevingen en staan voor het eerst in de regelgeving van 1993-1996 (cf. arts. 67 tot 75 van de AAV).

### **7.6.1. DRAAGWIJDTE FORFAIT**

Alle kosten en heffingen **dienen in de offerteprijs te zijn begrepen** (cf. art. 67 van de AAV), met name die in verband met:

- *administratie en secretariaat*;
- *verplaatsing, vervoer en verzekering*;
- de *documentatie* bij de verleende diensten;
- de *documenten, stukken en verpakkingen* die inherent zijn aan de opdracht;
- de *keurings- en opleveringskosten*;
- de *tol- en accijnsrechten* voor gebezigde producten en materieel.

Hetzelfde geldt voor de zgn. "*overheadkosten*" die de opdrachtnemer moet omslaan over alle geboden prijzen en zeker niet als een afzonderlijke post in de offerte of in de inventaris mag vermelden.

### **7.6.2. UITVOERINGSMODALITEITEN**

#### **7.6.2.1. Briefwisseling overheid**

De overheid stuurt haar briefwisseling bestemd voor de opdrachtnemer naar zijn **vestigingsadres**, zoals dat vermeld is in zijn offerte (cf. art. 68 van de AAV). Het bestek kan hem nochtans verplichten tot een bepaalde *keuze van woonplaats* voor de duur en de uitvoering van de opdracht.

### **7.6.2.2. Gegarandeerde hoeveelheden**

Indien de overheid de in het bestek bepaalde – en daardoor gegarandeerde – *vaste of minimale hoeveelheden* vermindert, heeft de opdrachtnemer **recht op schadevergoeding** (cf. art. 69, §1 van de AAV en punt 6.6.2.c).

Die is niet in een voorgeschreven vergoedingspercentage vertaald zoals bij werken (cf. punt 7.4.6.5).

### **7.6.2.3. Uitvoeringstermijn**

- a) Een uitvoeringstermijn **in werkdagen** omvat in principe geen (cf. art. 69, §3 van de AAV):
- zaterdagen, zondagen en feestdagen;
  - officiële vakantiedagen en inhaaldagen.

Een uitvoeringstermijn **in kalendertermijnen** omvat doorlopend alle dagen van de termijn, maar *niet* de officiële vakantiedagen, *tenzij* de uitvoeringstermijn meegespeeld heeft als gunningscriterium.

- b) De uitvoeringstermijn **vangt aan** op de dag na de sluiting van de opdracht of op de dag van de bestelling (cf. art. 69, §4 van de AAV).  
Zijn deze laatste per fax gebeurd, dan is de faxdatum geldig als de fax binnen de kortste keren aangetekend wordt bevestigd.

Het bestek kan bepalen dat de uitvoeringstermijn pas begint te lopen op de dag dat de overheid *alle noodzakelijke gegevens* heeft overgelegd.

### **7.6.2.4. Dienstverleningsplaats**

Het **bestek** duidt de plaats van dienstverlening aan (cf. art. 70 van de AAV).

Indien noodzakelijk *kan de overheid een andere plaats opleggen* (zonder dat de opdrachtnemer zich daartegen kan verzetten), maar dient dan de bijkomende kosten en risico's te dragen.

**Zwijgt het bestek terzake**, dan heeft de opdrachtnemer de *vrije keuze* van dienstverleningsplaats en meldt hij die aan de overheid binnen 15 dagen na de sluiting.

### **7.6.2.5. Keuring**

De verleende diensten **zijn onderworpen aan een keuring** om na te gaan of ze beantwoorden aan de besteksbepalingen (cf. art. 71 van de AAV).

De opdrachtnemer deelt schriftelijk mee wanneer de diensten *keuringsklaar* zijn.

Na ontvangst van die mededeling beschikt de overheid *over 60 dagen* om de diensten te keuren en daarover een beslissing te laten kennen (het bestek kan in een kortere termijn voorzien).

### **7.6.2.6. Aansprakelijkheid opdrachtnemer**

- a) De opdrachtnemer is aansprakelijk voor de **fouten en gebreken** die in de verleende diensten voorkomen, zoals in zijn studie, berekeningen, plans en alle andere door hem voortgebrachte stukken (cf. art. 72, §1 van de AAV).

In de *architectuur- en ingenieursopdrachten* komt daarbij de **tienjarige aansprakelijkheid** bedoeld in de arts. 1792 en 2270 van het Burgerlijk Wetboek.

Die loopt vanaf de voorlopige oplevering van het geheel van de werken waarop de dienstenopdracht slaat (cf. punt 7.4.5.b).

- b) De overheid kan – al dan niet in combinatie met een *ambtshalve optreden* en andere passende sanctiemaatregelen – de opdrachtnemer **verplichten om de uitgevoerde diensten te herbeginnen** als (cf. art. 74, §1 van de AAV):
  - o de diensten niet aan de *besteksbepalingen* voldoen;
  - o de diensten niet volgens de *regels van goed vakmanschap en ambachtskunst* zijn uitgevoerd.
- c) In art. 72, §2 van de AAV herhaalt men nog eens het principe van art. 16, §1, 2<sup>e</sup> lid van de AAV (cf. punt 7.3.12.1) door te stellen dat de opdrachtnemer een **vrijwaringsplicht** heeft voor elke schadevergoeding die de overheid aan derden moet betalen voor de schade die ze lijden door zijn vertraging of in gebreke blijven.

### 7.6.3. BELANGENVERMENGING

- a) Bepaalde opdrachtnemers voeren **taken van algemeen belang** uit *die te maken hebben met het gunnen of uitvoeren van andere opdrachten* (bvb. een studiebureau dat het bestek opstelt en de gunningsprocedure voert of bij de uitvoering de functie van leidend ambtenaar uitoefent).  
Een dergelijke opdrachtnemer kan zich daarbij (of zou zich daarbij kunnen gaan) bevinden in een **toestand van belangenvermenging** als verboden door art. 10 van de Wet, die verdere medewerking aan de gunning of uitvoering onmogelijk maakt of zou maken (cf. punt 4.4).
- b) **Als de opdrachtnemer die situatie vrijwillig meldt** aan de overheid, gaat die over tot een onderzoek aan de hand van de inlichtingen en bewijsstukken die ze bij de opdrachtnemer inwint.  
In geval van bevestiging van die situatie kan ze beslissen om de opdracht *zonder schadevergoeding te verbreken*.  
De verleende diensten worden dan *afgerekend* volgens een op te maken staat.
- c) Als de opdrachtnemer die situatie **niet** vrijwillig meldt en **de overheid die toestand van belangenvermenging zelf ontdekt**, stelt zij hem schriftelijk in gebreke en verzoekt hem om binnen 12 dagen de passende bewijsstukken in de andere zin over te leggen.  
Na onderzoek kan de overheid, in geval van bevestiging van die situatie, beslissen tot de **nietigheid van de dienstenopdracht**.  
De opdrachtnemer ontvangt dan *geen betaling* voor de prestaties verricht nadat hij weet had (of had moeten hebben) van de belangenvermenging.  
De overheid kan wel *vrijelijk beschikken* over de reeds uitgewerkte studie, verslagen of andere voortgebrachte stukken.

### 7.6.4. OPLEVERING

- a) Bij diensten maakt men in principe *geen onderscheid* tussen een voorlopige en een definitieve oplevering en bestaat er *geen waarborgtermijn*.  
Er is **slechts één enkele oplevering**, die geldt als definitieve oplevering, tenzij het bestek anders beschikt (cf. art. 74, §2 van de AAV).
- b) De overheid maakt, al naargelang, een **proces-verbaal van oplevering** of **van weigering van oplevering** op.  
Dit geschiedt *binnen 15 dagen na de uiterste voltooiingsdatum* van het geheel van de diensten.

Als de *effectieve voltooiingsdatum* vóór of na de uiterste datum valt, moet de opdrachtnemer schriftelijk die effectieve datum melden en de oplevering aanvragen, waarna de overheid binnen 15 dagen het bovenvermelde doet.

Gaat het om een opdracht die het opstellen van plans, verslagen of soortgelijke stukken omvat, geldt er telkens een termijn van 30 i.p.v. 15 dagen.

- c) Wanneer de oplevering is toegekend, heeft ze **terugwerkende kracht** tot de uiterste voltooiingsdatum of de effectieve voltooiingsdatum, al naargelang (cf. punt b).  
Tegenbewijs is echter mogelijk.

## 7.6.5. SANCTIES TEGEN OPDRACHTNEMER

### 7.6.5.1. Boetes voor laattijdige uitvoering

- a) Deze boete **tikt per dag vertraging aan tegen 0,07 %** van de waarde van de met eenzelfde vertraging verleende diensten, met een maximum van 5 % (cf. art. 75, §1 van de AAV).

De *waarde van de diensten* laat zich berekenen op grond van de oorspronkelijke opdrachtsom (cf. art. 67 van de AAV en zoals eventueel aangepast door bijaktes), abstractie makend van de prijsherzieningen van art. 13 van de AAV en de kortingen voor minderwaarde.

Een totale boete van *minder dan 55 euro per opdracht* wordt niet opgelegd.

- b) In geval van **verplicht gespreide diensten** berekent men de boetes voor elke gedeeltelijke dienstverlening afzonderlijk.

Wanneer opdrachten uit **verschillende delen of fases** bestaan, met een eigen bedrag en uitvoeringstermijn, dan worden die als afzonderlijke opdrachten beschouwd voor de toepassing van de boete.

Normaal zijn **gedeeltelijke uitvoeringstermijnen** niet dwingend en speelt de boete enkel voor de eindtermijn.

Als het bestek nochtans bepaalt dat de gedeeltelijke uitvoeringstermijnen wél dwingend zijn, dan kan het daarvoor speciale boetes instellen, zoniet is de gewone boeteberekening van toepassing.

### 7.6.5.2. Ambtshalve optreden

Art. 75, §2 van de AAV vult de bepalingen van art. 20, §6 van de AAV aan.

- a) De ambtshalve uitgevoerde diensten zijn onderworpen aan de *keuringen* en *opleveringen* van het oorspronkelijke bestek.

De in gebreke gebleven opdrachtnemer wordt uitgenodigd voor *alle proeven, keuringen en opleveringen*.

De ambtshalve opdrachtnemer kan diens aanwezigheid nochtans weigeren als die verrichtingen in zijn eigen installaties moeten plaatsvinden (dan kan de mededeling van de resultaten worden geëist).

- b) Bij uitvoering van de resterende opdracht *in eigen beheer* of *door één of meer derden* zijn de **meerkosten** voor rekening van de in gebreke gebleven opdrachtnemer (cf. art. 20, §6 van de AAV):

- 1) Behoren **niet** tot die meerkosten:
  - de *extra diensten* door de ambtshalve opdrachtnemer, buiten degene die in de oorspronkelijke opdracht waren begrepen;
  - de *diensten* die begrepen waren in de oorspronkelijke opdracht, maar *niet hernomen* zijn in de ambtshalve opdracht;
  - de *prijsherziening* bedoeld in art. 13 van de AAV;
  
- 2) Behoren **wèl** tot die meerkosten:
  - de *boetes voor laattijdige uitvoering* gerekend tot de dag van werkelijke uitvoering van de diensten of (bij uitvoering door derden) tot het einde van de ambtshalve uitvoeringstermijn;
  - de *gunningskosten van de ambtshalve opdracht* bepaald op 1 % van haar bedrag, met een maximum van 11.000 euro.

### **7.6.5.3. Sanctie inzake toegang bij belangenvermenging**

In de situatie van punt 7.6.3.c kan de opdrachtnemer voor bepaalde tijd een **toegangsverbod** (cf. punt 5.7.3.2) opgelegd krijgen (cf. art. 73, §2 in fine van de AAV).

---